

Señores

FONDO DE ADAPTACIÓN

E. S. D.

REFERENCIA	PROCESO SANCIONATORIO ART. 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 – CONTRATO DE OBRA FA-LP-I-S-003-2021
CONTRATANTE:	FONDO DE ADAPTACIÓN
CONTRATISTA:	JASCOM INGENIERÍA
TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

I. ESTRUCTURA DE DEFENSA DEL CONTRATO DE OBRA FA-LP-I-S-003-2021

1. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO POR PARTE DEL FONDO DE ADAPTACIÓN

El artículo 1498 del Código Civil establece que los contratos de carácter conmutativo o sinalagmático son aquellos en los cuales cada una de las partes se obliga frente a la otra a dar o hacer una cosa que se considera equivalente a lo que ésta debe dar o hacer a su vez. De esta forma y teniendo en cuenta que este tipo de relaciones negociales se funda en la equivalencia o reciprocidad de las prestaciones a cargo de cada una de las partes contratantes, lo que se procura es mantener el equilibrio y la simetría de los intereses de cada una de ellas, para lo cual se han creado algunos mecanismos¹ que pueden ser empleados ante un incumplimiento contractual.

Así las cosas, en el evento en que en un contrato sinalagmático el contratante y el contratista incurran en incumplimientos recíprocos, es decir, que ambas partes no realicen las obligaciones contractualmente pactadas, se configura la excepción de contrato no cumplido o “*exceptio non adimpleti contractus*”.

En efecto, al haberse establecido esta excepción en un mecanismo de defensa que puede ser esgrimido por cualquiera de las partes integrantes del contrato, en la que el uno de los contratantes deja de cumplir lo pactado mientras que el otro no se allane a cumplir su parte, presentándose entre los contratantes un mutuo incumplimiento.

¹ Como medios de defensa de las partes en los contratos de carácter sinalagmático o conmutativo se encuentran la resolución del contrato por incumplimiento y la excepción de contrato no cumplido, mecanismos cuya existencia no podía ser concebida por los romanos, quienes no consideraban que ante el incumplimiento contractual de una de las partes se pudiera ordenar la ejecución forzada o *in natura* de la prestación debida, razón por la cual ante el incumplimiento contractual el acreedor únicamente podía pretender una indemnización de carácter económico.

Así, se ha considerado que estas dos figuras son relativamente nuevas al señalar “(...) se remiten al bajo medioevo, cuando se hizo presente la consideración del equilibrio en la ejecución de los contratos innominados: los canonistas adujeron el principio *non servanti fidem non est fides servanda* en tanto que los postglosadores se remitieron a la teoría de las excepciones... Se atribuye, con razón, al derecho canónico el origen de la excepción de inejecución, con pie en el brocárdico *non servanti fidem non est fides servanda*, en el que apoyaron BARTOLO y los demás postglosadores canonistas y civilistas para construir la figura de la *exceptio non adimpleti contractus*, que solamente sería afinada al término del siglo XVI”, Hineostroza Fernando en “Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico” Vol. II, Ed. Universidad Externado de Colombia 2015, Páginas 931 y 932.

Es fundamental manifestar que el H. Consejo de Estado en senda Jurisprudencia en tratándose de la declaratoria de la caducidad de un contrato estatal ha permitido la aplicación de la excepción de contrato no cumplido contenida en el artículo 1609 del Código Civil, así las cosas, en el evento que se acrediten las condiciones que den lugar a la excepción se desvanece el incumplimiento del contratista que fundamenta la declaratoria de la caducidad.

La excepción de contrato no cumplido “*exceptio non adimpleti contractus*” consagrada en el artículo 1609 del ordenamiento jurídico civil a su tenor literal reza:

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

En virtud de lo dispuesto en el artículo anteriormente transcrito en un contrato bilateral el contratista no está obligado a cumplir sus obligaciones cuando el co-contratante incumplió con las suyas. *Es decir, dentro de los efectos que produce la presencia de la excepción de contrato no cumplido, está la imposibilidad para la Administración de ejercitar los poderes exorbitantes, como es el de declarar su caducidad*².

La aplicación de este precepto normativo propio del derecho privado se fundamenta en la intención de *conciliar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular*³. Esto quiere decir que existe una balanza entre el principio de satisfacción del interés general y el interés propio del contratista, postulados que debe atender la administración al momento de suscribir contratos estatales. A su vez, conlleva la posibilidad de que el particular excepcione este tipo de justificación ante un eventual incumplimiento derivado de un previo incumplimiento por parte de la administración, de allí la fundamentación de relación armónica entre satisfacción del interés público y del particular contratista.

Ahora bien, El Informe de Interventoría porcentualiza los supuestos incumplimientos del contratista, cuando fue éste quien impidió el cabal cumplimiento de cada una de las actividades, tanto en la fase de pre-construcción como en la de construcción.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de marzo de 2001, Exp. 13415. La Sala también ha explicado que la mora de la entidad, como aquella que deriva del no pago oportuno del anticipo, le impide imponer multas y declarar la caducidad del contrato, Sentencia de 12 de diciembre de 1996, Exp. 9964; o el incumplimiento por falta de entrega de los planos de la obra por la entidad, Sentencia de 3 de marzo de 1994, Exp. 7223. Ellas reiteran la pauta jurisprudencial contenida en la Sentencia de 7 de abril de 1978, Exp. 1870.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (5 de julio de 2016) Expediente 2278. [C.P. Germán Bula Escobar].

En primer lugar, los diseños primigenios no fueron apropiados por el contratista. Al momento de ejecutar el contrato, la entidad contratante ya tenía unos diseños sobre la obra. En ese sentido, el contratista se vio en la necesidad de realizar ajustes técnicos a los diseños, lo que lo conllevó a una demora para la ejecución. Dicha situación fue puesta en conocimiento mediante el Oficio No. CT-FA-003 del 27 de junio de 2021.

En segundo lugar, solo hasta el 14 de octubre de 2021 la interventoría recomendó iniciar con la socialización del proyecto ante la comunicad. La demora del interventor afectó significativamente al contratista. Tanto así que el ajuste propuesto por el contratista duró más de 50 días calendario en ser rechazado.

En tercer lugar, el contratista el 21 de diciembre de 2021 entregó la información requerida frente a los ajustes de los diseños y solo hasta el 15 de febrero de 2022 la interventoría realizó una mesa de trabajo.

Ahora, frente al retraso en la propuesta frente a los diseños, el contratista solicitó una prórroga el 25 de febrero y solo fue resuelta el 25 de marzo de 2022, afectando nuevamente la ejecución del contrato. En últimas el otro sí fue firmado el 26 de abril de 2022.

Ahora bien, la entidad contratante no tuvo en cuenta los diferentes hechos imprevistos que han afectado el contrato, tales como las fuertes precipitaciones, la falla en el proveedor del contratista, los días culturales que decretó el Municipio de Cimitarra.

Resulta útil citar lo dicho por la jurisprudencia frente al incumplimiento de obligaciones tales como las que se presentaron en el caso concreto. A su turno sostiene:

“En estas condiciones, es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual”⁴

Así las cosas, resulta pertinente precisar que el contratista siempre estuvo dispuesto a cumplir sus obligaciones pese a las demoras injustificadas del Fondo de Adaptación y de la interventoría del contrato. Entonces, la supuesta inejecución de las obligaciones no le son imputables a su

⁴ Ibid.

responsabilidad, sino al Fondo de Adaptación. Así, se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 1609 de Código Civil, en el que se trae como consecuencia al incumplimiento mutuo de las partes, que ninguno este en mora y por consiguiente ninguna pueda solicitar los perjuicios ni la cláusula penal que se haya estipulado ya que, como se deduce de los artículo 1594 y 1615 ibídem, para poder exigir perjuicios o la cláusula penal se requiere que el deudor incurra en mora, lo que en efecto en el caso que hoy nos atañe no sucede.

2. INOBSERVANCIA DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 – FALTA DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD FRENTE A LA CUANTIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y DEL SUPUESTO PERJUICIO:

Sea lo primero indicar que, el procedimiento administrativo de sanción del Contrato de Obra No. FA-LP-I-S-003-2021, adelantado por el Fondo de Adaptación, 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:

“(…) Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, **cuantificando los perjuicios del mismo**, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: (...)”. Negrilla fuera de texto.

Lo anterior, por cuanto en la citación a la audiencia donde se determinó el pliego de cargos, nunca se identificó de forma clara, precisa, técnica y más allá de toda duda razonable, el porcentaje de incumplimiento por parte de la Entidad ni cómo llegó a la cuantificación del supuesto perjuicio, existiendo una diferencia de criterio respecto del porcentaje del **contrato ejecutado a la fecha**, toda vez que el contratista siempre estuvo dispuesto a cumplir sus obligaciones pese a la demora injustificada del Fondo de Adaptación y del interventor del contrato al momento de ejecutarse la fase de pre-construcción, es de señalar que el incumplimiento previo de los mencionados conllevó a la situación contractual adversa para el contratista.

De esta manera, el Fondo de Adaptación ni siquiera tiene claro un porcentaje de incumplimiento, mucho menos puede cuantificar los perjuicios del procedimiento, pues ¿con base en qué se va a calcular un perjuicio que no se logró comprobar de forma técnica? Por tal razón, la administración incurrió en una falsa motivación, al no haber cumplido todos y cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, especialmente la cuantificación del perjuicio, por lo que solicito se declare la nulidad de la citación de incumplimiento.

Adicionalmente la gobernación señala que el contrato es del 28.17% pero realiza la cuantificación

de los perjuicios sobre el 100% del valor del contrato como si el contratista no hubiese cumplido ni con el 1% del mismo. La cláusula penal se pactó por el 25% del valor del contrato, es decir, por \$919.550.192, sin embargo, esto es aplicable solo en el escenario de que el incumplimiento sea total. Sin aceptar responsabilidad alguna y solo ciñéndose a lo presuntamente elaborado por el contratista, este no incumplió totalmente el contrato, por lo que no es procedente dicho cálculo.

Por otro lado, la administración pretende cobrar \$449.720.400 por concepto de perjuicio, dado que a su criterio este es el costo de un nuevo proceso de contratación, costo de obra junto con costo de interventoría. No obstante, se desconoce cómo se llegó a esta cifra; en el informe no se explica detalla e indiscriminadamente los datos ni la operación aritmética que se utilizó para finalizar con este valor.

Por ende, la cuantificación debe ajustarse para no incurrir en un enriquecimiento sin causa a la parte contratante.

3. COMPENSACIÓN

En virtud de lo dispuesto en el párrafo 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 el Fondo de Adaptación.

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.

II. FRENTE AL CONTRATO DE SEGURO

A la audiencia se llama a la Aseguradora Solidaria de Colombia con base la Póliza No. 465-74-994000003594.

A. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES ORDINARIAS DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO.

Para empezar, es importante indicar que el artículo 1081 del Código de Comercio prevé 2 tipos de prescripción respecto a los derechos y obligaciones derivados del contrato de seguro, de la siguiente manera:

La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

De acuerdo con la Sentencia del 01 de marzo de 2023 de la Sala Tercera del Consejo de Estado, C.P. Fredy Ibarra Martínez, frente a la prescripción en materia de seguro de cumplimiento opera la ordinaria, tal como se expone:

En el seguro de cumplimiento pactado como garantía de las obligaciones derivadas de un contrato estatal, la prescripción ordinaria es aplicable a todo interesado que tenga o haya debido tener conocimiento de siniestro, tal como ocurre con las partes del contrato de seguro y también con el beneficiario cuando este es una entidad estatal que, de acuerdo con la ley, tiene a su cargo la vigilancia y control de la ejecución del contrato⁶, posición en virtud de la cual le es exigible enterarse acerca de los hechos que pueden servir de sustento para la efectividad de los amparos otorgados en su favor.

En este caso particular, la prescripción que opera en relación con el beneficiario es la ordinaria, toda vez que el Fondo de Adaptación tenía la carga de verificar el cumplimiento cabal y oportuno de las obligaciones del contratista.

El término de la prescripción se contabiliza desde que la administración tiene conocimiento del hecho o desde el momento en el que razonablemente debió tenerlo, pues a esto se refiere la mencionada norma cuando indica que transcurre desde cuando el interesado “Haya tenido o debido tener conocimiento del hecho”, o está probado claramente cuando lo conoció, como ocurre en este caso, como el examen del plazo dentro del cual debía cumplirse la obligación y la advertencia que la entidad debió deducir luego de que el mismo venció.

Ahora bien, dicho conocimiento del hecho por parte de la entidad no es un conocimiento que deba tener algún tipo de cualificación ni condicionamiento. Conforme a la sentencia del Consejo de Estado del 01 de marzo de 2023, C.P. Martín Bermúdez: “...basta que la compañía acredite que el asegurado tuvo conocimiento del daño o del hecho que genera el derecho. Una lectura contraria, adicionado el plazo que la entidad le otorgue al contratista para hacer reparaciones, implicaría considerar que el término de prescripción está sujeto a la ampliación o al manejo que quería darle el asegurado. A partir del conocimiento del hecho la entidad sabe que, si pretende hacer efectiva la garantía contra la compañía de seguros, está obligada a hacerlo (reclamando como un particular, o expidiendo el acto administrativo) dentro del término de dos años.

Para el caso en concreto tenemos que el acta de terminación del contrato se suscribió por el Fondo de Adaptación el 14 de octubre de 2022, es decir, que para esa fecha razonablemente la entidad contratante ya tenía conocimiento del hecho, que se materializaba con el supuesto incumplimiento

en la ejecución del contrato por el contratista por un porcentaje del 71,83%. Se infiere que conocía el incumplimiento, pues de esta manera optó por terminar el contrato; no puede indicar que el conocimiento fue posterior, máxime cuando se trata de la ejecución de una obra pública la cual por naturaleza es palpable y cierta. En ese orden de ideas, tenía hasta el 14 de octubre de 2024 para haber reclamado de acuerdo con el artículo 1077 del Código de Comercio o haber expedido Acto Administrativo declarando el incumplimiento y afectando el siniestro de cumplimiento de la Póliza mencionada. Teniendo en cuenta que la administración optó por afectar el seguro mediante el proceso sancionatorio contractual, a la fecha de la presentación de estos descargos, es decir, 05 de noviembre de 2024, han pasado más de los 2 años para hacerlo, y sin tener un acto administrativo en firme.

Así las cosas, la prescripción ordinaria se ha configurado, lo que hace improcedente que se afecte el seguro de cumplimiento.

B. EN EL SEGURO DE INCUMPLIMIENTO PÓLIZA ÚNICA A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES No. 465-74-994000003594 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:

“Es asunto averiguado que en virtud del negocio aseguratorio, el asegurador contrae una obligación condicional que el artículo 1045 del código de comercio califica como elemento esencial del contrato, cuyo objeto se concreta a pagar la indemnización cuando se realice el riesgo asegurado. Consecuente con esta concepción, el artículo 1054 de dicho estatuto puntualiza que la verificación del riesgo -como suceso incierto que no depende

exclusivamente de la voluntad del tomador- “da origen a la obligación del asegurado” (se resalta), lo que significa que es en ese momento en el que nace la deuda y, al mismo tiempo, se torna exigible

(...)

“(...) Luego la obligación del asegurador nace cuando el riesgo asegurado se materializa, y cual si fuera poco, emerge pura y simple.

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 pérdida.** (...) 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”. Dicho en breve, el asegurador sabe que tiene un deber de prestación, pero también sabe que mientras el acreedor no cumpla con una carga, no tendrá que pagar (...).”

“(...) Se dirá que el asegurado puede acudir al proceso declarativo, y es cierto; pero aunque la obligación haya nacido y sea exigible, la pretensión fracasará si no se atiende la carga prevista en el artículo 1077 del Código de Comercio, porque sin el cumplimiento de ella el asegurador no debe “efectuar el pago” (C. de CO., art. 1080)⁵ ” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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:

“1. Las normas que definen los aspectos probatorios del contrato de seguro contenidas en el Código de Comercio regulan en forma exclusiva dos aspectos: el siniestro y la cuantía de la pérdida. 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.”⁶. (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

⁵ ÁLVAREZ GÓMEZ Marco Antonio. “Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen I. Hipoteca, Fiducia mercantil, Prescripción, Seguros, Filiación, Partición de bienes en vida y otras cuestiones sobre obligaciones y contratos”. Segunda Edición. Editorial Temis, Bogotá, 2018. Pág. 121-125.

⁶ Superintendencia Financiera de Colombia profirió concepto No. 2003026790-1 del 10 de junio de 2003

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.** Este es el sentido en que se debe aplicar el art. 1077 del Código de Comercio, para aquellos casos en los cuales el asegurado y beneficiario de la póliza es una entidad estatal. De otra parte, al asegurador le corresponde la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, tal como lo dispone la norma.”* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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 pérdida y demostrar la ocurrencia del riesgo.

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 pérdida, lo que se traduce en la obligación de la entidad de no sólo aseverar una suma por concepto de daño, sino que a través de elementos fidedignos deberá demostrar que la conducta de la entidad administrativa presuntamente incumplida le generó un daño o un perjuicio tasado en cierta suma de dinero.

En ese sentido, es necesario que dentro del marco del trámite administrativo adelantado por el Fondo de Adaptación que como se ha mencionado, se encuentra acreditado que el contratista, ha dado cumplimiento a la ejecución del contrato de obra. Dicho de otra forma, si la entidad no acredita los supuestos perjuicios derivados del presunto incumplimiento de dicho contrato estatal, no puede hacer efectivo el amparo de cumplimiento, pues dicha circunstancia transgrede totalmente el artículo 1077 del Código de Comercio.

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. Exp. 14.667.

Ahora bien, por otra parte, no sobra señalar que, sin perjuicio de que el contratista ha cumplido con sus cargas, no puede perderse de vista que el riesgo asegurado contenido en el incumplimiento del oferente, no sólo exige para su realización que haya versado un incumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones del constructor, sino que tales situaciones sean totalmente imputables al oferente. Es decir, que la realización del riesgo necesariamente implica que dicho incumplimiento sea atribuible al contratista, por haber incidido directamente de forma tardía o defectuosa en la ejecución de sus deberes. Sin embargo, en el presente asunto no se evidencia incumplimiento por parte del contratista.

C. PRINCIPIO INDEMNIZATORIO DEL CONTRATO DE SEGURO

Es un principio que rige el contrato de seguro de daños, 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 asegurado. De modo que la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado.

Se puede concluir entonces que el contrato de seguro tiene un carácter meramente indemnizatorio, y por tal motivo, tiene como finalidad llevar a la víctima al estado anterior, más no enriquecerla. Es por ello que, aterrizando al caso en cuestión, no es de recibo la declaratoria de incumplimiento y consecuente sanción de multa, como quiera que el contratista no ha incumplido sus obligaciones, tal y como ha venido exponiendo. Lo anterior, teniendo en cuenta que lo que afirma la entidad convocante a esta audiencia, se debió a circunstancias que desde luego, fueron ajenas, irresistibles e imprevisibles al CONTRATISTA. 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” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

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 predicarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento. Conforme a ello, en caso de pagarse suma alguna que no esté debidamente acreditada por la parte accionante, se estaría contraviniendo el citado principio de mera indemnización del contrato de seguro. En efecto, se estaría supliendo la carga probatoria de la parte actora frente a los presupuestos de una responsabilidad y eventualmente enriqueciendo al accionante. No puede perderse de vista que el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento y que el mismo atiene a un carácter meramente indemnizatorio. Así las cosas, de

efectuarse cualquier pago en el presente asunto, dicha situación implicaría un enriquecimiento injustificado para la Alcaldía de Rioblanco – Tolima y en esa medida se estaría trasgrediendo el principio indemnizatorio del seguro.

De tal forma que, teniendo en cuenta el carácter resarcitorio del contrato de seguro y ante la inexistencia de un daño cierto que claramente no fue probado ni motivado por la Entidad Estatal mediante el oficio por medio del cual aperturó el presente trámite, no hay lugar a dudas a que se pretenda ningún pago por parte de la Previsora S.A. Compañía de Seguros, pues dicha circunstancia implica conculcar una norma superior, como lo es el artículo 1088 del Código de Comercio, relativo al carácter meramente indemnizatorio del contrato de seguro.

D. 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.

AMPAROS			
GIRO DE NEGOCIO: CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA			
DESCRIPCION	AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA
CONTRATO			SUMA ASEGURADA
	CUMPLIMIENTO	14/05/2021	15/02/2023
	PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E IND	14/05/2021	15/06/2025
	ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA	VER NOTA ACLARATORIA	
			1,135,152,968.40
			378,384,322.80
			1,135,152,968.40

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.

III. PRUEBAS

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

- **DOCUMENTALES**

1.1. Copia de la Carátula de la póliza única a favor de estatales No. 465-47-994000003594

- **TESTIMONIO**

Solicito se practique el testimonio de la ingeniera que realizó el informe, de la compañía consultora colombiana Triple C

El objeto de la prueba es que aclare cómo llegó a la cuantificación del incumplimiento y del supuesto perjuicio.

IV. PETICIONES

De acuerdo con lo expuesto, respetuosamente se solicita **AL FONDO DE ADAPTACIÓN:**

PRIMERO: La terminación del presente trámite por no hallarse probada la imputación de incumplimiento, como quiera que el contratista fue diligente en mitigar con las circunstancias y herramientas contractuales.

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 con la configuración de la prescripción de las acciones

ordinarias del contrato de seguro, así como el resto de condiciones generales y particulares el contrato de seguros.

V. NOTIFICACIONES

Cualquier notificación la recibiré en la Carrera 11A No. 94A – 56, oficina 402 de la ciudad de Bogotá D.C y en el correo electrónico notificaciones@gha.com.co / nloaiza@gha.com.co

Cordialmente,

NICOLÁS LOAIZA SEGURA

C.C. No 1.107.101.497 de Cali

T.P. No. 325.294 del C.S de la J.

APUNTES

INFORME TÉCNICO

Jascom.ing@hotmail.com

Objeto del contrato: “Reconstrucción de redes de alcantarillado en la Avenida La Paz del Caso Urbano del Municipio de Cimitarra – Santander”.

Valor inicial: \$3.783.843.228

Valor Final: \$3.678.200.768

Plazo inicial: 9 meses

Plazo final: 14 meses

Fecha de inicio del contrato: 15 de julio de 2021

Fecha final del contrato: 14 de noviembre de 2022

Acta de terminación: 14 de octubre de 2022

Garantía: 465-47-994000003594

Pago: \$972.340.683,95

Saldo: \$2.705.860.084

Ejecución: 28,17% Valor total: \$1.035.993.007

Pendiente: 71,83% la obra no cumple con el fin requerido. Obra en abandono

Incumplimiento de obligaciones específicas:

No se realizó la disposición de escombros en zonas autorizadas por la autoridad ambiental. (Cuál era)

No se mantuvo el personal mínimo para la etapa de construcción

No actualización de las garantías según acta de terminación

Obras abandonadas

Interventoría informó el 22 de agosto de 2022 que ya presentaba retrasos

Oficio 20 de sep de 2022: retraso del 58.58%

Oficio 24 de sep de 2022: retraso del 62,10%

Oficio 08 ed octubre de 2022: retrado del 67.10%

14 de octubre de 2022 se suscribe acta de terminación del contrato de obra con la observación de No cumplido le plazo establecido y el 14 de noviembre de 2022 culminó la ejecución del contrato sin evidenciar una propuesta técnica y financiera por el contratista

28 de junio de 2023: pago de saldo de \$71.086.656

Cláusula penal: 25% del valor del contrato (\$919.550.192)

Multa: por retraso en la entrega de la obra final: 1% del valor del contrato

Perjuicio: \$449.720.400 (costo para nuevo proceso de contratación, costo de obra + costo de interventoría)

Total sanción: \$1.369.270.592

“El contratista incumplió de manera total”

Interventor: Compañía Consultora Colombiana Triple C (ing.julianatriplec@gmail.com) Transversal 24 No. 59-07 Bogotá

DESCARGOS CONTRATISTA

- Los diseños primigenios no fueron apropiados por el contratista. Por lo tanto, se vio el contratista en la necesidad de realizar ajustes técnicos a los diseños. Esto fue comunicado por contratista mediante Oficio No. CT-FA-003 del 27 de junio de 2021
- El 14 de octubre de 2021 la interventoría recomendó iniciar con la socialización del proyecto ante la comunidad. Visto Bueno a la alternativa 1
- Demora del supervisor en aprobar o rechazar el ajuste propuesto (más de 45 días calendario)
- El 29 de noviembre de 2021 se rechazó el ajuste propuesto (50 días calendario)
- El 21 de diciembre de 2021 el contratista entregó la información requerida y correspondiente al ajuste de diseños pero solo hasta el 15 de febrero de 2022 realizó la interventoría una mesa de trabajo.
- Se solicitó una prórroga el 25 de febrero y solo fue resuelta el 25 de marzo de 2022
- Solo se firmó otro sí el 26 de abril de 2022
- Eventos imprevistos. Solicitud el 20 de septiembre de 2022 de suspensión. Solicitud de al menos 2 meses.