Señores
**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL.**

|  |  |
| --- | --- |
| **TRÁMITE:** | ARTÍCULO 86 LEY 1474 DE 2011. |
| **CONTRATO**: | LP-005-2023. |
| **CONTRATANTE:** | CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL. |
| **CONTRATISTA:** | CONSORCIO LA MILAGROSA 21. |
| **ASEGURADORA:** | ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA. |

**REFERENCIA:** DESCARGOS.

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado general de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, sociedad comercial anónima de carácter privado, legalmente constituida, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con NIT 860.524.654-6, tal y como consta en el expediente, mediante el presente escrito procedo a presentar **DESCARGOS,** solicitando desde ya que se profiera resolución favorable a los intereses de mi representada, conforme a los argumentos que procederá a desarrollar:

1. **FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS QUE DESVIRTÚAN EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONSORCIO LA MILAGROSA 21.**
	1. **INEXISTENCIA Y FALTA DE ACREDITACIÓN PROBATORIA DE INCUMPLIMIENTOS QUE AFECTEN DE MANERA GRAVE Y DIRECTA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO LP-005-2023.**

En el actual procedimiento de incumplimiento contractual iniciado por la parte contratante, no se ha demostrado de manera concluyente que el CONSORCIO LA MILAGROSA 21 haya incurrido en un incumplimiento sustancial y directo de sus obligaciones contractuales según lo establecido en el Contrato LP-005-2023 y menos aún, que dicho supuesto incumplimiento haya afectado de manera grave y directa la ejecución del contrato, por el contrario en los mismos documentos que trasladó la interventoría obran sendos oficios que evidencian las actividades desarrolladas por el Consorcio para llevar a feliz término el contrato. Pues en el informe allegado por la interventoría de evidencia que los presuntos incumplimientos ya fueron superados por lo que no hay razón de ser de continuar con el presente proceso.

En primer lugar, debe señalarse que las obligaciones contenidas en las cinco cláusulas que estima la entidad como presuntamente transgredidas por el contratista, de forma general atañen a hechos futuros e inciertos que constituyen meras conjeturas fenomenológicas de la interventoría y CREMIL, y en modo alguno se encuentran probados en el caso particular, como pasa a explicarse particularmente para cada una de ellas.

En relación con la cláusula segunda numeral primero, se estima un supuesto incumplimiento del contratista al no presentar para aprobación un plan de contingencia para conjurar los improbados atrasos que presuntamente tienen lugar en la obra; Sin embargo, no es clara la interventoría o la entidad en explicar y sobre todo acreditar probatoriamente cómo la no presentación de un documento contentivo de las acciones de contingencia que ya está tomando el contratista como se demuestra por ejemplo con el oficio 190-2024.

Corolario de lo anterior, la entidad señala que “*los atrasos presentados por el contratista de obra, frente a la compra del ítem “aire acondicionado*”, *va a afectar de manera negativa los tiempos contractuales*” por cuanto “*a* *la fecha, no se han iniciado con las actividades de compra del mismo, lo que va a generar un atraso imputable al contratista por los tiempos de entrega e instalación de tal equipamiento*”, sin embargo, tal aseveración constituye una mera hipótesis improbada de lo que cree la entidad que sucederá ante la supuesta demora en la compra de los aires acondicionados y, además no es cierto que haya negligencia en la adquisición de los mismos, toda vez que el contratista optó por adquirir equipos que tuvieran menores tiempos de entrega e instalación demostrando su compromiso con los términos de ejecución contractual como se puede evidenciar en el Oficio No 0175 del 11 de julio de 2024 mediante el cual el contratista justifica su determinación de adquirir los equipos de la marca Aireflex de Colombia, con ocasión justamente al cumplimiento contractual, sin embargo, finalmente y acatando las recomendaciones de la interventoría y la supervisión del contrato, mediante Oficio No 190-2024 se informó a la interventoría que ya se giró un anticipo para la entrega de los aires acondicionados marca Slutz, por lo que tampoco es cierto que a la fecha no se hayan iniciado actividades de compra.

Ahora, en atención a la cláusula segunda numeral cuarto, relacionada con la entrega de informes a la interventoría y, particularmente de un plan de contingencia, el cual en el mismo folio 7 del citatorio se indica que se entregó el pasado 17 de julio de 2024 por parte del contratista y así se acreditó mediante Oficio No 0180-2024 obrante a folio 202 de los anexos del informe de interventoría, se evidencia que al acreditarse un cumplimiento en este ítem y de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debe cesar de inmediato el procedimiento administrativo sancionatorio de marras.

En lo atinente a la cláusula segunda numeral séptimo, relacionada con los plazos contractuales, es importante señalar que en la imputación que realiza la entidad no aparece claramente expuesto cómo se tasó el porcentaje que allí se expone, toda vez que no se hace una confrontación con el cronograma de obra que permita evidenciar a cuántos días verdaderamente equivalen los improbados retrasos y de esa forma inferir que efectivamente el presunto incumplimiento incrementó en la forma señalada por la interventoría, aunado a lo anterior al citatorio no se adjunta el cronograma o la programación de ejecución de la obra, de modo que el supuesto incumplimiento en este sentido no se encuentra probado en el plenario.

Ahora bien, en relación con la cláusula tercera, numeral décimo octavo es importante señalar que se pretende nuevamente señalar un supuesto incumplimiento en la presentación del plan de contingencia a la interventoría por parte del contratista, pese a que como se señaló antes, la misma entidad ya indicó que tal documento se radicó el 17 de julio de 2024, por lo que en todo caso el supuesto incumplimiento en este sentido ya desapareció y en ese sentido se evidencia que al acreditarse un cumplimiento en este ítem y de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debe cesar de inmediato el procedimiento administrativo sancionatorio de marras. Lo mismo ocurre en tratándose de la compra de los aires acondicionados, pues se encuentra probado en el plenario que ya se han realizado gestiones de compra de estos por parte del contratista.

Finalmente, en atención a la cláusula tercera, numeral trigésimo, es importante señalar que no se acreditó que la supervisión haya sugerido, ordenado o indicado medidas a adoptar por parte del contratista, sino que en todo caso las mismas siempre vinieron de la interventoría lo que como bien lo aduce la entidad, no se encuentra tipificado en la cláusula mencionada y, por ende no es posible generar un juicio de reproche a partir de la misma en atención al derecho al debido proceso del contratista y el garante.

Así las cosas, encontramos que, hasta la fecha del procedimiento de incumplimiento, no se ha demostrado de manera concluyente que el CONSORCIO LA MILAGROSA haya incurrido en un incumplimiento sustancial y directo de sus obligaciones contractuales, de conformidad con la literalidad del Contrato LP-005-2023. En síntesis, los hechos presentados demuestran que no se encuentra suficientemente probado el incumplimiento que se busca imputar al contratista; Por lo tanto, la imposición de sanciones económicas carece de justificación y no se ajusta a la esencia conminatoria de las multas como quiera que ya se radicó el plan de contingencia y, adicionalmente se encuentran en marcha las operaciones necesarias para adquirir los aires acondicionados marca STULTZ.

* 1. **INAPLICABILIDAD DE LAS MULTAS AL HABERSE SUPERADO EL SUPUESTO RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO.**

Para comenzar, es necesario advertir sin mayor elucubración que los presuntos incumplimientos imputados al contratista no son graves, ni afectaron de manera directa la ejecución del Contrato LP-005-2023, de modo tal que no se ha causado perjuicio alguno a la entidad contratante, aunado a lo anterior, los reproches en relación con la presentación del plan de contingencia y la compra de los equipos de aire acondicionado ya fueron superados como la misma administración lo confiesa en el citatorio, lo que desdibuja cualquier presunto incumplimiento.

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 las multas que pretende la entidad contratante, 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, por el contrario, se evidencia que el convenio se ha venido ejecutando en su totalidad y que en todo momento el contratista ha mostrado una total disposición para superar los supuestos impases que ha señalado la entidad y la interventoría en relación con la adquisición de los aires acondicionados y la entrega del plan de contingencia.

En primer lugar, debe mencionarse que el trámite establecido por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 según la justificación específica del Capítulo VII de la Ley 1474 de 2011, tiene la finalidad de:

“luchar contra la corrupción y la finalidad especifica de dotar al Estado de un instrumento idóneo para sancionar al contratista incumplido y para proteger el interés público de los efectos nocivos del incumplimiento.”[[1]](#footnote-1)

Para cumplir lo anterior, el legislador dotó a las entidades administrativas de ciertas facultades sancionatorias en el plano contractual, ente ellas se encuentran las multas, las cuales vale la pena aclarar de conformidad con el citatorio, son las que en específico pretende aplicar CREMIL.

Las multas, poseen una finalidad específica dentro del trámite administrativo sancionatorio, la cual ya ha sido definida por el Consejo de Estado mediante providencia del 10 de octubre de 2013 visible en el expediente 2157, en la que el honorable tribunal indicó que:

“Por regla general **las multas tienen una finalidad de constreñimiento, coerción o coacción para presionar, compeler o apremiar en forma legítima al contratista a dar cumplimiento al contrato**, cuando quiera que se verifique la inobservancia por parte de este en el desarrollo de las obligaciones a su cargo, o esté en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos. No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño”

En el mismo sentido sostuvo que las multas esencialmente son:

*“(…) medidas disuasorias destinadas a superar la infracción de las obligaciones contractuales y, por tanto,* ***su función principal es apremiar al contratista para que dé cumplimiento a las mismas****, dado que cuando a un contratista se le aplica una multa por incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación o por cumplirla defectuosamente, las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir (…)”*

Así entonces, la teleología de las multas consiste fundamentalmente en conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones durante la ejecución del contrato, es decir, su posibilidad de ejercicio está condicionada a que se use como mecanismo de apremio, excluyendo que se utilice con carácter indemnizatorio, así entonces se desnaturalizan en eventos en los cuales, como en el particular, ya no existe la necesidad de constreñir o coaccionar al contratista al cumplimiento contractual por haber acaecido el mismo.

Es por lo anterior que el mismo artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, faculta a la entidad estatal a dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de la situación de presunto incumplimiento y, en igual sentido, artículo 17 de la ley 1150 de 2007, indica que las actuaciones sancionatorias adelantadas en el marco de relaciones contractuales proceden solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.

Así entonces y de conformidad con lo acreditado probatoriamente en el marco del proceso administrativo sancionatorio que ahora nos convoca, no habría lugar a la imposición de multa alguna por cuanto a la fecha las obligaciones cuyo cumplimiento supuestamente se retardó ya se encuentran cumplidas a cabalidad e incluso así lo indicó la entidad al referir que el 17 de julio de 2024 se radicó el plan de contingencia solicitado por la interventoría y, adicionalmente mediante el oficio No 190-2024 ya se informó del proceso de adquisición de los sistemas de aire acondicionado.

Así pues, aun cuando presuntamente no se hubiese cumplido con las obligaciones derivadas de las cláusulas contractuales reseñadas en el citatorio y sin que esto implique aceptación de responsabilidad alguna, lo cierto es que al momento en el cual se realizó la citación en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ya se habían realizado las actividades cuya supuesta inejecución fundamentó el mismo, esto es, la compra de los aires acondicionados y la radicación del plan de contingencia, por tanto no habría lugar a aplicar multas para conminar el cumplimiento de obligaciones ya cumplidas.

* 1. **INEXISTENCIA DE UN INCUMPLIMIENTO GRAVE Y DIRECTO EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO.**

Es imperativo señalar que en el particular no se acreditó probatoriamente la existencia de un incumplimiento grave y directo que afecte ostensiblemente la ejecución del contrato, por cuanto a modo general los supuestos retrasos se encuentran fundamentados en la no entrega de un plan de contingencia y la demora en la compra de los aires acondicionados, sin embargo, como se argumentará, ninguno de los dos eventos tiene la vocación de afectar la ejecución contractual en modo alguno.

En primer lugar, es importante señalar que el objeto del contrato LP 005-2023 es: “*REALIZAR ADECUACION Y MANTENIMIENTO DEL SEGUNDO PISO Y AREAS CONEXAS DEL EDIFICIO BACHUE Y BOCHICA UBICADAS EN EL CENTRO INTERNACIONAL TEQUENDAMA”*, es decir, se encuentran incluidas una serie de actividades de mantenimiento que en ningún momento han sido objetadas por la interventoría o la entidad estatal, pues se itera, sus únicos reproches atañen a la compra de aires acondicionados y la entrega del plan de contingencia.

En relación a los reproches señalados por la interventoría y la entidad estatal, no se ha establecido su gravedad o cómo éstos tendrían la virtualidad de afectar gravemente la ejecución del contrato, pues incluso en relación con la adquisición de los aires acondicionados, se mencionó que los mismos llegarían en el mes de octubre de 2024, siendo este el último mes de ejecución contractual, por lo que no se explica de qué manera se vería afectada la ejecución si en todo caso los equipos llegarían en el término de ejecución del contrato.

Así mismo, no se explica como el no entregar un plan de contingencia paralizó o afectó la ejecución de la obra, pues lo cierto es que los esfuerzos del contratista nunca han cesado y siempre se ha propendido por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, siendo que incluso se realizaron esfuerzos por justificar la compra de aires acondicionados que llegarían más rápido al país, lo que demuestra que el actuar del contratista ha sido diligente y siempre se ha encaminado al cumplimiento contractual descartándose cualquier posibilidad de endilgar un incumplimiento grave y directo.

Aunado a lo anterior, la cláusula vigesimotercera del contrato LP 005-2023 señala que las multas deben tasarse a partir del momento en el que se considere afectada grave y directamente la ejecución del contrato, lo cual se itera, no ha ocurrido en el particular.

Por lo anterior, al no haberse acreditado un incumplimiento grave y directo en los términos de la cláusula vigesimotercera, debe cesar el presente procedimiento de incumplimiento contractual.

* 1. **INDEBIDA TASACIÓN DE LA MULTA CONMINATORIA.**

En atención a la indebida tasación de la multa a aplicar, debe señalarse que las cifras de incumplimiento que se imputan y, por tanto, el supuesto daño irrogado a la entidad carece de certidumbre y fiabilidad, como quiera que los porcentajes no son coherentes entre sí, toda vez que, según el folio 9 del citatorio, el incumplimiento a la fecha del mismo, es del 15%, sin embargo, en un apartado posterior señala que al 18 de junio de 2024 se calcula el porcentaje de incumplimiento en el 1.35% y después, se establece que desde el 18 de junio de 2024 hasta la fecha de presentación del informe de interventoría (19 de julio de 2024) como quiera que han transcurrido 31 días se debe multiplicar el 1% de la multa por 31 días para una sanción equivalente al 31% del valor contractual.

Adicionalmente, como se evidencia en el mismo citatorio, en ningún lugar se evidencia cuántos días exactamente se retrasó el cronograma de ejecución contractual con ocasión de los supuestos incumplimientos del contratista, situación que genera una indebida e inaceptable tasación del daño que se pretende imputar mediante el presente procedimiento de incumplimiento contractual.

* 1. **DEBER DE APLICAR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A LAS POSIBLES MULTAS DERIVADAS DEL CONTRATO LP-005-2023.**

Es importante resaltar que, al adoptar decisiones relacionadas con el incumplimiento contractual, es necesario aplicar el principio de proporcionalidad, de acuerdo con los postulados legales y jurisprudenciales aplicables. En este sentido, el artículo 1596 del Código Civil establece de forma imperativa el descuento proporcional de la parte cumplida de la prestación principal.

Este principio de proporcionalidad implica que, en caso de incumplimiento de una de las partes en un contrato, el resarcimiento o sanción aplicada debe ser proporcional al incumplimiento efectuado. En otras palabras, la consecuencia o pena debe ser justa y adecuada a la magnitud y gravedad del incumplimiento, evitando excesos o desproporciones que puedan afectar los derechos de las partes involucradas.

“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.”

Adicionalmente, el artículo 867 del Código de Comercio también hace referencia al principio de proporcionalidad de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá́ que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá́ ser superior al monto de aquella. Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá́ 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 hará́ cuando la obligación principal se haya cumplido en parte**”. (Subrayado y negrilla por fuera del texto original)

Ahora bien, tras examinar detalladamente el informe de presunto incumplimiento contractual elaborado por la interventoría, es importante señalar que si bien no se proporcionó una explicación detallada sobre la manera en que se ha calculado el monto de la multa conminatoria, lo cierto es que dicho cálculo debe hacerse atendiendo al porcentaje final de incumplimiento y no sobre meras conjeturas como mal hace la administración.

Para lo anterior, es imperativo recordar que el principio de proporcionalidad, consagrado en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, establece que las sanciones, penalidades o cláusulas de apremio deben guardar una relación de proporción con la infracción cometida. En este sentido, si bien las multas conminatorias pueden ser aplicadas como consecuencia de incumplimientos contractuales, su cálculo y ejecución deben ser proporcionales al nivel de incumplimiento y a la cuantía del contrato que aún no se ha ejecutado.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado la importancia del principio de proporcionalidad en la aplicación de sanciones y penalidades contractuales. En este sentido, el Tribunal ha establecido que las multas deben ser calculadas de manera proporcionada y que su imposición debe ser acorde con la gravedad del incumplimiento y las circunstancias del caso, teoría aplicable a cualquiera de las sanciones conminatorias o indemnizatorias impuestas en virtud de un proceso administrativo sancionatorio contractual, al respecto particularmente el Consejo de Estado ha enunciado lo siguiente:

“Ahora bien, en consideración a lo analizado, señala la normatividad vigente en la época de los hechos, así como la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, que con base en el principio de proporcionalidad y en el criterio auxiliar de la equidad, si el juez verifica que el contratista cumplió, efectivamente, parte del objeto estipulado en el contrato, y que este, además, fue aceptado por la entidad contratante, puede disminuir la sanción penal en proporción al porcentaje de obra ejecutada. **Partiendo de lo anterior, es necesario que el juez, además de estos aspectos, analice lo concerniente al cumplimiento del contrato a partir del porcentaje de obra ejecutado, y recibido por esta. No obstante, tratándose de obligaciones indivisibles, según se acaba de indicar, es ilógico que el contratista solicite la disminución de la cláusula penal impuesta, pues la naturaleza misma de las obligaciones lo impide, salvo aceptación de la entidad estatal de la parte ejecutada.** En este sentido, los aspectos que debe analizar el juez frente a la solicitud de disminución del monto de la cláusula penal pecuniaria, considerando que dicho análisis se realiza conforme a los postulados del principio de proporcionalidad y al criterio auxiliar de la equidad, son: i) El porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista, y ii) si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual. Según se dijo, el contrato se rige por el decreto-ley 222 de 1983, norma que, por lo demás, no reguló en forma particular lo concerniente a la disminución de la cláusula penal pecuniaria, de manera que, tal como lo ha hecho la Sala en otras ocasiones, es posible acudir al derecho civil y al comercial, para efectos de aplicar sus normas. No obstante, resulta que estos dos ordenamientos regulan, aunque de manera muy parecida -pero no idéntica-, la cláusula penal pecuniaria, de manera que se debe definir, concretamente, a cuál de los dos se hará la remisión, para efectos de concretar el análisis del tema. **La Sala acudirá a la regulación contenida en el art. 867 de la normatividad comercial, en consideración a que el contratista, conforme a los artículos 10 y 20.15 del Código de Comercio, es un comerciante, y por tanto le es aplicable lo dispuesto en el mismo. Ahora bien, considerando - conforme al artículo 867 del Código de Comercio que en el proceso se acreditó el incumplimiento del objeto del contrato -solo se ejecutó́́ el 38.77% de su alcance-, no obstante, lo cual la entidad aceptó la entrega de esta parte, se deberá confirmar la decisión del a quo, en lo relacionado con la disminución de la cláusula penal en el 38.77%. Por esta razón, el aspecto de la sentencia del a quo con el cual está inconforme la parte demandada se confirmará -esto es, la reducción del monto de la sanción-, pues los antecedentes jurisprudenciales de esta Sección, sumado a la claridad de las normas que regulan la materia, enseñan que, efectivamente, en caso de incumplimiento de un contrato, que contiene la cláusula penal, no necesariamente se debe imponer el valor total de la pena pactada, sino una suma proporcional, siempre que se hubiese ejecutado parte del contrato**”14 . (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De acuerdo con lo expuesto, en caso de que el contratista CONSORCIO LA MILAGROSA haya incurrido en incumplimiento de alguna de las obligaciones del contrato, la multa debe aplicarse únicamente sobre el monto del contrato que aún no se ha ejecutado a la fecha de imposición de esta, por lo que deviene imperativo tasar la eventual e improbable sanción a aplicar en atención a la cláusula 23 del contrato y, actualizar el informe de interventoría a efectos de garantizar que en efecto la misma sea proporcional para el momento en el cual se toma la decisión.

* 1. **ARGUMENTOS DE DEFENSA PLANTEADOS POR EL CONTRATISTA.**

Coadyuvo expresamente los argumentos de defensa propuestos por el apoderado del CONSORCIO LA MILAGROSA 21 en los descargos que el mismo presentó, solo en cuanto los mismos no perjudiquen los intereses de mi representada, ni comprometan su responsabilidad.

1. **FUNDAMENTOS PARA ABSOLVER A ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C DEL PAGO DE LA EVENTUAL MULTA CONMINATORIA, EN VIRTUD DEL CLAUSULADO DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO NO. 560 47 994000173053.**
	1. **NO SE CONFIGURÓ EL RIESGO ASEGURADO AL NO HABERSE ACREDITADO PROBATORIAMENTE LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA.**

Al respecto, cabe resaltar que el interés asegurado en la Póliza de Garantía Única De Cumplimiento En Favor De Entidades Estatales no es otro que “*EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA DERIVADAS DEL CONTRATO ELECTRONICO DE OBRA PUBLICA NO. CO1.PCCNTR.5677146, DE APROBACION 27 DE DICIEMBRE DE 2023, CELEBRADO ENTRE LAS PARTES, RELACIONADO CON REALIZAR ADECUACION Y MANTENIMIENTO DEL SEGUNDO PISO Y AREAS CONEXAS DEL EDIFICIO BACHUE Y BOCHICA UBICADAS EN EL CENTRO INTERNACIONAL TEQUENDAMA”.*

Así las cosas, mi prohijada solo estaría eventualmente obligada a responder pecuniariamente de conformidad con las obligaciones expresamente estipuladas y aceptadas por las partes en el contrato de seguro, de modo que el riesgo asegurado en el contrato de seguro en comento no es otro que el incumplimiento del contrato de obra a cargo del afianzado, siendo que de conformidad con el artículo 1072 del Código de Comercio el siniestro o realización del riesgo asegurado es la declaratoria de incumplimiento.

Sin embargo, no obran en el expediente pruebas suficientes respecto del incumplimiento del asegurado, por lo que de manera consecuencial se puede afirmar que en el sub-lite no se logró acreditar la configuración del riesgo asegurado y, en consecuencia, la obligación indemnizatoria a cargo de mi procurada.

En este punto es importante señalar que los supuestos incumplimientos imputados al contratista ya se encuentran superados como se acreditó probatoriamente con los oficios No 0180-2024 y No. 190-2024, en los cuales se acredita la entrega del plan de contingencia y la orden de compra de los aires acondicionados.

Así las cosas, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL** no logró derrotar en audiencia presunción de inocencia a favor del contratista, puesto que no acreditó preponderantemente que la hipótesis de la ocurrencia de la infracción imputable al administrado resulta más razonable o probable que su cumplimiento.

En conclusión, atendiendo a que la responsabilidad contractual del asegurado no se acreditó probatoriamente en el proceso de marras y, por ende, no es viable declarar su incumplimiento, no se logra estructurar una aparente responsabilidad en cabeza del afianzado, esto es, no se realiza el riesgo asegurado como condición sine qua non para activar la responsabilidad que, eventual e hipotéticamente, le pudiera corresponder a mi prohijada, la aseguradora.

Se concluye que, al no reunirse los supuestos para que se configure un incumplimiento en cabeza del afianzado, claramente no se ha realizado el riesgo asegurado por la póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 560 47 994000173053, que sirvió como sustento para convocar a mi procurada a la presente actuación administrativa. En tal sentido, no surge obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora.

* 1. **COMPENSACIÓN.**

Teniendo en cuenta que nos encontramos ante la ejecución de un contrato estatal, en el cual aplican las normas del derecho administrativo y las normas relativas a la teoría general de las obligaciones, será́ tarea del Despacho entrar a establecer el estado financiero del contrato a efectos de establecer si existen saldos a favor del contratista en virtud del Contrato LP 005-2023.

Lo anterior, bajo el entendido que, como quiera que se desconoce el estado financiero del contrato, y como quiera que la entidad debe o debió́ realizar pagos al contratista, en caso de tener recursos a favor del CONSORCIO LA MILAGROSA, deberá́ darse aplicación al principio de la compensación, como un modo de extinguir simultáneamente y hasta la misma cuantía las obligaciones existentes entre personas que recíprocamente son acreedoras y deudoras. Esta figura está contemplada en el artículo 1714 del Código Civil, el cual señala:

“ARTICULO 1714. COMPENSACION. 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”.

Dicho mecanismo se encuentra contemplado también en el Parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que establece:

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. (...)

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así́ impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros **a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista** (...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Como puede observarse, la compensación es una de las formas de extinguir las obligaciones que se encuentra contemplada en materia civil, administrativa y comercial. Razón por la que se debe aplicar la mencionada figura respecto de las obligaciones que surjan para el contratista por el presunto incumplimiento parcial en que haya incurrido.

Lo anterior, por ministerio de la ley opera de pleno derecho, por lo que en caso de existencia de saldos a favor y por efecto de la compensación no habría lugar en afectar la póliza. Por lo anterior, se solicita a la entidad estatal aplicar de pleno derecho la figura que ahora se invoca.

* 1. **DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES 560 47 994000173053.**

En el remoto caso que el Despacho considere que la póliza cubre los hechos materia de debate, así como las sumas pretendidas por los demandantes, deben considerarse los montos máximos de cobertura por la póliza contenidos en la misma y su clausulado.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

“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, no se podrá obtener una indemnización superior al límite en cuantía de la suma asegurada por parte de mi mandante, que en este caso resulta ser la siguiente:

**

El amparo cubierto tiene un tope que depende de la disponibilidad para su pago, en tanto que en el año de la vigencia de la póliza pudo haberse presentado otro siniestro o diversos eventos que agoten los montos pactados en el contrato de seguro, condición que deberá ser tenida en cuenta por el Despacho en el evento de encontrar configurado el riesgo asegurado, esto es, la responsabilidad civil del asegurado.

* 1. **CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO QUE REVISTEN LOS CONTRATOS DE SEGURO.**

Sin perjuicio de la no realización del riesgo asegurado, es importante mencionar el principio que rige el contrato de seguro de daños, es 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.

De modo que la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado. 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 nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

“Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato”

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” (Subraya y negrita adrede).

Así las cosas, considerando que el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento y tiene un carácter meramente indemnizatorio, mal haría la entidad si reconoce multas por incumplimiento de obligaciones que como se mencionó y se encuentra probado en el expediente, ya se encuentran completamente ejecutadas, lo que implicaría correlativamente una transgresión del principio indemnizatorio esencial del contrato de seguro.

Esto, por cuanto se estaría avalando un enriquecimiento indebido de la entidad estatal por cuanto la misma aceptó que pese al presunto retraso en el cumplimiento de las obligaciones, a la fecha de expedición del citatorio, las mismas se encuentran cumplidas, por lo que no habría lugar a la imposición de multa alguna, pues se itera, su carácter es conminatorio y se desnaturaliza en tanto se dé cumplimiento a las obligaciones contractuales y se continúe con la ejecución normal del contrato, tal como ocurre en el *sub lite.*

1. **PETICIÓN.**

Con base en los fundamentos y razones antes expuestas, solicito respetuosamente a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL** que proceda a archivar el proceso sancionatorio administrativo de incumplimiento contractual exonerando de responsabilidad al contratista CONSORCIO LA MILAGROSA toda vez que las pruebas que obran dentro del plenario evidencian que los hechos que dieran apertura a la presente investigación ya fueron superados.

De manera subsidiaria y solo en el remoto e hipotético evento que se considerara declarar el incumplimiento parcial del contrato LP-005-2023, ruego que se tome en consideración todas y cada una de las condiciones generales y particulares que rigen el contrato de seguro documentado en la Póliza De Garantía Única De Cumplimiento En Favor De Entidades Estatales No. **560 47 994000173053**.

1. **MEDIOS DE PRUEBA.**
* Respetuosamente solicito a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL**, se oficie al CONSORCIO A-CO-CREMIL-G7-2023, en calidad de interventor del contrato de obra LP 005-2023 para la elaboración y aporte de la actualización del informe completo dentro del cual se denote el estado actual de las obligaciones contenidas en la cláusula segunda numeral primero, cláusula segunda numeral cuarto, cláusula segunda numeral séptimo, cláusula tercera numeral décimo octavo y cláusula tercera numeral trigésima del contrato.
* Respetuosamente solicito a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL**, se oficie al CONSORCIO A-CO-CREMIL-G7-2023, en calidad de interventor del contrato de obra LP 005-2023 para la elaboración y aporte de informe completo dentro del cual se denote el estado económico y financiero actual del contrato.
1. **NOTIFICACIONES.**

El suscrito recibirá notificaciones electrónicas en la dirección de correo electrónico notificaciones@gha.com.co y físicas en la carrera 11A No. 94A - 56, Oficina 402, de la ciudad de Bogotá.



Cordialmente,

# GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D. C.

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

1. Corte Constitucional, C 499 de 2015. [↑](#footnote-ref-1)