

Doctora
MARÍA MARGARITA SALAS MEJÍA
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
E. S. D.

REF: RECURSO DE REPOSICIÓN RESOLUCIÓN No. 5090 de 22 de agosto
2013
CONTRATO No. 178 de 2013

JORGE MANUEL DELGADO ROCHA, mayor de edad, vecino de Bogotá D.C., identificado con C.C. No. 79.556.308 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la T.P. 114.851 del C.S.J., reconocido en calidad de apoderado de Liberty Seguros S.A., en los términos de Ley, me permito interponer recurso de reposición contra la Resolución 5090 de 22 de agosto de 2013, en los siguientes términos:

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

COADYUVANCIA AL RECURSO INTERPUESTO POR MODERLINE S.A.S.

La aseguradora, coadyuva en los descargos presentados por el contratista, que permiten demostrar que la presencia de causas extrañas constitutivas en caso fortuito – fuerza mayor, que es evidente para el presente caso, así como de improcedencia de la aplicación de la multa, y de la interpretación del plazo del contrato.

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA ESTA PROSCRITA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

En Colombia se ha planteado la discusión para indagar si la responsabilidad objetiva esta proscrita en el derecho administrativo, pues en este caso, la administración debe sustentarse bajo supuestos legales sin que pueda imputársele al contratista una responsabilidad objetiva, y en ese sentido, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha determinado que la responsabilidad por las infracciones administrativas se impone a los infractores en la medida en que su acción delictuosa haya causado un verdadero perjuicio a la Administración, y es claro para el presente caso que dicho daño no resulta demostrado, pues el contratista ha manifestado la intención de dar solución a hechos irresistibles, al ofrecer temporalmente 180 sillas, asunto que dista de cualquier imputabilidad de culpa que quiera dársele por parte de la entidad, en términos de la Sentencia C. 160/98 – Corte Constitucional Expediente D 1841.- Magistrada Ponente Dra. Carmenza Isaza de Gómez.

En consecuencia en el caso que nos ocupa, se le imputa incumplimiento al contratista de manera objetiva, pues no se indican claramente cuáles son las causas reales del presunto incumplimiento ni en qué medida el contratista causa un daño a la entidad, motivo por el cual se solicita a la entidad revisar las razones inculcadas en la Resolución 5090 de 22 de agosto de 2013, y dado que el cargo resultaba muy ambigua no sólo la Cláusula que determina la Primera entrega respecto del pago sino también lo pactado en el contrato 178 de 2013, respecto del término para cumplir con las obligaciones contractuales, y así mismo ofrecer la entidad una objetiva solución a los inconvenientes presentados, pues así mismo, la entidad debe propender dentro del proceso administrativo sancionatorio a aquellas circunstancias subjetivas, tal como se viene a explicar:

El contrato se perfeccionó el día 18 de Junio de 2013, tal como aparece en ACTA DE APROBACIÓN GARANTÍAS (S) DE CUMPLIMIENTO, teniendo así en términos contractuales 75 días calendario a partir de la aprobación de dicha garantía para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, teniendo como fecha de vencimiento el día 1 de septiembre de 2013, sin que se permita interpretar la imposición de sanción en fecha anterior al 1 de septiembre de 2013, toda vez que para dicha fecha deberá entregarse la totalidad sillas ergonómicas. Sin embargo, se encuentra justificable la situación dada para el contratista, toda vez que la referencia exigida por la Entidad, y en ese sentido, precisamente MODERLINE S.A.S., ha dado respectivo trámite para la importación las sillas 180 sillas, pero resulta invocable la presencia de elementos ajenos a la voluntad del contratista, tal como se manifestó por el contratista en oficio de 18 de julio de 2013, pues dentro de las condiciones para ejecutar el contrato debe tenerse en cuenta que la muestra física se inició al día siguiente de la fecha en que se aprobaron las garantías, es decir del 19 de junio de 2013 y culminó el 5 de julio de 2013, esto es 17 días calendario después de presentada la primera muestra, asunto que a todas exige un especial análisis por parte de la entidad.

Ahora bien, resulta a todas luces evidente que, de acuerdo con el oficio emitido por el Departamento de Exportación de Unomax Office Furniture Co., Ltd., que soporta el hecho de la importación de las sillas, se cuenta con un trámite de importación, en el cual el contratista ha dado plena información dentro del término del contrato, en el cual establece no sólo las condiciones adversas sino que además ha propuesto el suministro de 180 sillas, que si bien no se determina en la misma medida exacta, denota su afán de cumplir con las condiciones específicas del objeto contratado, en ánimo de reemplazar aquellas que se encuentran en proceso de importación.

Sea lo primero advertir que, la jurisprudencia y la doctrina ha determinado que el caso fortuito debe apreciarse concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad; si tal acontecimiento es frecuente, y más aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, no constituye un caso fortuito porque el obligado razonablemente ha debido preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo de no creer que podría evitarlo;

por el contrario, si se trata de un evento de rara ocurrencia, que se ha presentado en forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito, porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico. Pero, además, el hecho de que se trata debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor empleada como sinónimo de aquélla en la definición legal, reliva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. Tampoco hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo, sin impedir el cumplimiento de la obligación, lo hace más difícil u oneroso que lo previsto inicialmente.

En efecto, para el presente caso, es rara la consecución de elementos que integran sillas ergonómicas de condiciones especiales, con medidas especiales para muebles especiales, porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico al no existir condiciones de la normal ejecución de un contrato, que al existir sillas de iguales condiciones de las contratadas hubiese podido conjurar con el abastecimiento de los mismos elementos dentro del mismo mercado nacional, asunto que por demás permite la aplicación de la teoría de la imprevisión. Pero, entre otras cosas, el hecho resulta irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor empleada como sinónimo de aquélla en la definición legal, así como de la extensa jurisprudencia del Consejo de Estado, que en sentencias como la de radicación No. 14781 de la de 11 de septiembre de 2003, y como la que se encuentra en fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de 27 de febrero de 2009, Expediente 2001-03, se concluye, en relación con la fuerza mayor o caso fortuito lo siguiente:

En cada caso concreto se debe analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho, para determinar si éste constituye o no fuerza mayor o caso fortuito.

- Los hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito deben ser alegados y probados por quien los invoca. Es decir, la carga de la prueba la debe soportar quien invoca tales hechos y no quien debe valorarlos.
- Debe tratarse de hechos imprevisibles e irresistibles, y por tanto sobrevinientes; esto es, que su previsión escape en condiciones normales a cualquier sujeto y no a una persona en particular, y que además de no haberse podido prever, sea imposible evitar que el hecho se presente.
- No constituyen fuerza mayor o caso fortuito los hechos que acontecen frecuentemente o con cierta periodicidad, ni hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo dificulta el cumplimiento de una obligación, pero no la imposibilita.
- Los hechos no deben ser atribuibles a la culpa, esto es, negligencia, descuido o impericia, de la persona que los invoca.

Por otra parte, el pago se pactó mediante desembolsos parciales que hitos indeterminados, pues lo que si es cierto, es que el primer pago se efectuaría por el la entrega de 180 sillas dentro de los 25 días calendario contados a partir del 18 de junio de 2013, pero ello no implica necesariamente desestimar dentro del plazo contractual la presencia de un hecho extraño como lo es la importación de elementos, pues precisamente MODERLINE S.A.S, tuvo la debida apreciación de su situación por parte de la Entidad, al tener cuenta de oficio calendado el 19 de julio de 2013, pues en dicha comunicación, el supervisor solicita justificación con soportes del caso para analizar la situación. La respuesta se realizó el día 24 de julio del corriente, determinando la situación presentada, y de otra parte, resulta plena toda justificación si se tiene en cuenta que la muestra física se inició al día siguiente de la fecha en que se aprobaron las garantías, es decir del 19 de junio de 2013 y culminó el 5 de julio de 2013, esto es 17 días calendario después de presentada la primera muestra, asunto que a todas exige un especial análisis por parte de la entidad, y así ponderar en justo derecho las circunstancias que rodean el hecho, para determinar si éste constituye o no fuerza mayor o caso fortuito, pues precisamente el contratista el hechos ha sido alegados y probados por parte de MODERLINE dentro del plazo de ejecución del contrato como un hecho imprevisible e irresistible, y por tanto sobrevinientes; esto es, que su previsión escape en condiciones normales a cualquier otra circunstancia y no a una persona en particular, y que además de no haberse podido prever, sea imposible evitar que el hecho se presente, y que en último término no es atribuible a una culpa del contratista, esto es, negligencia, descuido o impericia, de la persona que los invoca, y así pues una vez iniciado el contrato, a pesar de no haberse realizado observaciones en su momento, no determina por sí mismo que el contrato no hubiese podido ser objeto de imprevisiones o en otro caso de ser revisado con los cotejos necesarios para soportar el recibo de los bienes.

Para el presente caso, resulta importante revisar la decisión de la Entidad en contraste con la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en variadas sentencias, como en la proferida el 13 de mayo de 1996 M.P Carlos Betancourt Jaramillo, establece que, en virtud del principio de economía *“se adoptarán los procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten”*, y resulta claro para el presente caso que el contratista no sólo alegó la existencia de una justa causa sino que además propuso las solución del caso, y en evidencia de lo descrito, igualmente aparece que en virtud del contrato No. 178 de 2013, establece e la Cláusula VIGÉSIMA, que: *“en caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones derivadas del presente contrato por causas imputables al CONTRATISTA, salvo circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito conforme a las definiciones del artículo 1º de la ley 95 de 1890, las partes acuerdan que LA ENTIDAD...”*, y en ello aparece visible dentro de la ejecución del citado contrato la debida justificación, que teniendo en cuenta el perfeccionamiento del contrato, es decir, desde el día 18 de Junio de 2013, tal como aparece en ACTA DE APROBACIÓN GARANTÍAS (S) DE

CUMPLIMIENTO, detenta un término de 75 días calendario a partir de la aprobación de dicha garantía para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, teniendo como fecha de vencimiento el día 1 de septiembre de 2013, sin que se permita interpretar la imposición de sanción en fecha anterior al 1 de septiembre de 2013, toda vez que para dicha fecha deberá entregarse la totalidad sillas ergonómicas.

En ese orden de ideas, solicitó respetuosamente a la Entidad revisar lo decidido mediante la Resolución 5090 de 2013, pues se ha desestimado las circunstancias que rodean el hecho alegado por el contratista el día 24 de julio de 2013, pues no fue objeto de revisiones en su momento, ello no hace ineludible las circunstancias de imprevisión dentro del objeto contratado o de realizarse debida revisión con el cotejo realizado en el recibo de los bienes.

RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA HASTA EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO PARA DEL 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, mediante deducción de esos saldos a favor e imputársele al valor de la eventual sanción que se le imponga por parte de la entidad.

Igualmente, es necesario precisar que en términos del Artículo 1.077 del Código de Comercio, y toda vez que el contrato de seguros es netamente indemnizatorio, deberá establecerse con precisión el monto de la cuantía a afectar, y 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 contractuales así como del contrato de seguros.

DE LA DETERMINACIÓN DE PERJUICIOS

Corresponde a la entidad demostrar de forma clara y precisa, y no de manera supuesta el perjuicio causado, pues debe acreditarse el daño realmente causado, y así mismo cuantificar dichos perjuicios, pues el contrato de seguros tiene carácter indemnizatorio, y sería un contrasentido que el asegurado pretendiera sumas que no han sido constitutivas de perjuicio. Esta premisa es plenamente aplicable no solo a los contratos de seguro celebrados entre particulares, sino también a aquellos en que es parte una entidad estatal.

Ha reiterado la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, que cuando una la entidad estatal que pretende afectar una póliza de cumplimiento, por perjuicios sufridos por el presunto incumplimiento del contratista, dicho perjuicio no puede ser supuesto, sino que debe ser plenamente determinado y tasado, dado que el

perjuicio o daño que se alega por el ente público debe ser plenamente demostrado, y no ser supuesto, pues el contrato de seguros no ser fuente de enriquecimiento sin causa del ente estatal, y en tal sentido se expresó la sentencia lo siguiente:

“Es así como, se reiteró una vez más que las entidades estatales no están obligadas a acudir al juez del contrato para que declare los siniestros, ya que gozan de potestad para hacerlo unilateralmente.. Incluso, la jurisprudencia se ha referido al término con que cuenta la administración para declararlo, luego de la ocurrencia del hecho que lo origina [Sección Primera, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp. 7840; Sección cuarta, sentencia de 31 de octubre de 1994, Exp. 5759; Sección Primera, sentencia de 21 de septiembre de 2000, Exp. 5796]. 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. En estos términos, perfectamente el perjuicio puede ser inferior al monto asegurado, caso en el cual la entidad estatal no podrá ordenar el pago del límite del amparo, como quiera que su perjuicio no alcanzó esa cuantía. Y en el evento de que exceda el valor asegurado, no podrá perseguir de la compañía de seguros más de lo que ésta aseguró, quedando exclusivamente por cuenta del contratista la suma que exceda lo cubierto con la póliza.

En el caso de autos, se cita a la aseguradora, pero no determina, ni demuestra cuál es el perjuicio real o que presuntamente ha sido sufrido por el Fondo Rotatorio de Ministerio de Relaciones Exteriores.

DE LA PROPORCIONALIDAD

La póliza de cumplimiento está encaminada a indemnizar los perjuicios que sufra el asegurado y al respecto establece:

“El amparo de cumplimiento cubre al asegurado, contra los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable al contratista, de las obligaciones emanadas del contrato garantizado.”

Con relación al amparo de cumplimiento, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de noviembre de 2004, expediente 12789, ponencia del Dr SILVIO FERNANDO TREJOS expresó:

“En cambio, aparece probada la excepción relacionada con la “la reducción de la suma asegurada a la proporción equivalente a la parte cumplida de la obligación, porque en la cláusula segunda del referido contrato de seguro se estipuló que el valor asegurado “responde de los perjuicios derivados del incumplimiento de la totalidad del contrato?; por consiguiente, “si hubiere sido satisfecha parcialmente la obligación cuyo cumplimiento se afianza, la cuantía de la indemnización derivada del incumplimiento parcial se liquidará deduciendo, de la suma asegurada, la porción equivalente a la parte cumplida de la obligación (fl. 270 Cdo. ppa)”

En el caso presente, no se puede determinar el incumplimiento in solídum, pues el hecho resulta ser remediable no solamente mediante plan de mejoramiento, y además, es un faltante parcial, y en tal sentido se debe aplicar la proporcionalidad del incumplimiento, por lo que debe hacerse valoración efectiva del supuesto daño con respecto a las condiciones del contrato.

COMPENSACIÓN

Solicito respetuosamente a la entidad que, en el evento de confirmar la decisión de imponer una sanción al contratista, en los términos del contrato estatal y de las condiciones generales de la póliza, que 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.

SOLICITUD

Conforme a los argumentos expuestos, solicito respetuosamente ante esa entidad, revocar la sanción impuesta al contratista mediante Resolución No. 5090 de 22 de agosto de 2013, y que en caso de confirmar la decisión 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 al momento de efectuar pago al contratista se ordene el descuento de las sumas que correspondan al valor de la sanción impuesta.

PRUEBAS

Solicito se tengan como pruebas las siguientes:

1. Documental.

Oficio emitido por el Departamento de Exportación de Unomax Office Furniture Co., Ltd., que soporta el hecho de la importación de las sillas.

De la Señora Secretaria General,

Con todo comedimiento,



JORGE MANUEL DELGADO ROCHA

C.C. No. 79.556.308 de Bogotá

T.P. No. 114.851 del C.S.J.