**Señores**

**Empresa de Parques y Eventos de Antioquia - ACTIVA**

**Dr. William Alexander Ocampo Restrepo**

info@activa.com.co

william.ocampo@activa.com.co

E.         S.         D.

**REFERENCIA:** DESCARGOS

**PROCESO:** SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE CUMPLIMIENTO

**CONTRATO:** CONTRATO INTERADMINISTRATIVO CI-002 DE 2023

**CONTRATISTA:** EMPRESA DE DESARROLLO URBANO DE LA CEJA - EMDUCE

**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:

**Capítulo I. 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.

**Capítulo II. DESCARGOS RESPECTO DEL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO CI-002 DE 2023 EN LO RELATIVO A LA RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADO**

* 1. **EL RÉGIMEN JURÍDICO DE CONTRATACIÓN DE ACTIVA NO LE PERMITE ADELANTAR UN PROCESO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.**

El presente proceso sancionatorio administrativo adelantado por ACTIVA se encuentra viciado de nulidad por cuanto el régimen de contratación se rige por el derecho privado por lo que es dable concluir que no le está dado arrogarse facultades o potestades exorbitantes propias y exclusivas de las entidades públicas que no están sometidas al régimen privado, tal y como lo sería la imposición de la cláusula penal y declaratoria de incumplimiento. Adicionalmente, en el Contrato interadministrativo No. 002 de 2023 se estableció que, en el evento de presentarse un incumplimiento, *“las partes programaran una sesión de subcomité de Conciliación con el propósito de conciliar el diferendo”* esta situación quedó claramente plasmada en la cláusula vigésima de dicho negocio contractual, razón por la cual no podía ACTIVA desconocer las disposiciones contractuales y atribuirse una facultad que no le ha sido otorgada.

ACTIVA por normatividad expresa, todos los contratos que celebre se regirán por **las reglas del derecho privado,** como lo refiere el artículo 3 del manual de contratación de ACTIVA – acuerdo 003 de 2020:





De lo anterior, es fácil concluir que los contratos celebrados por activa se regirán por las reglas de contratación del derecho privado aún más si se considera que en el cuerpo del contrato se estipuló que el mismo se regía por las disposiciones civiles y comerciales y lo dispuesto en el manual de contratación, tal y como se expone a continuación:

* Contrato interadministrativo No. 002 de 2023



Por consiguiente, el contrato interadministrativo se rige por las normas de contratación del derecho privado, y la relación contractual entre las partes se rige por los principios del derecho privado, entre ellos, la autonomía de la voluntad y la igualdad de los co-contratantes, de modo que a los particulares les estaría vedada la posibilidad de ejercer potestades unilaterales o exorbitantes que son propias de las entidades públicas. Así lo ha considerado unívocamente el Consejo de Estado al prohibir pactar cláusulas exorbitantes en contratos regidos por el derecho privado como la caducidad, imposición de multas, liquidación unilateral, entre otras. Ahora, nótese que en esta instancia ni siquiera se ha cumplido con lo señalado en la cláusula vigésima del Contrato interadministrativo No. 002 de 2023, que dispone que en el evento de presentarse un incumplimiento las partes acudirán a un subcomité de conciliación, como se evidencia en la imagen adjunta extraída del texto original:



Es decir, que tal y como quedó pactado en el contrato interadministrativo y por disposición normativa, ACTIVA no tiene la facultad ni se encuentra en el régimen jurídico aplicable para iniciar un proceso sancionatorio administrativo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 contra EMDUCE, pues su régimen de contratación se rige por el derecho privado y en el evento de considerar que a su juicio se presenta un incumplimiento deberá acudir a la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, el H. Consejo de Estado[[1]](#footnote-1) ha señalado sobre la fuerza vinculante del negocio jurídico lo siguiente:

“A la anterior conclusión arriba la Sala partiendo, en primera instancia, de la fuerza vinculante del negocio jurídico celebrado entre los contratantes y del deber de ejecutar lo acordado en los términos pactados. **El principio enunciado –pacta sunt servanda–, garante de la seguridad jurídica, constituye pilar esencial de las relaciones contractuales y encuentra su fundamento en la autonomía privada de la voluntad como fuente primaria de derechos y obligaciones.** Tanto es así, que toda la estructura jurídica construida sobre la base del poder de la voluntad para que los sujetos puedan darse sus propias reglas de conducta, descansa en la confianza de que se cumplirá aquello que se conviene libre y voluntariamente.” (negrilla u subrayado por fuera del texto original).

Es decir que lo pactado en el contrato es de obligatorio cumplimiento para las partes, pues ninguna podrá a su libre decisión desconocer lo que previamente aceptó y firmó. Siendo así no puede el Director del ACTIVA de manera arbitraria iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio que no fue pactado en el contrato como medio de resolución ante un eventual incumplimiento, así como tampoco cuenta con la competencia para realizarlo, pues claramente se dejó estipulado que el régimen de contratación se rige por las reglas del derecho privado.

En conclusión, el régimen de contratación de ACTIVA es de derecho privado y no le estaba dado arrogarse facultades o potestades exorbitantes propias y exclusivas de las entidades sometidas al régimen público, tal y como lo sería la imposición de la cláusula penal y declaratoria de incumplimiento. Adicionalmente, en el Contrato interadministrativo No. 002 de 2023 se estableció que, en el evento de presentarse un incumplimiento, *“las partes programaran una sesión de subcomité de Conciliación con el propósito de conciliar el diferendo”* esta situación quedó claramente plasmada en la cláusula vigésima de dicho negocio contractual, razón por la cual no podía ACTIVA desconocer las disposiciones contractuales y atribuirse una facultad que no le ha sido otorgada.

* 1. **INEXISTENCIA Y FALTA DE ACREDITACIÓN PROBATORIA DE INCUMPLIMIENTOS QUE AFECTEN DE MANERA GRAVE Y DIRECTA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO No. 002 de 2023.**

Para comenzar, es necesario advertir que los presuntos incumplimientos imputados al contratista no son graves, ni han afectado de manera directa la ejecución del Contrato interadministrativo No. 002 de 2023, de modo tal que no se ha causado perjuicio alguno a la entidad contratante, lo que torna imposible la aplicación de la cláusula penal.

Así las cosas, sin ánimo de reconocer incumplimientos por parte del contratista, por cuanto mi representada desconoce las condiciones en que se ha venido ejecutando el contrato, debe señalarse que para aplicar la cláusula penal y/o cualquier otra potestad exorbitante, es necesaria la acreditación de una posible afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con la contratación, no obstante, se evidencia que los presuntos incumplimientos no afectan en lo absoluto la ejecución del contrato. De hecho, se evidencia según lo manifestado por el apoderado del contratista, que en el momento se encuentra un avance significativo de ejecución de que podríamos incluso indicar un cesamiento del presunto incumplimiento que hoy nos convoca.

Adicionalmente se está desconociendo la aplicación de la buena fe contractual en la verificación del presunto incumplimiento contractual ya que no toda diferencia en la ejecución contractual genera la declaratoria de incumplimiento, máxime cuando ya se advirtió que la zona donde se ejecutó el contrato es alejada y requiere de mayor compromiso operativo para atenderlo y esta situación es plenamente conocida por ACTIVA, por lo tanto no puede indicar que existe incumplimiento cuando a la fecha no conoce el estado total de ejecución del **Contrato interadministrativo No. 002 de 2023.**

Como sustento de la hipótesis que se plantea, es menester recordar que la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios que se pacta en caso de un incumplimiento parcial o total de las obligaciones a cargo de cualquiera de las partes, y se encuentra prevista en el artículo 1592 del Código Civil, en los siguientes términos:

*“*ARTICULO 1592. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

Con base en la anterior definición, el Consejo de Estado ha diferenciado entre las multas y las cláusulas penales, indicando que las primeras tienen naturaleza conminatoria, mientras que las segundas corresponden a una tasación anticipada de perjuicios y, en virtud de ello, **su naturaleza es indemnizatoria**. Bajo esta óptica, con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, dicha Corporación ha establecido que la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios que, si bien libera a la parte de cumplida de acreditar su ocurrencia y cuantía, **esto no supone que se imponga sin la existencia de perjuicios.**

Entonces, queda claro que la naturaleza de la cláusula penal es la de indemnizar los perjuicios causados por un incumplimiento parcial o total de las obligaciones y, aun sin que sea necesario acreditar su ocurrencia y cuantía al ser una tasación anticipada de perjuicios, **debe avizorarse al menos la existencia de dicho perjuicio**, de modo contrario, se estaría desconociendo la naturaleza indemnizatoria de esta estipulación contractual.

Aunado a lo anterior, para el Consejo de Estado, **la imposición de la cláusula penal procede ante un incumplimiento severo y grave de las obligaciones**, en los siguientes términos:

“De acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal “(…) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.” Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón **al acaecimiento de incumplimientos parciales**; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, **es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio”**[[2]](#footnote-2)**.**

En pronunciamiento más reciente, esta Corporación reiteró que la cláusula penal procede ante incumplimientos severos y graves de las obligaciones contractuales, pues corresponde a una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato. En estos términos, adujo:

“la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, **a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato**, **es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones**

“Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio”[[3]](#footnote-3)

Así pues, la imposición de una cláusula penal solo procede ante incumplimientos serios y graves de las obligaciones y, ello es así, porque mediante esta se tasan anticipadamente los perjuicios causados en el evento de: i) una declaratoria de caducidad o ii) una declaratoria de incumplimiento definitivo, potestades unilaterales de las que están investidas las entidades estatales sometidas al EGCP, para el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios que se pretende asegurar con la contratación, a luces del numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que indica:

**ARTÍCULO****14.- *De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual*.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, **con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata**, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. (negrilla por fuera del texto original).

Conforme a lo anterior, se tiene que la cláusula penal sólo es procedente ante incumplimientos severos y graves de las obligaciones contractuales y, en la misma medida, **en el evento de que exista un perjuicio a la parte cumplida**, dada su naturaleza de tasación anticipada de perjuicios.

Una vez aclarado lo anterior, vemos que los presuntos incumplimientos no han afectado gravemente el objeto contractual, ni el interés público que se pretende asegurar con la contratación, considerando que el objeto contractual es: *“CONTRATO INTERADMINISTRATIVO DE MANDATO SIN REPRESENTACIÓN POR ADMINISTRACION DELEGADA PARA LA GERENCIA, COORDINACIÓN, ADMINISTRACIÓN, DISEÑO Y EJECUCIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE INFRAESTRUCTURA NECESARIAS PARA EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DEL PROYECTO DENOMINADO \*PARQUE GEOLÓGICO, NATURAL, AMBIENTAL, CULTURAL Y TURISTICO, VOLCAN DE LODO DE ARBOLETES", QUE SE LLEVARÁ A CABO EN EL MUNICIPIO DE ARBOLETES-ANTIOQUIA.”* y, precisamente, dicho objeto se ha cumplido en gran medida, pues como bien lo reconoce ACTIVA en la citación indicando que se ha cumplido con más del 89% y esto sumado a lo señalado por el contratista podríamos evidenciar que ese pequeño menos del 10% ya se encuentra superado. Esto conforme a lo señalado por el contratista cuando afirmó y solicito de manera respetuosa una visita técnica con el fin de demostrar que efectivamente el contrato ha tenido un gran avance de ejecución después del 20 de junio de 2025, lo cual nos llevaría a efectivamente coadyuvar la petición realizada por el contratista con el fin de que se realice esta visita y poder acreditarle a la entidad contratante que ya el supuesto incumplimiento que nos trajo al presente asunto se superó.

En conclusión, no existe una afectación grave para ACTIVA, ni tampoco se ha afectado de manera directa la ejecución del Contrato interadministrativo No. 002 de 2023, de modo tal que no se ha causado perjuicio alguno a la entidad contratante, lo que torna imposible la aplicación de la cláusula penal.

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

El procedimiento administrativo sancionatorio del Contrato interadministrativo No. 002 de 2023, adelantado por ACTIVA, no cumplió con los presupuestos legales exigidos por la ley. Toda vez que, en primer lugar, no señaló de forma clara y concreta frente a cada obligación cual fue el supuesto incumplimiento por parte del contratista, así como tampoco determinó con claridad lo que a la fecha estaba o no ejecutado frente a cada obligación, es decir era oportuno que ACTIVA realizara un estudio juicio y determinara que es lo que hace falta por ejecutarse y cuáles son los incumplimientos del contratista, máxime cuando meses atrás inició un proceso sancionatorio de incumplimiento con relación al mismo contrato que hoy nos convoca el cual terminó satisfactoriamente con una indemnización a cargo de EMDUCE, por lo que es evidente el afán de lucro de la administración de iniciar respetivamente procesos sancionatorios sin tan siquiera tener la competencia para hacerlo, ni el material probatorio que así lo coadyuve ni mucho menos demostrar una afectación grave. Máxime cuando el contratista solicitó una visita técnica con el fin de demostrarte la ejecución al 100% del contrato, siendo así el hecho que hoy nos convoca ya se encuentra superado. Y además cuando se reitera que ACTIVA paso por alto las disposiciones contractuales y no acudió primero a la conciliación donde había podido cesar y archivar el asunto que hoy nos convoca.

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. además, que no puede pasar por alto los principios de la administración pública y determinar deliberadamente un monto de dinero sin especificar al contratista como y porque lo determinó. Es decir que no existe una verdadera congruencia en el escrito de citación donde determine con claridad frente a cada obligación cual fue el incumplimiento ni mucho menos la determinación clara y detallada de los perjuicios que reclama.

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 clausula penal, 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 en la ejecución del contrato que este mismo estima en más del 89%, por lo que no podrá solicitar el 100% de lo pactado por clausula penal.

De esta manera, si la Administración ni siquiera tiene claro cuáles fueron los incumplimientos referentes a cada actividad u obligación pactada en el contrato, 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. **IMPROCEDENTE SOLICITUD DE CAUSACIÓN DE PERJUICIOS EN FAVOR DE ACTIVA.**

De conformidad con la normatividad vigente la clausula penal es una tasación anticipada de perjuicios, por lo que es totalmente inocuo que se pretenda afectar la clausula penal y al mismo tiempo se cuantifiquen perjuicios como inequívocamente lo realizó la administración. Pues en el apartado 4.1. de la citación indicó como titulo “clausula penal” y en el numeral 4.2. señala “perjuicios” dando a entender que solicita la concurrencia de dos afectaciones que claramente se trata de los mismo.

De conformidad con el artículo 1592 del Código Civil “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

En ese sentido, la cláusula penal es entendida como una prestación penal de contenido patrimonial, **fijada por los contratantes con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación**.

Por regla general esta **es una compensación de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido**, por lo que no es objeto de prueba dentro del juicio respectivo toda vez que la pena estipulada es una apreciación anticipada de los precitados perjuicios. Así las cosas, el despacho no puede solicitar clausula penal y causación de perjuicios al mismo tiempo, entendiendo que la clausula penal en precisamente una tasación anticipada de perjuicios y requerir ambas situaciones lo único que deja ver es un antitecnisismo y una indemnización por la misma génesis de perjuicios.

Además, la cuantificación de perjuicios no encaja dentro de las sanciones pecuniarias. No es una pena establecida en los contratos y tampoco en la ley. La indemnización de perjuicios entra en el dominio del hecho, cuya apreciación corresponde a los jueces. Por lo tanto, no procede la solicitud de cuantificación de perjuicios establecidos por la entidad toda vez que esta disposición se encuentra a cargo de los operadores judiciales, y en esta etapa administrativa únicamente podrá proceder en el hipotético y remoto caso que se acredite efectivamente el incumplimiento la clausula penal.

Por otra parte, en el escrito citatorio se indica que se causaron perjuicios a la Gobernación de Antioquia y la comunidad Arboletes, como se expone a continuación:



Sin embargo, tal situación es totalmente improcedente puesto que estos no formaron parte integral del contrato, es decir no se obligaron ni para hacer, ceder o no hacer en este negocio contractual, por lo que no se entiende como es que fueron afectados si ni siquiera formaron parte del negocio contractual ni tampoco incurrieron en gastos para la ejecución del mismo. Siendo así no existe ningún tipo de argumento factico o jurídico que tan siquiera deje ver la supuesta causación de perjuicios en cabeza de estos máxime cuando el único que puede determinar si una entidad, población, persona natural o jurídica sufrió perjuicios es un juez de la República, ya que deben presentarse ciertos requisitos y probarse mediante medios probatorios fehacientes que en efecto este ocurrió.

* 1. **APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL SEGÚN LOS ARTÍCULOS 1596 DEL CÓDIGO CIVIL Y 867 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.**

Sobre el particular, es importante poner de presente que **ACTIVA** señala una cláusula penal desproporcionada, toda vez que aplica el 100% del porcentaje pactado sin tan siquiera tener en cuenta los avances de ejecución del Contrato interadministrativo No. 002 de 2023 que incluso este mismo estipulo en mas del 89% y que el contratista indica que cumplió al 100%.

Recordemos que la cláusula penal pecuniaria 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.

Lo anterior debido a que, en los términos del artículo 1596 del Código Civil, cuando el deudor cumple parcialmente la obligación principal, tendrá derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal. Lo anterior ha sido confirmado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado:

“(…) Así mismo, cuando el contratista – o asegurador -, según el caso- considera que el valor de la cláusula penal pecuniaria supera el monto real de los perjuicios sufridos por la entidad contratante a raíz del incumplimiento contractual que se le imputa, está en la posibilidad de solicitar su revisión al juez, para que éste determine la proporcionalidad entre dicho incumplimiento y la indemnización de perjuicios a su cargo.

Por otra parte, se ha considerado que tratándose de una sanción impuesta por la administración a un particular, **ésta debe llevar a cabo un juicio de proporcionalidad en el ejercicio de su competencia administrativa** y que así mismo el juez tiene la facultad y el deber de realizar el juicio de proporcionalidad frente a la respectiva actuación administrativa, esto es, ante el acto administrativo contractual a través del cual se impuso la cláusula penal pecuniaria, para efectos de establecer la adecuación entre el hecho determinante de la decisión administrativa, esto es, el incumplimiento del contratista respecto de sus obligaciones contractuales y la consecuencia que de la misma decisión se deriva para su destinatario, teniendo en cuenta la finalidad que con ella se persigue(…)”[[4]](#footnote-4) (negrilla y subrayada por fuera del texto original).

De esta manera, al descender al caso en concreto es apenas lógico que, a pesar de que **ACTIVA** no demostró con criterio técnico el porcentaje de incumplimiento, lo único cierto es que **EMDUCE** cumplió con el contrato interadministrativo celebrado en el sentido de realizar la gerencia y lograr el cierre del proyecto, lo que le da la totalidad del derecho de que la cláusula penal aplicada, en caso de encontrarse justificado el incumplimiento, pueda ser reducida considerablemente, pues es evidente que una potestad arbitraria como la que impone ACTIVA**,** 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 incluso por nada.

Según el Doctor Rodrigo Escobar Gil, la cláusula penal pecuniaria es *“una estipulación en la que se fija anticipadamente el valor de la indemnización que cada parte puede reclamar por el incumplimiento de las obligaciones de la otra”[[5]](#footnote-5)*. Es una tasación anticipada de perjuicios, cuyo efecto jurídico es que exime al acreedor (parte cumplida) de demostrar el monto de los perjuicios, sin embargo, el mismo brilla por su ausencia puesto que dentro del presente asunto el Distrito señala que existe unos perjuicios, pero ni siquiera se ocupa en detallarlos de manera clara y concreta.

En conclusión, al no existir ni siquiera criterios técnicos o cualitativos para determinar el supuesto incumplimiento por parte del contratista, debe decirse que no existe lugar a dar aplicación a la cláusula penal. Así mismo, el valor de la cláusula penal debe ser reducida al porcentaje del supuesto incumplimiento en el evento que llegare a acreditarse, pues no puede pretenderse el 100% de la misma como si el contratista hubiese ejecutado el 0% del contrato, puesto que esto llevaría a un enriquecimiento sin justa causa.

.

* 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 ACTIVA.

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.

* 1. **ARGUMENTOS DE DEFENSA PLANTEADOS POR EMDUCE.**

Coadyuvo expresamente los argumentos de defensa propuestos por Empresas de desarrollo Urbano de la Ceja -EMDUCE en los descargos que sus representantes presentaron, solo en cuanto los mismos no perjudiquen los intereses de mi representada, ni comprometan su responsabilidad.

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

* 1. **EN LA PÓLIZA DE GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES NO. 510-47-994000021460 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 con el 100% de las obligaciones contractuales.

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.**”[[6]](#footnote-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 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.”[[7]](#footnote-7) (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.**”[[8]](#footnote-8) (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 ACTIVA que como se ha mencionado, se encuentra acreditado que el contratista, ha dado cumplimiento a la ejecución del **Contrato interadministrativo No. 002 de 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 de ACTIVA en contra del 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. **LAS EXCLUSIONES DE AMPARO CONCERTADAS EN LA PÓLIZA DE GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES NO. 510-47-994000021460.**

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro del contrato de seguro, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la Póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”[[9]](#footnote-9)

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se exhorta a los jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los contratos de seguro. Razón por la cual, es menester señalar que la **Póliza De Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 510-47-994000021460**, señalan una serie de exclusiones, las cuales solicito aplicar expresamente al caso concreto.

En conclusión, bajo la anterior premisa, en caso de configurarse alguna de las exclusiones arriba señaladas o las que constan en las condiciones generales y particulares de la **Póliza De Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 510-47-994000021460**, éstas deberán ser aplicadas y deberán dársele los efectos señalados por la jurisprudencia. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad en cabeza del asegurador como quiera que se convino libre y expresamente que tal riesgo no estaba asegurado.

* 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 **EMDUCE** 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 las cláusulas 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.

**Capítulo IV. PRUEBAS**

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

* **DOCUMENTALES**

La Póliza de Garantía única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 510-47-994000021460.

Adicionalmente, me adhiero a todas las pruebas que solicite el contratista. (visita técnica del contrato -

* **DE OFICIO**

Oficiar a la dependencia encargada de pagos con la finalidad de que rinda un informe financiero y contable del estado actual del contrato, esto con la finalidad de saber qué porcentaje o valores determinados debe actualmente la entidad al contratista por la ejecución del **Contrato interadministrativo No. 002 de 2023**

**Capítulo V. PETICIONES**

De acuerdo con lo expuesto, respetuosamente se solicita a ACTIVA lo siguiente:

1. Se dé cumplimiento a lo pactado en la cláusula vigésima del Contrato interadministrativo No. 002 de 2023 e inicie un subcomité de conciliación a fin de dirimir el conflicto que actualmente nos convoca, o en su lugar se suspenda el presente proceso hasta tanto no se cumpla la conciliación pactada en el negocio jurídico.
2. 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 ya que el contratista cumplió al 100%.
3. 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.

**Capítulo VI. 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 – rad. 25000-23-36-000-2015-00796- 01 (61019). Fecha: 31 de mayo de 2021 [↑](#footnote-ref-1)
2. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 17009 del 13 de noviembre de 2008, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-2)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 30973 del 21 de septiembre de 2016, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 1997-14861 del 06 de diciembre de 2013. C.P: Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-4)
5. ESCOBAR GIL Rodrigo. Teoría General de los contratos de la administración pública. Editorial Legis. Edición 2003. [↑](#footnote-ref-5)
6. Superintendencia Financiera de Colombia profirió concepto No. 2003026790-1 del 10 de junio de 2003 [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. Exp. 14.667. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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-8)
9. 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-9)