**Señores:**

**SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD (E) DE BOGOTÁ D.C.**

notificacionjudicial@saludcapital.gov.co

vacortes@saludcapital.gov.co

gaparjea@saludcapital.gov.co

jd1cardenas@saludcapital.gov.co

**E.         S.         D.**

**REFERENCIA: DESCARGOS**

**PROCESO:** SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE CUMPLIMIENTO

**CONTRATO:** Contrato de obra No. 3644036-2022

**CONTRATISTA:** CONSORCIO INGENIEROS – PATERMEN

**GARANTE: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, de manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal, manifiesto comedidamente que procedo, a presentar los correspondientes **DESCARGOS** con fundamento en las siguientes consideraciones, de acuerdo con los fundamentos fácticos y jurídicos que se esgrimen a continuación:

**Capítulo I. ESTRUCTURA DE DEFENSA DEL CONTRATO DE OBRA No. 3644036-2022**

1. **EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO POR LA ENTIDAD CONTRATANTE - AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA.**

De acuerdo a lo evidenciado en el plenario, se observa que hay un incumplimiento inicial y correlativo por parte de la entidad contratante por suspensión de 5 meses sin interventor, el contrato de obra no puede continuar su ejecución sin que exista interventoría y quien se encarga de adelantar la contratación de una interventoría claramente es la Secretaría Distrital de Salud (hecho de un tercero). Si la entidad contratante era quien debía contratar la interventoría para poder seguir ejecutando el contrato y la suspensión unilateral se dio, no solo por su decisión sino además por su propia causa. Es decir que fue la entidad contratante la que incumplió sus obligaciones y llevó al borde al contratista dejándolo sin posibilidades humanas de cumplir con lo pactado en el contrato de obra. Siendo así no puede la entidad contratante reclamar perjuicios cuando fue esta la que incumplió.

Ahora bien, una vez se contrata la interventoría a cargo del contrato, la entidad contratante y el nuevo interventor de forma inexplicable pensaron que el contrato se reiniciaría de manera automática sin tan si quiera realizar la socialización del nuevo plan de trabajo, los parámetros bajo los cuales actuaria la interventoría, ni mucho menos cuales serían estos nuevos plazos para cumplir al 100% con la ejecución del contrato, pues recordemos que por incumplimiento de la entidad contratante este no se inició de forma inmediata. Siendo así el contratista quedó en una situación totalmente de desventaja frente a lo que inicialmente se había obligado en el contrato de obra. Pues el interventor únicamente realizó requerimientos de manera apresurada sin indicar los pormenores del requerimiento o intentar acercarse al contratista para ahora así señalar las condiciones de trabajo, máxime cuando la falta de interventoría fue la causa principal de la suspensión del contrato.

El artículo 1498 del Código Civil establece que los contratos de carácter conmutativo o sinalagmático son aquellos en los cuales cada una de las partes se obliga frente a la otra a dar o hacer una cosa que se considera equivalente a lo que ésta debe dar o hacer a su vez. De esta forma y teniendo en cuenta que este tipo de relaciones negociales se funda en la equivalencia o reciprocidad de las prestaciones a cargo de cada una de las partes contratantes, lo que se procura es mantener el equilibrio y la simetría de los intereses de cada una de ellas, para lo cual se han creado algunos mecanismos[[1]](#footnote-1) que pueden ser empleados ante un incumplimiento contractual.

Así las cosas, en el evento en que en un contrato sinalagmático el contratante y el contratista incurran en incumplimientos recíprocos, es decir, que ambas partes no realicen las obligaciones contractualmente pactadas, se configura la excepción de contrato no cumplido o “ex*ceptio non adimpleti contractus”.*

En efecto, al haberse establecido esta excepción en un mecanismo de defensa que puede ser esgrimido por cualquiera de las partes integrantes del contrato, en la que el uno de los contratantes deja de cumplir lo pactado mientras que el otro no se allane a cumplir su parte, presentándose entre los contratantes un mutuo incumplimiento.

Es fundamental manifestar que el H. Consejo de Estado en senda Jurisprudencia en tratándose de la declaratoria de incumplimiento de un contrato estatal ha permitido la aplicación de la excepción de contrato no cumplido contenida en el artículo 1609 del Código Civil, así las cosas, en el evento que se acrediten las condiciones que den lugar a la excepción se desvanece el incumplimiento del contratista que fundamenta la declaratoria de incumplimiento.

La excepción de contrato no cumplido “*exceptio non adimpleti contractus”* consagrada en el artículo 1609 del ordenamiento jurídico civil a su tenor literal reza:

**“ARTICULO 1609. MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES**. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

En virtud de lo dispuesto en el artículo anteriormente señalado en un contrato bilateral el contratista no está obligado a cumplir sus obligaciones cuando el co-contratante incumplió con las suyas. *Es decir, dentro de los efectos que produce la presencia de la excepción de contrato no cumplido, está la imposibilidad para la Administración de ejercitar los poderes exorbitantes, como es el de declarar el incumplimiento[[2]](#footnote-2).*

La aplicación de este precepto normativo propio del derecho privado se fundamenta en la intención de *conciliar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular[[3]](#footnote-3).* Esto quiere decir que existe una balanza entre el principio de satisfacción del interés general y el interés propio del contratista, postulados que debe atender la administración al momento de suscribir contratos estatales. A su vez, conlleva la posibilidad de que el particular excepcione este tipo de justificación ante un eventual incumplimiento derivado de un previo incumplimiento por parte de la administración, de allí la fundamentación de relación armónica entre satisfacción del interés público y del particular contratista.

En efecto, en el presente asunto la Administración incumplió con sus obligaciones propias y puso en incumplimiento al contratista, en todas las etapas de ejecución del contrato. Así mismo revisando las pruebas allegadas por el contratista, como los correos electrónicos donde evidencia que se existían revisiones muy importantes por parte de la nueva interventoría a las observaciones que había realizado la interventoría anterior, por lo que nótese como existe una sola laguna en cuanto a los parámetros bajo los cuales la nueva interventoría inicio con sus obligaciones frente al contrato de obra, existiendo por parte de estos una verdadera y gran omisión, pues no se puede pasar por alto que estos también tienes responsabilidades que deben cumplir. Siendo así no existe hasta este punto un incumplimiento por parte del contratista.

Se recuerda que en el pliego de condiciones se dice que hay que equilibrar contingencias con el cronograma, pero en el informe de presunto incumplimiento (acápite 3) dicen que la interventoría no tiene cronograma actualizado, hacen una equivalencia a 26 de junio del 2023. En la matriz de riesgos en el punto 3: especifico, interno demora por ausencia de supervisión, interventoría. En el informe o acta de reunión del 2021 se menciona, casi aceptándose que la suspensión de 5 meses que imposibilitaba la ejecución material de la obra obedece a la falta de interventoría que dejo tirado el contrato sin si quiera plantear de forma comunicada la intención de ceder posición contractual para no entorpecer el desarrollo de la ejecución del contrato.

Resulta útil citar lo dicho por la jurisprudencia frente al incumplimiento de obligaciones tales como las que se presentaron en el caso concreto. A su turno sostiene:

“En estas condiciones, **es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato**. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual”[[4]](#footnote-4)

Así las cosas, resulta pertinente precisar que el Consorcio siempre estuvo dispuesto a cumplir sus obligaciones pese a la demora injustificada de la contratación de la interventoría y de la socialización del plan de trabajo con esta nueva unidad, pues no debe desconocerse que había modelos previos de solicitudes, requerimientos que no fueron revisados por la nueva interventoría. Entonces, la supuesta inejecución de las obligaciones a cargo del Consorcio no le es imputables a su responsabilidad, sino a la entidad contratante y a la interventoría, quienes no firmaron acta de reinicio de labores, no revisaron las actuaciones previas, como solicitudes observaciones y demás, siendo estos factores de carácter importante con los cuales no se podía continuar con la ejecución del contrato, pues ni siquiera existe un acta de reinicio de labores, por lo que no se entiende porque la interventoría señala tan enfáticamente que hay incumplimiento cuando ni siquiera se ha firmado un acta de reinicio ni mucho menos socializó el plan de trabajo o los parámetros bajo los cuales esta iba a laborar. Por lo que no se le puede atribuir toda la responsabilidad al contratista cuando este únicamente tiene la función de ejecutar la obra, pero no se encarga de temas administrativos que netamente le competen a la administración y al interventor.

Así mismo se recuerda que la interventoría no realiza análisis técnicos, sino que se limita única y exclusivamente a hacer una correlación entre lo consignado en el contrato y lo que visiblemente ve en terreno, por lo que no puede indicar que existe incumplimiento cuando ni siquiera revisó las observaciones y/o ejecuciones previas antes de su contratación y que fueron señaladas por la anterior interventoría.

Luego, al acreditarse que el incumplimiento de las obligaciones fueron de la administración y la interventoría, lo que, sin duda alguna incidió en el retraso de las obligaciones asumidas por el contratista, se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 1609 de Código Civil, en el que se trae como consecuencia al incumplimiento mutuo de las partes, que ninguno este en mora y por consiguiente ninguna pueda solicitar los perjuicios ni la multa que se haya estipulado ya que, como se deduce de los artículo 1594 y 1615 ibídem, para poder exigir perjuicios o multa se requiere que el deudor incurra en mora, lo que en efecto en el caso que hoy nos atañe no sucede.

1. **INOBSERVANCIA DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011:**

Sea lo primero indicar que, el procedimiento administrativo de sanción del contrato de obra, adelantado por la Secretaría Distrital de Salud, no cumplió con los presupuestos legales exigidos por la ley. Para precisar esto, es indispensable traer a colación lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual dispone:

“(…) 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,** **imponer las multas** y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: (…)”. Negrilla fuera de texto.

Lo anterior, por cuanto en la citación a la audiencia donde se determinó el pliego de cargos, nunca se identificó de forma clara, precisa, técnica y más allá de toda duda razonable, el porcentaje de incumplimiento por parte del Consorcio, existiendo una diferencia de criterio respecto del porcentaje del **contrato ejecutado a la fecha**, toda vez que el contratista siempre estuvo dispuesta a cumplir sus obligaciones pese a las condiciones ajenas a esta que impidieron el cabal cumplimiento del contrato, así como se referenció en el argumento anterior. Por ende, no existe un perjuicio causado por el contratista directamente. Así mismo, existieron discrepancias de carácter técnico frente a los parámetros que cada una de las partes en mención, utilizó para dicha medición porcentual.

De esta manera, si la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD ni siquiera tiene claro un porcentaje de incumplimiento, mucho menos puede cuantificar los perjuicios del procedimiento, pues ¿con base en qué se va a calcular un perjuicio que no se logró comprobar de forma técnica? Por tal razón, la administración incurrió en una falsa motivación, al no haber cumplido todos y cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, especialmente la cuantificación del perjuicio, por lo que solicito se declare la nulidad de la citación de incumplimiento.

Adicionalmente, nótese como la Secretaría de Salud incurre en un error gravísimo al señalar dentro de la citación de una posible consecuencia prevista en **multa,** pero la misma es totalmente improcedente puesto que el contrato ya finalizó el 2 de abril de 2024, es decir el plazo contractual ya finalizó y no nos encontramos dentro de una mora injustificada a cargo del contratista para que se solicite el cobro de una multa. Para explicarse mejor debe decirse que la multas proceden cuando el plazo del contrato no ha finalizado, pues en ese evento podemos hablar de retardos o moras pero una vez finaliza el contrato se habla del cobro de la cláusula penal. Siendo así es totalmente improcedente que se solicite el cobro de una multa cuando no estamos frente a una mora.

En conclusión, la citación presenta varias irregularidades frente a la imposición de medidas pecuniarias, pues solicita el cobro de multas sin ser la medida correcta, así como ni siquiera realiza una cuantificación razonada sobre cómo llegó al valor que pretende cobrar, desviándose de los principios de la función pública. Por lo tanto, con esto es mayormente procedente declarar el archivo de la presente investigación.

1. **FALTA DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL**

Lo primero que debe señalarse que existe una imposibilidad de acumular liquidación, multa y cláusula penal, pues se recuerda que el incumplimiento es sobre lo actual no sobre un hipotético futuro.

Sobre el particular, es importante poner de presente que la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD señala una cláusula penal desproporcionada- si es que esta es la aplicación que quiere hacer en su corta y confusa liquidación- sin consideración alguna de los avances que se tuvieron en el contrato, incluso se podría afirmar del cumplimiento total hasta donde la entidad contratante le permitió, y peor aún, sin siquiera determinar puntualmente el monto o porcentaje del incumplimiento que el **CONSORCIO** había supuestamente incumplido.

Recordemos que la cláusula penal pecuniaria es una estipulación pactada de común acuerdo por las partes del contrato con el objeto de establecer previamente un monto o una cuantía equivalente al valor de los perjuicios que se causen como consecuencia del incumplimiento contractual de una de las partes. El efecto jurídico más importante de la cláusula mencionada es que exime a la parte cumplida de la obligación de demostrar la cuantía de la indemnización.

Lo anterior debido a que, en los términos del artículo 1596 del Código Civil, cuando el deudor cumple parcialmente la obligación principal, tendrá derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal. Lo anterior ha sido confirmado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado:

“(…) Así mismo, cuando el contratista – o asegurador -, según el caso- considera que el valor de la cláusula penal pecuniaria supera el monto real de los perjuicios sufridos por la entidad contratante a raíz del incumplimiento contractual que se le imputa, está en la posibilidad de solicitar su revisión al juez, para que éste determine la proporcionalidad entre dicho incumplimiento y la indemnización de perjuicios a su cargo.

Por otra parte, se ha considerado que tratándose de una sanción impuesta por la administración a un particular, ésta debe llevar a cabo un juicio de proporcionalidad en el ejercicio de su competencia administrativa y que así mismo 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, para efectos de establecer la adecuación entre el hecho determinante de la decisión administrativa, esto es, el incumplimiento del contratista respecto de sus obligaciones contractuales y la consecuencia que de la misma decisión se deriva para su destinatario, teniendo en cuenta la finalidad que con ella se persigue(…)”[[5]](#footnote-5)

De esta manera, al descender al caso en concreto es apenas lógico que, a pesar de que **LA SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD** fue incapaz de demostrar con criterio técnico el porcentaje de incumplimiento, lo único cierto es que **EL CONSORCIO** cumplió con el contrato de obra celebrado hasta donde la entidad contratante y la interventoria le permitió, lo que le da la totalidad del derecho de que la cláusula penal aplicada, en caso de encontrarse justificado el incumplimiento, pueda ser reducida considerablemente, pues es evidente que una potestad arbitraria como la que impone esta Secretaría**,** va en contra de los principios que ha delineado el ordenamiento jurídico colombiano, lo que conlleva inexorablemente a que, en un eventual caso de litigio contencioso administrativo, se deba modificar el monto de la sanción, variando de igual forma la obligación de mi procurada, pues la misma como aseguradora del contrato, respondería por un monto muchísimo menor incluso por ada.

Según el Doctor Rodrigo Escobar Gil, la cláusula penal pecuniaria es *“una estipulación en la que se fija anticipadamente el valor de la indemnización que cada parte puede reclamar por el incumplimiento de las obligaciones de la otra”[[6]](#footnote-6)*. Es una tasación anticipada de perjuicios, cuyo efecto jurídico es que exime al acreedor (parte cumplida) de demostrar el monto de los perjuicios, sin embargo, el mismo brilla por su ausencia puesto que dentro del presente asunto el Distrito señala que existe unos perjuicios, pero ni siquiera se ocupa en detallarlos de manera clara y concreta.

En conclusión, al no existir ni siquiera criterios técnicos o cualitativos para determinar el supuesto incumplimiento por parte del contratista, debe decirse que no existe lugar a dar aplicación a la cláusula penal.

1. **COMPENSACIÓN**

En virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en el evento en el que al Contratista le sea impuesta una condena, habrá lugar a que se descuente de dicha cifra, el monto de los valores que se encuentren a su favor o que estarán a su favor, y que a la fecha o a futuro, le adeude la Secretaría Distrital de Salud – el Fondo al Contratista.

Dicha compensación, también es desarrollada en las Condiciones Generales de la Póliza de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales, las cuales hacen parte integral de la póliza de seguro.

Por lo tanto, desde ya se solicita como prueba la certificación de saldos a favor del contratista, con el fin de realizar cruce de cuentas.

**CAPÍTULO II. FRENTE AL CONTRATO DE SEGURO**

1. **EN EL SEGURO DE INCUMPLIMIENTO PÓLIZA DE GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES No. 440-47-994000026393 NO SE ENCUENTRA PROBADA LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO.**

Para empezar, es necesario indicar que, para efectos de que una entidad estatal en calidad de asegurado y/ o beneficiario, pueda declarar unilateralmente el incumplimiento derivado, ya sea de un relación contractual o legal, deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, a través de los distintos medios de prueba consagrados para tal fin. Sin embargo, dicha situación no se encuentra acreditada dentro del presente asunto, pues no se evidencia cual fue ese supuesto incumplimiento del contratista que ocasiono un perjuicio real a la entidad estatal. Por el contrario, se observa que el incumplimiento deviene de la entidad contratante y el interventor.

Ahora bien, la carga de acreditar la ocurrencia del siniestro se encuentra contenida en el artículo 1077 del Código de Comercio, según el cual:

 **“ARTÍCULO 1077. CARGA DE LA PRUEBA.** **Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.**

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.” (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

En ese orden de ideas, no surge a la vida jurídica la obligación condicional del asegurador, hasta tanto no se dé cumplimiento a la carga probatoria de demostrar la ocurrencia del siniestro, así como de la cuantía de la pérdida contenida en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Ahora bien, tratándose de seguros de cumplimiento a favor de entidades estatales, mediante los cuales se constituyen garantías en favor de entidades públicas para respaldar las obligaciones contraídas en una relación contractual o legal. La entidad en virtud de la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro a través de un acto administrativo, deber dar aplicación a lo preceptuado en el artículo 1077 del Código de Comercio. Lo anterior, en el sentido de motivar el acto administrativo, indicando los supuestos fácticos y probatorios que sustentan tal declaración y tasando la cuantía de la pérdida.

En virtud de lo anterior, se tiene que cuando la entidad administrativa declara el siniestro en virtud de una póliza de cumplimiento a través de un acto administrativo, deberá en primer lugar, demostrar la ocurrencia del siniestro. Es decir, no basta sólo con señalar que como hubo un siniestro la aseguradora está llamada a responder, sino que reposa en la entidad la carga probatoria de demostrar a través de todos los medios de prueba que, en efecto, se configuró el siniestro contemplado en virtud del contrato de seguro. En efecto, dicha demostración se debe efectuar a través de una motivación certera en el acto administrativo mediante el cual se declara el siniestro. En segundo lugar, deberá demostrar la cuantía de la perdida, lo que se traduce en la obligación de la entidad de no sólo aseverar una suma por concepto de daño, sino que a través de elementos fidedignos deberá demostrar que la conducta de la entidad administrativa presuntamente incumplida le generó un daño o un perjuicio tasado en cierta suma de dinero.

En ese sentido, es necesario que dentro del marco del trámite administrativo adelantado por **LA SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD** que como se ha mencionado, se encuentra acreditado que el contratista, ha dado cumplimiento a la ejecución del contrato de obra. Dicho de otra forma, si la entidad no acredita los supuestos perjuicios derivados del presunto incumplimiento de dicho contrato estatal, no puede hacer efectivo el amparo de cumplimiento, pues dicha circunstancia transgrede totalmente el artículo 1077 del Código de Comercio.

Ahora bien, por otra parte, no sobra señalar que, sin perjuicio de que el contratista ha cumplido con sus cargas, no puede perderse de vista que el riesgo asegurado contentivo en el incumplimiento del oferente no sólo exige para su realización que haya versado un incumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones del constructor, sino que tales situaciones sean totalmente imputables al oferente. Es decir, que la realización del riesgo necesariamente implica que dicho incumplimiento sea atribuible al contratista, por haber incidido directamente de forma tardía o defectuosa en la ejecución de sus deberes. Sin embargo, en el presente asunto no se evidencia incumplimiento por parte del contratista.

1. **LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD AL VALOR ASEGURADO**

En gracia de discusión y sin que el presente reparo, implique reconocimiento alguno frente a que el incumplimiento de que trata este trámite fuere atribuible al Contratista ni mucho menos, frente a que el proceso surtido se llevó a cabo en debida forma, respetando las garantías fundamentales a que debe ceñirse un proceso administrativo, formulo este reparo, porque en todo caso, pese a la incursión en las múltiples arbitrariedades e irregularidades por parte de la entidad. Al momento de resolver de fondo sobre la relación sustancial con base en la cual fue vinculada mi defendida a este proceso, era deber de la entidad estudiar cada una de las condiciones que regulan el negocio aseguraticio, entre ellas, la del límite asegurado, regido por el artículo 1079 del C.Co.

Los límites establecidos en el contrato de seguro son:



De otro lado, solicito respetuosamente al Despacho tener en cuentas las condiciones generales y particulares de los certificados de la póliza mencionada anteriormente, puesto que estas condiciones limitan y circunscriben la eventual obligación indemnizatoria de la Aseguradora por lo que es vital que sean analizadas por parte de la entidad convocante antes de proferir una decisión de fondo frente al particular.

1. **CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO QUE REVISTEN LOS CONTRATOS DE SEGURO.**

Es un principio fundamental que rige el contrato de seguro de daños el carácter indemnizatorio del mismo. Esto significa que el objetivo del contrato de seguro es proteger los bienes o el patrimonio de una persona que pueda verse afectado directa o indirectamente por la ocurrencia de un riesgo. Por lo tanto, la indemnización correspondiente a un siniestro nunca puede exceder el valor asegurado.

En este sentido, es importante destacar que los seguros de daños y en general cualquier tipo de seguro tienen un carácter puramente indemnizatorio. Esto implica que el asegurado o beneficiario no puede obtener ninguna ganancia económica a través del pago de la indemnización. El contrato de seguro no debe considerarse como una fuente de enriquecimiento.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en una sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, se pronunció sobre el carácter indemnizatorio del contrato de seguro. En dicha sentencia se estableció:

“Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato”

En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio estableció lo siguiente:

“Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso” (Subraya y negrita adrede)

Es fundamental tener presente, como se mencionó anteriormente, que tanto las multas como los perjuicios solicitados deben contar con fundamentos sólidos tanto desde un punto de vista fáctico como jurídico. No se puede reconocer ni indemnizar ninguna suma que no esté debidamente respaldada y comprobada como un perjuicio legítimo. En conclusión, no puede perderse de vista que el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento y que el mismo atiende a un carácter meramente indemnizatorio. Por todo lo anterior y teniendo en cuenta la desproporcional cláusula penal que pretende la parte demandante, deberá declarase probada la presente excepción, y así evitar la contravención del carácter meramente indemnizatorio que reviste el contrato de seguro y un correlativo enriquecimiento sin justa causa en cabeza de la parte actora.

**Capítulo III. PRUEBAS**

**PRIMERO:** Se coadyuvan las pruebas solicitadas por el contratista.

**SEGUNDO:** Se oficie a la oficina correspondiente para que con fin a este proceso remita la certificación de saldos que existe a favor del contratista.

**Capítulo IV. PETICIONES**

De acuerdo con lo expuesto, respetuosamente se solicita **A LA SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD:**

**PRIMERO:** La terminación del presente trámite por no hallarse probada la imputación de incumplimiento al contratista como quiera que el contratista fue diligente en mitigar con las circunstancias y herramientas contractuales.

**SEGUNDO:** Por otra parte, en caso de que la entidad estatal considere que sí hubo un incumplimiento por parte del contratista, comedidamente solicito que mi procurada sea desvinculada y exonerada de condena alguna de cuerdo a las condiciones generales y particulares del contrato de seguro materializado en la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 440-47-994000026393.

**TERCERO:** En caso de que la entidad estatal considere que sí hubo un incumplimiento por parte del contratista, comedidamente solicito se dé aplicación a la excepción de compensación en razón a los saldos a favor del contratista y por ello no se afecte la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 440-47-994000026393.

**Capítulo V. NOTIFICACIONES**

Cualquier notificación la recibiré en la Carrera 11A No. 94A – 56, oficina 402 de la ciudad de Bogotá D.C y en el correo electrónico notificaciones@gha.com.co



Respetuosamente,

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**

C.C. No 19.395.114 de Bogotá D.C.

T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.

1. Como medios de defensa de las partes en los contratos de carácter sinalagmático o conmutativo se encuentran la resolución del contrato por incumplimiento y la excepción de contrato no cumplido, mecanismos cuya existencia no podía ser concebida por los romanos, quienes no consideraban que ante el incumplimiento contractual de una de las partes se pudiera ordenar la ejecución forzada o *in natura* de la prestación debida, razón por la cual ante el incumplimiento contractual el acreedor únicamente podía pretender una indemnización de carácter económico.

Así, se ha considerado que estas dos figuras son relativamente nuevas al señalar *“(…) se remiten al bajo medioevo, cuando se hizo presente la consideración del equilibrio en la ejecución de los contratos innominados: los canonistas adujeron el principio non servanti fidem non est fides servanda en tanto que los postglosadores se remitieron a la teoría de las excepciones…Se atribuye, con razón, al derecho canónico el origen de la excepción de inejecución, con pie en el brocárdico non servanti fidem non est fides servanda, en el que apoyaron BARTOLO y los demás postglosadores canonistas y civilistas para construir la figura de la exceptio non adimpleti contractus, que solamente sería afinada al término del siglo XVI”,Hinestrosa Fernando en “Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico”Vol. II, Ed. Universidad Externado de Colombia 2015, Págs 931 y 932.*  [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de marzo de 2001, Exp. 13415. La Sala también ha explicado que la mora de la entidad, como aquella que deriva del no pago oportuno del anticipo, le impide imponer multas y declarar la caducidad del contrato, Sentencia de 12 de diciembre de 1996, Exp. 9964; o el incumplimiento por falta de entrega de los planos de la obra por la entidad, Sentencia de 3 de marzo de 1994, Exp. 7223. Ellas reiteran la pauta jurisprudencial contenida en la Sentencia de 7 de abril de 1978, Exp. 1870. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (5 de julio de 2016) Expediente 2278. [C.P. Germán Bula Escobar]. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ibíd. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 1997-14861 del 06 de diciembre de 2013. C.P: Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-5)
6. ESCOBAR GIL Rodrigo. Teoría General de los contratos de la administración pública. Editorial Legis. Edición 2003. [↑](#footnote-ref-6)