Señor (a)

**Olga Lucia Rivero Diaz**

**Secretario General**

INSTITUTO DE PLANIFICACIÓN Y PROMOCIÓN DE SOLUCIONES ENERGÉTICAS PARA LAS ZONAS NO INTERCONECTADAS (IPSE)

**E. S. D.**

**PROCESO: ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO**

**REFERENCIA: CONTRATO DE OBRA No. 322-2023**

**CONTRATANTE: IPSE**

**CONTRATISTA: CONSORCIO SOACUN**

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

De manera respetuosa, manifiesto comedidamente que procedo, a presentar los correspondientes **DESCARGOS** con los fundamentos fácticos y jurídicos que se esgrimen a continuación:

1. **FRENTE AL FONDO DEL ASUNTO.**
2. **EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO POR PARTE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE, IPSE.**

Se propone esta excepción teniendo en cuenta que la entidad contratante realiza un vago análisis frente al supuesto incumplimiento del contratista, sin tan siquiera darse cuenta que ha incumplido sus obligaciones, esto toda vez que el contratista ha ejecutado en gran parte el contrato y no ha recibido contraprestación alguna pese haber radicado ya una cuenta de cobro. 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 la caducidad 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 la caducidad.

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 trascrito 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 su caducidad[[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 IPSE incumplió con sus obligaciones propias y puso en incumplimiento al contratista, en todas las etapas de ejecución del contrato. Pues de acuerdo con lo señalado por el contratista, este ha ejecutado más del 50% del contrato sin embargo la administración no ha realizado el pago frente a estas obligaciones, asumiendo el contratista de su propio pecunio todas y cada una de las actividades a las que se obligó.

El contratista ha cumplido con sus obligaciones, sin embargo las pocas obligaciones que se encuentran pendientes son por falta de ejecución de la misma entidad contratante y de la interventoría esta última quien debe aprobar los ítems antes de ser ejecutados, situación que pone al contratista a esperar los avales y en varias ocasiones se demoran demasiado tiempo recayendo esta demora en el contratista. Por lo que nótese que no ha sido falta de voluntad del contratista ejecutar el poco y nada restante de las obligaciones que están pendientes.

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 dispuesta a cumplir sus obligaciones pese a la demora injustificada de la Ipse para realizar el pago acordado por la ejecución de las actividades por parte del contratista.

Luego, al acreditarse que el incumplimiento de las obligaciones fueron del contratante, lo que, sin duda alguna incidió en el retraso de las obligaciones asumidas por el Consorcio, 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 la 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 No. 322-2023, adelantado por la IPSE, no cumplió con los presupuestos legales exigidos por la ley. Toda vez que en primer lugar, no señaló de forma clara y concreta frente a cada obligación cual fue el supuesto incumplimiento por parte del contratista, así como tampoco determinó con claridad lo que a la fecha estaba o no ejecutado frente a cada obligación, es decir era oportuno que la administración realizara un estudio juicio y determinara que es lo que hace falta por ejecutarse y cuáles son los incumplimientos del contratista. Pues no puede de manera anticipada de terminar que existe un presunto incumplimiento cuando no ha realizado el estudio juicio y análisis del asunto en concreto. Por otro lado, nótese como no se hace una cuantificación detallada de los supuestos perjuicios causados a la administración, solo se señala un monto de dinero correspondiente a la suma de $147.566.815 sin indicar por lo menos cual fue la liquidación que utilizó o cuales fueron los métodos para llegar a este valor. Máxime cuando no ha tenido en cuenta el porcentaje de ejecución del contratista el cual equivale a más del 50%, por lo que la liquidación que realiza es a todas luces errada, pues no puede tomar al 100% lo establecido en la clausula 14 multas del contrato como si el contratista no hubiese ejecutado nada, es decir el 0%, pues estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa, pues como hemos notado a lo largo de este proceso, el contratista ha demostrado que ha ejecutado la mayoría de las obligaciones propuestas en el contrato. Contrato que ha sufrido varias modificaciones lo cual deja en total evidencia la falta de planeación de la Administración, sin embargo el contratista ha realizado las obligaciones como el interventor y la administración lo ha sugerido. La administración no puede pasar por alto los principios de la administración pública y determinar deliberadamente un monto de dinero sin especificar al contratista como y porque lo determinó. Es decir que no existe una verdadera congruencia en el escrito de citación donde determine con claridad frente a cada obligación cual fue el incumplimiento ni mucho menos la determinación clara y detallada de los perjuicios que reclama.

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 de la CONTRATISTA ni mucho menos frente a cada obligación cual fue el incumplimiento, solo se hizo un análisis general obviando que en el contrato de obra se pactaron varias obligaciones tanto generales como específicas, existiendo una diferencia de criterio respecto del porcentaje de las **actividades ejecutadas a la fecha**, toda vez que el contratista señala que ha ejecutado más del 50% del contrato a pesar de las múltiples adversidades que ha presentado la entidad contratante, pues la falta de planeación ha conllevado que el contratista asuma costos adicionales, evidenciando que no existe incumplimiento.

De esta manera, si la IPSE ni siquiera tiene claro cuáles fueron los incumplimientos referentes a cada actividad u obligación pactada en el contrato de obra, mucho menos va a tener calidad del porcentaje de incumplimiento, porque no tiene instrumentos para cuantificar los mismos. 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 determinación clara del supuesto incumplimiento frente a cada obligación pactada en el contrato de obra No. 322-2023, la cual finalmente es vinculante para el contratista, pues no olvidemos que este se obliga a cumplir únicamente lo estipulado en el contrato, así como no determinó por qué hace efectiva el 100% de lo pactado en la multa cuando el mismo es totalmente improcedente pues debió calcularse sobre el porcentaje no ejecutado, sin embargo como ya lo mencione anteriormente la administración no tiene clara el porcentaje de ejecución o inejecución por lo que no tiene claro que porcentaje de multa va aplicar.

Adicionalmente, es menester indicar que el literal A del artículo 86 de la Ley 1474 establece que:

**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:

a) 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, atendida 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;

Del texto anterior se evidencia que la citación debe estar acompañada por el informe de interventoría sin embargo el mismo brilla por su ausencia toda vez que no se aportó ningún informe de interventoría que soporte la citación a un posible incumplimiento. Lo que existe en el plenario son unos oficios enviados por el interventor en el que informa a la Administración de un posible incumplimiento por parte del contratista sin embargo el mismo se encuentra muy lejos de asemejarse a un informe, pues no cuenta con el estudio detallado, determinación de perjuicios, porcentaje de incumplimiento, llamados al contratista para la ejecución del contrato, es decir no hay evidencia del seguimiento que debe realizar el interventor al contratista. Únicamente se denota unos cuadros con los supuestos incumplimientos y unas notas del interventor y fue los que usó la administración para erróneamente justificar la apertura del presente proceso sancionatorio, por lo que respetuosamente se solicita se declare la nulidad del proceso pues no cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

1. **LA CITACIÓN AL PROCESO DE INCUMPLIMIENTO FRENTE A LA MULTA NO GUARDÓ NINGÚN RESPETO POR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN, OBLIGATORIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.**

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 IPSE**, señala una multa desproporcionada, 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 SOACUNhabía supuestamente incumplido.

Recordemos que la cláusula de multa 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.

Por su parte Escobar Gil[[5]](#footnote-5),le otorga a las multas el carácter de sanción coercitiva, según se puede concluir con la lectura de sus argumentos: “A. SANCIONES COERCITIVAS: MULTAS. Las sanciones coercitivas consisten en unas medidas que puede adoptar la Administración en forma unilateral para constreñir, compulsar o apremiar al contratista a que se allane al cumplimiento de sus obligaciones. Fundamento legal de esta modalidad sancionatoria, se encuentra en el artículo 18 inciso 2 de la ley 80 de 1993, que inequívocamente le atribuye la facultad a la Administración, en caso que decida abstenerse de declarar la caducidad, de adoptar las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contractual. Esta norma se refiere a sanciones coercitivas que precisamente tienen por objeto que la administración intervenga o actúe sobre el contratista para compulsarlo coactivamente al cumplimiento del contrato. El prototipo de las medidas coercitivas son las multas”.

El doctrinante en comento20, retomando a De Cupis indica: “la existencia de un incumplimiento es la condición básica para que se puedan aplicar las sanciones contractuales. El concepto jurídico de incumplimiento resulta de su comparación con el de cumplimiento, o de su relación con éste por vía negativa. Cuando el deudor adecúa su conducta a las prestaciones que constituyen el objeto de sus obligaciones, satisface el interés jurídico del acreedor, configurándose el cumplimiento que produce como efecto la extinción de la obligación. A contrario sensu, cuando la conducta del deudor es contraria al contenido de la prestación, opera el fenómeno del incumplimiento, por falta de ejecución o ejecución inexacta de la prestación.”.

Teniendo en cuenta que la multa constituye una tasación anticipada de perjuicios, 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. Es por ello que el artículo 1596 del Código Civil, consagra:

“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”.

En el mismo sentido, el artículo 867 del Código de Comercio, establece:

“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”.

Frente a las dos disposiciones citadas, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido:

“Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble 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.”[[6]](#footnote-6)

Las normas transcritas consagran el principio de proporcionalidad en materia de sanciones, que aplica completamente a los contratos y convenios estatales por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias expresamente reguladas por la mencionada ley. Es importante indicar que la norma citada aplica de manera indirecta al contrato de seguro, en la medida que **la aseguradora por expresa disposición del numeral 5.1.4.2.3 del Decreto 734 de 2012, está obligada a pagar el monto de la multa impuesta al contratista garantizado, en la medida que la misma se encuentre pactada en el contrato garantizado.**

**De conformidad con lo indicado, la multa se tiene que hacer efectiva en proporción al incumplimiento del contratista, por cuanto si se hace efectiva en un porcentaje mayor se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad estatal contratante**.

En conclusión, con base en estos fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinales, se puede indicar que la multa es una tasación anticipada de perjuicios que pactan las partes del contrato privado al igual que en los contratos estatales, que se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 1596 del Código Civil, y, en consecuencia, la misma sólo puede hacerse efectiva en proporción al porcentaje de incumplimiento del deudor, que se pruebe dentro del proceso, es decir no podrá tasarse ni mucho menos adjudicarse sin haber tenido la certeza de que el contratista incumplió las obligaciones pactadas en el contrato de obra **No. 322-2023.**

De esta manera, al descender al caso en concreto es apenas lógico que, a pesar de que el IPSE fue incapaz de demostrar con criterio técnico el porcentaje de incumplimiento, lo único cierto es que el **CONSORCIO SOACUN** cumplió con el contrato de obra celebrado hasta donde la entidad contratante le permitió, lo que le da la totalidad del derecho de que la multa aplicada, en caso de encontrarse justificado el incumplimiento, pueda ser reducida considerablemente, pues es evidente que una potestad arbitraria como la que impone esta Administracion**,** 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 al señalado en el acto administrativo hoy recurrido.

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 **CONSORCIO SOACUN** 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 IPSE.

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.

1. **FRENTE AL CONTRATO DE SEGURO**
2. **EN EL SEGURO DE INCUMPLIMIENTO PÓLIZA DE GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES No. 480-47-994000049618 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. Dicha estipulación 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 IPSE** que como se ha mencionado, se encuentra acreditado que el contratista, ha dado cumplimiento a la ejecución del contrato de obra No. 322-2023. 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 CONSULTOR, 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 **CONSORCIO SOACUN** 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.

Principalmente, se tenga en cuenta los requisitos que se requieren para efectuarse el pago, si es que remotamente este es atribuido a mi representada. Tales como la resolución, la certificación bancaria no mayor a 30 días de donde se puede efectuar el pago. Constancia de que no se le adeuda ninguna suma al contratista.

1. **COMPENSACIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO**

Es menester señalar que, en el evento, en el cual haya saldos adeudados al contratista, no puede verse afectada la Póliza por cuanto habría operado la compensación. En ese sentido, es necesario traer a colación el artículo 1714 del Código Civil que señala lo siguiente:

“**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”.

De igual forma la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 16 de septiembre de 2005, ha señalado:

“**Requisitos legales de la compensación.**  La Sala considera que se dan los requisitos legales de la compensación, que según los artículos 1714 y 1715 del Código Civil son:

1. Que dos personas sean deudoras una de otra.

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

2. Que ambas deudas sean líquidas.

3. Que ambas sean actualmente exigibles.

(…)

Para que opere la compensación debe haber obligaciones mutuas y previas e identidad de partes, lo cual excluye la existencia de la obligación de un tercero, **de manera que cumplidos los requisitos de la compensación se extinguen ambas obligaciones**”[[7]](#footnote-7)

En conclusión, si en el presente asunto llegare a producirse un saldo a favor del contratista, la Póliza de Cumplimiento, no podrá verse afectada, en tanto se debe aplicar la compensación, en virtud del artículo 1714 del Código Civil y la cláusula décimo séptima del Condicionado General, la cual fue expresa en señalar que si al momento de la reclamación judicial o extrajudicial del siniestro, la entidad contratante asegurada fuese deudora del contratista se deberán compensar los valores adeudados.

1. **PETICIONES**

De acuerdo con lo expuesto, respetuosamente se solicita AL **INSTITUTO DE PLANIFICACIÓN Y PROMOCIÓN DE SOLUCIONES ENERGÉTICAS PARA LAS ZONAS NO INTERCONECTADAS (IPSE)** que:

:

**PRIMERO:** La terminación del presente trámite por no hallarse probada la imputación de incumplimiento, o en su defecto, la exoneración de responsabilidad por la verificación del cumplimiento por parte del contratista, como quiera que el contratista fue diligente al cumplir con todas las obligaciones a las que se obligó.

**SEGUNDO:** Por otra parte, en caso de que la entidad estatal considere que sí hubo un incumplimiento por parte del contratista **SOACUN.**, comedidamente solicito que mi procurada sea desvinculada y exonerada de condena alguna de Acuerdo 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.480-47-994000049618.

####  **NOTIFICACIONES**

Al suscrito en la Avenida 6 A Bis No. 35N–100 Oficina 212 de la ciudad de Cali (V); correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá

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. ESCOBAR GIL, Op. Cit., p. 367 y s.s. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de septiembre de 2005. Rad. 1998-13220. M.P: Jaime Alberto Arruba Palcar. [↑](#footnote-ref-7)