**Audiencia de presunto incumplimiento sancionatorio**

Contrato de Obra Pública No. 1.310.02-59.8-0581

**Contratante:** Departamento del Valle

**Contratista:** Consorcio vías del Valle

**Objeto del contrato:** Mejoramiento a nivel de subrasante en las vías para la paz de cuatro municipios del Dpto del Valle

**Valor del Contrato:** $5.219.088.659

**Plazo contrato:** 6 meses.

**Inicio:** 11 de febrero de 2022

**Suspensión del contrato:** 01 de junio hasta 30 de agosto de 2022

**Reinicio contrato:** 31 de agosto de 2022.

**Plazo nuevo:** hasta 19 de febrero de 2023

**Firma del contrato:** 23 de diciembre de 2021

**Interventor:** Martínez & Manrique Arquitectura e Ingeniería S.A.S.

**Resolución No. 1.310.02-59.8-0356 del 02 de septiembre de 2021:** Se adjudicó el contrato al Consorcio Vias del Valle.

**Anticipo:** Se entrega el 30% (la iniciación de las obras no está supeditadas en ningún caso a la entrega del anticipo

**Forma de pago:** Previa presentación de las actas parciales de ejecución del contrato debidamente aprobadas por la interventoría.

**Amortización total:** Por lo menos 1 mes antes del vencimiento del plazo contractual siempre y cuando el plazo inicial no supere los 6 meses.

**Obligaciones generales del contratista**: Clausula 9

**Cláusula Penal (clausula 15):** hasta el 10% del valor del contrato ($521.908.865)

La cláusula permite el descuento correspondiente de los saldos a él adeudados previo retención de tributos, saldos a favor o se hará efecto el amparo de cumplimiento de la garantía.

**Indemnización de perjuicios al contratante:** Hasta el 10% del valor del contrato.

**Cláusula 28. Solución de controversias.** Arreglo directo en un término no mayor a 5 días hábiles a partir de la fecha de cualquiera de las partes comunique por escrito a la otra la existencia de una diferencia.

**Constancia secretarial 10 de mayo de 2024:**

Resuelve revocatoria directa el 17 de octubre de 2023

**17 de mayo de 2023**: Se decidió propuesta de arreglo solicitada por el Grupo IS dentro del proceso incumplimiento.

**Oficio No. 02 de mayo de 2024**

Consorcio: 50% grupo SS, 40% Lacides Segovia y 10% el Grupo IS

1. Localización Florida: intervención 5,78 km
2. Localización Pradera: intervención 4,16 km
3. Localización Roldanillo – El Dovio: $6,12 km

**Informe de interventoría:**  29 de abril de 2024. Oficio VR4-131-A-2024: Contratista no realizó pagos de salarios, prestaciones, liquidación, seguridad social y aportes legales, así como también, cuentas de cobros por parte de personal profesional y pago a proveedores. Está pendiente la entrega de la documentación para el cierre y liquidación del contrato, incluyendo los soportes de consignación de los rendimientos financieros del anticipo. Se encuentra pendiente la devolución de la indexación del anticipo.

* Se adeudan pago de salarios, prima y liquidación a Henry Castro Agudelo
* Se adeuda pago de facturas a Luis Mario Jaramillo
* El 23 de mayo de 2023 el Consorcio realizó devolución de $1.565.726.598 por concepto de anticipo. (**sin indexación). Se adeuda $227.813.220**
* Pendiente las acciones para liquidar el contrato.
* Pendiente soportes de pago de los rendimientos financieros

**Recomendación interventoría:** Cobrar la cláusula penal o cualquier otra sanción que en su autonomía considere pertinente por $521.908.865

**Póliza:** CBC 100033048

**Vigencia:** 23 de diciembre de 2021 a 10 de marzo de 2023 (anexo No. 3) - **prórroga**

**Amparo:** Cumplimiento, Buen Manejo de Anticipo, Salarios y estabilidad de la obra

**Modalidad:** Ocurrencia

**Valor máximo:**

* **Cumplimiento:** $521.908.865
* **Buen Manejo de Anticipo:** $1.565.726.597
* **Prestaciones sociales:** $260.954.432

**Deducible:** No aplica

**Coaseguro:** No aplica

**Tomador:** Consorcio Vías Del Valle

**Asegurado:** Departamento del Valle

**Beneficiario:** Departamento del Valle

**Retroactividad:** No aplica

**Póliza:** CBC 100004725 RCE

**Vigencia:**

**Amparo:**

**Modalidad:**

**Valor máximo:**

**Deducible:**

**Coaseguro:**

**Tomador:**

**Asegurado:**

**Beneficiario:**

**Retroactividad:**

1. **NO SE HAN MATERIALIZADO LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS**

Presuntamente el contratista no cumplió con la obligación de suministrar los documentos necesarios para la liquidación del contrato. Sin embargo, si nos remitimos al contrato, esta obligación no se encuentra especifica, de acuerdo con la cláusula 9. Tanto en las obligaciones generales como en las particulares, no se encuentra expresamente que el contratista deba cumplir con la obligación supuestamente incumplida y que da origen al proceso sancionatorio.

Ahora, frente a la indexación del anticipo debe indicarse, respetuosamente, que es una interpretación extensiva e infundada de la entidad contratante. La obligación del contratista es amortizar el anticipo con el pago de las actas de obra, es decir, finalmente es un dinero que se está dando antes y que debe invertirse en la obra, no devolverse a la entidad, por lo cual no tiene fundamento indexarlo.

Esencia del anticipo: *Se itera que la regla general es que estas sumas se utilicen para cubrir los gastos que tiene el contratista al principio del contrato e impulsar la obra (*CE)

El dinero del anticipo se amortiza con las entregas de las obras por lo que es improcedente que deba indexarlo, pues el dinero dado fue invertido en la obra.

1. **AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTOS GRAVES QUE HAYAN AFECTADO GRAVEMENTE EL OBJETO CONTRACTUAL**

Para comenzar, es necesario advertir sin mayor dudas que los presuntos incumplimientos imputados al contratista no son graves, ni afectaron de manera directa la ejecución del Contrato de Obra 1.310.02-59.8-0581, de modo tal que no se ha causado perjuicio alguno a la entidad contratante, lo que torna imposible la aplicación de la cláusula penal.

Así las cosas, sin ánimo de reconocer incumplimientos por parte del contratista, por cuanto mi representada desconoce las condiciones en que se ha venido ejecutando el contrato, debe señalarse que para aplicar la cláusula penal y/o cualquier otra potestad exorbitante, es necesaria la acreditación de una posible afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con la contratación, no obstante, se evidencia que los presuntos incumplimientos no afectan en lo absoluto la ejecución del contrato. De hecho, se evidencia que el contrato se ha venido ejecutando en su totalidad y los presuntos incumplimientos como el pago de salarios de 1 solo trabajador, de 1 sola factura a un proveedor y la entrega de información financiera no tienen el carácter de grave ni la virtualidad de paralizar el servicio público.

Como sustento de la hipótesis que se plantea, es importante recordar que la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios que se pacta en caso de un incumplimiento parcial o total de las obligaciones a cargo de cualquiera de las partes, y se encuentra prevista en el artículo 1592 del Código Civil, en los siguientes términos: *“ARTICULO 1592. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.*

Con base en la anterior definición, el Consejo de Estado ha diferenciado entre las multas y las cláusulas penales, indicando que las primeras tienen naturaleza conminatoria, mientras que las segundas corresponden a una tasación anticipada de perjuicios y, en virtud de ello, **su naturaleza es indemnizatoria**. Bajo esta óptica, con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, dicha Corporación ha establecido que la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios que, si bien libera a la parte de cumplida de acreditar su ocurrencia y cuantía, **esto no supone que se imponga sin la existencia de perjuicios.**

Entonces, queda claro que la naturaleza de la cláusula penal es la de indemnizar los perjuicios causados por un incumplimiento parcial o total de las obligaciones y, aun sin que sea necesario acreditar su ocurrencia y cuantía al ser una tasación anticipada de perjuicios, **debe avizorarse al menos la existencia de dicho perjuicio**, de modo contrario, se estaría desconociendo la naturaleza indemnizatoria de esta estipulación contractual.

Aunado a lo anterior, para el Consejo de Estado, **la imposición de la cláusula penal procede ante un incumplimiento severo y grave de las obligaciones**, en los siguientes términos:

De acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal “(…) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.” Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón **al acaecimiento de incumplimientos parciales**; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, **es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio**[[1]](#footnote-1)**.**

En pronunciamiento más reciente, esta corporación reiteró que la cláusula penal procede ante incumplimientos severos y graves de las obligaciones contractuales, pues corresponde a una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato. En estos términos, adujo:

la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, **a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato**, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones

“…

“Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio*[[2]](#footnote-2)*

Así pues, la imposición de una cláusula penal solo procede ante incumplimientos serios y graves de las obligaciones y, ello es así, porque mediante esta se tasan anticipadamente los perjuicios causados en el evento de: i) una declaratoria de caducidad o ii) una declaratoria de incumplimiento definitivo, potestades unilaterales de las que están investidas las entidades estatales sometidas al EGCP, para el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios que se pretende asegurar con la contratación, a luces del numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que indica:

ARTÍCULO 14.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, **con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación**, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado*”.*

Conforme a lo anterior, se tiene que la cláusula penal sólo es procedente ante incumplimientos severos y graves de las obligaciones contractuales y, en la misma medida, **en el evento de que exista un perjuicio a la parte cumplida**, dada su naturaleza de tasación anticipada de perjuicios.

Una vez aclarado lo anterior, vemos que los presuntos incumplimientos no han afectado gravemente el objeto contractual, ni el interés público que se pretende asegurar con la contratación, considerando que el objeto contractual es: *“*Mejoramiento a nivel de subrasante en las vías para la paz de cuatro municipios del Dpto del Valle*”* y, precisamente, dicho objeto se ha cumplido a cabalidad, pues como bien lo reconoce el supervisor en su informe, ya se finalizó la obra.

1. **SE HA ADELANTADO ESTE PROCESO SANCIONATORIO INOBSERVANDO 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 1.310.02-59.8-0581 adelantado por la Gobernación del Valle, 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:

(…) 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 determinaron los cargos, nunca se identificó de forma clara, precisa, técnica y más allá de toda duda razonable, el porcentaje de incumplimiento por parte del contratista, existiendo una diferencia de criterio respecto del porcentaje toda vez que la obra ya finalizó, por lo que se causó su 100%.

De esta manera, la Gobernación del Valle al no tener claro un porcentaje de incumplimiento, no puede cuantificar los perjuicios del procedimiento, pues ¿con fundamento en qué se va a calcular un perjuicio que no se logró comprobar de forma técnica?. Ni siquiera en el informe de interventoria se calcula el % de incumplimiento solo se recomienda afectar la cláusula penal sin discriminar proporción alguna. 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, no es claro cuánto % de inejecución del contrato tiene que ver con el no pago a 1 ex trabajador del contratista, 1 proveedor y el envío de documentos contables para la finalización del contrato.

# **FALTA DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A LA CLÁUSULA PENAL IMPUESTA**

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 de 2011 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 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. Si bien se pactó en el contrato, clausula 15, de hasta el 10% del valor del contrato, sería irrisorio aplicar este porcentaje por la supuesta omisión en el pago a 1 ex trabajador del contratista, 1 proveedor y el envío de documentos contables para la finalización del contrato.

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 Estado[[3]](#footnote-3) ha sostenido:

**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.**

(…)

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 o el incumplimiento de las obligaciones, a luces del principio de equidad.

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 Gobernación 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.

1. **FRENTE AL CONTRATO DE SEGURO**

A la audiencia se llama a la aseguradora Compañía Mundial de Seguros con base en 2 pólizas:

a. Póliza CBC 100033048 CUMPLIMIENTO

b. Póliza CBC 100004725 RCE

1. **FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA No. CBC 100033048 CUMPLIMIENTO TODA VEZ QUE EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO SE CONFIGURÓ DESPUÉS DE LA FINALIZADA LA VIGENCIA.**

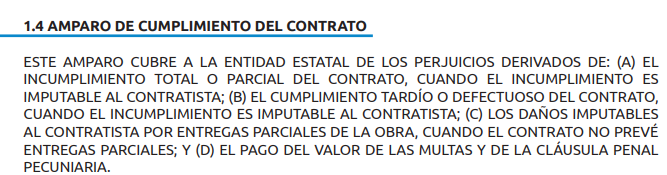
Es importante manifestar que la póliza de cumplimiento no ofrece cobertura toda vez que el supuesto hecho que dio base a la acción ocurrió después de la vigencia del contrato de seguro, concretamente, del amparo de cumplimiento.

Tal como se puede apreciar con el Anexo No. 03 de la mencionada póliza, esta prestó cobertura desde el 23 de diciembre de 2021 a 10 de marzo de 2023, y el informe de interventoría que establece el presunto incumplimiento fue comunicado el 29 de abril de 2024.

Es así como el presunto incumplimiento se materializó por fuera de la vigencia del contrato de seguro.

1. **NO PROCEDENCIA DE LA AFECTACION DEL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO ENTIDAD ESTATAL POR INEXISTENCIA DE INIMPUTABILIDAD DEL CONTRATISTA POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO**

Como es de conocimiento de los presentes, 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 favor del Departamento del Valle. En virtud de ello, las condiciones generales aplicables al mencionado seguro que son de conocimiento y aprobacion por parte de la entidad contratante, establecen para el amparo de cumplimiento lo siguiente:

******

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

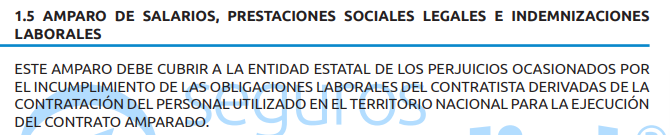
1. Que se genere un perjuicio a la Entidad Contratante
2. Que exista un incumplimiento total o parcial, tardio o defectuoso del contratista garantizado
3. Que dicho perjuicio esté directamente relacionado con el incumplimiento total o parcial, tardio o defectuoso
4. Que dicho incumplimiento le sea imputable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

Dichos presupuestos estan directamente relacionados con los elementos esenciales de la Responsabilidad Civil Contractual que le pueda surgir a la aseguradora; y que corresponden al contrato validamente celebrado la culpa o dolo, daño y el nexo causal .

Lo anterior implica necesariamente que estamos ante un escenario de presunta responsabilidad subjetiva y que para el efecto, debe tenerse clara la diferencia entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva; siendo la primera de ellas un tipo de [responsabilidad civil](https://es.wikipedia.org/wiki/Responsabilidad_civil) que se produce con independencia de toda [culpa](https://es.wikipedia.org/wiki/Culpa) por parte del [sujeto](https://es.wikipedia.org/wiki/Sujeto_(derecho)) responsable; mientras que la responsabilidad subjetiva se funda exclusivamente en la existencia de culpa por parte de un sujeto, destacando que la responsabilidad objetiva no exige tal requisito.

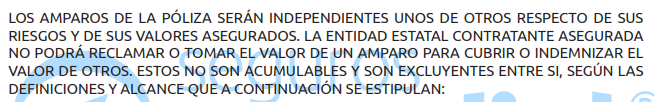
1. **NO SE LOGRÓ ACREDITAR LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO DE AMPARO DE SALARIOS, PRESTACIONES LEGALES E INDEMNIZACIONES:**

No se ha materializado el riesgo amparado en la póliza frente al amparo de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones. De esta manera se ha establecido en el condicionado:



En este caso, como dice expresamente la norma, Decreto 1082 de 2015 y la descripción del amparo, solo se cubre a la entidad estatal de los perjuicios ocasionados a esta por el incumplimiento de acreencias laborales del contratista. Sin embargo, hasta el momento la gobernación no ha recibido reclamación alguna de los trabajadores o extrabajadores del contratista, por lo que no se ha cumplido con el presupuesto para ello.

Como lo ha establecido el Decreto 1082 de 2015, los amparos de una póliza de cumplimiento son independientes unos de otros. Igualmente así se ha determinado en el condicionado:



1. **NO SE LOGRÓ ACREDITAR LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO DE BUEN AMPARO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO, NI LOS PERJUICIOS OCASIONADOS A LA ENTIDAD PÚBLICA**

Sobre el particular, cabe precisar que el despacho no logró acreditar la ocurrencia de ninguno de los riesgos cubiertos por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, toda vez que sólo afirmó que: *(…) el contratista no retornó el valor indexado del anticipo.*

Para comenzar, es importante mencionar que el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad de los siguientes riesgos, los cuales están contemplados tanto en las condiciones generales de la póliza como en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, a saber:

“Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; ii) el uso indebido del anticipo; y iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo”.

Entonces, al revisar el informe de interventoría y el acto administrativo objeto de discusión, se evidencia que la entidad no cumplió con la carga de acreditar la ocurrencia de ninguno de los riesgos cubiertos por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo y, mucho menos, cuantificó el perjuicio, limitándose a esgrimir que presuntamente no se indexó el valor del anticipo, a pesar de que ello no es un riesgo cubierto por el mentado amparo.

Así pues, la indexación del anticipo no es un riesgo cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, lo que hace imposible su afectación por el mero hecho de no haberse indexado.

Bajo esta óptica, es claro que no se configuró ninguno de los riesgos cubiertos en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, esto es, i) no inversión, ii) uso inadecuado o iii) apropiación indebida del anticipo, como se anticipó al inicio de este acápite, lo que hace turno implica la imposibilidad de afectar la póliza.

En esta línea argumentativa, no se probó que el contratista tuviera la obligación de indexar el anticipo, máxime cuando este lo amortizó al realizar las entregas parciales consecutivas.. Así las cosas, como se anticipó, en ninguno de los acápites que conforman el acto administrativo que declaró el siniestro se relacionó el deber de indexar el anticipo.

Por su parte, tampoco se logró acreditar la apropiación indebida del anticipo, como para fundamentar su indexación, en la medida que, tal y como es reconocido por el Consejo de Estado, “(…) *esto implica que el contratista destine los bienes que se le haya[n] entregado en calidad de anticipo a un asunto ajeno de la ejecución contractual”*[[4]](#footnote-4)*,* situación que no se comprobó.

Igualmente, no se acreditó el supuesto del uso indebido del anticipo, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado hizo claridad respecto a los riesgos cubiertos en este amparo, así:

“**, se busca indemnizar al asegurado por los perjuicios derivados de la destinación que el contratista haga del anticipo sin hacer honor a las reglas del contrato para tal fin, empleándolos para gastos que no estén relacionados con el objeto contratado, y/o dirigiéndolos de manera distinta a la pactada en el contrato garantizado, sin haberse apropiado de ellos**….

Como se observa, los riesgos cubiertos en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo están dirigidos a indemnizar a la entidad por **la destinación inapropiada que haga el contratista de los recursos entregados a título de anticipo, desconociendo el plan de inversión y dirigiéndolos de manera distinta a la pactada.** Sin embargo – se insiste-, el despacho no cumplió con dicha carga, pues no relación el plan de manejo o inversión del anticipo que ameritara que este fuera indexado, y, mucho menos, se pactó en el contrato de seguro este riesgo, el de no indexar.

Con todo, es evidente que no se configuró ninguno de los riesgos amparados, y es que el Despacho ni siquiera aclaró cuál de las tres (3) situaciones fue la que se configuró en el caso concreto, esto es, i) la no inversión del anticipo, ii) el uso indebido del anticipo y, iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo. Asimismo, tampoco se lograron acreditar los perjuicios ocasionados.

Es claro entones que no se acreditó el riesgo asegurado y no está amparado. Por otro lado, el valor máximo asegurado se circunscribe al valor del anticipo sin indexación alguna; reconocer esto desconocería el carácter indemnizatorio del contrato de seguro.

1. **LA POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL 100004725 NO PRESTA COBERTURA MATERIAL.**

De acuerdo con las precisiones realizadas en los acápites anteriores, el incumplimiento que se pretender declarar el día de hoy, se circunscribe en la indemnización por perjuicios causados por falta de cumplimiento en la obligación asistida por parte del contratista, y en la póliza de responsabilidad civil extracontractual **NO** se pactó tal cobertura.

Con el material probatorio que obra en el expediente quedó acreditado el alcance de la cobertura que ostenta el contrato de seguro documentado en la póliza de responsabilidad civil No. **100004725**, lo que quiere decir que dicha cobertura se extiende con sujeción a las condiciones pactadas en la misma. Esto significa que mi mandante solo está obligada a responder por el siniestro expresamente estipulado en la póliza, y no puede comprometerse al asegurador por riesgos que no le fueron trasladados.

La póliza ampara los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que sufra la GOBERNACIÓN, como consecuencia de la Responsabilidad Civil Extracontractual originada dentro o fuera de sus instalaciones, en el desarrollo de sus actividades o en lo relacionado con ella, lo mismo que los actos de sus empleados y funcionarios dentro y fuera del territorio nacional.

De conformidad con la reproducción anterior, y como en este caso lo que se reprocha es el supuesto **INCUMPLIMIEMTO DEL CONTRATO DE OBRA**, la misma no se comporta con un riesgo asegurable en el presente contrato de seguros suscrito, por lo tanto, ante la inexistencia del riesgo solicitado y la responsabilidad del asegurado, resulta imposible la afectación del contrato de seguro. Como ya se ha argumentado de manera reiterada y suficiente, las pretensiones contenidas en la citación para audiencia de que trata el art. 86 de la Ley 1474 de 2011 carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que hagan viable su prosperidad; especialmente porque no existe ningún tipo de incumplimiento por parte del asegurado.

Es preciso indicar que la posibilidad de que surja responsabilidad de la aseguradora depende estrictamente de las diversas estipulaciones contractuales, frente a los hechos que se prueben en el proceso, ya que su cobertura exclusivamente se refiere a los riesgos asumidos, según lo pactado y no a cualquier riesgo no asumido o excluido de amparo.

En gracia de discusión se aclara que no está comprometida la responsabilidad del contratista como quiera que no obra en el plenario ningún elemento probatorio que permita realizar una atribución jurídica del daño que se pretende resarcir. En este orden de cosas, resulta diáfano para este extremo procesal que en el sub judice no se ha demostrado la ocurrencia del riesgo asegurado, conforme al régimen del contrato de seguro, es decir no se ha comprobado la ocurrencia del siniestro según el artículo 1072 del Código de Comercio, en armonía con el 1054 del mismo estatuto.

De conformidad con lo expuesto, respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

1. **EN EL SEGURO DE INCUMPLIMIENTO PÓLIZA ÚNICA A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES No. 100033048 NO SE ENCUENTRA PROBADA LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO DERIVADO DEL AMPARO DEL CUMPLIMIENTO, NI LA CUANTÍA DE LOS PERJUICIOS EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1077 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.**

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. Lo anterior también ha sido desarrollado por la doctrina de la siguiente forma:

Pero hay más. Aunque dicha obligación es exigible desde el momento en que ocurrió el siniestro, **el asegurador, ello es medular, no está obligado a efectuar el pago hasta tanto el asegurado o beneficiario le demuestre que el riesgo se realizó y cuál fue la cuantía de su perdida**. (…) Por eso el artículo 1080 del Código de Comercio establece que “el asegurador estará obligado a efectuar el pago…[cuando] el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077”.

Al respecto, la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto No. 2003026790-1 del 10 de junio de 2003, se pronunció con relación a régimen probatorio del contrato de seguro, indicando lo siguiente:

. **En efecto, los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio imponen al asegurado demostrar judicial o extrajudicial la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, cuando fuere el caso, demostración que, tal como se deduce de la primera de las normas citadas, no se encuentra sujeta a ninguna restricción en materia probatoria y, por lo tanto, supone para el asegurado o beneficiario plena libertad para escoger cualquiera de los medios probatorios previstos en la ley, siempre y cuando el elegido sea idóneo, conducente y pertinente para demostrar claramente tales hechos.**”[[5]](#footnote-5). *(Subrayado y negrilla fuera del texto)*

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. Posición que ha sido adoptada la jurisprudencia del Consejo de Estado, al señalar que:

Lo anterior no significa que la entidad pública pueda, al expedir el acto administrativo correspondiente, sustraerse de las reglas de conducta que le impone el debido procedimiento, para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía, dichas reglas imponen, entre otras, **el deber de motivar el acto administrativo indicando en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro y por supuesto, la cuantía de la indemnización, como también, garantizar que tanto el contratista como la compañía de seguros, en ejercicio de los derechos de contradicción y legítima defensa, puedan controvertir el acto administrativo.**

Mediante otro pronunciamiento, el Consejo de Estado señaló que para hacer efectiva las garantías, las entidades administrativas deben cuantificar el perjuicio para determinar el monto que debe pagar la compañía aseguradora. De tal suerte que está en la obligación de tasar la cuantía de la perdida y demostrar la ocurrencia del riesgo, a fin de exigir indemnización alguna al asegurador:

En los anteriores términos, la Sala reiterará la tesis consolidada hasta ahora, en el sentido de que las **entidades públicas pueden declarar el siniestro de las pólizas de seguros constituidas a su favor. Incluso pueden -mejor sería decir que deben-, cuantificar el perjuicio, para determinar qué monto asegurado es el que debe pagar la compañía de seguros y/o el contratista**.

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.

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.:

**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*.*

Por ende, el asegurado no podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada. De otro lado, se insiste, tampoco se ha demostrado la cuantía del presunto incumplimiento; puesto como ya se advirtió, el contratante no ha realizado el pago del contrato, lo cual palmariamente deja por sentado que no existe un perjuicio causado, por lo que la póliza no puede ser objeto de afectación.

No obstante, en caso de que la convocante insista en su posición y en la presunta existencia del incumplimiento y de un perjuicio, mi representada sólo responderá hasta el valor de la suma asegurada.



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*”.

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. **PRUEBAS**

En virtud del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, solicito se decreten las siguientes pruebas:

* **DOCUMENTALES**
  1. Copia de la Carátula de la póliza de responsabilidad civil No. 100033048 y
  2. Copia de la Carátula de la póliza única a favor de estatales No. 100004725.

1. **PETICIONES**

De acuerdo con lo expuesto, respetuosamente se solicita **A LA GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA:**

**PRIMERO:** La terminación del presente trámite por no hallarse probada la imputación de incumplimiento, como quiera que el contratista no incumplió con las obligaciones del contrato y la indexación es improcedente.

**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 acuerdo a las condiciones generales y particulares el contrato de seguros.

**DESCARGOS CONTRATISTA**

* **Falta de competencia:** Inició el proceso sancionatorio cuando el plazo contractual acabó. La interventoría no podía supervisar el contrato, le tocaba a la administración.
* La gestión para acabar el contrato se realizó de forma regular. Indebida notificación al contratista. Los 4 oficios para allegar la documentación no fueron allegados en debida forma.
* Frente a los contratistas adeudados se celebró contratos de transacción y renunciaron a realizar cualquier reclamación. La transacción con el Henry Castro fue 11 julio de 2023 y con Luis Jaramillo fue en el año 2024. Se encuentran a paz y salvo. Se aportarán como pruebas.
* **Frente a la amortización del anticipo:** Nunca se acordó indexar. Tiempo atrás se realizó un acuerdo que finalizó con el Auto del 17 de mayo de 2023 en el cual resolvió aceptar la formula de arreglo que consistía en el regreso del anticipo. Nunca se habló de indexación. Se extralimitó en sus funciones.
* **Rendimientos:** Los rendimientos fueron reintegrados por cerca de $1.154.000.000 Se solicitó la Fiduciaria remitir información sobre los rendimientos. La fiducaria respondió haciendo constar que se reintegraron.
* **Entrega de documentos:** No los tienen porque no estuvieron en la ejecución, solo tienen el 10% de participación. Solicitan la liquidación unilateral pues fracasó la bilateral al no llegar a un acuerdo. En todo caso manifiestan la falta de competencia para realizar un proceso sancionatorio después de finalizado el contrato. No conocen documentos por los cuales la interventoría llegó al % de inejecución. Siempre les comparten los documentos del SECOOP pero no está completo. **Solicita reunión para tratar la liquidación del contrato.**
* Aporte de pruebas: transacción con Henry Castro y Luis Jaramillo, auto sobre el acuerdo del anticipo, respuesta de Fiduciaria Popular. Solicita: copia de prórrogas del contrato a partir del 10 de febrero de 2023, copia otro sí clausula 30 sobre cambio de dirección del consorcio, oficiar a la interventoría para que allegue la póliza de composs, oficiar a la interventoría para que allegue el % ejecutado, certificar si se ha citado a la interventoria a proceso sancionatorio por no cumplir con las obligaciones, y testimonio del RL Martínez y Manrique (interventores), oficiar a la Fiscalia si Carlos Martínez Vélez se encuentra dentro del proceso penal que se investiga por los hechos materia de este contrato.

**SUSPENSIÓN:** Estudiará los descargos para tomar una decisión y notificarán luego por correo para la continuación.

1. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 17009 del 13 de noviembre de 2008, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-1)
2. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 30973 del 21 de septiembre de 2016, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-3)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 58593 del 8 de septiembre de 2021, C.P. Martín Bermúdez Muñoz. [↑](#footnote-ref-4)
5. Superintendencia Financiera de Colombia profirió concepto No. 2003026790-1 del 10 de junio de 2003 [↑](#footnote-ref-5)