

**INFORME AUDIENCIA DE INCUMPLIMIENTO ART. 86 L. 1474 DE 2011 // ENTIDAD
CONTRATANTE: MUNICIPIO DE BOYACÁ // CONTRATO DE OBRA No. 100.17.4-02-2022
// CONTRATISTA: CONSORCIO PARQUE SACÚDETE BOYACÁ // GARANTE:
ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA EC // JSBV**

Juan Sebastian Bobadilla Vera <jbobadilla@gha.com.co>

Vie 24/11/2023 9:33

Para: Informes GHA <informes@gha.com.co>; CAD GHA <cad@gha.com.co>

CC: Javier Andrés Acosta Ceballos <jacosta@gha.com.co>; Kelly Alejandra Paz Chamorro <kpaz@gha.com.co>

Cordial saludo estimada Área de Informes y CAD

Mediante el presente informo que el día 23 de noviembre de 2023, siendo las 4:00 P.M., me conecté a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en el proceso de incumplimiento que a continuación se identifica:

ENTIDAD:	MUNICIPIO DE BOYACÁ
	TIPO DE PROCESO: PROCESO DE INCUMPLIMIENTO
	CONTRACTUAL ART. 86 LEY 1474 DE 2011
CONTRATO:	CONTRATO DE OBRA No. 100.17.4-02-2022
CONTRATISTA:	CONSORCIO PARQUE SACÚDETE BOYACÁ
GARANTE:	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

Se da inicio a las 4:06 P.M.

1. PRESENTACIÓN DE LAS PARTES.
2. LECTURA DE RESOLUCIÓN DEL 22 DE NOVIEMBRE DE 2023, POR LA CUAL SE ACLARA LA RESOLUCIÓN 256 DEL 14 DE NOVIEMBRE DE 2023: Se aclara el numeral 1 de la parte considerativa, en lo referente a la fecha del contrato. Se aclara en cuanto a la aseguradora el número de la póliza, la vigencia y la suma asegurada del amparo de cumplimiento. Asimismo, se ajusta la cuantía de la cláusula penal.
3. INTERVENTORÍA: Se hace un recuento de las actuaciones de la interventoría, esto es, la remisión del informe para declarar el incumplimiento del contratista. Se hace alusión al cronograma presentado por el contratista. Se da lectura a los hechos 67 en adelante del informe de interventoría. Se añaden hechos, aduciendo que en noviembre se verificó el incumplimiento y se tiene un retraso del 20%.
4. CONTRATISTA: Los incumplimientos han sido factores externos al contratista, que fueron expuestos en las solicitudes. Se tiene una prórroga No. 07 que salió el 15 de noviembre de 2023, el contrato está vigente, no ha finalizado, es un adicional del 30 de noviembre de 2023. Cabe aclarar que se allegaron las correspondientes pólizas. Se realizó una nueva solicitud de prórroga, donde se describen las situaciones externas: Se suscribió un contrato con otra entidad para realizar la inspección de instalaciones eléctricas, sin embargo, esta entidad señaló que el certificado se va a emitir en diciembre. Se estableció que hay bombas que se deben adquirir y su adquisición es dificultosa. Son bombas que se deben importar, el proceso se viene adelantando desde hace un mes. Se han venido presentando situaciones externas, por lo cual se realiza la solicitud de que si bien se tiene hasta el 30 de noviembre para el objeto contractual, están a 7 días y, teniendo en cuenta la solicitud de prórroga, se está sujeto a la aprobación del Ministerio del Interior. Se solicita aplazar la audiencia. Se tienen integrados los documentos relacionados en la solicitud de prórroga.
5. ASEGURADORA:

En primer lugar, debe manifestarse que la citación a audiencia no cumple con los requisitos previstos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no indicar con claridad cuáles son las posibles consecuencias para el contratista derivadas de la declaratoria de incumplimiento. Al respecto, es necesario recordar

los requisitos que debe contener la citación que convoca a las partes a audiencia de descargos, so pena de incurrir en un desconocimiento de su debido proceso. Así las cosas, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone:

“ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

*a) 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; (...).”*

De esta manera, la citación debe contener como mínimo: i) una mención expresa y detallada de los hechos que soportan el inicio del proceso de incumplimiento contractual; ii) debe estar acompañada del informe de interventoría o supervisión en el que sustente la actuación; iii) debe enunciar las normas o cláusulas posiblemente violadas y; iv) **es necesario que contenga las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.**

Ahora bien, al revisar la citación que fuese remitida a mi procurada, se evidencia que ni el informe de interventoría, ni la citación propiamente dicha señalan con claridad cuál es la consecuencia que se derivaría del incumplimiento y, mucho menos, la cuantifican, lo cual claramente desconoce el debido proceso y derecho de defensa de las partes al crear una inseguridad jurídica frente a la cual no se puede ejercer la correspondiente defensa. Así pues, lo único que se menciona es que puede declararse la caducidad, imponerse una cláusula penal o una multa, sin embargo, dichas figuras tienen finalidades distintas, por lo que es necesario conocer previamente cuál es la consecuencia que se pretende, para ejercer en debida forma el derecho de defensa. Así las cosas, a modo de ejemplo, la caducidad se impone por un incumplimiento grave y definitivo de las obligaciones, siendo esta la consecuencia más severa para el contratista. Sin embargo, es claro que no procede en el caso concreto, en consideración a que el avance de obra supera el 80%. Por otro lado, el Consejo de Estado ha reconocido que las multas y la cláusula penal tienen finalidades distintas y, a su vez, pueden ser impuestas en momentos diferentes, lo que hace evidente que se debe clarificar cuál es la consecuencia pretendida:

*“De acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal “(...) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.” Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, **es***

decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio”[1].

En virtud de lo anterior, se ponen en evidencia las falencias de la citación remitida a mi representada, lo cual puede derivar en una afectación grave al debido proceso y derecho de defensa de las partes. Además, hubo un desconocimiento del debido proceso al permitir a la interventoría ampliar su informe con nuevos hechos, toda vez que el artículo 86 indica que el informe debe remitirse previo a la audiencia.

• SITUACIONES IMPREVISIBLES E IRRESISTIBLES RECONOCIDAS POR LA INTERVENTORÍA AL APROBAR LAS PRORROGAS Y SUSENSIONES

Ahora bien, como es bien sabido, el contrato ha sido objeto de múltiples suspensiones y prórrogas, producto de la configuración de situaciones imprevisibles e irresistibles al contratista que no le podrían ser imputables. En primera medida, vemos que la justificación para el adicional No. 01 fueron fuertes precipitaciones en la zona de la obra que afectaron las excavaciones. Por su parte, la suspensión No. 01 tuvo lugar, además de las fuertes precipitaciones, por la dificultad de contratar mano de obra local dada su escases y que consideran poco rentable la permanencia en obra, como se requería para el contrato. Adicionalmente, se dio por la dificultad en el suministro de materiales (que evidentemente se sitúa en circunstancias constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito).

Para el caso del adicional No. 02, se arguyó que la alcaldía se demoró en entregar el terreno descapotado y nivelado, lo cual influyó en el atraso de las obras y que se debiera nivelar el terreno por parte del contratista. Por su parte, en el adicional No. 02 se indicó que se continúan presentando precipitaciones y se ha dificultado la contratación de mano de obra local permanente. En el adicional No 03 también quedaron consignadas las mismas razones y que, por demás, fueron aprobadas por la interventoría, como lo fueron las precipitaciones, terreno desnivelado, demoras en el suministro de materiales por parte de terceros y demoras en la importación de otros materiales.

Con relación a ellos, es necesario advertir que la entidad pública cuenta con diferentes herramientas para solventar inconvenientes imprevisibles e irresistibles, como lo son las prórrogas y suspensiones, tal y como lo ha reconocido el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“Así las cosas, la suspensión materialmente constituye un intervalo pasivo en la dinámica del contrato cuando el cumplimiento de una, de varias o de todas las obligaciones a que están obligadas las partes resultan imposibles de ejecutar. Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido la eficacia, existencia y validez de la suspensión en el negocio jurídico **cuando las partes la utilizan como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de procura del interés público -que de forma suficiente y justificada le dan fundamento-, y hacen constar esas circunstancias y sus efectos por escrito con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual.**

A pesar de que las normas que desplazaron el Decreto Ley 222 de 1983 no reprodujeron o sustituyeron la disposición transcrita, las exigencias en la práctica cotidiana de la ejecución de los contratos y la ausencia de una regla general han supuesto un incentivo para el desarrollo convencional de cláusulas en las que las partes prevén que, cuando en la ejecución del contrato llegaren a sobrevenir situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o necesidades de interés público, el contrato pueda suspenderse justificada y temporalmente mientras se resuelven los inconvenientes que impiden su ejecución"

Entonces, al haber sido reconocidas dichas situaciones al aprobar las prórrogas y suspensiones, es evidente que estas se configuraron y no le son imputables al contratista.

- **INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTOS**

Aduje que no había incumplimientos porque, a luces del art. 1608 del C.C., el deudor está en mora cuando no ha cumplido con la obligación dentro del término estipulado y, en el caso, el plazo se prorrogó hasta el 30 de noviembre de 2023, es decir, aún no ha finalizado.

- **PROPORCIONALIDAD**

Aun cuando no está claro cuál es la consecuencia del incumplimiento, esto es, si es una multa o la cláusula penal, aduje que debía tenerse en cuenta la proporcionalidad y en este sentido, ajustar la cláusula penal al porcentaje de ejecución que, en el caso, asciende a más del 80%.

1. **INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE MI PROHJADA POR LA NO CONFIGURACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO – SITUACIONES NO IMPUTABLES AL CONTRATISTA**

Son situaciones NO imputables al contratista.

2. EXCLUSIONES: Causa extraña como hecho de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima.
3. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

SI EL ASEGURADO O BENEFICIARIO, AL MOMENTO DE TENER CONOCIMIENTO DEL INCUMPLIMIENTO O CON POSTERIORIDAD A ÉSTE Y ANTERIOR AL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN, FUERE DEUDOR 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.

No hay lugar a afectar la póliza, hasta tanto no se establezcan los saldos pendientes por pagar al contratista, lo cual no ocurre sino hasta que se procede con la liquidación del respectivo contrato.

4. **LÍMITE DE LA SUMA ASEGURADA**

Pruebas: Se tenga como prueba documental la Póliza No. 430 47 994000055787 – Anexo 0 a 8 y clausulado general.

5. Se hace una manifestación frente al debido proceso: Se aduce que no hubo ninguna vulneración al debido proceso porque se remitió previamente el informe de interventoría y la citación contiene los requisitos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. No serán tenidos en cuenta los hechos posteriores al 14 de noviembre de 2023, esto, con relación a la afectación al debido proceso manifestada por la aseguradora con relación a la ampliación del informe por parte de la interventoría.

6. MANIFESTACIÓN A LA POSIBLE SUSPENSIÓN DE AUDIENCIA: Se está sujeto a la respuesta del Ministerio del Interior. Se debe dar espera hasta que responda el Ministerio del Interior. Se considera que se debería aplazar la diligencia. SE SUSPENDE LA DILIGENCIA, SE REANUDARÁ EN DÍAS POSTERIORES A FIN DE SUSTENTAR LA DECISIÓN.

Finalizó aproximadamente a las 5:30 P.M.

Asimismo informo que en la diligencia y su preparación tardé aproximadamente 3 HORAS.

CAD: Por favor subir el presente informe.

Gracias a todos!

**Juan Sebastian
Bobadilla vera**

Abogado Senior



www.gha.com.co



3184042095



(602) 669 4075



jbobadilla@gha.com.co



Aviso de Confidencialidad: La reproducción, copia, publicación, revelación y/o distribución, así como cualquier uso comercial o no comercial de la información contenida en este Correo Electrónico y sus adjuntos se encuentra proscrito por la Ley. Al ser destinatario del presente correo y no devolverlo acepta que el manejo de la información aquí contenida debe manejarse de manera confidencial y reservada. Si usted no es destinatario por favor contacte al remitente y elimine copia del correo, así como de sus adjuntos.

Confidentiality Notice: The reproduction, copying, publication, disclosure and/or distribution, as well as any commercial or non-commercial use of the information contained in this Email and its attached files are prohibited by law. If you are the intended recipient you agree that the information contained herein must be used and managed in both, confidential and reserved manner. If you are not the intended recipient please contact the sender and delete a copy of the mail as well as its attachments.