

Señores

DIAN

E. S. M.

ccontrerasb@dian.gov.co

REF.: AUDIENCIA ART. 86 LEY 1474 DE 2011
Contrato No. 00-159-2022
Contratista: UNION TEMPORAL NUEVA LOGISTICA
Aseguradora: BERKLEY SEGUROS COLOMBIA S.A.
PÓLIZA No. 62667
DESCARGOS

STELLA BOTIA RUIZ, mayor, vecina de Bogotá D.C., identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 22.789.567., abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 106650 del Consejo Superior de la Judicatura, quien autoriza notificaciones en el correo electrónico stellabotia@ajuridicas.com, en calidad de apoderada de **BERKLEY SEGUROS COLOMBIA S.A.**, mediante el presente escrito, y dentro de los términos de Ley, me permito presentar **DESCARGOS**, dentro de la actuación administrativa de la referencia, en los siguientes términos:

AUSENCIA DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011

Sea lo primero advertir que la citación no cumple con el lleno de los requisitos que dispone el artículo 86 literal a) de la ley 1474 de 2011, con respecto a la citación que el despacho remitió a la garante, la norma a la letra dispone que:

*“Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. **En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.** En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida*

para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;" (Subrayado fuera de texto).

Pues bien, como puede apreciarse en el texto resaltado en la norma, la actuación administrativa de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en primer término, debe cumplirse debidamente con la legalidad de los pliegos al hacer mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación, asunto que para el presente caso no se ha dado, pues se encuentra lo siguiente:

1. La entidad debe acompañar el informe del interventor o supervisión haciendo mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, toda vez que resultan necesarios para atender la defensa tanto del contratista como de la Aseguradora, asunto que para el presente caso no se vislumbra, pues en el pliego no describen las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y en tal sentido, la entidad no podría imponer una sanción al contratista bajo el supuesto de una responsabilidad objetiva.

Ahora bien, además de mencionar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y de adjuntar el informe del interventor o supervisor, adicionalmente la Entidad Administrativa debe tener en consideración que es necesario valorar en su conjunto otras pruebas, pues el sólo pliego construido por la entidad no constituye el único medio legal para dar por demostrada la supuesta falta contractual. El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, señala que se acompañará el informe del interventor o supervisor con el pliego de cargos, y este mismo deberá controvertirse debidamente, e incluso, tanto el contratista como la aseguradora podrán hacer referencia a otras pruebas, y podrá desvirtuar lo plasmado en dicho informe dentro del respectivo traslado, para esclarecer lo sucedido. Al respecto, el Consejo de Estado, sobre este punto, manifestó:

"Además, si la bitácora de obra o las comunicaciones que la interventoría afirma envió al contratista, estuvieran demostradas, en todo caso no serían suficientes para satisfacer el debido proceso del artículo 29 C.P.; aun así, se habría omitido exhortarlo a defenderse en un término señalado para que expresara su posición, es decir, no se sabría si realizó gestiones y trabajos para resolver el problema y en caso positivo si

cumplieron o no el efecto deseado. De allí que una comunicación dando cuenta de un problema de esa índole no significa por sí mismo el incumplimiento de obligaciones contractuales”¹

En ese orden de ideas, debe advertirse, que el pliego, no solo debe edificarse con el informe de interventoría o supervisión, pues será menester acompañar no sólo la póliza sino también, motivar en debida forma la afectación de la misma, así como las otras pruebas que soportan la imputación de un supuesto incumplimiento contractual. Así, para el Consejo de Estado², es una falla protuberante imponer sanción al contratista con base únicamente en los informes de interventoría, al respecto sostuvo:

“La Sala encuentra como consecuencia del defecto analizado en el acápite anterior, que las falencias en materia probatoria son protuberantes, porque la decisión inicial del municipio se soportó exclusivamente en una comunicación de la interventoría –la de 24 de marzo de 1995- donde señaló que el contratista incumplió con el plazo de entrega y la calidad del trabajo”

Será entonces necesario para el presente caso, no sólo que se acompañe el informe del interventor o supervisor, sino que además de ello, valore otras pruebas que sustenten la imputación de incumplimiento contractual.

2. La administración debe indicar con absoluta claridad cuáles son los hechos constitutivos del presunto incumplimiento y las pruebas que la llevan a valorar la conducta del presunto infractor, es decir, si obró con culpa o dolo.³

Por su parte, el artículo 86⁴ de la Ley 1474 de 2011, reguló integralmente el procedimiento para imponer sanciones al contratista, sujeto en todo caso, a que se hayan pactado

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, Sentencia del 29 de agosto de 2012, Expediente 21.430, C.P. Enrique Gil Botero.

² Ibidem.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, Sentencia de 22 de octubre de 2012, Expediente 20.738, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴ El Consejo de Estado, apuntó frente a la vigencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, lo siguiente: “En estos términos, por fin cumplió el Congreso con la exigencia de la reserva de ley que el procedimiento sancionatorio impone para aplicar una medida de esta naturaleza, la cual hasta la expedición de la Ley 1474 se toma directamente del Código Contencioso Administrativo, a falta de norma legal especial” Sección Tercera, Subsección “C”, Sentencia de 29 de agosto de 2012, Expediente 21.430, C.P. Enrique Gil Botero.

expresamente en el contrato estatal –las faltas y la sanción⁵– y se acrediten los supuestos para imponer la sanción, esto es, que se pruebe la culpa del contratista y que, además incurrió en un incumplimiento contractual de alguna obligación estipulada en el contrato. No basta entonces con demostrar el incumplimiento por acción u omisión, sino que es menester probar la culpa del contratista. Precisamente, la Corte Constitucional⁶, se ha ocupado de estudiar el tema en materia sancionatoria administrativa, para sostener lo siguiente:

“La exigencia de que en materia sancionatoria deba tenerse en cuenta siempre la conducta del justiciable implica que la imposición de la sanción sólo es posible si el sujeto activo ha cometido falta con dolo o culpa, esto es, con conocimiento y voluntad positiva en la obtención de los resultados de su comportamiento, o con simple conocimiento del mismo, pero en inobservancia de un “deber de cuidado y diligencia.

En otros términos, para imponer la sanción penal, disciplinaria o administrativa no basta con que el actor ejecute el comportamiento reprochable: es requisito sine qua non que la autoridad sancionatoria verifique las condiciones en que se produjo la falta y examine el grado de conocimiento y voluntad que intervinieron en la configuración del comportamiento. Por ello la Corte ha dicho que la culpa es supuesto “ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga”. En esta línea, la corriente contemporánea del derecho sancionatorio ha propugnado la consolidación de la culpabilidad como elemento protagónico del derecho de la sanción, llegando incluso a elevarla a rango de principio fundante constitucional de tal disciplina. (...)

Ciertamente, la proscripción de la responsabilidad objetiva que acoge el régimen jurídico colombiano impone la restricción de sancionar la conducta por el sólo hecho de la ocurrencia del resultado y exige, en cambio, verificar la finalidad dolosa o

⁵ El Consejo de Estado, sostuvo que, si las faltas y la sanción no están contempladas en el contrato estatal, la administración, no podrá imponer multa alguna al contratista. En ese sentido, la corporación, sostuvo: “En tal caso, el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual– contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso”. Sección Tercera, Subsección “C”, Sentencia del 25 de julio de 2011, Expediente 20.279, C.P. Olga Valle de Dela Hoz.

⁶ Sentencia C-545 del 18 de julio de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

culposa en la ejecución de la acción que se investiga" (Negrilla y subrayado fuera de texto)

3. Conforme con lo anterior, la entidad no menciona las causas del incumplimiento, y tampoco se establece expresamente el monto por el cual presuntamente debe responder la Aseguradora y tampoco aporta pruebas que justifiquen dicho monto, simplemente se menciona algunas actividades que supuestamente se le endilgan como cargos en contra del contratista, pero no se cita textualmente la manera como se le determinan ni establece de forma motivada cuáles son las fallas o faltantes tampoco aporta pruebas que justifiquen el monto del supuesto perjuicio simplemente se menciona algunas actividades que supuestamente se le endilgan como cargos en contra del contratista, ni se indica de manera cierta si respecto de los requerimientos previos o citatorios que eventualmente puedan llegar a darse dentro de la ejecución del contrato, el contratista ha justificado su situación, y es claro, que de ninguna manera puede la entidad mediante actuaciones administrativas hacer imputaciones caprichosas o arbitrarias, sino que deben guardar sus actuaciones el fundamento legal y contractual, desechando cualquier posibilidad de imponer una sanción bajo el supuesto de una responsabilidad objetiva, la cual, como ya se dijo, se encuentra proscrita del ordenamiento jurídico colombiano.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

La Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 29 el derecho fundamental al debido proceso, cuyo texto es el siguiente:

"Art. 29.- El debido proceso se aplicará a **toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.**

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la

asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Como puede apreciarse en el texto de la norma constitucional, el debido proceso aplica en las actuaciones administrativas como la que nos ocupa.

En la sentencia T-061 de 2.002, la Corte Constitucional fija los siguientes criterios con relación a este derecho fundamental, al establecer que:

*“La Constitución Política, en su artículo 29, prescribe que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. **En virtud de tal disposición, se reconoce el principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, razón por la cual están obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a Asegurar La Efectividad De Todas Aquellas Normas Que Permitan A Los Administrados Presentar, Solicitar Y Controvertir Pruebas, Y Que En Últimas, Garanticen El Ejercicio Efectivo Del Derecho De Defensa.** (resaltado nuestro)”*

Al respecto, la Corte ha determinado que:

“Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción....

... En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes

de la comunidad nacional...” (Sentencia C-214 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell).

En el caso que nos ocupa, se adelanta una actuación administrativa con fundamento en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, dicha actuación se ha visto inmersa en varias irregularidades que atentan de forma directa contra el principio constitucional del debido proceso:

La entidad citada no acompaña a la citación el informe del Interventor o Supervisor del Contrato, no establece con claridad cuál es la cuantía de los posibles perjuicios y tampoco aporta prueba alguna de la que se pueda derivar el valor de los mismos causados al contratante, obligación que, conforme lo establece el artículo 86, es de la entidad contratante.

Así las cosas, en el caso sub exámine, nos enfrentamos al hecho de que la Entidad, aunque siendo su deber, formula los cargos de un supuesto incumplimiento de manera incompleta y equívoca, sin el acompañamiento del informe del Supervisor o Interventor del contrato y en ausencia de la coherencia entre los elementos fácticos en que pretende sustentarlo y las consecuencias que pretendería imponer, por lo cual, con la falta de precisión de la DIAN, no se da cumplimiento a uno de los pilares básicos del debido proceso y, por ende, impide al contratista y su garante ejercer adecuadamente su derecho de defensa y aportar las pruebas que considere necesarias. Situación ésta que viola abierta y expresamente los mandatos del artículo 86, que, al ser una norma de procedimiento, es de orden público, y sobre este particular, señala el Consejo de Estado:

"Las normas procesales son de derecho público y de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, por lo que, en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. En obediencia de la anterior disposición, los términos atinentes a todo procedimiento jurídico deben observarse estrictamente para preservar el debido proceso, so pena de incurrir en nulidades; ofrecer seguridad jurídica a la Administración y a los administrados, quienes de esta manera tienen certeza sobre la oportunidad en que pueden ejercer sus derechos de defensa y contradicción, sin que puedan ser vulnerados. El respeto a los términos determinados legalmente opera como un principio estructural del funcionamiento de la Administración Pública."

Por su parte, la Corte Constitucional al respecto del debido proceso en materia administrativa ha señalado⁷:

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-295 de 2018. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado

*"El artículo 29 Superior dispone que el debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. **En este sentido, esta garantía constituye un control al poder del Estado en las actuaciones que se desarrollen contra los particulares.** Así, por ejemplo, la Sentencia T-391 de 1997, señaló que esta garantía involucra la observancia de las formas propias de cada juicio, cuyo alcance en materia administrativa se refiere a seguir lo dispuesto en la ley y en las normas especiales para agotar el respectivo trámite.*

*17. El debido proceso se ve afectado cuando el funcionario judicial se aparta del proceso legalmente establecido, ya sea porque sigue un proceso distinto al aplicable o porque omite una etapa sustancial del (sic) misma sentencia, lo cual desconoce el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso. De acuerdo con la Sentencia SU-159 de 2002, este último evento se presenta cuando la ausencia de una etapa procesal o de alguna formalidad desconoce las garantías previstas en la ley para los sujetos procesales, de forma tal que, por ejemplo, se impide que: "(i.) puedan ejercer el derecho a una defensa técnica, que supone la posibilidad de contar con la asesoría de un abogado –en los eventos en los que sea necesario -, **ejercer el derecho de contradicción y presentar y solicitar las pruebas que considere pertinentes para sustentar su posición;** (ii.) se les comunique de la iniciación del proceso y se permita su participación en el mismo y (iii.) se les notifiquen todas las providencias proferidas por el juez, que de acuerdo con la ley, deben serles notificadas", entre otras.*

*18. En este sentido, la Corte ha señalado que en todo proceso judicial o administrativo **es constitucionalmente imperioso que la persona contra la cual se dirige un cargo o acusación pueda hacer frente a los reproches formulados en su contra y que los argumentos que presente se consideren en la respectiva actuación judicial o administrativa, pues esto no sólo sirve al interés individual del mismo, sino también al esclarecimiento de la verdad.**" (Negritas y subrayas fuera del texto)*

En consecuencia, una autoridad administrativa como la DIAN debe garantizar en virtud del derecho al debido proceso que todas sus actuaciones ante particulares se lleven con apego a los principios como el de legalidad, contradicción, defensa y publicidad, de manera que se adelanten procesos justos y adecuados como actuaciones que se encuentran finalmente encaminadas a responder por el correcto y adecuado ejercicio de la función pública administrativa, de conformidad con los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes y los derechos de los ciudadanos, con el fin de evitar posibles actuaciones abusivas o arbitrarias por parte

de la administración a través de la expedición de actos administrativos que resulten lesivos de derechos o contrarios a los principios del Estado de Derecho.

IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE MULTA POR SUPERACION DE LOS HECHOS GENERADORES DEL INCUMPLIMIENTO

Sin perjuicio de lo anterior y en los términos del artículo 17 de la ley 1150 de 2007 tenemos que el espíritu de la multa es el de constreñir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones , así las cosas tenemos que para el caso que nos ocupa el contratista ha manifestado que las obligaciones señaladas en el pliego de cargos se encuentran totalmente cumplidas y conforme a ello tenemos que no le asiste a la entidad fundamento jurídico para la imposición de sanción alguna a título de multa .

ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. *El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto **de conminar** al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y **procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista**. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. (Resaltado propio).*

PARÁGRAFO. *La cláusula penal y las multas así 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, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

INEXISTENCIA DE SINIESTRO PARA LA ASEGURADORA POR CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

La póliza de cumplimiento emitida por BERKLEY SEGUROS COLOMBIA S.A. en su amparo de cumplimiento tiene la siguiente cobertura plasmada en las condiciones particulares de la póliza:

Sección I. AMPAROS :

1.4 Cumplimiento. Este amparo cubre al Asegurado por **los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable** al tomador/garantizado de las obligaciones emanadas del contrato garantizado”.(subrayado y negrilla fuera de texto original)

Para el caso que nos ocupa tenemos que el contratista UT LOGISTICA (Tomador del seguro) cumplió con su obligación de hacer la entrega de las bodegas solicitadas por la entidad.

Así las cosas, no le asiste a la Aseguradora obligación alguna por concepto de indemnización por inexistencia de siniestro.

FALTA DE ACREDITACIÓN DE UN PERJUICIO INDEMNIZABLE A LA LUZ DEL CONTRATO DE SEGURO.

En cuanto a la posible afectación del amparo de cumplimiento, se advierte que tal cobertura opera, siempre y cuando, el Asegurado demuestre de forma inequívoca que **sufrió algún perjuicio directo, como consecuencia del incumplimiento imputable de forma exclusiva al Tomador del seguro, cuantificando en debida forma el mismo.**

El solo incumplimiento no conlleva al reconocimiento de una indemnización, teniendo en cuenta el principio indemnizatorio del contrato de seguro.

Por lo tanto, para acceder a cualquier tipo de indemnización con cargo al citado amparo, es necesario que el Asegurado demuestre, **además del incumplimiento de las obligaciones a cargo del Tomador de la póliza,** la existencia de un **perjuicio directo, efectivamente sufrido,** como consecuencia de la conducta desplegada por el contratista, mediante el envío de las pruebas idóneas que considere para tal fin, tales como: **nuevos contratos, soportes de pago, facturas de compras,** etc.; que comprueben en forma inequívoca, su asunción por parte del beneficiario del contrato de seguro; sin que medie ninguna causal eximente de responsabilidad a favor del contratista- tomador.

En este punto se precisa que corresponde al concepto de perjuicio previamente aludido, aquel detrimento patrimonial padecido por el asegurado, representado, por ejemplo, en la asunción de mayores costos a

los inicialmente previstos para la ejecución y/o terminación de los trabajos objeto del contrato, lo cual no se comprueba con la documentación aportada.

Soportando un poco más lo señalado, vale la pena resaltar que la doctrina define como “perjuicio directo”:

“Las Erogaciones que ha debido asumir el acreedor (contratante) y que no le hubiera correspondido asumir en caso de no haberse el incumplimiento del deudor (contratista).

En este sentido, el daño resarcible presenta unos contornos más restringidos en las pólizas de seguro de cumplimiento con respecto a aquel que es propio de la responsabilidad contractual”⁸.

En palabras del Doctor Narváez Bonnet respecto a la materialización del perjuicio se tiene que:

“Se recuerda que el perjuicio o daño debe ser cierto, esto es, que su existencia se encuentre comprobada, que materialmente pueda constatarse su entidad y contenido”

Al respecto resulta de importancia resaltar lo que para el efecto ha decantado la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“(…) es menester de la Subsección reiterar que además de demostrar el incumplimiento de la parte, es necesario y condición sine qua non para la prosperidad de las pretensiones la acreditación del perjuicio de dicho supuesto.”⁹

(…) En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se

⁸ Narváez Bonnet, Jorge Eduardo, El Seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones, Editorial Ibañez, 2011. Pag 433

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 18 de mayo de 2017, Exp. 44286, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación¹⁰.

(...) En síntesis, si el acreedor omite probar la existencia del daño y la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediablemente condenada al fracaso."¹¹

De la anterior cita se podría concluir sin mayor análisis al respecto que (i) no todo incumplimiento genera per se un daño y, (ii) corresponde al acreedor probar la existencia y cuantía del perjuicio del cual pretende su indemnización.

En este orden de ideas, se resalta que LA DIAN en su escrito no acreditó, como era su deber jurídico y contractual, de qué manera los presuntos incumplimientos de UT-NUEVA LOGISTICA generaron los supuestos perjuicios.

Finalmente, se resalta que, en caso de no materializarse un perjuicio, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a cargo del Tomador/Garantizado, no se podrá afectar el amparo de cumplimiento, teniendo en cuenta que no es su finalidad el pago de una suma de dinero como resultado del solo desconocimiento de los compromisos contractuales del Tomador/Garantizado, pues se rompería el principio indemnizatorio propio del seguro.

Para mayor claridad, se transcribe el aparte pertinente de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil y Agraria, Magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas, que al respecto señala:

“Los seguros como el de cumplimiento -que por su naturaleza corresponden a los seguros de daños- implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero, **el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivo de un daño**, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección, Sentencia de 24 de julio de 2013, Exp. 25131. Reiterado en fallo de 26 de marzo de 2014, Exp. 22831., citado en la Sentencia del 18 de mayo de 2017, Exp. 44286, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 18 de mayo de 2017, Exp. 44286, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños en el artículo en cita..." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En consecuencia, no existiendo prueba del perjuicio que se pretende reclamar, no resulta posible el pago de una indemnización, con sustento en el amparo de cumplimiento materia del presente análisis.

RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA HASTA EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO PARA EL AMPARO AFECTADO

Como quiera que la Póliza de Cumplimiento que nos ocupa contiene varias coberturas, frente al caso de la presente actuación administrativa, la responsabilidad de la aseguradora se debe limitar al monto del valor asegurado por el amparo que se pretende afectar, sin perjuicio de estimar los saldos a favor del contratista para que se compense, y así, mediante la deducción de esos saldos a favor debe imputársele al contratista el valor de la eventual sanción, en términos tanto legales como contractuales.

Igualmente, es necesario precisar que en términos del artículo 1077 del Código de Comercio, el contrato de seguros al ser netamente indemnizatorio, se entiende que en esa medida, deberá establecerse con precisión el monto de la cuantía a afectar, y en ese sentido, reitero que en todos los casos debe procederse a deducir de las sumas que se encuentran a favor del contratista, el monto de la sanción que se llegare a imponer como compensación del daño, en los términos tanto legales como del contrato de seguros.

COMPENSACIÓN

Sin perjuicio de lo anterior, solicito respetuosamente a la entidad que, en el eventual caso de imponer una sanción al contratista, en los términos del contrato estatal y de las condiciones generales de la póliza, se proceda a la compensación de los saldos que resulten a favor del contratista, y que al momento de efectuar pago al contratista se descuente las sumas que

correspondan al valor de la sanción impuesta, así figura expresamente dentro de las condiciones generales de la póliza No. 62667:

4. COMPENSACION

Si la entidad estatal contratante asegurada al momento de tener conocimiento del incumplimiento o con posterioridad a este o del resultado de la liquidación del contrato y anterior al pago de la indemnización, fuere deudora del contratista por cualquier concepto, se aplicará la compensación y la indemnización se disminuirá en el monto de las acreencias, según la ley, de conformidad con lo señalado en los Artículos 1714 y subsiguientes del Código Civil.

Igualmente, se disminuirá del valor de la indemnización, el valor correspondiente a los bienes que la entidad estatal contratante asegurada haya obtenido del contratista, sea judicial o extrajudicialmente, en ejercicio de las acciones derivadas del contrato cuyo cumplimiento se garantiza por medio del presente seguro.

En efecto, la entidad estatal contratante asegurada al momento de tener conocimiento del incumplimiento o en cualquier momento posterior a dicho conocimiento y anterior al pago de la indemnización, si fuere deudor del contratista garantizado por cualquier concepto, la indemnización se disminuirá en el monto de las acreencias, siempre y cuando estas sean compensables según la ley, de conformidad con lo señalado en los artículos 1714 y ss. del Código Civil, y por lo tanto, los montos aquí compensados se disminuirán del valor de la indemnización.

En ese sentido, solicitamos que en caso de una eventual sanción, se aplique la compensación de acuerdo como lo ordena la ley y el contrato de seguro y como consecuencia se disponga la no afectación de la póliza dentro del acto administrativo de decisión del presente proceso administrativo sancionatorio por compensación de las obligaciones.

SOLICITUD DE ARCHIVO DEL PROCESO SANCIONATORIO

Solicitamos el archivo del presente proceso sancionatorio ya que de acuerdo con los descargos y pruebas presentadas por el contratista , los hechos que generaron la presente citacion se encuentran superados y conforme con lo establecido en el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 la entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, y por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

PRUEBAS

Solicito se tenga como prueba las siguientes:

- I. Se tenga como prueba los descargos y pruebas presentadas por el contratista en la presente diligencia.
- Se certifique por la entidad los saldos a favor del contratista .

ANEXOS

- Poder con el que obro
- Certificado de Existencia y Representación Legal de BERKLEY SEGUROS S.A.

NOTIFICACIONES

La suscrita apoderada autoriza proceder a efectuar toda clase de citaciones y notificaciones al correo electrónico stellabotia@ajuridicas.com y/o a mi oficina de abogada en la ciudad de Cartagena Calle 20 No. 16A-17 Zona norte oficina 901.

En ese sentido doy por terminados los descargos en representación de los intereses de BERKLEY SEGUROS COLOMBIA S.A. reiterando la imposibilidad de afectar la póliza de seguros No. 62667.

Cordialmente,

STELLA BOTIA RUIZ
C.C..22.789.567
T.P. No. 106650 del C.S.J.