1. **COMPETENCIA:**

En el asunto concreto encontramos que EMDUCE se ha definido como una Empresa Industrial y comercial del Estado de orden municipal con régimen contractual excepcional al Estatuto General de Contratación de la Administración, motivo por el cual no le es posible a esta entidad aplicar el procedimiento de incumplimiento establecido en la Ley 1150 y 1474 de 2011, al respecto merece la pena resaltar que este último artículo señala:

***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.

Así mismo lo establece el artículo 17 de la Ley 1150, reza: En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones**.

Es decir, claramente el proceso que se establece vía artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y L 1150 está proscrito únicamente para las entidades que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública del cual EMDUCE se encuentra exceptuado.

 Así las cosas, es claro que EMDUCE no tiene la competencia para iniciar ni continuar con este trámite administrativo sancionatorio, siendo evidente la total ausencia de facultades para el efecto.

Ahora, al abocarse el contratante estas facultades omnímodas y unilaterales está vulnerando el derecho al debido proceso del contratista y de su garante, negándoles la garantía de un juicio de incumplimiento imparcial y dotado de todas las garantías legales, el cual según sendas normas de orden público como el artículo 13 del CGP, que son aplicables al ser un proceso contractual exceptuado del estatuto general de contratación, establece que las normas procesales son de obligatorio cumplimiento y que las estipulaciones en contrario se tendrán por no escritas, lo cual se acompasa con el derecho fundamental al juez natural, siendo imperativo que se termine y archive este ilegal procedimiento de incumplimiento contractual, pues EMDUCE no tiene la potestad legal ni contractual de iniciar un procedimiento administrativo de carácter sancionatorio como el que ahora nos atañe.

1. **INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE MI PROHIJADA POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN RELACIÓN CON EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO.**

Sin perjuicio de los argumentos antes señalados, debe considerarse que en el ámbito de la libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro y en virtud de la facultad consagrada en el artículo 1056 del Código de Comercio, la compañía aseguradora puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que está expuesto el interés asegurado. De modo que, al suscribir el contrato de seguro, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la prerrogativa de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos, las condiciones de amparo y en este sentido, solo están obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes,

Entonces, de acuerdo con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las partes intervinientes en el contrato de seguros pactaron que el riesgo asegurado correspondía a los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones imputables al contratista.

Sin embargo, como lo expuso el contratista en sus descargos, los presuntos incumplimientos se debieron a situaciones como la falta de planeación del contrato, circunstancias imputables únicamente a la entidad contratante. De tal manera, al no ser imputables al contratista, es claro que no se configuró el riesgo asegurado.

Adicionalmente, la entidad convocante no ha acreditado que lo reclamado mediante el presente procedimiento es diferente a lo que se dejó de ejecutar de conformidad con el acuerdo bilateral de terminación anticipada suscrito el 28 de junio de 2024, al respecto es importante señalar que resulta contrario a la buena fe contractual, que la entidad contratante acuerde la terminación bilateral del contrato de forma anticipada, es decir con el conocimiento de que no se llegó al 100% de ejecución y luego, pretenda sancionar al contratista y hacer efectivas las pólizas justamente por lo que aceptó que no se ejecutaría en parte por razones que le son imputables.

En conclusión, como no se comprobó que hubiese incumplimientos imputables al garantizado en la póliza, tampoco se acreditó la configuración del riesgo asegurado, ni la obligación condicional de asegurador, de manera que no existe deber de indemnizar a cargo de mi representada, así como tampoco hay lugar a hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

1. **FALTA DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A LA SANCIÓN QUE SE PRETENDE IMPONER.**

Es importante precisar que, en el remoto e improbable evento en que se llegue a comprobar un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, resulta forzosa la aplicación del principio de proporcionalidad, a fin de adoptar decisiones que se ajusten a los postulados legales y jurisprudenciales que se aplican sobre el particular. Al respecto, el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 dispone:

*“Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza,* ***y proporcional a los hechos que le sirven de causa****”.*

Así mismo, el artículo 1596 del Código Civil hace referencia al principio de proporcionalidad y su aplicación, de la siguiente manera:

*“Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte,* ***tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal****”.*

Igualmente, el artículo 867 del Código de Comercio también hace referencia al principio de proporcionalidad en los siguientes términos:

***“ARTÍCULO 867. <CLÁUSULA PENAL>.*** *(…)*

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

Al respecto, se hace necesario aclarar que la cláusula décima del contrato, a la cual me refiero en virtud del oficio fechado al 18 de febrero de 2025, que deja entrever que es intención de la entidad convocante hacer efectiva la disposición contenida en dicho apartado contractual, la cual si bien 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, debe ser graduada de conformidad con el porcentaje real de incumplimiento, es decir, como bajo ninguna circunstancia además de un incumplimiento total (que no es el caso que ahora nos atañe) sería procedente hacer efectiva dicha cláusula por el 10% del valor del contrato, pues esa cifra debe ser promediada o graduada de conformidad con el porcentaje de cumplimiento del contratista.

Esta fórmula de graduación se desprende directamente de las normas antes señaladas y al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

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

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

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

Como se evidencia, con fundamento en las normas previamente citadas, la jurisprudencia 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 de obra. Así las cosas, el valor de la cláusula décima deberá reducirse conforme al porcentaje ejecutado por el contratista, que según oficio de febrero de 2025 es del 65% y disminuirse en dicha proporción, siendo que en todo caso la sanción definida en la cláusula décima del contrato no podría ser superior a $ 99.380.964.

1. **INDEBIDA TASACIÓN DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA FIRMA CONTRATISTA- Violación al principio indemnizatorio del contrato de seguros**

En lo que concierne la ocurrencia de un eventual siniestro, traducido en el posible incumplimiento de un contrato, que posiblemente ocasione perjuicios a la Entidad Contratante, se entiende que una vez ocurrido el mismo, este, según lo establecido en el Código de Comercio y normas concordantes, debe entrar a demostrarse y tasarse de tal forma que el siniestro sea evidentemente un menoscabo al patrimonio de la Entidad y que con este efectivamente se haya ocasionado un perjuicio.

Lo anterior, encuentra sustento normativo en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, así:

*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:*

Corolario a lo anterior, el Código de Comercio en su artículo 1077 establece que:

***“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.*

De ahí que, si la intención de la Administración es declarar el siniestro y en consecuencia afectar la Póliza de Cumplimiento Estatal, no solo basta con manifestar la ocurrencia del siniestro, es menester a este proceder que, conforme el artículo mentado con anterioridad, la Entidad demuestre los perjuicios efectivamente padecidos por el presunto incumplimiento del contrato que garantizado con la póliza que pretende afectarse.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*“la disposición a que se ha hecho referencia, está orientada hacia el régimen común de los seguros regulados por el Código de Comercio, que rige las relaciones entre particulares y por ello determina****que el asegurado deba acreditar ante la entidad aseguradora, la ocurrencia del siniestro y el monto del perjuicio****, por lo cual la carga de demostrarlos está en sus manos, pero teniendo presente que, en todo caso,****es el asegurador quien determina si reconoce o no la existencia del siniestro y el monto del perjuicio, para lo cual emplea ajustadores y personal calificado que evalúan la reclamación que hace el asegurado****(art. 1080 C. Co).” Negrilla y Subrayado fuera de texto.*

Al respecto es imperativo señalar que en virtud del principio indemnizatorio que reviste el carácter indemnizatorio contemplado a partir del artículo 1088 del Código de Comercio no es posible ni aceptable que la indemnización sea superior al perjuicio efectivamente irrogado, con lo cual es evidente la necesidad de graduar la sanción a imponer.

1. **LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.**

Frente al límite del valor asegurado, la normatividad legal vigente para el efecto ha dispuesto que:

***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*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr033.html#1074)*.*

Asimismo, las condiciones generales que fueron conocidas y aprobadas por la administración, disponen que:

*“****3. SUMA ASEGURADA****.*

*DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 1079 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, SEGURESTADO NO ESTARÁ OBLIGADO A RESPONDER SI NO HASTA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA EN CASO DE SINIESTRO, DETERMINADA EN LA CARÁTULA DE ESTA PÓLIZA PARA CADA AMPARO.”*

En el presente caso, insto a la entidad para que tenga en cuenta los valores asegurados en la póliza 5 65 47 994000002471 y, así mismo, para que aplique la compensación de saldos a que haya lugar.

PRUEBAS:

* Respetuosamente solicito a EMDUCE, se oficie al interventor del Contrato, para que allegue con destino al proceso que ahora nos atañe los soportes de pago y cada una de las actas que evidencien los pagos que se han realizado al contratista.

Esta prueba es pertinente, conducente y útil porque siendo que el objeto de la presente actuación sancionatoria tiene que ver con unos mayores valores pagados y no ejecutados ni reintegrados por el contratista, es menester conocer el balance económico del contrato y que en efecto estos pagos se hayan realizado-

* Respetuosamente solicito se decrete interrogatorio de parte al representante legal del contratista.
* Respetuosamente solicito se aporte PRUEBA POR INFORME rendida por el interventor en la cual rinda informe respecto de los siguientes puntos:
1. El contrato fue cedido en algún momento por la CORPORACIÓN PROYECTO ANTIOQUIA a otra persona natural o jurídica.
2. Cuando cesó definitivamente la ejecución contractual y cuando se suscribió el acta de terminación.
3. El frente de trabajo “Portería Vegas” en qué estado se encuentra para el mes de mayo de 2025.
4. El frente de trabajo “Ocio y estudio” en qué estado se encuentra para el mes de mayo de 2025.
5. Se han suscrito contratos adicionales para la terminación del frente de trabajo “Portería Vegas” y “Ocio y estudio”.
6. El contrato ya fue liquidado.
7. ¿Hubo mayor permanencia en obra?
8. ¿La obra se ejecutó incluso en dominicales y festivos?
* Respetuosamente me permito aportar la póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales no. 5 65 47 994000002471 con sus condicionados particular y general.