Bogotá D.C., 30 de noviembre de 2024.

Señores

**E.S.E. IMSALUD.**

Atn. **Soriana María Tejeda Jiménez.**

Subgerente de atención en salud

info@imsalud.gov.co

**REFERENCIA:** Póliza: 475-47-994000064151.

 Tomador: Medical L & C Group.

 Asegurado: Empresa Social del Estado E.S.E IMSALUD.

 Amparo: Cumplimiento; Buen Manejo del Anticipo.

 Contrato: 042M/2024.

Respetados señores:

Después de analizar el oficio denominado “*RECLAMACIÓN POR SINIESTRO DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO NÚMERO 475-47-994000064151”* en la cual ustedes pretenden “*afectar el 100% de los amparos de cumplimiento, y buen manejo y correcta inversión del anticipo*” nos permitimos negar u objetar la solicitud de reconocimiento económico de las prestaciones contenidas en los amparos del seguro de la Póliza No. 475-47-994000064151 dado que no resultan exigibles por no haberse satisfecho la carga de la prueba sobre la ocurrencia del riesgo asegurado, ni del quantum de la pérdida supuestamente ocasionada, y porque además aconteció una circunstancia prevista en el instrumento del seguro exclusión, situaciones que se detallarán motivadamente a continuación.

De manera previa efectuamos el recuento de algunos de los antecedentes que deben primar y se asocian con su comunicación:

1. **ANTECEDENTES.**
2. El 31 de enero de 2024, se suscribió el contrato No. 042M/2024, cuyo objeto era adelantar “*la compra de 16 centrifugas y 12 microscopios led, para la renovación tecnológica del laboratorio clínico en las UBAS e IPS de la ESE IMSALUD”*. El contrato contó con un plazo final de tres (3) meses y, tuvo un valor final de TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE ($351.288.000).
3. El contrato tuvo inicio el 5 de febrero de 2024 y fue adicionado por el término de un mes el 3 de abril de 2024, para una duración total de tres (3) meses.

Posteriormente, el 30 de abril de 2024 a solicitud del contratista y procurando el cumplimiento contractual, se suspendió del contrato por el término de 90 días, con el objeto de que Medical L & C Group terminara algunos trámites pendientes ante el INVIMA para el registro sanitario de los equipos biomédicos objeto del Contrato No. 042M/2024.

El día 5 de agosto de 2024 se suspendió nuevamente el contrato, sin que se evidencie en el expediente contractual acta de reinicio posterior a esa fecha.

1. Para el día 5 de agosto de 2024 se citó a audiencia con la cual inició un procedimiento de incumplimiento contractual que terminó con la expedición de la Resolución Número 526 del 10 de octubre de 2024, mediante la cual se declaró el incumplimiento total del Contrato No. 042M/2024.
2. Mediante comunicación adiada al 30 de octubre de 2024, la Empresa Social del Estado E.S.E. IMSALUD, elevó ante la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. solicitud de pago respecto del seguro de cumplimiento No 475-47-9940000-64151, en el marco del cual estimó que la cuantía del siniestro corresponde a DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS UN MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE ($245.901.600) correspondientes a sumas aseguradas por los amparos de cumplimiento y buen manejo del anticipo.

Lo anterior tras atribuir un supuesto incumplimiento total a las obligaciones y responsabilidades derivadas del contrato, por cuanto presuntamente no se habían entregado los equipos biomédicos objeto del contrato, al no poseer los mismos las certificaciones sanitarias de rigor. Sin embargo, para la fecha en la cual se remite esta comunicación, ya se cuenta con dicha documentación, como es de conocimiento de la entidad y se encuentra el contratista a la espera del recibo de estos por parte de la Empresa Social del Estado E.S.E. IMSALUD.

1. **CONSIDERACIONES FRENTE A LA COMUNICACIÓN.**
2. Que los antecedentes expuestos y demás circunstancias eventualmente suscitadas en la ejecución del Contrato No. 042M/2024, no permiten de ninguna manera tener por acreditado un perjuicio grave atribuible a causalmente a la conducta de Medical L & C Group, en el marco del contrato asegurado que deba ser objeto de indemnización por medio de la póliza de cumplimiento No. 475-47-994000064151.

Corolario de lo anterior, pese a que la Resolución 526 del 20 de octubre de 2024 señaló que supuestamente hasta esa fecha los equipos biomédicos no habían sido entregados a la entidad por falta de documentación y permisos sanitarios, lo cierto es que de conformidad con la Resolución No. 2024047748 del 21 de octubre de 2024 “*Por medio de la cual se concede un registro sanitario”* expedida por el INVIMA, a la fecha ya se cuenta con los permisos, lo que de suyo descarta la existencia de un incumplimiento total y actual que deba ser indemnizado con cargo a la póliza de cumplimiento No. 475-47-994000064151.

Así mismo, es importante señalar que la declaratoria de incumplimiento que de forma unilateral impuso la E.S.E IMSALUD, desconoce los esfuerzos y las medidas adoptadas por el contratista Medical L & C Group para atenuar las consecuencias de la demora del INVIMA (un tercero) para conceder los permisos sanitarios que permitieran la ejecución total del objeto contractual.

1. Que la Empresa Social del Estado E.S.E. IMSALUD, adelantó el procedimiento de incumplimiento contractual (PIC) en los términos que dispone el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y la Ley 1150 de 2007, e impuso la sanción penal mientras se encontraba suspendido el contrato, desconociendo que en virtud de la suspensión, las obligaciones contractuales eran inexigibles, como ya lo ha señalado el Consejo de Estado el Consejo de Estado, en Sentencia con radicado No. 2278 de 5 de julio de 2016, y ponencia del magistrado Germán Bula Escobar y generando como consecuencia que el mentado acto administrativo haya sido expedido sin competencia y de forma irregular.

Al respecto, es menester aclarar que la primera audiencia o lo que es igual, el inicio del proceso de incumplimiento tuvo lugar el 5 de agosto de 2024, misma fecha en la cual se suscribió acta de suspensión contractual sin especificar el término por el cual se entendería suspendido el contrato, así mismo, sin que aparezca acreditado en el expediente del proceso de incumplimiento contractual o se encuentre cargada en el aplicativo SECOP II alguna acta de reinicio, de modo que devienen inexigibles las obligaciones principales del Contrato 042M/2024 para la fecha en la cual se declaró el incumplimiento de las mismas, lo que de contera implica la falta de competencia de la Empresa Social del Estado E.S.E. IMSALUD para declarar el incumplimiento.

Por lo anterior, el acto administrativo que declaró el incumplimiento no produce los efectos que pretende atribuirle la Empresa Social del Estado E.S.E. IMSALUD ante su falta de competencia para expedirlo durante una suspensión contractual, entonces, claramente la carga de la prueba del art. 1077 del Código de Comercio no se encuentra satisfecha por la entidad reclamante, pues con la solicitud no se allega prueba legal que potencialmente demuestre la ocurrencia del siniestro mediante el adecuado agotamiento de los estadios administrativos que el legislador dispuso para el efecto.

1. Que no es posible acceder a la solicitud de pago como quiera que se encuentra configurada una de las exclusiones establecidas en el numeral 2.1. del condicionado general de la póliza de cumplimiento No. 475-47-994000064151, toda vez que la ejecución del objeto contractual se vio interrumpida de forma irresistible por el hecho de un tercero que para este caso sería el INVIMA, entidad que no expidió oportunamente certificado CCAA, junto con el permiso de comercialización y/o registro sanitario en los términos de la Resolución 4002 de noviembre de 2007, pese a que el contratista realizó tales solicitudes de manera oportuna y diligente.

En este punto es importante mencionar que las obligaciones contenidas en el Contrato 042M/2024 son de medio, por lo cual no se puede predicar su incumplimiento cuando se observa que el contratista dio aplicación a lo dispuesto en el numeral 3 de sus obligaciones generales, como quiera que notificó a la Empresa Social del Estado E.S.E. IMSALUD las dificultades que tenía que sortear de cara las certificaciones tramitadas ante el INVIMA, situación que aparece claramente acreditada en el expediente del procedimiento administrativo y que por sí misma desdibuja cualquier incumplimiento imputable al contratista.

Así entonces, no es posible afectar el negocio asegurativo, como quiera que senda jurisprudencia ha señalado inequívocamente que las exclusiones eximen a la aseguradora de la obligación de satisfacer prestación alguna[[1]](#footnote-1).

1. Que la solicitud de pago del siniestro no cumple con lo establecido en el numeral 5 del condicionado general de la póliza de cumplimiento No. 475-47-994000064151, como quiera que, de conformidad con tal estipulación contractual, la Empresa Social del Estado E.S.E. IMSALUD debió acompañar la reclamación de una constancia de no existencia de saldos a favor del contratista respecto de los cuales se hubiera podido aplicar la compensación de que trata el numeral 4 del mismo condicionado.

De conformidad con lo anterior, ante el incumplimiento de uno de los requisitos para proceder al pago del siniestro, debe negarse la solicitud de cancelación de montos señalada en la comunicación del 30 de octubre de 2024.

1. Que no es viable afectar el amparo de *BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN AL ANTICIPO,* como quiera que de conformidad con la cláusula 4.1. del Contrato 042M/2024 la cifra entregada al principio del vínculo correspondía a un pago anticipado y no a un anticipo; En este punto es importante resaltar que el pago anticipado se diferencia del anticipo por cuanto este último, es un adelanto o avance del precio del contrato destinado a apalancar el cumplimiento de su objeto, de modo que los recursos girados por dicho concepto solo se integran al patrimonio del contratista en la medida que se cause su amortización mediante la ejecución de actividades programadas del contrato; Mientras que el pago anticipado es un pago efectivo del precio de forma que los recursos se integran al patrimonio del contratista desde su desembolso[[2]](#footnote-2).

Ahora bien, en el texto contractual inicial, la Empresa Social del Estado E.S.E. IMSALUD señaló que el pago del 50% realizado inicialmente al contratista correspondía a un pago anticipado, cuya naturaleza se confirma como quiera que en el texto contractual no se evidencia obligación alguna de reintegrar o amortizar, lo que desdibuja su carácter de anticipo.

En este punto conviene recordar que según el 1056 del Código de Comercio la aseguradora a su arbitrio asume algunos riesgos, los cuales en relación con el anticipo se pactaron en el apartado 1.3. del condicionado general, entendiendo que prestaría cobertura solamente respecto del uso o apropiación indebida de los dineros o bienes entregados a título de anticipo y en el evento en que tales dineros o bienes no sean utilizados en la ejecución del contrato, sin embargo, este amparo no se extiende a cubrir el uso de los dineros entregados como pago anticipado al garantizado.

Así entonces, el amparo de *BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN AL ANTICIPO* no presta cobertura para el riesgo relacionado con el pago anticipado como equivocadamente señala la Empresa Social del Estado E.S.E. IMSALUD.

1. Que no se encuentra debidamente acreditada en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, la cuantía de la pérdida por parte de la Empresa Social del Estado E.S.E. IMSALUD, como quiera que el análisis económico que se realiza respecto de los intereses corrientes con cargo al inexistente anticipo se computa a partir de la misma fecha de entrega del dinero, lo cual confirma que no es un anticipo, pues de serlo, se habría establecido una fecha para amortización o reintegro a la entidad, lo que no se encuentra pactado en el contrato, y además si en efecto fuera un anticipo, el cobro de los intereses solo se causaría desde la fecha en la que nace la obligación accesoria de amortización o devolución, no antes.
2. Que la solicitud de la Empresa Social del Estado E.S.E. IMSALUD no se acompasa con lo estatuido en los artículos 44 del CPACA, 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, como quiera que la sanción penal impuesta no fue proporcional al nivel de cumplimiento que para el 21 de octubre de 2024 había alcanzado el contratista, toda vez que obran en el expediente pruebas de adquisición de la totalidad de los bienes objeto del contrato[[3]](#footnote-3), así como solicitudes que evidencian el inicio de los trámites para obtener los permisos sanitarios e incluso reparaciones gratuitas a los equipos biomédicos de la entidad para atenuar las consecuencias de la no obtención en término de los permisos por parte del INVIMA, lo que de suyo implica que hubo cumplimientos parciales los cuales debieron tenerse en cuenta para reducir proporcionalmente la tasación anticipada de los perjuicios.

Así entonces acceder a la solicitud de pago elevada generaría una ostensible trasgresión al principio indemnizatorio del contrato de seguros, convirtiéndose la póliza de cumplimiento No. 475-47-994000064151 en fuente de enriquecimiento injustificado para la Empresa Social del Estado E.S.E. IMSALUD, lo que genera la improcedencia de la reclamación.

1. Que es improcedente hace efectivo simultáneamente los amparos de <buen manejo y correcta inversión del anticipo> y de <cumplimiento> por cuanto de conformidad con el parágrafo segundo del numeral 1.8. del condicionado general de la póliza de cumplimiento No. 475-47-994000064151 y el artículo 2.2.1.2.3.2.1. del Decreto 1082 de 2015, los amparos son independientes unos de otros especto de sus riesgos y de sus valores asegurados, siendo que los mismos no son acumulables y son excluyentes entre sí.

Corolario de lo anterior, debe ponerse de presente que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que aunque la garantía de cumplimiento a favor de entidades públicas sea una sola, sus amparos son diversos y se asocian a distintas obligaciones de los contratistas, las entidades estatales deben ser cuidadosas al determinar el riesgo que se ha configurado y con fundamento en el cual pretenden hacer efectiva la garantía vertida en una póliza, en tanto no es posible tomar el valor de un amparo, para cubrir el siniestro acaecido por la ocurrencia de un riesgo cubierto por otro[[4]](#footnote-4), determinándose la indebida acumulación de amparos a afectar.

1. Que el contratista Medical L & C Group acreditó mediante los anexos al documento “*solicitud de revocatoria directa*” que a la fecha los permisos sanitarios que requerían los equipos biomédicos se encuentran concedidos por parte del INVIMA[[5]](#footnote-5), de modo que el supuesto incumplimiento total de las obligaciones no es actual y no se ha cumplido con la carga de la prueba del art. 1077 del Código de Comercio por parte de la Empresa Social del Estado E.S.E. IMSALUD, por lo que, por sustracción de materia, no existe un riesgo indemnizable de conformidad con el artículo 1072 del Código de Comercio.
2. Que, en todo caso, el incumplimiento contractual no se encuentra debidamente probado en la comunicación o en la solicitud de efectividad de la póliza, pues se itera, no se ha cumplido con la carga de la prueba del art. 1077 del Código de Comercio, más aún cuando de los anexos a la solicitud de revocatoria directa que elevó el contratista, se logra constatar que los equipos biomédicos cuentan con los permisos sanitarios del caso.
3. Que del análisis de los antecedentes expuestos y la documentación estudiada a la luz del artículo 1075 de la codificación mercantil colombiana, manifestamos de manera comedida que no es posible aceptar ni atender positivamente su petición, en razón a que la comunicación denominada *“Reclamación por siniestro de la póliza de cumplimiento número 475-47-9940000-64151*” no se acompasa con lo estatuido en los artículos 1056, 1072 y 1077 del Código de Comercio. Es decir, se está pretendiendo la efectividad del seguro por medio de un acto administrativo proferido sin competencia para ello con ocasión de la suspensión del contrato, sin que medie acreditación probatoria de que contratista a la fecha se encuentre incumpliendo sus obligaciones y mucho menos que esta supuesta actuación haya causado un perjuicio indemnizable debidamente cuantificado.

Por las razones expuestas **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, objeta formalmente su reclamación de hacer exigible los amparos contenidos en la Póliza Cumplimiento No. 475-47-9940000-64151.

Atentamente,

German lodoño

1. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sobre la naturaleza jurídica del anticipo es muy ilustrativa la distinción que realiza el Honorable Consejo de Estado mediante Sentencia 13436 de junio 22 de 2001 de la Sección Tercera. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver factura de compra de 16 centrífugas y 12 microscopios led aportada por el extremo contratista. [↑](#footnote-ref-3)
4. Al respecto ver Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A; MP José Roberto Sáchica Méndez; Exp 53318. 18 de febrero de 2022. [↑](#footnote-ref-4)
5. Al respecto consultar Resolución No. 2024047748 del 21 de octubre de 2024 “*Por medio de la cual se concede un registro sanitario”*, expedida por el INVIMA. [↑](#footnote-ref-5)