

Señores:

METROSABANAS S.A.S – DIVISIÓN JURÍDICA.

juridica@metrosabanas.gov.co

TIPO DE PROCESO: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL ART 86. LEY 1474 DE 2011
CONTRATO: Contrato de Obra Pública No. LP-002-2022
CONTRATISTA: CONSORCIO PAVIMENTO SINCELEJO
GARANTE: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Cali, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, conforme al poder que reposa en el expediente, procedo a presentar **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN** dentro del proceso de la referencia, solicitando desde ya que se **ARCHIVE** el procedimiento administrativo sancionatorio de la referencia o, subsidiariamente se **DESVINCULE** a la compañía aseguradora que represento del presente trámite, con base en las siguientes consideraciones:

I. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Entre la empresa Metrosabanas S.A.S., (en adelante la entidad o el contratante) y el Consorcio Pavimento de Sincelejo, identificado con Nit 901.606237- 9, representado legalmente por el señor Camilo Ernesto Gastelbondo Pastrana (en adelante el contratista o el Consorcio), celebraron el día 23 de junio de 2022, el contrato de obra pública No. LP.002-2022, cuyo objeto es: "*Mejoramiento de vial de la calle 45 entre carreras 22 y 27b. Barrio Santa Cecilia Municipio de Sincelejo*", por un valor de tres mil cuatrocientos ochenta y cuatro millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil ciento catorce pesos m/cte (\$ 3.484.484.114.00), y un plazo de ejecución de 7 (siete) meses.
2. Para la ejecución del contrato fue designada como supervisora la División Técnica de la empresa Metrosabanas SAS., (en adelante el supervisor). La interventoría (técnica administrativa, financiera y ambiental) la realizó un particular contratado denominado Edwin del Cristo Meza Pineda, ingeniero de profesión.
3. El contrato inició su ejecución el día 5 de agosto de 2022. Durante su ejecución se celebraron 3 prorrogas en tiempo al plazo inicial. La primera en fecha 9 de junio de 2023 (3 meses), la segunda en fecha 20 de octubre de 2023 (60 días) y la tercera en fecha 22 de diciembre de 2023 (45 días). Asimismo, el contrato fue objeto de dos suspensiones, dos prórrogas realizadas a cada una de las suspensiones realizadas, y en consecuencia

2 reinicios de conformidad a las razones expuestas en cada uno de los documentos respectivos.

4. El contratista presentó póliza de garantía única de cumplimiento N° 540-47-994000021100, a favor de la empresa Metrosabanas S.A.S., expedida por la entidad Aseguradora Solidaria, a través de la cual garantizó los amparos de cumplimiento, anticipo, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales y estabilidad y calidad de la obra.
5. El supervisor del contrato radicó ante la dependencia jurídica de Metrosabanas Oficio N° 258 -2024 de fecha 06 de Marzo de 2024, a través del cual actualizó los informes de presunto incumplimiento presentados a través de oficios internos N° 989 – 2023 de fecha 10 de octubre de 2023 y 990 – 2023 de fecha 24 de noviembre de 2023, con el fin que se dé inicio al trámite administrativo sancionatorio de naturaleza contractual contra el contratista de conformidad a las razones fácticas técnicas y jurídicas expuestas en el documento en mención.
6. Por lo anterior, se dio inicio al proceso de incumplimiento contractual y se adelantaron las diferentes etapas procesales, siendo la última audiencia el día 04 de marzo de 2025, en la cual el despacho decidió la presentación de los alegatos de conclusión por escrito.

II. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

A. FALTA DE COMPETENCIA DE METROSABANAS PARA IMPONER SANCIONES UNILATERALMENTE Y DECLARAR UNILATERALMENTE EL SINIESTRO

La entidad pública METROSABANAS S.A.S. carece de competencia para adelantar el presente proceso administrativo sancionatorio y, mucho más, de declarar unilateralmente el incumplimiento y el siniestro amparado mediante el contrato de seguro expedido por la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C; lo anterior, considerando que su naturaleza es la de un establecimiento público cuyo régimen de contratación es de derecho privado.

Lo anterior se fundamenta en cuanto la empresa METROSABANAS es una sociedad por acciones simplificadas con porcentaje de patrimonio público suficiente para considerarse “establecimiento público”, sin embargo, la misma se rige por el régimen privado de contratación. Así entonces, el mismo artículo 86 de la ley 1474 de 2011 estableció que son solo las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública las facultadas para iniciar el procedimiento, así:

*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, 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”.

Sobre el particular, ha sido amplia la jurisprudencia del Consejo de Estado¹ en la que se ha advertido la falta de competencia de las entidades públicas sometidas al derecho privado, frente a la expedición de actos administrativos, entendidos estos como la manifestación UNILATERAL de voluntad de la administración. Esto corresponde a que no hay ninguna norma que habilite a estas entidades para la expedición de actos administrativos, y ni siquiera para adelantar el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, teniendo en cuenta que esta norma indica: (...) *Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento (...)*

Bajo este entendido, no es posible que una entidad sometida al derecho privado, como METRO SABANAS S.A.S., adelante el procedimiento previsto en dicho artículo y mucho menos expida actos administrativos como declaratoria unilateral de incumplimiento o de siniestro.

En el Consejo de Estado se ha consolidado un criterio frente al cuestionamiento de si las entidades estatales sometidas al derecho privado de contratación pueden expedir actos administrativos. **La respuesta ha sido negativa.**

En lo precontractual y en lo que se refiere a las entidades públicas que prestan servicios públicos domiciliarios, ya existe una postura unificada sobre su improcedencia ante la ausencia de una habilitación legal expresa en tal sentido. En lo contractual, en particular frente a la declaratoria del siniestro de las referidas entidades estatales, también existe una posición similar.²

Así entonces, es posible concluir que la división jurídica de la empresa METROSABANAS S.A.S no es autoridad competente para la declaratoria del siniestro con el que se pretende afectar la póliza expedida por la ASEGUADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A.

B. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – INFORME DE INSPECCIÓN TÉCNICA - OFICIO N. 1096-2024

De acuerdo con la lectura de las cláusulas presuntamente vulneradas realizada por la entidad pública, se fijó un incumplimiento contractual del 24.3%, en donde se señaló la inejecución de las obras contratadas a fecha de 7 de febrero de 2024; pese lo anterior, el doctor HUGO LLORENTE PINTO, jefe de división técnica de METRO SABANA S.A.S rindió informe de la

¹ Consejo de Estado, sección tercera, RAD. 36600, 28 de noviembre de 2019. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de septiembre de 2018, expediente 43479- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014, expediente 32611, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en subsección A, sentencia del 9 de julio de 2014, expediente 33831, C.P. (E): Hernán Andrade Rincón.

² SENTENCIA RAD. 60.718 DEL 8 DE ABRIL DE 2024, C.P. MARIA ADRIANA MARIN.

diligencia de inspección técnica llevada a cabo el 20 de septiembre de 2024 al sitio de la obra y de la cual se concluyó el cumplimiento contractual, como se observa:

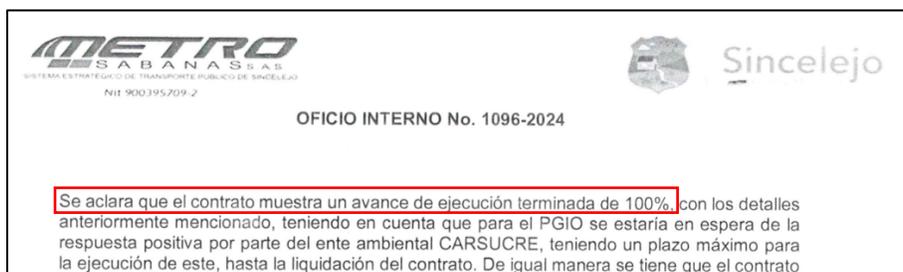
A corte de fecha 24 de diciembre de 2024, la ejecución del contrato debía presentar un avance del 100%. Sin embargo, de acuerdo con las mediciones efectuadas por la División Técnica de Metro Sabanas y teniendo en cuenta el balance N°1, culminada la obra, se presentó un avance de obra terminada correspondiente al 94,21%, presentando una falta de ejecución del contrato del 5,71%.

% DE AVANCE	94.29%
% SIN EJECUTAR	5.71%

Cabe mencionar que la meta del contrato se cumplió, esto a que se encuentran ejecutados 698 ml de los 693 ml que corresponden a la meta.

El contrato presenta una ejecución en su totalidad en sus actividades de posible cumplimiento, en la cual se observa un 5,71% sin ejecutar, lo cual se deriva de unas actividades de imposible cumplimiento de ejecución.

Así, el supervisor del contrato, la División Técnica de la empresa Metrosabanas SAS, concluyó que nos encontramos en presencia de un contrato cumplido al 94.29%, identificando que el 5.71% restante corresponden a actividades de *“imposible cumplimiento de ejecución”*; por lo que el contratista finalizó la obra licitada de conformidad con lo pactado en el contrato N° LP.002-2022 con un porcentaje de ejecución del 100%, tal y como lo reconoce la misma entidad en los siguientes términos:



De forma adicional, el CONSORCIO PAVIMENTO SINCELEJO dejó por sentado en el proceso, que en objeción a dicho informe técnico presentado por Metrosabanas, se debe catalogar el cumplimiento en un 99%; exponiendo lo siguiente:

VALOR EJECUTADO DEL CONTRATO	\$ 3.449.790.657,84
VALORSIN EJECUTAR POR PARTE TECNICA 1%	\$ 34.693.566,16
PORCENTAJE DE AVANCE	99,0%
PORCENTAJE SIN EJECUTAAR	1,0%

el cuadro presentado se puede evidenciar que el porcentaje de ejecución es de un 99.00% cumpliendo así la meta física del proyecto como la pavimentación de más de 693ml, determinando que el restante 1% sin ejecutar son actividades que por la parte técnica, social y de seguridad en la ejecución no se pudieron realizar, tales actividades son corte de terrazas, andenes y demás tareas para realizar la parte urbanística del proyecto, la no ejecución de estas tareas para completar esas actividades está demostrada o consignada en actas de negación con los directos beneficiarios que no permitieron e imposibilitaron la terminación de dichas actividades. Se anexa copia de las actas de negación. (Le recuerdo que las actas de negación y demás explicaciones técnicas fueron enviadas a su correo electrónico el día 4 de diciembre de 2024, que usted me dijo que le enviara ingenierollorete@gmail.com y a los correo de la interventoría "interpavsc@gmai.com y edwinmezap@hotmail.es") le anexo la captura de la imagen del envío de este correo.

Cuando se identificaron como "actividades de imposible cumplimiento", el contratista y el supervisor se refirieron a aquellas obras que se encontraban sujetas a la aprobación de ciudadanos con derecho sobre el bien inmueble a intervenir; por lo que en el componente de paisajismo y urbanismo no se pudo completar los ítems correspondientes a corte de terrazas y/o andenes.

Al respecto, el artículo 86, literal d, de la Ley 1437 establece lo siguiente:

"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, 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:

(...)

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento."

Así entonces, toda vez que dichas actividades no pudieron llevarse a cabo por hechos externos a la voluntad del contratista, y al mismo tiempo, ya se subsanaron los presuntos incumplimientos que dieron inicio al trámite, la entidad no tendrá otra opción que dar por terminado el presente

proceso sancionatorio y declarar el cumplimiento contractual del CONSORCIO PAVIMENTO SINCELEJO quien ejecutó el 100% de las actividades pactadas en el contrato de obra pública.

C. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.

Ruego al presente despacho tener en cuenta la presente excepción con base en los argumentos desplegados por el Representante Legal del CONSORCIO PAVIMENTO SINCELEJO en la audiencia inicial llevada a cabo al interior de proceso, quien indicó que la entidad pública ha incumplido con sus obligaciones al no pagar oportunamente las actividades contractuales, tanto así que a pesar de que existe un avance de alrededor del 94% - 99% del objeto contractual, tan solo se ha cancelado un 43% de la totalidad del contrato, esto es, un 50% menos de lo ejecutado.

Por lo anterior, en el hipotético caso en que se mantengan las condiciones contractuales que existían al momento de la primera audiencia, se configuraría lo que se ha denominado excepción de contrato no cumplido, considerando que dicho incumplimiento afecta de manera grave la ejecución de contrato, ya que afecta la liquidez del contratista al punto de impedir el cumplimiento de las actividades a su cargo en las fechas pactadas inicialmente.

Acerca de esta excepción, debe señalarse que está contemplada en el artículo 1609 del Código Civil, aplicable a los contratos de las sociedades de economía mixta por disposición del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, en los siguientes términos:

“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”.

Con relación a esta excepción, el Consejo de Estado ha aclarado que procede en los contratos estatales aun cuando ésta debe ser armonizada con las normas de derecho público y, por tanto, tienen que cumplirse ciertas características para que se configure. De este modo, se afirmó:

“El artículo 1609 del Código Civil prevé que 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 allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual “la mora de uno purga la mora del otro”, consagra la exceptio non adimpleti contractus, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica. (...) Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La exceptio non adimpleti contractus tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea

*grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones”.*³

En pronunciamiento más reciente, esta Corporación adujo:

*“En materia de contratación estatal no cualquier desatención obligacional de la entidad tiene la virtualidad de situar en estado de incumplimiento al contratista o de conjurarlo. Ello obedece a que, en atención al fin público que se encuentra ínsito en la suscripción de un contrato estatal, el contratista debe procurar satisfacer su objeto en las condiciones inicialmente convenidas, a menos que, en realidad, el apartamiento de las obligaciones a cargo de la entidad lo lleven a un estado de imposibilidad material de cumplirlo, supuesto que en este caso no acaeció”.*⁴

Como se aprecia, para que se predique la excepción de contrato no cumplido en materia estatal, el incumplimiento de la entidad debe ser grave, determinante y trascendente, al punto de situar al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir con sus obligaciones; tal como sucedió en el presente caso; pues la entidad contratante ha incumplido su obligación de pago por las prestaciones adelantadas por el contratista, hasta en un 50% del valor del contrato.

En dicho sentido, en el evento de encontrar un incumplimiento del contratista, es claro que este se derivó del incumplimiento previo de la entidad al no hacer un debido seguimiento del contrato, por lo que se configuraría la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil.

D. INCUMPLIMIENTOS ATRIBUIBLES A LA ENTIDAD PÚBLICA – FALTA DE PLANEACIÓN

Al respecto, debe recordarse que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación Pública deben aplicar los principios generales de la actividad contractual, así:

“las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

³ Consejo de Estado, sección tercera, expediente 24217 de 2013.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. 67690 del 8 de junio de 2022.

Como vemos, el deber de planeación está inmerso en todos los contratos del Estado, cualquiera sea su régimen de contratación. Así lo ha considerado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad.

La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado”⁵.

Así entonces, no cabe duda de que el principio de planeación debe aplicarse en cualquier contrato celebrado por las entidades estatales sin importar su régimen de contratación, lo que implica un adecuado diseño y estructuración de la necesidad que busca ser suplida; una cuantificación de los costos, valores y alternativas de los productos o servicios a contratar; la disponibilidad de recursos y demás elementos que envuelven la correcta ejecución del contrato, en aras de propender por el interés general. Por tal razón, es un principio transversal a los regímenes de contratación estatal y tiene como objetivo evitar la improvisación de las entidades oficiales, así como garantizar los fines de los negocios estatales.

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 27315 del 24 de abril de 2013, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Dentro de este deber, se encuentra inmersa la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación, a luces del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, comoquiera que con ello se pretende: *“(…) reducir la amplitud de esta última (la teoría de la imprevisión) a su mínima expresión. En efecto, mediante la gestión de los riesgos contractuales, las partes buscan identificar todas las situaciones imaginables que pueden afectar la ejecución del contrato, que generen dificultades y sobre costos de las prestaciones originales, para determinar luego cuál de las partes debería soportar las consecuencias”⁶.*

De esta manera, en concordancia con el principio de planeación, las entidades públicas tienen el deber de identificar los riesgos previsible y asignarlos a la parte que mejor lo podría controlar, lo cual está relacionado con el mantenimiento del equilibrio económico, conforme lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008.

En el caso de marras, se han presentado una serie de ítems no previstos que reflejan la falta del deber de planeación, así como mayores y menores cantidades de obra los cuales no constan en la asignación de riesgos que se presentó en el contrato de Obra Pública No. LP-002-2022. De igual manera, se evidenció que la Entidad no contempló que diferentes actividades del componente de paisajismo y urbanismo estaban sujetas a la aceptación de sujetos externos al CONSORCIO, como lo son los ciudadanos que se verían afectados por la ejecución de cortes de terraza y/o andenes.

Al no contemplar dicha situación, le asignó responsabilidades de ejecución al contratista sobre actividades imposibles de llevar a cabo, como bien lo determinó el informe técnico rendido por el Jefe de División técnica de Metrosabanas en calidad de supervisor.

Cabe mencionar que la meta del contrato se cumplió, esto a que se encuentran ejecutados 698 ml de los 693 ml que corresponden a la meta.

El contrato presenta una ejecución en su totalidad en sus actividades de posible cumplimiento, en la cual se observa un 5,71% sin ejecutar, lo cual se deriva de unas actividades de imposible cumplimiento de ejecución.

Pág 7.

Por lo anterior, el presente caso contempla una vulneración a principio de planeación en la obra estatal, toda vez que se omitió la debida categorización e identificación de riesgos y actividades que no pudieron llevarse a cabo por hechos externos a la voluntad del contratista. Así entonces, no podrá declararse una responsabilidad como la del incumplimiento contractual al CONSORCIO PAVIMENTO SINCELEJO el cual, ejecutó el 100% de las actividades pactadas en el contrato de obra pública, tal como se dejó probado en el expediente.

⁶ MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública, 2015, Universidad Externado de Colombia.

E. INCUMPLIMIENTOS ATRIBUIBLES A TERCEROS – HECHOS EXTERNOS

Se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor (contratista). Sin embargo, en el caso concreto, el incumplimiento presentado respecto del componente ambiental del contrato no debe entenderse como una inejecución por parte del Consorcio, pues éste se ha visto imposibilitado con las decisiones que ha tomado recientemente la Corporación Autónoma Regional del Sucre, CARSUCRE.

De acuerdo con el componente ambiental contratado, el contratista ha establecido que existe una resolución de CARSUCRE la cual contempla una serie de parámetros aduciendo en sus descargos lo siguiente: *“la reforestación consta de 700 árboles, para eso se necesitan 3000 m2, además, dicha área debe estar en la zona urbana, teniendo en cuenta que para cada árbol se necesita un metraje cuadrado”*.

Lo anterior, se vio confirmado en el informe técnico rendido por el supervisor del contrato, quien señaló que en el Plan de Gestión Integral de Obra (PGIO), el aprovechamiento forestal deberá ser redirigido de otra forma:

En cuanto a la ejecución del PGIO Con respecto al tema del aprovechamiento forestal fue enviado un oficio de radicado No.7646 de fecha 23 de octubre de 2024 por parte del contratista de obra, donde se hace petición explícita a la entidad para que este aprovechamiento sea dirigido de otra forma y se espera respuesta de este documento de parte de CARSUCRE para darle por terminado el tema Ambiental.

Página 7 de 14

Se aclara que el contrato muestra un avance de ejecución terminada de 100%, con los detalles anteriormente mencionado, teniendo en cuenta que para el PGIO se estaría en espera de la respuesta positiva por parte del ente ambiental CARSUCRE, teniendo un plazo máximo para la ejecución de este, hasta la liquidación del contrato. De igual manera se tiene que el contrato

Así entonces, se tiene que se ha incurrido en un trabajo importante para poder sembrar los árboles, sin embargo, la disposición de CARSUCRE genera un costo importante para la obra contratada, pues si la misma fuera a desarrollarse en el sector rural, se podría cumplir sin contraindicaciones, pero como la obra se encuentra en la urbanidad del municipio, no se previó por la entidad pública una zona donde se pudiera cumplir con la regulación ambiental. Es por ello que debió ser peticionada la solicitud de “redireccionamiento de aprovechamiento forestal de la obra” por parte del contratista a CARSUCRE.

Por lo anterior, se concluye que el presunto incumplimiento que se señala respecto al componente ambiental de la obra, corresponde a las omisiones de estudio de la entidad pública respecto de la zona a intervenir y la ausencia de respuesta obtenida por la Corporación Autónoma Regional del Sucre, CARSUCRE, para el cumplimiento de lo dispuesto en la resolución ambiental correspondiente.

F. FALTA DE PROPORCIONALIDAD DE LA CLAUSULA PENAL

Es importante precisar que, en el remoto e improbable evento en que se llegue a comprobar un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, resulta forzosa la aplicación del principio de proporcionalidad, a fin de adoptar decisiones que se ajusten a los postulados legales y jurisprudenciales que se aplican sobre el particular. Al respecto, el artículo 44 de la Ley 1437/11 dispone:

*“Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y **proporcional a los hechos que le sirven de causa**”.*

Así mismo, el artículo 1596 del Código Civil hace referencia al principio de proporcionalidad y su aplicación, de la siguiente manera:

*“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**”.*

Igualmente, el artículo 867 del Código de Comercio también hace referencia al principio de proporcionalidad en los siguientes términos:

*“**ARTÍCULO 867. <CLÁUSULA PENAL>**. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.*

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”.

Al respecto, se hace necesario aclarar que la cláusula penal es una estipulación pactada de común acuerdo por las partes del contrato, con el objeto de fijar anticipadamente el valor de los perjuicios en caso de un incumplimiento por cualquiera de ellas, cuyo efecto jurídico más importante es que exime a la parte cumplida de la obligación de demostrar la cuantía de la indemnización.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, el Código Civil estableció una fórmula que permite graduar la misma en función del porcentaje de ejecución del contrato. Lo anterior, con el objeto de evitar que se produzca un enriquecimiento sin causa a favor de la parte que hace efectiva la mencionada estipulación. No obstante, frente a las dos disposiciones citadas, las cuales son

propias de la jurisdicción ordinaria civil, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁷ ha sostenido:

“Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan unadoble 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. Al respecto expone Claro Solar:

“Dice el art. 1539 que ‘si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal’

“Esta disposición tiene su fundamento en la equidad. El deudor no puede pagar al acreedor, contra la voluntad de éste, una parte de su deuda, aunque ésta sea divisible; y por consiguiente, los efectos de pago parcial no pueden libertarlo de parte alguna de la pena estipulada en caso de inejecución. Pero, si el acreedor acepta recibir la parte que el deudor le ofrece, el deudor tendrá el derecho que la ley le reconoce para que, si el acreedor le exige la pena, se rebaje esta proporcionalmente a la parte que el deudor ha pagado de la obligación primitiva

“Nuestro Código da en este caso al deudor el derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada; de modo que no depende del arbitrio del juez o no esta rebaja, ni hacer una rebaja arbitraria y antojadiza, sino que tiene que hacerla guardando proporción entre la parte de la obligación principal que ha sido cumplida y la parte aún no ejecutada; de modo que si el deudor ha ejecutado la mitad o más o menos la mitad de la obligación principal deberá rebajar la mitad de la pena; si la tercera parte de la obligación principal, la tercera parte de la pena.

(...)

“Naturalmente, el juez tendrá que resolver las controversias que se susciten entre las partes sobre la proporcionalidad que debe observarse en la reducción de la pena en caso de ejecución parcial de la obligación principal, como toda cuestión que entre ellos se produzca, pero la disposición de nuestro Código es más equitativa, porque reduce a términos muy restringidos lo arbitrario del juez”.

Como se evidencia, con fundamento en las normas previamente citadas, el Consejo de Estado ha reconocido la necesidad de proporcionar y disminuir la sanción penal en concordancia al porcentaje de obra ejecutada, a luces del principio de equidad.

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

Conforme lo anterior, en el hipotético y remoto evento en que se encuentre un incumplimiento imputable al contratista, la cláusula penal debe calcularse proporcionalmente al avance de obra, el cual se cuantificó entre el 94%-99% por parte de los documentos aportados al proceso por parte del contratista y del supervisor del contrato. Así las cosas, el valor de la cláusula penal deberá reducirse conforme al porcentaje ejecutado por el contratista y disminuirse en dicha proporción.

G. FALTA DE ACREDITACIÓN DE PERJUICIOS ASOCIADOS

Si bien la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios, los perjuicios adicionales deben acreditarse y, en este caso, no se han acreditado, desconociendo así el art. 1077 del C. Co., el cual establece que se deben acreditar los perjuicios y su cuantía. Así lo ha mencionado el honorable consejo de Estado:

“No obstante, no basta con la mera realización del riesgo -ocurrencia del siniestro-, sino que, por expresa disposición legal (artículo 1077 del Código de Comercio), hace falta que el asegurado demuestre ese hecho y también la cuantía de la pérdida originada en aquel. Como se observa, la carga que se ubica en cabeza del asegurado no se limita a que afirme que el riesgo ha ocurrido y a que señale una determinada cifra a título de perjuicio o a que realice una mera liquidación; la carga consiste en demostrar efectivamente ambas cosas.

Entonces, si a la exigibilidad de la garantía pretende llegarse a través de la expedición de un acto administrativo, ello supone que en tal acto la entidad pública contratante deba cumplir con la acreditación de ambos supuestos, pues, aun cuando se admita que tiene competencia para proferirlo, ello no la releva de la carga de demostrar lo que exige la ley comercial para el surgimiento de la obligación de pago de la indemnización en cabeza de la aseguradora. Otra cosa es que, al quedar contenida tal decisión en un acto de esa naturaleza, quede cobijada por la presunción de legalidad, lo que impone suponer que la decisión está basada en el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para ello; sin perjuicio, claro está, de que pueda ser desvirtuada por vía judicial.⁸

Por lo anterior, en el hipotético evento de declarar el incumplimiento contractual al CONSORCIO PAVIMENTO SINCELEJO, no se podrá imponer indemnización correspondiente a valores señalados como “perjuicios asociados”, toda vez que no existe en el expediente prueba alguna que permita determinar la ocurrencia, la certeza, la cuantía ni ninguna otra característica del perjuicio que se alega.

⁸ Sentencia Consejo de Estado, Sección tercera, RAD. 54911, 23 DE SEPT. DE 2022.

H. NO PROCEDENCIA DE LA AFECTACION DEL AMPARO DE CUMPLIMIENTO POR INEXISTENCIA DE INIMPUTABILIDAD DEL CONTRATISTA POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO

En virtud de lo establecido en la normatividad legal que regula lo pertinente a la contratación estatal, se expidió la póliza de cumplimiento estatal a por parte del CONSORCIO PAVIMENTO SINCELEJO a favor de METROSABANAS S.A.S. En virtud de ello, en las condiciones generales aplicables al mencionado seguro que son de conocimiento y aprobación por las partes, se estableció para el amparo de cumplimiento lo siguiente:

1.2 AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE DE LOS PERJUICIOS DIRECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS DEL CONTRATO, ASÍ COMO DE SU CUMPLIMIENTO TARDÍO O DE SU CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO, CUANDO ELLOS SON IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO, LOS DAÑOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA POR ENTREGAS PARCIALES DE LA OBRA, CUANDO EL CONTRATO NO PREVÉ ENTREGAS PARCIALES, ADEMÁS DE ESOS RIESGOS, ESTE AMPARO COMPRENDERÁ EL PAGO DEL VALOR DE LAS MULTAS Y DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA QUE SE HAYAN PACTADO EN EL CONTRATO GARANTIZADO.

Así las cosas, es necesario que se presenten los siguientes presupuestos para poder afectar la mencionada póliza de cumplimiento:

1. Que se genere un perjuicio a la Entidad Contratante
2. Que exista un incumplimiento total o parcial, tardío o defectuoso del contratista garantizado
3. Que dicho perjuicio esté directamente relacionado con el incumplimiento total o parcial, tardío o defectuoso
4. Que dicho incumplimiento le sea imputable al contratista garantizado.

Sin embargo, como se encuentra probado en el presente proceso, no se evidencia un incumplimiento contractual frente las obligaciones de CONSORCIO PAVIMENTO SINCELEJO que se encontraban pactadas en la licitación de obra pública; así como también se evidenció que lo que se encuentra faltante en el contrato corresponde a actividades de imposible cumplimiento y a la intervención necesaria de un tercero, como lo es CARSUCRE. De igual forma, no hay prueba en el proceso que identifique los perjuicios causados a la entidad contratante frente al presunto incumplimiento contractual.

Por lo anterior, se concluye que en el caso de marras, no se han cumplido los presupuestos necesarios contemplados en el amparo de cumplimiento, para que se proceda a la cobertura

material de la póliza de garantía única N. 540-47- 994000021100, impidiendo la afectación de la misma para el presente proceso sancionatorio.

I. LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO

En gracia de discusión y 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 en concreto se establecieron unos límites, 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 dicha suma, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir decisión en contra del asegurado.

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.

ARTÍCULO 1079. <RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA>. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074.

Asimismo, las condiciones generales que fueron conocidas y aprobadas por la administración, disponen que:

CAPITULO III - CONDICIONES APLICABLES A TODO EL CONTRATO

1. SUMA ASEGURADA

LA SUMA ASEGURADA DETERMINADA PARA CADA AMPARO EN LA CARÁTULA DE ESTA PÓLIZA, DELIMITA LA RESPONSABILIDAD MÁXIMA DE LA ASEGURADORA EN CASO DE SINIESTRO.

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 garantía única de cumplimiento N. 540-47- 994000021100, se indicaron los límites para los diversos amparos pactados, de la siguiente manera:

GIRO DE NEGOCIO: CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA			
DESCRIPCION AMPAROS CONTRATO	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
CUMPLIMIENTO	05/08/2022	07/01/2024	348,448,411.40
ANTICIPO	05/08/2022	07/01/2024	1,045,345,234.20
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E IND ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA	05/08/2022	07/09/2026	348,448,411.40
		VER NOTA ACLARATORIA	348,448,411.40

Como se probó con el clausulado del documento aportado, si se presentaran otras reclamaciones o demandas para obtener indemnizaciones que afecten la póliza de seguro, se entenderá como una sola pérdida y la obligación de mi representada está limitada a la suma

asegurada, conforme a lo dispuesto en los Arts. 1079 y 1089 del Código de Comercio. Es decir, el límite global del valor asegurado por vigencia anual se reducirá en la suma de los montos de las indemnizaciones pagadas. La suma indicada en la carátula de Póliza, en el amparo de "Cumplimiento" corresponde a \$348.448.411,40 pesos.

De este modo, en ningún caso y por ningún motivo la responsabilidad de la compañía puede exceder este límite durante la vigencia, aunque durante el mismo periodo ocurran uno o más siniestros. De conformidad con estos argumentos, respetuosamente solicito declarar probada la excepción planteada en favor de los derechos e intereses de mi procurada.

J. COMPENSACIÓN

De conformidad con el clausulado aplicable a la póliza de garantía única de cumplimiento N. 540-47- 994000021100, en los casos en donde se evidencie un incumplimiento de lo contratado respecto al deudor (contratista) y se pretenda el pago de indemnización; pero en donde se evidencie que el acreedor (entidad contratante) se encuentre pendiente de pagos por cualquier concepto frente al deudor, se aplicará la compensación.

El clausulado lo estableció de la siguiente forma:

INCUMPLIMIENTO Y CUANTIFICARA EL MONTO DE LA PÉRDIDA Y/O HARA EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL, SI ELLA ESTÁ PACTADA Y ORDENARA SU PAGO TANTO AL CONTRATISTA COMO AL GARANTE.

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.

Por lo anterior, en el remoto evento de declararse incumplido el contrato estatal N. 002-2022, se deberá proceder con la compensación correspondiente conforme la ausencia de pagos por parte de la entidad contratante frente al Consocio Pavimentos Sincelejo, la cual disminuirá la indemnización en el monto de las acreencias.

IV. SOLICITUD

De conformidad con lo expuesto en precedencia, solicito a la División Jurídica de MATROSABANAS S.A.S, se sirva

PRIMERO: DECLARAR TERMINADO el proceso administrativo sancionatorio que pretende la declaratoria de incumplimiento del contrato de obra pública No. LP.002-2022, cuyo objeto es: "Mejoramiento de vial de la calle 45 entre carreras 22 y 27b. Barrio Santa Cecilia Municipio de Sincelejo", celebrado entre Entre la empresa Metrosabanas S.A.S y el Consorcio Pavimento de Sincelejo, identificado con Nit 901.606237- 9, representado legalmente por el señor Camilo

Ernesto Gastelbondo Pastrana.

SEGUNDO: DESVINCULAR a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, teniendo en cuenta todas y cada una de las excepciones y argumentos planteados frente a la póliza de garantía única de cumplimiento N. 540-47- 994000021100, declarando probada la falta de competencia para establecer el siniestro, la falta de cobertura temporal, la no procedencia de afectación al amparo de cumplimiento, los límites pactados y la compensación.

V. NOTIFICACIONES

Mi procurada y el suscrito, en la carrera 11 #94A - 23, Oficina 201 de la ciudad de Bogotá.

Email: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



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.