**Señores:**

**Alcaldía del Municipio de Alejandría (A)**

**Dra. Gloria Cecilia Naranjo Osorio**

planeacion@alejandria-antioquia.gov.co

notificacionjudicial@alejandria-antioquia.gov.co

E.         S.         D.

**REFERENCIA:** DESCARGOS

**PROCESO:** SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE CUMPLIMIENTO

**CONTRATO:** CONTRATO DE OBRA PÚBLICA SP-LP-003-2023

**CONTRATISTA:** CONSTRUCTIVA – COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO

**GARANTE: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, aseguradora dedicada a los seguros generales, organizada como cooperativa, que tiene el carácter de institución auxiliar del cooperativismo, sin ánimo de lucro, sometida a control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, con domicilio principal en la calle 100 No. 9 A - 45 Piso 12, de la ciudad de Bogotá D.C., identificada con el NIT. 860.524.654 – 6, representada legalmente por el Doctor José Iván Bonilla Pérez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.520.827, conforme se acredita con el poder y certificado de existencia y representación legal adjunto; encontrándome dentro del término legal comedidamente procedo a presentar los correspondientes **DESCARGOS** con fundamento en las siguientes consideraciones que se esgrimen a continuación:

1. **PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD**

El presente escrito es procedente de conformidad con lo dispuesto en el literal b) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Adicionalmente, estos descargos se presentan oportunamente, toda vez que son entregados dentro de la audiencia de que trata el artículo citado anteriormente.

**DESCARGOS RESPECTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA SP-LP-003-2023 EN LO RELATIVO A LA RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADO**

1. **SE COADYUVA LA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN PRESENTADA POR EL CONTRATISTA.**

La administración en buen uso de los principios constitucionales y de la función pública debería analizar los beneficios de aceptar la conciliación como un mecanismo alternativo para resolución de conflictos, máxime cuando la ley no lo prohíbe. Pues las leyes que regulan hoy nuestro ordenamiento jurídico no prohíben que dentro de un proceso administrativo sancionatorio de incumplimiento se pueda adelantar la conciliación. Por lo que la respuesta únicamente no puede ser que dentro de lo regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no lo consagra, pues su análisis debe ir mas allá, observando los beneficios que conllevan adelantar las conciliaciones.

Adicionalmente, el área competente para resolver las solicitudes de conciliación es el comité de conciliación y defensa judicial del Municipio, quienes a través de un acta motivada explican los motivos de si proceden o no a aceptar la conciliación, por lo que no es dable que la administración de una respuesta de manera verbal y sin fundamentos facticos y jurídicos de la negativa de la conciliación. Por lo que respetuosamente se solicita llevar esta propuesta ante el comité pertinente para que sean ellos quienes den respuesta por escrito en los mismos términos en los que fue presentado por el contratista.

Por otro lado, si bien la conciliación no comporta una actuación propia de este tipo de actuaciones administrativas, lo cierto es que el Consejo de Estado no ha desconocido la misma como un mecanismo para que la entidad evite un desgaste administrativo y logre en tiempo récord iniciar los trámites pertinentes para adelantar y ejecutar lo más pronto posible los contratos pertinentes para culminar exitosamente las obras que aparentemente quedaron inconclusas.

Así mismo, debe tener en cuenta el Municipio que este proceso sancionatorio administrativo no podría continuar por un capricho de la Administración, sino que debe ser una situación real, critica y que de verdad ponga en peligro los fines del Estado, y en este asunto en particular no se observa ninguna situación que no pueda resolverse a tiempo con una conciliación en donde el contratista es quien propone la fórmula de arreglo y acepta que se le descuenten sumas de dinero para finalizar de manera anticipada este asunto.

Por lo que ruego se analice la posibilidad de conciliar este asunto pero que sea el comité de conciliación y defensa judicial quien lo analice con el fin de que la administración continue y logre sacar avante el proyecto en beneficio de la comunidad en un tiempo récord.

1. **INOBSERVANCIA DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011**

En primera medida, es importante advertir que la aseguradora desconoce el avance y ejecución del contrato, toda vez que no tiene relación directa con el mismo. Bajo esta óptica, coadyuvo en su totalidad los argumentos presentados por el apoderado del contratista, a efectos de que se le absuelva de toda responsabilidad contractual.

Ahora bien, dicho lo anterior es menester indicar que, el procedimiento administrativo de sanción del **Contrato de Obra Pública SP-LP-003-2023**, adelantado por el Municipio de Alejandría, no cumplió con los presupuestos legales exigidos por la ley. Toda vez que, en primer lugar, no señaló de forma clara y concreta la cuantía de lo que pretende, exigencia establecida en la disposición normativa, pues no puede iniciar un proceso de incumplimiento sin tener certeza de a cuanto equivale ese supuesto incumplimiento, ni mucho menos utilizar sus poderes legales para dirigir este tipo de procesos sancionatorios sin cumplir con las prerrogativas normativas que exigen determina la cuantía de la sanción, multa etc, situación que brilla por su ausencia y de entrada existiría una nulidad por falsa motivación. En segundo lugar, no se indicó de manera concreta cuales fueron esas supuestas viviendas que no fueron sujetas de intervención por parte del contratista, así como tampoco se indicó por parte de la interventoría las respuestas del contratista, pues como bien lo señalo la administración, varias viviendas no pudieron ser intervenidas para mejora por estar situadas en zonas de difícil acceso. Por lo tanto, no es dable que la Administración de manera anticipada determine que existe un presunto incumplimiento cuando no ha realizado el estudio juicio y análisis del asunto en concreto.

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.

Sin embargo, en el pliego de cargo la administración únicamente señala de manera genérica la cuantificación de la posible multa o sanción, sin tan siquiera realizar un estudio cuántico del mismo, indicar por lo menos cual fue la liquidación que utilizara o los métodos para llegar a determinar ese valor, máxime cuando existen avances de la obra, por lo que no podrá solicitar el 100% de lo pactado por multa, sanción clausula penal. Al respecto de la cuantificación de perjuicios se dijo:



Es decir que deja tanto al contratista como a la aseguradora en desventaja que claramente es violatoria al derecho de defensa y contradicción, pues no conocemos ni siquiera la cuantía de lo pretendido por la administración y acudimos a presentar descargos frente a una cuantía abstracta y frente a la cual no podemos indicar desde ya si está o no ajustada.

Ahora bien, no puede la administración escudarse en que, frente a la eventual determinación de la cuantía por parte de la alcaldesa, tendremos la oportunidad de presentar los recursos de Ley, olvidando con ello que no limita nuestro derecho de defensa en el sentido de únicamente tener una sola y basta oportunidad para controvertir la cuantía sin tan siquiera la oportunidad de presentar algún medio probatorio que controvierta o desvirtúe lo dicho frente a la suma que pretenda la administración. Por lo que claramente este acto administrativo se encuentra viciado de nulidad, pues no expresa de manera clara y concreta lo que pretende, pero con ansias inició un proceso de incumplimiento que a simple vista no tiene vocación de prosperidad puesto que el mismo contratista ha indicado que el 100% de la ejecución del proyecto no fue por causas imputables a este sino a la administración.

Así mismo, existieron discrepancias de carácter técnico frente a los parámetros que cada una de las partes en mención, utilizó para dicha medición porcentual.

De esta manera, si la Administración ni siquiera tiene claro cuáles fueron los incumplimientos referentes a cada actividad u obligación pactada en el contrato de obra, mucho menos va a tener calidad del porcentaje de incumplimiento, porque no tiene instrumentos para cuantificar los mismos. 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 determinación clara del supuesto incumplimiento y la cuantía de lo que pretende máxime cuando es evidente que no se trata de un incumplimiento por ejecución 0, sino por el contrario de acuerdo con las pruebas, el contratista hasta donde la administración le permitió, por lo que solicito se declare la nulidad de la citación de incumplimiento.

1. **LA CITACIÓN AL PROCESO DE INCUMPLIMIENTO NO ESTIPULO DE MANERA CLARA LA SANCIÓN O CLAUSULA PENAL DE IGUAL FORMA DEBERA GUARDAR RESPETO POR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN, OBLIGATORIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.**

Lo primero que debe señalarse que existe una imposibilidad de acumular liquidación, multa y cláusula penal, pues se recuerda que el incumplimiento es sobre lo actual no sobre un hipotético futuro.

Ahora bien, sobre el particular, es importante poner de presente que el Municipio de Alejandría que la multa y la cláusula penal son totalmente diferentes, pues mientras la multa es una sanción administrativa, la cláusula penal es una estipulación contractual que fija una indemnización por incumplimiento de las obligaciones, es decir que ambas no persiguen los mismos fines. Por lo tanto, el ente territorial no puede embarcarlas a ambas como si se tratara de una misma disposición.

Recordemos que la cláusula penal es una estipulación pactada de común acuerdo por las partes del contrato con el objeto de establecer previamente un monto o una cuantía equivalente al valor de los perjuicios que se causen como consecuencia del incumplimiento contractual de una de las partes. El efecto jurídico más importante de la cláusula mencionada es que exime a la parte cumplida de la obligación de demostrar la cuantía de la indemnización.

Sin embargo, nótese que la administración un capítulo de cuantificación de la posible multa o sanción a imponer, pero lo deja para ser valorado al final del proceso cuando se expida el acto administrativo que resuelve este asunto.



Sin embargo, el mismo es totalmente ineficaz para el contratista y a la aseguradora, pues no es posible acudir a un proceso sancionatorio de incumplimiento sin cuantía determinada, pues no puede la entidad señalar que esta será impuesta al final máxime cuando tiene todos los mecanismos para indicar si existe o no una afectación económica grave contra la entidad, mas no puede irse por una mera sospecha para ver si existe o no la posibilidad de aplicar una multa o una sanción o hacer efectiva la cláusula penal.

Teniendo en cuenta que la cláusula penal constituye una tasación anticipada de perjuicios, 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. Es por ello que el artículo 1596 del Código Civil, consagra:

“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”.

En el mismo sentido, el artículo 867 del Código de Comercio, establece:

“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”.

Frente a las dos disposiciones citadas, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido:

“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.”[[1]](#footnote-1)

Las normas transcritas consagran el principio de proporcionalidad en materia de sanciones, que aplica completamente a los contratos y convenios estatales por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias expresamente reguladas por la mencionada ley. Es importante indicar que la norma citada aplica de manera indirecta al contrato de seguro, en la medida que **la aseguradora por expresa disposición del numeral 5.1.4.2.3 del Decreto 734 de 2012, está obligada a pagar el monto de la multa o clausula penal impuesta al contratista garantizado, en la medida que la misma se encuentre pactada en el contrato garantizado.**

En conclusión, con base en estos fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinales, se puede indicar que la multa o la cláusula penal sólo puede hacerse efectiva en proporción al porcentaje de incumplimiento del deudor, que se pruebe dentro del proceso, es decir no podrá tasarse ni mucho menos adjudicarse sin haber tenido la certeza de que el contratista incumplió las obligaciones pactadas en el **Contrato de Obra Pública SP-LP-003-2023.**

De esta manera, al descender al caso en concreto es apenas lógico que, a pesar de que la Alcaldía fue incapaz de demostrar con criterio técnico el porcentaje de incumplimiento, lo único cierto es que **CONSTRUCTIVA** cumplió con el contrato de obra celebrado hasta donde la entidad contratante le permitió, lo que le da la totalidad del derecho de que la cuantía de lo que pretenda el Municipio, en caso de encontrarse verdaderamente justificado el incumplimiento, pueda ser reducida considerablemente, pues es evidente que una potestad arbitraria como la que impone esta Administración**,** va en contra de los principios que ha delineado el ordenamiento jurídico colombiano, lo que conlleva inexorablemente a que, en un eventual caso de litigio contencioso administrativo, se deba modificar el monto de la sanción, variando de igual forma la obligación de mi procurada, pues la misma como aseguradora del contrato, respondería por un monto muchísimo menor al señalado en el acto administrativo hoy recurrido.

.

1. **COMPENSACIÓN**

En virtud de lo dispuesto en el parágrafo 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 municipio al Contratista.

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.

**ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA EN VIRTUD DEL CONTRATO DE SEGURO**

En el presente asunto se llama a la aseguradora Solidaria de Colombia E.C. con base en 2 pólizas:

1. Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 496-74-994000007702
2. Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 496 47 994000018422

Frente a cada una se señala lo siguiente:

1. **LA POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No. 496-74-994000007702 NO PRESTA COBERTURA MATERIAL.**

De acuerdo con las precisiones realizadas en los acápites anteriores, el presunto incumplimiento que nos convoca hoy se circunscribe en la indemnización por perjuicios causados por falta de cumplimiento en la obligación asistida por parte del contratista, y en la póliza de responsabilidad civil extracontractual **NO** se pactó tal cobertura.

Con el material probatorio que obra en el expediente quedó acreditado el alcance de la cobertura que ostenta el contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 496-74-994000007702, lo que quiere decir que dicha cobertura se extiende con sujeción a las condiciones pactadas en la misma. Esto significa que mi mandante solo está obligada a responder por el siniestro expresamente estipulado en la póliza, y no puede comprometerse al asegurador por riesgos que no le fueron trasladados.

La póliza ampara los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que cause directamente el asegurado, Cooperativa constructiva en virtud de la ejecución del contrato de obra pública No. SP-LP-003-2023. Se entenderán como terceros todas y cada una de las personas que circulen, ingresen, accedan o se encuentren en los predios de asegurado, independientemente que el asegurado le está prestando un servicio objeto de su razón social.

De conformidad con la reproducción anterior, y como en este caso lo que se reprocha es el **INCUMPLIMIEMTO DEL CONTRATO DE OBRA**, la misma no se comporta con un riesgo asegurable en el presente contrato de seguros suscrito, por lo tanto, ante la inexistencia del riesgo solicitado y la responsabilidad del asegurado, resulta imposible la afectación del contrato de seguro. Como ya se ha argumentado de manera reiterada y suficiente, las pretensiones contenidas en la citación para audiencia de que trata el art. 86 de la ley 1474 de 2011 carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que hagan viable su prosperidad; especialmente porque no existe ningún tipo de incumplimiento por parte del asegurado.

Es preciso indicar que la posibilidad de que surja responsabilidad de la aseguradora depende estrictamente de las diversas estipulaciones contractuales, frente a los hechos que se prueben en el proceso, ya que su cobertura exclusivamente se refiere a los riesgos asumidos, según lo pactado y no a cualquier riesgo no asumido o excluido de amparo.

En gracia de discusión se aclara que no está comprometida la responsabilidad de Constructiva – Cooperativa de Trabajo Asociado como quiera que no obre en el plenario ningún elemento probatorio que permita realizar una atribución jurídica del daño que se pretende resarcir. En este orden de cosas, resulta diáfano para este extremo procesal que en el sub judice no se ha demostrado la ocurrencia del riesgo asegurado, conforme al régimen del contrato de seguro, es decir no se ha comprobado la ocurrencia del siniestro según el artículo 1072 del Código de Comercio, en armonía con el 1054 del mismo estatuto.

De conformidad con lo expuesto, respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

1. **EN LA PÓLIZA DE GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES NO. 465-47-994000011756 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.**

Dentro del plenario no se encuentra acreditado el incumplimiento por parte del contratista, toda vez que el contratista cumplió hasta donde la entidad contratante y la misma comunidad beneficiaria le permitidio.

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.

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.**”[[2]](#footnote-2). (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 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 aplicarse 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.”[[3]](#footnote-3) (Subrayado y negrilla fuera del texto orignal)

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 perdida y demostrar la ocurrencia del riesgo, a fin de exigir indemnización alguna al asegurador:

*“*En los anteriores términos, la Sala reiterará la tesis consolidada hasta ahora, en el sentido de que las **entidades públicas pueden declarar el siniestro de las pólizas de seguros constituidas a su favor. Incluso pueden -mejor sería decir que deben-, cuantificar el perjuicio, para determinar qué monto asegurado es el que debe pagar la compañía de seguros y/o el contratista**. De allí que, tampoco tiene razón el apelante al cuestionar la decisión del tribunal, porque en su criterio la cuantía del daño sólo podrá determinarse en un proceso judicial, cuando es claro –como lo ha sostenido la Sala- que para hacer efectiva la póliza debe entenderse incluida la facultad de la administración de determinar el monto del daño, previo debido proceso, y con soporte en pruebas del hecho.

De no ser así, carecería de sentido práctico y jurídico sostener que se puede declarar el siniestro, pero que no es posible indicar el monto que se debe pagar al beneficiario. Por razones obvias esta decisión incluye: i) la determinación del amparo o amparos siniestrados –cuando son varios los que cubre la póliza-, ii) las personas a cuyo cargo queda la deuda –aseguradora y/o contratista- y **iii) el monto del daño, que no podrá exceder del valor asegurado en la póliza, cuando se le pretende cobrar a la compañía.**”[[4]](#footnote-4) (Subrayado y negrilla fuera de texto)

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 perdida, 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 la Municipio que como se ha mencionado, se encuentra acreditado que el contratista, ha dado cumplimiento a la ejecución del **Contrato de Obra Pública SP-LP-003-2023**. 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.

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 contentivo 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.

1. **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 CONTRTATISTA. Lo que quiere decir que cualquier sanción pecuniaria impuesta por parte del Municipio en contra del señor CONTRATISTA por un supuesto incumplimiento, a todas luces generaría un enriquecimiento sin juta causa a favor de la entidad estatal. 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 Alejandría 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 Aseguradora Solidaria de Colombia, 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.

1. **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 a **LA CONSTRUCTIVA – COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO** 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.

Por ende, el asegurado no podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada, que en este caso resulta ser la siguiente:



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.

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.

1. **COMPENSACIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO**

Es menester señalar que, en el evento, en el cual haya saldos adeudados al contratista, no puede verse afectada la Póliza por cuanto habría operado la compensación. En ese sentido, es necesario traer a colación el artículo 1714 del Código Civil que señala lo siguiente:

“**COMPENSACIÓN**. 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”.

En conclusión, si en el presente asunto llegare a producirse un saldo a favor del contratista, la Póliza de Cumplimiento, no podrá verse afectada, en tanto se debe aplicar la compensación, en virtud del artículo 1714 del Código Civil y la cláusula décimo séptima del Condicionado General, la cual fue expresa en señalar que si al momento de la reclamación judicial o extrajudicial del siniestro, la entidad contratante asegurada fuese deudora del contratista se deberán compensar los valores adeudados.

1. **ANEXOS**
2. Poder para actuar otorgado por el Apoderado judicial designado por el Representante Legal de la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa.
3. Certificado de Existencia y Representación Legal de la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá
4. **PRUEBAS**

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

* **DOCUMENTALES**
1. Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 496-74-994000007702.
2. Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 496 47 994000018422.

Adicionalmente, me adhiero a todas las pruebas que solicite el contratista.

1. **PETICIONES**

De acuerdo con lo expuesto, respetuosamente se solicita al Municipio de Alejandría

1. Se acepte la propuesta de conciliación presentada por el contratista que, si bien no comporta una actuación propia de este tipo de actuaciones administrativas, lo cierto es que el Consejo de Estado no ha desconocido la misma como un mecanismo para que la entidad evite un desgaste administrativo y logre en tiempo récord iniciar los contratos pertinentes para culminar exitosamente las obras.
2. En caso de no aceptarse la propuesta de conciliación se declare la nulidad de lo actuado por cuanto la citación a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no cumple con las prerrogativas establecidas, esto es, no señaló de manera clara la cuantía de lo pretendido.
3. 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.
4. Que se desvincule del presente asunto la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 496-74-994000007702 por falta de cobertura material.
5. 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 a las condiciones generales y particulares el contrato de seguros.
6. **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

Cordialmente,

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá

T.P. No. 39.116 del C. S. de la J.

1. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero [↑](#footnote-ref-1)
2. Superintendencia Financiera de Colombia profirió concepto No. 2003026790-1 del 10 de junio de 2003 [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. Exp. 14.667. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00862-01(16494). M.P: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-4)