

SALVEDAD - CLAUSULA DE INDEMNIDAD ACTA DE LIQUIDACIÓN CONTRATO FA-CD-F-S-171-2022 RICARDO CHAJIN MENESES

Debido a la etapa postcontractual en la que se encuentra el contrato FA-CD-F-S-171-2022 RICARDO CHAJIN MENESES, y dado a que el mismo fue declarado el incumplimiento total y definitivo, se impuso la cláusula penal, se declaró la ocurrencia del siniestro, y se hizo efectiva la garantía de las obligaciones descritas en el Contrato, procedemos a revisar la necesidad de dejar la salvedad de indemnidad que fue pactada en la cláusula 17 del contrato.

La salvedad del formato de acta de liquidación establece:

"El contratista Ricardo Chajin Meneses, se compromete a asumir la responsabilidad por reclamaciones o acciones judiciales o extrajudiciales que se encuentren en trámite o que se adelanten en contra del Fondo Adaptación, por motivos que le sean imputables al Contratista, según lo establecido en la cláusula decimoséptima (17)- indemnidad del Contrato objeto de la presente liquidación."

La Cláusula 17 estableció lo siguiente:

"EL CONTRATISTA mantendrá indemne al FONDO ante cualquier reclamación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza presentada por terceros a causa de acciones u omisiones de aquél en la ejecución del presente contrato y defenderá al FONDO a su propio costo, incluyendo todos los gastos que se causen por cuenta de las reclamaciones, tales como, honorarios, costas, gastos procesales, indemnizaciones y condenas, si las hubiere. En el caso de que EL FONDO asuma directamente su defensa repetirá contra EL CONTRATISTA por todos los costos que implique dicha defensa pudiendo descontar estos valores de los saldos que le adeude a EL CONTRATISTA y, de no existir saldos, podrá efectuar su cobro por la vía ejecutiva para lo cual, el presente contrato junto con los documentos que soporten los costos asumidos prestará mérito ejecutivo. EL CONTRATISTA con la suscripción del presente contrato renuncia expresamente a ser constituido en mora." Subrayado fuera de texto

Problema jurídico: ¿El incumplimiento total y definitivo del contrato FA-CD-F-S-171-2022 contratista Ricardo Chajin Meneses, puede generar daño o perjuicio a algún tercero y dejar libre e indemne al Fondo Adaptación?

El objeto del contrato es el siguiente:

"Apoyar al Equipo de Gestión Financiera y Administrativa en la ejecución y seguimiento de actividades asociadas a los procesos de la gestión de servicios".

En cláusula 6 se establecieron las Obligaciones Específicas del contratista:

"Las Obligaciones Específicas que se compromete a realizar EL CONTRATISTA en ejecución del contrato son las relacionadas a continuación:

- 1. Hacer el seguimiento de las actividades relacionadas con proveedores, adquisición, administración, almacenamiento, custodia, distribución e*

inventario de bienes, velando especialmente porque se cumplan las normas aplicables sobre esta materia

2. Apoyar en la supervisión de los contratos relacionados con la gestión administrativa y de bienes de la Entidad, verificando el cumplimiento de las obligaciones de estos, según las necesidades institucionales.

3. Realizar la gestión administrativa respectiva en la revisión de los documentos de cobro que presentan los contratistas en desarrollo de contratos a cargo del Equipo de Gestión Financiera y Administrativa

4. Apoyar en el seguimiento de los pagos de servicios públicos, impuestos y demás gastos en que debe incurrir la entidad para el normal desarrollo de sus actividades.

5. Participar en los procesos que permitan mejorar la prestación de los servicios administrativos para el funcionamiento de la Entidad asignados, para el oportuno cumplimiento de los planes y programas, así como la ejecución y utilización óptima de los recursos disponibles, de acuerdo con los procesos, procedimientos y políticas establecidas por la entidad.

6. Apoyar en el seguimiento de las actividades relacionadas con proveedores, adquisición, almacenamiento, custodia, distribución e inventarios de los elementos, equipos y demás bienes necesarios para el funcionamiento normal de la ANE, velando especialmente porque se cumplan las normas aplicables sobre esta materia

7. Apoyar al Equipo de Gestión Financiera y Administrativa en la revisión de procesos, procedimientos y demás documentos asociados al proceso de Gestión de servicios de la Entidad.

8. Apoyar los procesos de baja y disposición final de los bienes dados de baja por la Entidad.

9. Ejercer todas y cada una de las actividades necesarias para el óptimo desarrollo del objeto del contrato, de acuerdo con las indicaciones del supervisor del contrato.

10. Apoyar la estructuración de los planes y programas relacionados con los asuntos de carácter administrativo que le sean asignados, que orienten la gestión del Equipo de trabajo.

11. Apoyar las gestiones de servicios y logísticas pertinentes relacionadas con la sede donde se ubica la entidad.

12. Elaborar y tramitar los proyectos de actos administrativos relacionados con las actividades de la Gestión administrativa que se requieran.

13. Elaborar y presentar los informes requeridos por la Supervisión del contrato.

14. Apoyar en la atención de requerimientos internos y externos que le sean asignados al Equipo de Trabajo de Gestión Financiera y Administrativa, con relación a la gestión de servicios.”

Se procede a realizar un análisis jurídico a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la normatividad aplicable y lo pactado en el contrato.

La indemnidad es definida como el estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio, permite la mitigación de riesgos en la contratación, buscando generarle confianza y tranquilidad a la parte en favor de quien se estipula, dependiendo de la naturaleza del contrato o acuerdo en el que se pacte o incorpore.

En Colombia no existe una reglamentación específica que la regule, sin embargo, las relaciones civiles y comerciales se soportan en los artículo 2344 y s.s. del Código Civil, en las que se dispone:

ARTICULO 2344. <RESPONSABILIDAD SOLIDARIA>. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.

ARTICULO 2347. <RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO Y DE LAS PERSONAS A CARGO>. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

Adicionalmente, recordemos que los contratos están regidos por lo que se llama el "Pacta sunt Servanda":

ARTÍCULO 1602. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Colombia Compra Eficiente definió la cláusula de indemnidad así:

"Es una cláusula que se pacta entre la entidad contratante y el contratista, en virtud de la cual éste último se obliga a mantener a la entidad libre de toda reclamación que tenga origen en las actuaciones del contratista a través de las cuales se causen daños a terceros. En la contratación pública esta cláusula puede incluirse en los contratos estatales según el análisis de riesgo que se realice para determinado contrato estatal.(...)" Subrayado fuera de texto.

Conforme al concepto anterior, la cláusula de indemnidad brinda una protección a las partes en el evento de que una de ella genere un daño, que afecte a su contraparte o a terceros y es completamente válida en los contratos estatales según el análisis de riesgo realizado en la etapa pre-contractual.

Sin embargo, **el Consejo de Estado- Sección Tercera, Sentencia 73001233100020000101201 (27530), mayo 2/13, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera**, indicó que "Aunque el Invías alegó que no debía responder por ningún daño generado con la ejecución del contrato, debido a la cláusula de indemnidad pactada, el Consejo aclaró que dicho pacto solo surte efectos entre las partes del convenio y, por lo tanto, es inoponible a terceros", es decir, el hecho que un contratista realice actividades durante la ejecución del contrato que generen un daño, no significa que la Entidad Contratante no tenga que responder por el daño mismo, ya que cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente, porque es dueña de la obra, su pago afecta el patrimonio estatal y su realización obedece a razones de servicio e interés general. En el caso que nos ocupa, el objeto del contrato y las obligaciones del mismo son de **apoyo** al E.T. de Gestión Financiera y Administrativa (Hoy E.T. Gestión Financiera), luego el incumplimiento de las mismas afecta única y exclusivamente

al Fondo Adaptación. No cabe la posibilidad de que se presenten daños o perjuicios a terceros, dado que las obligaciones eran de apoyo a Fondo Adaptación y debido al incumplimiento definitivo del contrato, esto es, la NO ejecución de ninguna de las actividades, dio ocasión a la declaratoria de incumplimiento total y definitivo del contrato, imposición de la cláusula penal (de carácter indemnizatorio y anticipado), declaración de la ocurrencia del siniestro y efectividad de la garantía, que a propósito, la Aseguradora LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS con NIT 860.002.400-2, realizó el pago de la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$2.612.832,00), con cargo **al amparo de cumplimiento** de la Póliza nro. 3016416 que garantiza el Contrato nro. FA-CD-I-F-171-2022, luego la indemnización del daño fue agotado en sede administrativa. Conforme a lo establecido por el Consejo de Estado, la cláusula de indemnidad no es oponible a terceros, luego en el evento de que se haya generado un daño a terceros (que reitero, por la naturaleza del contrato y las obligaciones en este no se podría configurar), el Fondo Adaptación debería asumir debidamente su defensa, pero podría repetir contra EL CONTRATISTA por todos los costos que implique dicha defensa y efectuar su cobro por la vía ejecutiva ya que el contrato presta mérito ejecutivo.

En conclusión y conforme al análisis esbozado anteriormente, considero que no es necesaria la inclusión de la salvedad de indemnidad en el acta de liquidación del contrato FA-CD-F-S-171-2022 RICARDO CHAJIN MENESES, primero porque se trata de un contrato cuyo objeto es de Apoyo al E.T. de Gestión Financiera, y no cabe posibilidad que la no ejecución del mismo afecte a alguien más que el Fondo Adaptación (diferente a contratos de obra o de interventoría por ejemplo en los cuales se tiene relación indirecta con proveedores), segundo porque dado a que el directamente afectado fue el Fondo Adaptación, se declaró el incumplimiento del contrato, y la efectividad de la póliza, luego ya se agotó la indemnización anticipada en sede administrativa, y tercero porque aunque la cláusula de indemnidad no es oponible a terceros, no cabe la eventualidad de que el Fondo Adaptación tenga que asumir su defensa en una posible reclamación judicial, dada a la imposibilidad de generar daños a terceros, por la naturaleza del contrato.

Elaboró: Nathaly Pamela Ramírez Cepeda