

Señores:
EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS
EMCASERVICIOS S.A. E.S.P.
E. S. D.

REFERENCIA: SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA
CONTRATO: OBRA No. 327 DE 2019
CONTRATISTA: CODENCO
GARANTE: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA

KELLY ALEJANDRA PAZ CHAMORRO, mayor de edad, abogada en ejercicio, vecina de Cali, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.085.297.029 de Pasto y portadora de la tarjeta profesional No. 264.183 del Consejo Superior de la Judicatura obrando en este acto como apoderada sustituta de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, por medio del presente escrito procedo a solicitar la revocatoria directa de la Resolución No. 63 de mayo 18 de 2022, de conformidad con el artículo 93 de la ley 1437 de 2011 y con los argumentos de hecho y de derecho que se concretan a continuación:

I. CAUSALES DE REVOCACIÓN DE LA RESOLUCIÓN No. 63 DE MAYO 18 DE 2022

1. LA RESOLUCIÓN No. 63 DE MAYO 18 DE 2022 ES MANIFIESTAMENTE OPUESTA A LA LEY. EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., CARECE DE POTESTAD EXORBITANTE ALGUNA QUE LE ATRIBUYA LA FACULTAD DE HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL PACTADA EN SUS CONTRATOS A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011.

Tal como lo manifiesta el doctrinante Jaime Orlando Santofimio¹, en materia de contratación estatal, hacer efectiva la cláusula penal configura una sanción de naturaleza administrativa por el incumplimiento objetivo de las obligaciones pactadas, la cual fue integrada a la ley de contratación pública en virtud de los artículos 13 y 40 de la ley 80 de 1993 y 17 de la ley 1150 de 2007, descrita de manera concreta en cada contrato por la administración, y exigible por esta, bajo criterios de proporcionalidad dentro de los límites pactados, mediante un acto administrativo, previa

¹ Compendio de Derecho Administrativo / Jaime Orlando Santofimio Gamboa – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017, Página 738.

verificación objetiva del incumplimiento de las prestaciones convenidas, las cuales se deben ejercer en los términos y condiciones de la ley de contratación pública.

Descendiendo al caso en concreto, es necesario precisar sobre la naturaleza jurídica de EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., se trata de una sociedad anónima registrada en la Cámara de Comercio del Cauca con matrícula mercantil No. 111239. Su objeto social consiste en la prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico. Consecuentemente sus actos y contratos deben regirse por la Ley 142 de 1994 y no por el estatuto de la contratación estatal, así lo establecen los Estatutos de la sociedad en su artículo 66 que a continuación cito:

~~CAPÍTULO XIV.- VARIOS.- ARTÍCULO 66°.- ACTOS Y CONTRATOS: El régimen jurídico de contratación de la sociedad es el de derecho privado, conforme al artículo 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con el artículo 3 de la ley 689 de 2001, sin embargo en todo proceso de selección de contratistas y de personal, se deberá dar aplicación a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y se actuará de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa, los cuales se deberán desarrollar en el Estatuto de Contratación. ARTÍCULO 67°.- PROHIBICIONES: Ningún~~

Particularmente, frente al régimen de contratación, la citada Ley 142 de 1994 dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley **no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas

facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.” (Énfasis propio)

En mérito de lo expuesto, claro es que el contrato No. 327-19 suscrito el 20 de diciembre de 2019, entre EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., como contratante, y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA, en adelante, CODENCO, como contratista, no está sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993. En este orden de cosas, la contratante carece de la facultad legal para adelantar frente al contratista, el procedimiento sancionatorio consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal contractualmente pactada.

El citado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en su primer inciso indica:

“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” (Énfasis propio)

En adición a lo anterior, a través del Concepto No. 445 del 2020² emitido por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se absolvió la consulta a un ciudadano que indicó:

“(…) Mi pregunta es, si dentro de la relación contractual que se deriva con la celebración de un contrato bajo cualquier modalidad contemplada en el estatuto implementado por la entidad, ¿la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios (E.I.C.E) puede declarar incumplimiento del contrato e imponer multas, cuando a su juicio el contratista este incumpliendo el objeto contractual contratado, dado a que dentro de su manual de contratación, se encuentra estipulado los procedimientos pertinentes y que sobre el particular tienen establecidos o por el contrario, así se encuentren establecidos los procedimientos, se debe acudir a la jurisdicción correspondiente para que un Juez determine lo que haya a lugar? (...)”. Negrilla adrede.

² Tomado de: https://normograma.info/ssppdd/docs/pdf/concepto_superservicios_0000445_2020.pdf

En este caso, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para dar respuesta al interrogante, adujo:

*En relación con el interrogante presentado, **lo primero que debe indicarse es que los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 han establecido, como regla general, la aplicación del derecho privado a los actos y contratos que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios, sin consideración a la naturaleza jurídica privada, mixta o pública de éstos** (...) A pesar de lo indicado en las normas citadas, según las cuales los actos y contratos de todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios se rigen por las normas del derecho civil y comercial, existen al menos tres excepciones a la citada regla, en las cuales será procedente aplicar el régimen de contratación estatal, así: (i) Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente (artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994), (i) Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente (artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994), (ii) Contratos celebrados por entidades territoriales con empresas prestadoras de servicios públicos, con el objeto de que éstas asuman la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación (parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994), y (iii) Contratos en los que se hayan insertado las cláusulas exorbitantes a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en cuanto tiene que ver con tales cláusulas (inciso segundo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994).*Negrilla y subrayas adrede.

Seguido de lo anterior, se argumentó:

En cuanto a dichas cláusulas, debe indicarse que la cláusula penal pecuniaria y la de multas no se consideran como exorbitantes**, siendo excepcionales solamente las siguientes: (i) terminación, (ii) interpretación y (iii) modificaciones unilaterales, (iv) sometimiento a las leyes nacionales, (v) caducidad y (vi) reversión, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior, por cuanto las cláusulas de multas y penal pecuniaria pueden pactarse entre particulares, así una empresa industrial y comercial del estado prestador de servicios públicos domiciliarios, podría pactarlas y hacerlas efectivas sin que para ello requiera de una autorización (...) **No obstante, dependiendo del tipo de contrato al cual se trate, es decir, si es de aquellos establecidos como excepción y por tanto regidos por el estatuto de contratación estatal, se debe aclarar que la facultad de imponer multas de forma

unilateral, es excepcional, por lo que en punto a la posibilidad de declarar unilateralmente la ocurrencia del hecho que genera la multa, imponerla y cobrarla, deberá verificarse lo indicado por el Consejo de Estado[10], al interpretar el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 (...) Así frente a la facultad de imponer multas y declarar el incumplimiento en aquellos contratos sometidos a las reglas de la contratación estatal, concedidas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007[11], el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, desarrolló el procedimiento a seguir para la imposición de dichas multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento (...).

Negrilla y subrayas adrede.

Finalmente, la ya citada Superintendencia concluyó:

*“(...) Una empresa industrial y comercial del estado, prestador de servicios públicos domiciliarios, podrá pactar en sus contratos cláusulas de multas o penales pecuniarias a razón del incumplimiento de las obligaciones pactadas, en los términos en que lo haría cualquier particular en el marco del contrato suscrito al ser esta Ley para las partes. **No obstante, si lo que se pretende es la imposición unilateral de multas por el incumplimiento del contrato, en el marco de los contratos que se rigen por el estatuto de contratación estatal, de conformidad a las excepciones señaladas en las consideraciones de este concepto, al ser esta una facultad exorbitante de la administración consagrada en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, se deberá acudir además a lo señalado sobre el particular en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual señala el procedimiento a seguir para declarar el incumplimiento, así como la imposición de las multas y sanciones pactadas en el contrato** (...)”* Negrilla y subrayas adrede.

De lo anteriormente expuesto se colige que: i) según el artículo 31 y 32 de la ley 142 de 1994, los actos y contratos que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su naturaleza jurídica, se deben regir por el derecho privado ii) el contrato objeto de debate y frente al que ocurrió el presunto incumplimiento, **no** se enmarca en ninguna de las tres (3) excepciones para eventualmente considerar la procedencia de aplicar el régimen de contratación estatal iii) EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. **extralimitó sus funciones** al iniciar un proceso sancionatorio, amparándose en el artículo 86 de la ley 1474 del 2011, generándole a mi representada un perjuicio que no está en el deber de soportar.

A partir de los fundamentos jurídicos expuestos, se concluye sin lugar a dudas, que las empresas cuyo régimen de contratación no está sujeto a la Ley 80 de 1993, no gozan de la facultad exorbitante de declarar el incumplimiento de sus contratistas y por lo tanto, tampoco adolecen de ninguna atribución que les permita multarlos o hacer efectiva la cláusula penal pactada.

No obstante lo anterior, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., incurrió en un abierto desconocimiento de la regulación aquí expuesta, pues de manera arbitraria, convocó a CODENCO y a mi representada, al proceso sancionatorio de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con la finalidad de estudiar si existía mérito para declarar el incumplimiento del contrato 327-19 y hacer efectiva la cláusula penal acordada en el mismo.

Pese a no tener ningún respaldo legal para el efecto, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., mediante la Resolución No. 63 de mayo 18 de 2022, declaró el incumplimiento del contrato 327-19, hizo efectiva la cláusula penal e hizo efectiva la póliza No. 980-47-994000012286 expedida por mi representada, con cargo al amparo de cumplimiento que tiene un límite asegurado de \$292.801.805. Como se explicó atrás, lo actuado deriva en el vicio de falta de competencia contenido en el artículo 137 del CPACA, que conduce a la prosperidad de una declaratoria de nulidad del acto administrativo objeto de este recurso en sede judicial.

Con fundamento en todo lo anterior, solicito respetuosamente a la empresa de servicios públicos domiciliarios convocante, se sirva revocar íntegramente la Resolución No. 63 de mayo 18 de 2022.

2. TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO DE SEGURO COMO CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1060 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Como se expondrá a continuación, debe revocarse íntegramente la Resolución 63 del 18 de mayo de 2022 proferida por la Empresa Caucana de Servicios Públicos, como quiera que equivocadamente se ordenó hacer efectiva una póliza de seguro, pese a que la misma había terminado automáticamente como consecuencia de la falta de notificación de la agravación del estado del riesgo. De ese modo, subsiguientemente se presentarán los fundamentos fácticos y jurídicos, por los cuales es claro que en el caso concreto debe revocarse la Resolución previamente identificada.

En este caso operó la terminación automática del contrato de seguro como quiera que el contratista tomador de la póliza, no notificó por escrito a la Aseguradora en el término del artículo 1060 del Código de Comercio, acerca de las circunstancias que agravaron el estado del riesgo en la ejecución del convenio garantizado. Lo anterior, toda vez que el afianzado no informó a la Compañía de Seguros acerca del embargo de la DIAN que fue definitivo e impidió la ejecución del contrato estatal. En otras palabras, el embargo de la DIAN representó un hecho de suma importancia que indefectiblemente alteró el estado del riesgo asumido por mi representada a través de la póliza No. 980-47-9940000012286 y que debía ser informado, so pena de producir la consecuencia legal, esto es, la terminación automática de la póliza de cumplimiento.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que el hecho de tener un embargo por parte de la DIAN que impida ejecutar el contrato, es una circunstancia que claramente agravó el estado del riesgo y de lo cual debió conocer la Compañía Aseguradora dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que se materializó. Lo anterior, dado que el riesgo de incumplimiento claramente se hizo más gravoso ante esta situación, como quiera que es mucho más probable que las actividades contractuales no se ejecuten, o se ejecuten de manera tardía, ante la falta de disponibilidad de recursos. Por tal motivo, es totalmente claro que se produce la terminación automática del contrato de seguro por no dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 1060 del Código de Comercio.

La jurisprudencia ha sido clara en establecer que el asegurado o el tomador, según sea el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. Así entonces, durante la vigencia del contrato se deberá notificar al asegurador todo aquello que pueda modificar el riesgo, en su agravación o variación de su identidad, so pena de producirse la terminación del contrato. En este sentido, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección “B” magistrada ponente: Stella Conto Díaz del Castillo en sentencia del 22 de febrero de 2016, expuso:

“En cuanto a la conservación del riesgo, es de anotar que, en los términos del artículo 1039 del Código de Comercio, al asegurado le corresponden las obligaciones que no pueden ser cumplidas más que por él mismo, motivo por el cual le es oponible la obligación consagrada en el artículo 1060 de la misma normativa, respecto de la conservación del riesgo y la notificación de cambios. Las normas en cita son del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 1039. SEGURO POR CUENTA DE UN TERCERO Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES. El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o

determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.

No obstante, al asegurado corresponden aquellas obligaciones que no puedan ser cumplidas más que por él mismo.

ARTÍCULO 1060. MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS. El asegurado o el tomador, según el caso, están 25 Exp. 34226 Actor: Confianza S.A. obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella".

Como se observa, esta última norma consagra dos efectos jurídicos a saber: i) si se cumple con la notificación oportuna de la modificación del riesgo, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste de la prima; ii) en caso contrario se produce la terminación del contrato. El cumplimiento de las obligaciones que le corresponden al asegurado o al beneficiario en caso de siniestro, pueden conllevar a deducir del monto de la indemnización de los perjuicios causados a la asegurada, en los términos del artículo 1078 del Código de Comercio.

Según el artículo 1060 transcrito, el asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad.

Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas (artículo 1074 C. Ció.). El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido

conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes (artículo 1075 ibídem) (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Por otro lado, en cuanto a la modificación del estado del riesgo en el contrato de seguro, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 28 de febrero de 2007, referencia 00133-01 magistrado ponente: Carlos Ignacio Jaramillo, dispuso:

“La Corte acierta en su decisión, acogiendo los argumentos establecidos por el Tribunal respecto a la aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio, en el cual se establece la obligación que tiene el tomador o asegurado de notificar al asegurador todos los hechos o circunstancia posteriores a la celebración del contrato que signifiquen una agravación del riesgo.

(...)

Estas circunstancias de agravación inciden en la obligación condicional del asegurador, quien es el que asume el riesgo, por lo tanto tiene el derecho a ser informado de todo tipo de eventualidades, para que de acuerdo a la situación y a las nuevas condiciones pueda revocar el contrato o hacer algún tipo de ajuste, sobre todo en lo relacionado con la prima.

*Por consiguiente **“El régimen de agravación del estado del riesgo, encuentra su razón de ser en que las nuevas circunstancias que lo alteran, aumentan la probabilidad de ocurrencia del siniestro, o de la intensidad de sus consecuencias, sin que el asegurador deba soportar esa variación por un mal entendimiento del carácter aleatorio del contrato, pues aunque es claro que asumió la contingencia de la materialización del riesgo, lo hizo sobre la base de unas específicas condiciones,** de tal manera que si ellas cambian por el advenimiento de circunstancias no previsibles, en línea de principio deben cambiar las reglas que gobiernan la relación contractual, o dársele fin a ella.”*

Al respecto el artículo 1060 del Código de Comercio dispone:

“ARTÍCULO 1060. <MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS>. El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. *Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.*

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella”.

Así como el artículo 1058 del Código de Comercio hace referencia a la carga de información del tomador del seguro previo a la celebración de un contrato, de forma similar, el artículo 1060 del C.Co regula taxativamente las cargas de información adicionales que el tomador, el asegurado, o el beneficiario según sea el caso, deben cumplir con posterioridad a la suscripción del contrato de seguro. Ahora bien, la carga de informar sobre la agravación del estado del riesgo, según lo prevé el artículo 1060 del Código de Comercio, opera en el presente asunto, so pena de terminar automáticamente el contrato de seguro³.

En virtud de lo anterior, las circunstancias de agravación en que incurrió el contratista, incidieron en la obligación del asegurador, quien es el que asume el riesgo. Bajo ese entendido, el asegurador debe ser informado de cualquier eventualidad que incida en el régimen de agravación del estado del riesgo. Dicho de otro modo, el régimen de agravación del estado del riesgo, encuentra su razón de ser en cualquier circunstancia que lo altere, sin que el asegurador deba soportar tal variación, por cuanto la asunción del riesgo la realiza con base en ciertas condiciones que no pueden ser alteradas sin su notificación.

Así las cosas, vale la pena resaltar que el contratista en su calidad de tomador de la póliza de seguro en favor de entidades estatales, tenía la obligación de mantener el estado del riesgo. No obstante y de acuerdo con las pruebas allegadas al plenario, no se logra evidenciar la notificación por escrito dentro del término señalado en el artículo 1060 del Código de Comercio, respecto de los hechos que sobrevinieron con posterioridad a la celebración del contrato y que claramente implican una agravación del riesgo, esto es, del embargo de la DIAN. Es por lo anterior que, en virtud de la normatividad precitada, se produce la terminación del contrato de seguro, no pudiendo en este proceso exigir ningún emolumento con cargo a la póliza de seguro.

³ <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/596/562>

Por ende, la falta de notificación constituye una negación indefinida, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil ha dispuesto:

*“Es decir, existe un deber ex lege de comunicar hechos que inciden en la estructura y dinámica del riesgo previamente amparado. En el caso del artículo 1061, en lo que respecta a su origen o fuente, al mismo tiempo que a su teleología, la prestación es enteramente diferente, puesto que **la garantía constituye una promesa de conducta (hacer o no hacer), o de afirmación o negación que otorga el tomador o asegurado en relación con la existencia de un determinado hecho, lo que supone, invariablemente, una declaración ex voluntate y, por ende, de claro contenido negocial, la que en tal virtud no se puede inferir o presumir, menos si se tiene en cuenta las drásticas secuelas derivadas de su inobservancia o quebrantamiento.** Ello explica que sea menester que aflore o se evidencie “...la intención inequívoca de otorgarla”⁴ (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Asimismo, respecto de las negaciones indefinidas, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

“(...) que éstas se dividen en definidas e indefinidas, siendo las primeras aquéllas que tienen por objeto hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente, las segundas, en cambio, no implican, ni indirecta ni implícitamente, la afirmación de hecho concreto y contrario alguno”.

para las [definidas], el régimen relacionado con el deber de probarlas continúa intacto ‘por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical’; las [indefinidas], ‘son de imposible demostración judicial, desde luego que no implican la aseveración de otro hecho alguno’, de suerte que éstas no se pueden demostrar, no porque sean negaciones, sino porque son indefinidas (...)”⁵

En conclusión, la falta de notificación es una negación indefinida que a la luz del artículo 1060 del Código de Comercio y de la jurisprudencia señalada no requiere de prueba. En consecuencia y al no evidenciarse la notificación al asegurador de las modificaciones en el estado del riesgo, como lo fue el embargo de la DIAN, es totalmente claro que se terminó automáticamente el contrato de seguro de conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio, razón por la cual no puede hacerse efectivo. Por tal motivo, respetuosamente solicito se revoque la Resolución 63 del 18 de mayo de 2022, toda vez que no resulta jurídicamente viable hacer efectiva una póliza

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2007. Exp. 2000-133. MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de julio de 2005, exp. 00126 citada el 20 de enero de 2006, exp. 1999-00037

de seguro que terminó automática y anticipadamente por la falta de notificación de la alteración del estado del riesgo.

3. INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL SUPUESTO PERJUICIO.

Es preciso recordar la naturaleza jurídica que la ley imparte a las cláusulas penales como forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, se ha referido a ellas, y por ser explicativa de los temas que se analizan, se transcribe el siguiente párrafo, a saber:

*"Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que" como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato."*⁶

De la anterior transcripción se resaltan que por regla general, las cláusulas penales tienen como finalidad, ser una estimación anticipada de los perjuicios, y sólo mediante pacto expreso cumple las finalidades de servir de apremio o de garantía. Excepcionalmente y por acuerdo entre las partes, en palabras de la Corte, se puede considerar que la cláusula penal cumple otras

⁶ Sentencia del 23 de mayo de 1996, Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo. Expediente No. 4607.

funciones. De aquí se desprende que si hay dudas en la interpretación de una determinada estipulación, se debe apreciar como estimación de los perjuicios.

Ahora bien, cuando se pretende la indemnización de un perjuicio, su prosperidad depende de que el mismo sea cierto y no hipotético. En el caso que nos convoca, la contratante únicamente se ocupó de demostrar que en el contrato de obra No. 327-19, se pactó una cláusula penal, más no acreditó, ni la existencia, ni la cuantía de un supuesto perjuicio que se hubiera generado por la aludida inexecución de las obras. Si bien es cierto, el contratista durante la etapa de descargos, admitió que le sobrevinieron circunstancias externas que dificultaron el normal cumplimiento de las obligaciones contractuales, también lo es que, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., ni siquiera hizo alusión a alguna erogación que el negocio jurídico le hubiera implicado y que se pudiera reclamar como perjuicio material causado a raíz del supuesto incumplimiento.

Dicho lo anterior, se concluye qué, al no estar probada la existencia de un perjuicio cierto, tampoco se podrá sostener la decisión de afectar la garantía única de cumplimiento expedida por mi representada, pues por disposición del Estatuto Mercantil, el contrato de seguro adolece de carácter meramente indemnizatorio y en ningún caso podrá constituir fuente de enriquecimiento, así lo ha dispuesto su artículo 1088:

ARTÍCULO 1088. <CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO>. *Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso.*

Con fundamento en lo anterior, formulo las siguientes:

PETICIONES:

1. Sírvasse revocar el contenido íntegro de la Resolución No. 63 de mayo 18 de 2022, toda vez que EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., carece de facultad sancionatoria de cara al contrato de obra No. 327-19, toda vez que, como se explicó atrás el mismo no está sometido a la Ley 80 de 1993. Consecuentemente, la contratante no es competente para adelantar el procedimiento de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

2. En el remoto evento que no se accediera a la primera petición, comedidamente solicito dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 1060 del C.Co., toda vez que, los pronunciamientos tanto de la contratante, como del contratista durante la reunión que tuvo lugar el pasado 18 de mayo de 2022, dejaron en evidencia que el riesgo amparado por mi representada se agravó por una circunstancia externa sobrevenida a este último, la cual fue oportunamente puesta en conocimiento de la empresa de servicios públicos, pero no, de la aseguradora garante del contrato de obra, lo que da lugar a que opere la consecuencia jurídica de la referida disposición normativa, es decir, a la terminación el contrato de seguro.

Atentamente,

KELLY PAZ CHAMORRO
C.C. 1.085.297.029 de Pasto
T.P. 264.183 del C. S. de la J.