

Señores

MINISTERIO DEL INTERIOR.

gestioncontractual@mininterior.gov.co

cristian.lequizamon@mininterior.gov.co

TRÁMITE: ARTÍCULO 86 LEY 1474 DE 2011.
CONTRATO: CONVENIO INTERADMINISTRATIVO NO. 2057 DE 2021.
CONTRATANTE: MINISTERIO DEL INTERIOR.
CONTRATISTA: MUNICIPIO LÓPEZ DE MICAY.
ASEGURADORA: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.

REFERENCIA: DESCARGOS.

ANGIE KATHALINA CARPETTA MEJÍA, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía No. 1.023.965.126 de Bogotá, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 371.848 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderada sustituta de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, sociedad comercial anónima de carácter privado, legalmente constituida, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con NIT 860.524.654-6, tal y como consta en el expediente, mediante el presente escrito procedo a presentar **DESCARGOS**, solicitando desde ya que se profiera resolución favorable a los intereses de mi representada, conforme a los argumentos que procederá a desarrollar:

I. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS QUE DESVIRTÚAN EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL MUNICIPIO LÓPEZ DE MICAY.

1.1. FALTA DE ACREDITACIÓN PROBATORIA DE INCUMPLIMIENTOS QUE AFECTEN DE MANERA GRAVE Y DIRECTA LA EJECUCIÓN DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO NO. 2057 DE 2021.

En el actual procedimiento de incumplimiento contractual iniciado por el Ministerio del Interior, no se ha demostrado de manera concluyente que el Municipio López de Micay haya incurrido en un incumplimiento sustancial y directo de sus obligaciones contractuales según lo establecido en el Convenio Interadministrativo No. 2057 de 2021 y menos aún, que dicho supuesto incumplimiento haya afectado de manera grave y directa la ejecución del contrato, por el contrario en los mismos documentos que trasladó la interventoría obran sendos oficios que evidencian las actividades desarrolladas por el Municipio para llevar a feliz término el contrato.

En primer lugar, debe señalarse que las obligaciones contenidas en la cláusula segunda – obligaciones específicas del contratista que estima el Ministerio como presuntamente transgredidas por el Municipio, de forma general atañen a hechos que se encuentran fuera del ámbito volitivo del

Municipio en los términos ya señalados por el mismo mediante oficio No. 126 fechado al 8 de mayo de 2024 obrante a folio 105 de los anexos al citatorio.

Es importante señalar el oficio No. 126 en el sentido que en el mismo encontramos las explicaciones de rigor en relación con el conflicto genitor del presunto incumplimiento, esto es, la necesidad de adicionar recursos; En este punto es imperativo señalar que el Municipio de manera acertada señaló al Ministerio cómo diferentes circunstancias imprevisibles e irresistibles determinaron la necesidad de incorporar mayores recursos para la finalización del proyecto.

Así mismo, es importante señalar que resulta ser un contrasentido que se impute un presunto incumplimiento al contratista por el no acatamiento cabal del cronograma, cuando es bien sabido por el Ministerio que actualmente no se cuenta con el recurso económico necesario para la ejecución de las obras y, adicionalmente cuando es la misma entidad contratante la que por mucho tiempo negó la autorización para el inicio de las obras conforme consta a folio 36 de los anexos trasladados por la entidad, de modo que resulta sorpresivo que ahora inicie un procedimiento de incumplimiento contractual solicitando el cumplimiento de un cronograma que ha sido paralizado por orden suya.

En este punto es necesario señalar que el municipio entregó oportunamente los estudios y diseños requeridos para la ejecución de la obra, los cuales fueron recibidos a satisfacción por parte del Ministerio el 5 de mayo de 2022; Adicionalmente, se evidencia que según acta de reunión de seguimiento a la ejecución contractual fechada al 29 de abril de 2024, el Municipio manifestó que se encontraban en etapas preliminares de la obra como quiera que el Ministerio mediante un correo electrónico autorizó su inicio.

Corolario de lo anterior y, como se manifestó de reunión de seguimiento a la ejecución contractual fechada al 24 de mayo de 2024 cuya acta obra a folio 95 de los anexos trasladados con el citatorio, la alcaldía municipal se encuentra gestionando las apropiaciones presupuestales de rigor ante la Gobernación y la Presidencia.

En ese sentido, es importante señalar que el Municipio ha demostrado en todo momento su voluntad de llevar a término la ejecución del contrato y en todo caso, las acciones encaminadas a ello nunca han cesado, por el contrario se evidencia que la obra a la fecha se encuentra en ejecución lo que de suyo descarta cualquier tesis atinente a supuestos incumplimientos graves y directos que pongan en riesgo el objeto contractual.

Así las cosas, encontramos que, hasta la fecha del procedimiento de incumplimiento, no se ha demostrado de manera concluyente que el Municipio haya incurrido en un incumplimiento grave y directo de sus obligaciones contractuales, que suponga el incumplimiento sustancial del Convenio Interadministrativo No. 2057 de 2021. En síntesis, los hechos presentados demuestran que no se encuentra suficientemente probado el incumplimiento que se busca imputar al contratista; Por lo tanto, la imposición de sanciones económicas carece de justificación.

1.2. ACREDITADA EXISTENCIA DE SITUACIONES IMPREVISIBLES E IRRESISTIBLES:

Ahora, es necesario advertir que la entidad pública cuenta con diferentes herramientas para solventar inconvenientes imprevisibles e irresistibles (como el hecho de que con ocasión de la pandemia los materiales de construcción hayan aumentado considerablemente su valor), como lo son las prórrogas y suspensiones, tal y como lo ha reconocido el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“Así las cosas, la suspensión materialmente constituye un intervalo pasivo en la dinámica del contrato cuando el cumplimiento de una, de varias o de todas las obligaciones a que están obligadas las partes resultan imposibles de ejecutar. Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido la eficacia, existencia y validez de la suspensión en el negocio jurídico **cuando las partes la utilizan como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de procura del interés público -que de forma suficiente y justificada le dan fundamento-, y hacen constar esas circunstancias y sus efectos por escrito con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual.**

(...)

A pesar de que las normas que desplazaron el Decreto Ley 222 de 1983 no reprodujeron o sustituyeron la disposición transcrita, las exigencias en la práctica cotidiana de la ejecución de los contratos y la ausencia de una regla general han supuesto un incentivo para el desarrollo convencional de cláusulas en las que las partes prevén que, **cuando en la ejecución del contrato llegaren a sobrevenir situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o necesidades de interés público, el contrato pueda suspenderse justificada y temporalmente mientras se resuelven los inconvenientes que impiden su ejecución**¹.

En el mismo sentido, el alto tribunal ha dicho que el plazo es un elemento accidental de los contratos estatales, de modo que puede modificarse por acuerdo entre las partes ante situaciones adversas e imprevistas que impidan el cumplimiento del plazo inicialmente pactado. De tal manera, adujo:

“[L]a Sala considera importante recordar que las entidades contratantes tienen múltiples alternativas cuando se enfrentan al retardo en el cumplimiento de las obligaciones por parte un contratista. Entre ellas se encuentran la posibilidad de multar al contratista, declarar el incumplimiento total o parcial, o, si las circunstancias lo ameritan, declarar la caducidad del contrato. De otra parte, **si los hechos que motivan los retardos son ajenos a las partes,** estas cuentan con la posibilidad de alterar por medio de modificaciones bilaterales el plazo, antes de la terminación del contrato; bien sea a través de prórrogas o de suspensiones”².

Vemos entonces que era perfectamente viable prorrogar el contrato o incluso suspenderlo, a efectos de que el municipio continúe adelantando las labores pertinentes ante la Gobernación y la Presidencia para la consecución de los recursos económicos faltantes.

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad: 2278 del 5 de julio de 2016, C.P. Germán Bula Escobar.

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 61641 del 18 de noviembre de 2021, C.P. Alberto Montaña Plata.

1.3. EXISTENCIA DE UN DESEQUILIBRIO ECONÓMICO:

Sobre el particular, es necesario recordar que respecto al equilibrio económico del contrato, existen teorías reconocidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la imprevisión y el hecho del príncipe, que constituyen un desequilibrio económico que debe ser solventado por la entidad pública. Así pues, se ha dicho:

“El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio. (...) ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas. Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la ecuación económico financiera del contrato puede verse afectada o sufrir menoscabo, por: a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variandi-, sean éstas abusivas o no. b) Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato. c) Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador mediante una compensación - llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura. (...) con independencia de la causa que se invoque como factor de desequilibrio económico y financiero del contrato estatal, dentro de los requisitos necesarios para su reconocimiento y el consecuente restablecimiento de la ecuación contractual, existen unos elementos comunes que deben acreditarse en forma concurrente tales como la imprevisibilidad, la alteración extraordinaria y fundamentalmente la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato, pues no es viable inferir a priori que acontecido el hecho del príncipe o el hecho de imprevisión haya necesariamente rompimiento del equilibrio contractual y surja el deber de reparar”³.

En otra oportunidad, se afirmó:

“Acá es preciso recordar que la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalgia funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 21990 del 28 de junio de 2012, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su cocontratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes”⁴.

Entonces, tenemos que el Consejo de Estado ha reconocido que existen tres (3) situaciones capaces de romper el equilibrio contractual que debe mantenerse en las relaciones negociales con el Estado, **y que correlativamente implican el restablecimiento de la ecuación financiera so pena de responsabilidad contractual**, esto es, i) actos imputables a la administración por incumplimiento de las obligaciones, ii) actos del Estado en ejercicio de sus potestades legales o constitucionales, lo que se ha denominado como “*hecho del príncipe*”, y) iii) **actos imprevisibles e irresistibles que no son imputables a ninguna de las partes, o teoría de la imprevisión.**

En todos estos casos, es necesario que la administración restablezca las condiciones contractuales y económicas a efectos de reajustar la ecuación financiera del contrato, a través de compensaciones o indemnizaciones.

Vemos aquí que existieron situaciones imprevisibles, irresistibles y no imputables al contratista que rompieron la ecuación económica del contrato, a tal punto de aumentar considerablemente los valores de ejecución, aun así, y pese anunciarse tales situaciones por parte del Municipio, no se tomaron las medidas de saneamiento correspondientes, e incluso se negó la entrega de dos desembolsos teniendo el municipio que atender de su propio bolsillo las obligaciones hasta el momento surgidas, de modo tal que los retrasos del proyecto son imputables única y exclusivamente al Ministerio convocante por desconocer su obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato.

1.4. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO E INCUMPLIMIENTOS IMPUTABLES A LA ENTIDAD PÚBLICA.

La entidad pública ha incumplido con sus obligaciones al no desembolsar los montos correspondientes en los términos señalados por el contrato, puesto que a la fecha solo se ha realizado un desembolso al Municipio, lo que denota el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Ministerio.

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

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 26862 del 13 de noviembre de 2018, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

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

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

“El artículo 1609 del Código Civil prevé que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual “la mora de uno purga la mora del otro”, consagra la exceptio non adimpleti contractus, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica. (...) Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La exceptio non adimpleti contractus tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones

En pronunciamiento más reciente, esta Corporación adujo:

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

Como se aprecia, para que se predique la excepción de contrato no cumplido en materia estatal, el incumplimiento de la entidad debe ser grave, determinante y trascendente, al punto de situar al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, como en efecto ocurre, puesto que el principal obstáculo del Municipio para continuar con la ejecución contractual es de índole económica, lo que quiere decir que se le causa un gran perjuicio al no desembolsarle las sumas debidas. En ese sentido, en el evento de encontrar un incumplimiento del contratista, es claro que este se derivó del incumplimiento previo de la entidad al no acreditar que desembolsó todas las sumas a que se comprometió a favor del municipio, por lo que se configuraría la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil.

1.5. 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 se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

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

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

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

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, el Código Civil estableció una fórmula que permite graduar la misma en función del porcentaje de ejecución del contrato. Lo anterior, con el objeto de evitar que se produzca un enriquecimiento sin causa a favor de la parte que hace efectiva la mencionada estipulación. No obstante, frente a las dos disposiciones citadas, las cuales son propias de la jurisdicción ordinaria civil, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵ ha sostenido:

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil

“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.

Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, en la equidad y en el principio de proporcionalidad. Al respecto expone Claro Solar:

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

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

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

(...)

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

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

Conforme lo anterior, la cláusula penal debió calcularse proporcionalmente al avance del contrato, teniendo en cuenta que los estudios y diseños ya se entregaron y que actualmente la obra se encuentra en ejecución, sin que ninguno de éstos hechos se haya tenido en cuenta para la liquidación de la cláusula penal, motivo por el cual, el valor de la cláusula penal deberá reducirse conforme al porcentaje ejecutado por el contratista y disminuirse en dicha proporción.

Botero.

1.6. ARGUMENTOS DE DEFENSA PLANTEADOS POR MUNICIPIO.

Coadyuvo expresamente los argumentos de defensa propuestos por el Municipio López de Micay en los descargos que sus representantes presentaron, solo en cuanto los mismos no perjudiquen los intereses de mi representada, ni comprometan su responsabilidad.

II. FUNDAMENTOS PARA ABSOVER A ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C DEL PAGO DE LA EVENTUAL CLÁUSULA PENAL, EN VIRTUD DEL CLAUSULADO DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO NO. 435 47 994000047251.

2.1. NO SE CONFIGURÓ EL RIESGO ASEGURADO AL NO HABERSE ACREDITADO PROBATORIAMENTE LA RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO.

Al respecto, cabe resaltar que el interés asegurado en la Póliza de Garantía Única De Cumplimiento En Favor De Entidades Estatales no es otro que *“GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA DERIVADAS DE CONVENIO INTERADMINISTRATIVO No. 2057 DEL 2021 DE FECHA 11 DE NOVIEMBRE DE 2021 CELEBRADO ENTRE LAS PARTES, RELACIONADO CON OBJETO: AUNAR ESFUERZOS TÉCNICOS, ADMINISTRATIVOS Y FINANCIEROS ENTRE LAS PARTES PARA PROMOVER LOS ESTUDIOS, DISEÑOS Y CONSTRUCCION (OBRA) DE LA SEDE ADMINISTRATIVA DE LA ALCALDIA MUNICIPAL DE LOPEZ DE MICAY-CAUCA.”*

Así las cosas, mi prolijada solo estaría eventualmente obligada a responder pecuniariamente de conformidad con las obligaciones expresamente estipuladas y aceptadas por las partes en el contrato de seguro, de modo que el riesgo asegurado en el contrato de seguro en comento no es otro que el incumplimiento del convenio interadministrativo a cargo del afianzado, siendo que de conformidad con el artículo 1072 del Código de Comercio el siniestro o realización del riesgo asegurado es la declaratoria de incumplimiento.

Sin embargo, no obran en el expediente pruebas suficientes respecto del incumplimiento del asegurado, por lo que de manera consecencial se puede afirmar que en el sub-lite no se logró acreditar la configuración del riesgo asegurado y, en consecuencia, la obligación indemnizatoria a cargo de mi procurada.

Así las cosas, el Ministerio no logró derrotar presunción de inocencia a favor del Municipio, puesto que no acreditó preponderantemente que la hipótesis de la ocurrencia de la infracción imputable al administrado resulta más razonable o probable que su cumplimiento.

En conclusión, atendiendo a que la responsabilidad contractual del asegurado no se acreditó

probatoriamente en el proceso de marras y, por ende, no es viable declarar su incumplimiento, no se logra estructurar una aparente responsabilidad en cabeza del afianzado, esto es, no se realiza el riesgo asegurado como condición sine qua non para activar la responsabilidad que, eventual e hipotéticamente, le pudiera corresponder a mi prohijada, la aseguradora.

Se concluye que, al no reunirse los supuestos para que se configure un incumplimiento en cabeza del afianzado, claramente no se ha realizado el riesgo asegurado por la póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 435 47 994000047251, que sirvió como sustento para convocar a mi procurada a la presente actuación administrativa. En tal sentido, no surge obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora.

2.2. COMPENSACIÓN.

Teniendo en cuenta que nos encontramos ante la ejecución de un contrato estatal, en el cual aplican las normas del derecho administrativo y las normas relativas a la teoría general de las obligaciones, será tarea del Despacho entrar a establecer el estado financiero del contrato a efectos de establecer si existen saldos a favor del contratista en virtud del Convenio Interadministrativo No. 2057 de 2021.

Lo anterior, bajo el entendido que, como quiera que se desconoce el estado financiero del contrato, y como quiera que la entidad debe o debió realizar pagos al contratista, en caso de tener recursos a favor del Municipio, deberá darse aplicación al principio de la compensación, como un modo de extinguir simultáneamente y hasta la misma cuantía las obligaciones existentes entre personas que recíprocamente son acreedoras y deudoras. Esta figura está contemplada en el artículo 1714 del Código Civil, el cual señala:

“ARTICULO 1714. COMPENSACION. 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”.

Dicho mecanismo se encuentra contemplado también en el Parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que establece:

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. (...)

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros **a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista** (...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Como puede observarse, la compensación es una de las formas de extinguir las obligaciones que se encuentra contemplada en materia civil, administrativa y comercial. Razón por la que se debe aplicar la mencionada figura respecto de las obligaciones que surjan para el contratista por el presunto incumplimiento parcial en que haya incurrido.

Lo anterior, por ministerio de la ley opera de pleno derecho, por lo que en caso de existencia de saldos a favor y por efecto de la compensación no habría lugar en afectar la póliza. Por lo anterior, se solicita a la entidad estatal aplicar de pleno derecho la figura que ahora se invoca.

2.3. DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES 435 47 994000047251.

En el remoto caso que el Despacho considere que la póliza cubre los hechos materia de debate, así como las sumas pretendidas por el Ministerio, deben considerarse los montos máximos de cobertura por la póliza contenidos en la misma y su clausulado.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

“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, no se podrá obtener una indemnización superior al límite en cuantía de la suma asegurada por parte de mi mandante, que en este caso resulta ser la siguiente:

GIRO DE NEGOCIO: CONVENIO INTERADMINISTRATIVO

| DESCRIPCION AMPAROS | VIGENCIA DESDE | VIGENCIA HASTA | SUMA ASEGURADA |
|-----------------------|----------------|----------------|----------------|
| CONTRATO CUMPLIMIENTO | 11/11/2021 | 31/01/2023 | 962,792,661.80 |
| RENEFICTARIOS | | | |

El amparo cubierto tiene un tope que depende de la disponibilidad para su pago, en tanto que en el año de la vigencia de la póliza pudo haberse presentado otro siniestro o diversos eventos que agoten los montos pactados en el contrato de seguro, condición que deberá ser tenida en cuenta por el Despacho en el evento de encontrar configurado el riesgo asegurado, esto es, la responsabilidad civil del asegurado.

2.4. CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO QUE REVISTEN LOS CONTRATOS DE SEGURO.

Sin perjuicio de la no realización del riesgo asegurado, es importante mencionar el principio que rige el contrato de seguro, es el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo.

De modo que la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado. Así las cosas, el carácter de los seguros de daños y en general de cualquier seguro, es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el asegurado/beneficiario con el pago de la indemnización. Es decir, no puede nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

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

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

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

Así las cosas, considerando que el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento y tiene un carácter meramente indemnizatorio, mal haría la entidad si aplica la cláusula penal con ocasión de incumplimientos improbados, lo que implicaría correlativamente una transgresión del principio indemnizatorio esencial del contrato de seguro.

Esto, por cuanto se estaría avalando un enriquecimiento indebido de la entidad estatal por cuanto la misma pretende tasar la multa con ocasión de unos montos superiores a los que en realidad se entregaron al contratista y sin tener en consideración el avance de obra hasta la fecha.

III. PETICIÓN.

Con base en los fundamentos y razones antes expuestas, solicito respetuosamente al Ministerio del Interior, que proceda a archivar el proceso sancionatorio administrativo de incumplimiento contractual exonerando de responsabilidad al Municipio López de Micay.

De manera subsidiaria y solo en el remoto e hipotético evento que se considerara declarar el incumplimiento parcial del Convenio Interadministrativo No. 2057 de 2021, ruego que se tome en consideración todas y cada una de las condiciones generales y particulares que rigen el contrato de seguro documentado en la Póliza De Garantía Única De Cumplimiento En Favor De Entidades Estatales No. **435 47 994000047251**.

IV. MEDIOS DE PRUEBA.

- Respetuosamente solicito al MINISTERIO DEL INTERIOR, se oficie interventor del Convenio Interadministrativo No. 2057 de 2021 directamente o por intermedio del Municipio López de Micay, para la elaboración y aporte de la actualización del informe completo dentro del cual se denote el estado actual de la obra.
- Respetuosamente solicito a MINISTERIO DEL INTERIOR, se oficie al interventor del Convenio Interadministrativo No. 2057 de 2021 directamente o por intermedio del Municipio López de Micay, para la elaboración y aporte de informe completo dentro del cual se denote el estado económico y financiero actual del contrato.
- Respetuosamente me permito aportar la póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales no. 435 47 994000047251 con sus condicionado particular y general.

V. NOTIFICACIONES.

El suscrito recibirá notificaciones electrónicas en la dirección de correo electrónico notificaciones@gha.com.co y físicas en la carrera 11A No. 94A - 56, Oficina 402, de la ciudad de Bogotá.

Cordialmente,

ANGIE KATHALINA CARPETTA MEJÍA

C.C. No. 1.023.965.126 de Bogotá D. C.

T.P. No. 371.848 del C. S. J.