**Doctora,**

**SANDRA LILIANA GÓMEZ ACERO**

**Directora Administrativa (E)**

**Aeronáutica Civil – Unidad Administrativa Especial**

**REFERENCIA:** DESCARGOS

**PROCESO:** SANCIONATORIO CONTRACTUAL DE CUMPLIMIENTO

**RADICACIÓN:** 2024292030005448

**CONTRATO:** CONTRATO DE CONSULTORIA No. 23000723 H3 de 2023

**CONTRATANTE:** AEROCIVIL

**CONTRATISTA:** CONSORCIO I.A. CONSULTORES

De manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal, manifiesto comedidamente que procedo, a presentar los correspondientes **DESCARGOS** con fundamento en las siguientes consideraciones, de acuerdo con los fundamentos fácticos y jurídicos que se esgrimen a continuación:

Es menester iniciar señalando que dentro del presente asunto no se pactó anticipo por lo tanto la manifestación realizada al inicio por la doctora se encuentra fuera de lugar y no puede dársele tramite a través de diligencia pues se estaría incurriendo en una violación al debido proceso, derecho de defensa y contradicción y lo mas importante la posibilidad de incurrir en una nulidad puesto que en el contrato de consultoría no se pactó dicho anticipo por lo que no se puede iniciar un proceso de incumplimiento por una situación que no se pactó ni mucho menos existió, es decir no hay siniestralidad por anticipo.

1. **INOBSERVANCIA DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011.**

Sea lo primero indicar que, el procedimiento administrativo de sanción del contrato de No. 23000723 H3 de 2023, adelantado por la AEROCIVIL, no cumplió con los presupuestos legales exigidos por la ley. Toda vez que en primer lugar, no señaló de forma clara y concreta frente a cada obligación cual fue el supuesto incumplimiento por parte del contratista, así como tampoco determinó con claridad lo que a la fecha estaba o no ejecutado frente a cada obligación, es decir era oportuno que la administración realizara un estudio juicio y determinara que es lo que hace falta por ejecutarse y cuáles son los incumplimientos del contratista. Pues no puede de manera anticipada determinar que existe un presunto incumplimiento cuando no ha realizado el estudio juicio y análisis del asunto en concreto. Por otro lado, nótese como no se hace una cuantificación detallada de los supuestos perjuicios causados a la administración, solo se señala que debe darse aplicación a la cláusula penal en un 2% del valor del contrato sin indicar por lo menos cual fue la liquidación que utilizó o cuales fueron los métodos para llegar a este valor. La administración no puede pasar por alto los principios de la administración pública y determinar deliberadamente un monto de dinero sin especificar al contratista como y porque lo determinó. Es decir que no existe una verdadera congruencia en el escrito de citación donde determine con claridad frente a cada obligación cual fue el incumplimiento ni mucho menos la determinación clara y detallada de los perjuicios que reclama.

El informe de incumplimiento no detalla con precisión las razones por las cuales los Entregables están incompletos o resultan insatisfactorios. Ni siquiera indica en que porcentaje cada uno de los 6 entregables está incompleto, lo cual era importante para morigerar o tasar el quantum de sanción que a modo de clausula penal se quiere imponer. Pues lo cierto es que los entregables fueron recibidos.

Para precisar esto, es indispensable traer a colación lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual dispone:

*“(…) 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: (…)”. Negrilla fuera de texto.*

Lo anterior, por cuanto en la citación a la audiencia donde se determinó el pliego de cargos, nunca se identificó de forma clara, precisa, técnica y más allá de toda duda razonable, el porcentaje de incumplimiento por parte de la Entidad ni mucho menos frente a cada obligación cual fue el incumplimiento, solo se hizo un análisis general obviando que en el contrato de consultoría se pactaron varias obligaciones tanto generales como específicas, existiendo una diferencia de criterio respecto del porcentaje de las **actividades ejecutadas a la fecha**, toda vez que el contratista señala que:

1. Mediante correo del 11 de Agosto se enviaron las hojas de vida del personal profesional designado para la ejecución del contrato. Y para ello allega un enlace de ondrive.

* Seguidamente, el 22 de agosto de 2023, se envió nuevamente mediante correo electrónico (Ver anexo 2), oficio informando sobre la segunda entrega del personal profesional propuesto.
* Es preciso aclarar que, al 23 de agosto de 2023 se habían entregado 27 hojas de vida y solo teníamos pronunciamiento de la primera entrega realizada el 11 de agosto de 2023.
* En la misma fecha (23 de agosto de 2023) llega un segundo correo electrónico (ver anexo 4) por parte de la supervisión del contrato en el que se nos informa que se está en proceso de revisión de las 17 hojas de vida entregadas por el consorcio I.A Consultores y, adicionalmente emite observaciones a 5 hojas de vida.
* Ese mismo 23 de agosto (Ver anexo 5), se realizó un tercer envío de hojas de vida con algunos perfiles profesionales:
* En conclusión, al 23 de agosto de 2023 el Consorcio I.A Consultores llevaba 2 profesionales aprobados, 1 rechazado y 12 profesionales observados de las 22 hojas de vida presentadas en las fechas anteriormente referidas.
* Ahora bien, en el marco del proceso de entrega de las hojas de vida, a partir del 22 de agosto de 2023 y, teniendo en cuenta las observaciones remitidas, el Consorcio I.A Consultores procedió a enviar el restante de hojas de vida y las subsanaciones requeridas alimentando paulatinamente el ONE DRIVE tal como lo requería la supervisión del contrato.
* En cuanto al Cronograma de Trabajo, el CONSORCIO I.A. CONSULTORES, en cumplimiento a las obligaciones contractuales, remitió el 28 de agosto de 2023 (Ver anexo 7) CRONOGRAMA DE TRABAJO para socialización en la reunión prevista para el 29-08-2023 a las 9:00 am.
* El 30 de agosto de 2023 se recibió correo electrónico por parte de la Supervisión del contrato (Ver anexo 8), realizando observaciones a los profesionales presentados para el Proyecto, donde nos informan que, de los 43 profesionales entregados, 26 cumplen con lo solicitado en el pliego de condiciones.
* Ese mismo 30 de agosto de 2023, se envió correo electrónico a la Entidad (Ver anexo 8), informando que el CONSORCIO I.A. CONSULTORES, en cumplimiento de las obligaciones contractuales, radicó a la entidad el CRONOGRAMA DE TRABAJO, para su revisión y trámite correspondiente, se anexó en medio digital CD de acuerdo a lo que se informan en los descargos.
* indicó a groso modo que el cambio de director de interventoría se dio en el giro normal de las actividades del consorcio por lo que esto no implica un incumplimiento.
* Señala que siempre respondió oportunamente los correos de la entidad contratante por lo que no existe incumplimiento.
* Señala que los viajes a Guapi y buenaventura fueron oportunamente explicados indicando que primero realizarían un viaje a buenaventura y posteriormente se dirigían en lancha a Guapi con el fin de optimizar tiempo, razón por lo cual no se evidencia cual es el incumplimiento frente a esta actividad u obligación.
* El consorcio radicó el entregable No. 1 el 4 de octubre de 2023 cumplimiento con lo solicitado por la entidad, es decir que cumplió con el tiempo establecido para dicha actividad.
* Señaló que el coordinador de la consultoría el profesional Andrés Camilo Ortiz no asistió a todas las visitas porque se encontraba adelantando labores propias del cargo, es decir se encontraba atendiendo situaciones que requerían de su atención. Hecho que bajo ninguna hipótesis se considera como un incumplimiento, máxime cuando no se existe ninguna disposición contractual que obligue que el personal deba siempre estar siempre, por lo que no se entiende porque la administración establece que esto es un incumplimiento.

Etc.

Y así frente a cada obligación se acreditó el cumplimiento tal y con lo señaló el apoderado judicial del contratista **CONSORCIO IA CONSULTORES** quien juiciosamente aporta las pruebas de cada uno, por ello no entiende este profesional del derecho como es que la AEROCIVIL indica que hay un presunto incumplimiento cuando existe la trazabilidad de la subsanación de cada una de las solicitudes que enviaba el supervisor del contrato y la AEROCIVIL, además que basan sus supuestos incumplimientos es meros supuestos ilógicos que no tienen razón de ser, pues primero apruebas las hojas de vida pero después dicen que no se encuentran aprobadas, seguidamente solicitan explicación del cambio de director y la ausencia de coordinador cuando esta situación no afecta el fondo de la ejecución del contrato ,por el contrato se nota el afán de la administración en declarar un incumplimiento basado en meros supuestos y contrariedades dejando en evidencia la falta de coordinación internamente de la Aerocivil, pues se contradicen entre si. Razón por la cual no hay elementos para indicar que existe un incumplimiento por parte del contratista.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que no fueron cuantificados los daños, siendo esto obligatorio (las entidades estatales podrán cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–) traduciendo en que los perjuicios supuestamente adolecidos por AEROCIVIL no sean indemnizables ya que el lenguaje que se emplea en el informe de la consultoría los expresa en una temporalidad y modalidad futura e hipotética sin concreción cuantificable, solo se dice : 1. Afectación contractual al plan de acción institucional - 2. Prejuicio contractual, afectación en la entrega del PGRD de los aeropuertos de Popayán, Riohacha, Guapi, Providencia, Buenaventura y Villa Garzon para entregar documentos definitivos a los aeropuertos y entidades de control y Ministerio de Transporte. - 3. Afectación para los 7 aeropuertos seleccionados (Popayán, Riohacha, Guapi, Providencia, Buenaventura y Villa Garzon.) en caso de presentarse un evento o emergencia por desastre natural o antrópico por la falta de un instrumento de gestión para atender el posible desastre. - 4. Afectación en el compromiso establecido con el ministerio de transporte de acuerdo con las directrices establecidas en el CONPES 4058 de 2021 política pública para reducir las condiciones de riesgo de desastres y adaptarse a los fenómenos de variabilidad climática, estrategia NDC en cuanto a las metas de adaptación al cambio climático para el sector transporte aéreo. - 5. Incumplimiento al decreto 2157 del 2017 - 6. Incumplimiento en la plataforma SISCONPES ante el DNP - 7. Consecuencias en los compromisos establecidos con el ministerio de transporte, ministerio de ambiente, CAR, DNP y Aeronáutica civil con el plan institucional.

Pero nunca se indica cual es el valor económico, expresado en sumas de dinero concretas, del alcance de dicho perjuicio. El daño cierto es aquel que “no sea puramente eventual o hipotético”, pues sin la certeza de este no es siquiera posible hablar de daño como tal. Consecuente con eso, es posible decir que el mencionado requisito es el primero que debe cumplirse o comprobarse, pues sin la ocurrencia certera del daño en mención, lo que le sigue como lo es, el cumplimiento de demás requisitos, la tasación y posterior reparación, no se concibe. Si bien AEROCIVIL describe la existencia del agravio derivado del supuesto incumplimiento, no ha sido posible cuantificarlo en su exacta dimensión, es decir, no es un daño cierto indemnizable.

Lo anterior es importante porque si bien en el contrato se habló de una cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios, el tenor de su enunciado tiene en cuenta dos escenarios, el del incumplimiento total y el del parcial. Véase.

*CLÁUSULA 17. CLÁUSULA PENAL*

*Aplicación total de la cláusula penal:*

***En caso de incumplimiento total o parcial*** *de las obligaciones del presente Contrato por parte del CONTRATISTA, la AEROCIVIL podrá hacer efectiva una sanción a título de estimación anticipada de perjuicios,* ***hasta por*** *una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato. El valor pactado en la presente cláusula penal es el de la estimación anticipada de perjuicios, no obstante, la presente cláusula no impide el cobro de todos los perjuicios adicionales que se causen sobre el citado valor. Este valor puede ser compensado con los montos que la AEROCIVIL adeude al CONTRATISTA con ocasión* de la ejecución del presente contrato, de conformidad con las reglas del Código Civil.

Es decir que con la expresión “hasta por” se entiende que la AEROCIVIL debe adecuar la indemnización que busca, atemperarla a lo que pruebe y morigerar su alcance, no imponer de forma irrazonada y generalizada automáticamente el 2% del valor del contrato.

En los contratos de consultoría no son aplicables las cláusulas, ni potestades exorbitantes, por lo cual, no se puede adelantar la audiencia de incumplimiento ctual del art. 8 de la Ley 1474[[1]](#footnote-1).

*“Con sujeción a los dictados del Estatuto de Contratación Estatal, se tiene que en los contratos de Consultoría y de interventoría no resulta legalmente válida la inclusión de cláusulas excepcionales, puesto que –bueno es reiterarlo– el numeral 2º del artículo 14 de la citada Ley 80 determina con total precisión y claridad cuáles con los únicos eventos en los que la inclusión de tales cláusulas resulta forzosa u obligatoria (i.- Contratos que tengan por objeto el desarrollo de una actividad que constituya monopolio estatal; ii.- Contratos que tengan por objeto la prestación de un servicio público; iii.- Contratos de obra y iv.- Contratos que tengan por objeto la concesión o explotación de bienes del Estado), así como precisó también cuáles son los únicos contratos en que se autoriza la inclusión de cláusulas excepcionales de manera facultativa (suministro y prestación de servicios), sin que los contratos de Consultoría correspondan a alguna de tales categorías, de lo cual se desprende sin la menor hesitación que en ese específico tipo de contratos no está prevista u ordenada la inclusión forzosa y tampoco se autoriza la inclusión facultativa de las mencionadas cláusulas excepcionales.*

Obligación de Compensar saldos a favor del contratista sindicado de incumplido que estén pendientes de pago. Lo anterior opera por virtud de lo consignado en el artículo 1714 del código civil y además, está pactado en la cláusula 17 del contrato y en las condiciones generales de la Póliza que obra como garantía del contrato.

De esta manera, si la AEROCIVIL ni siquiera tiene claro cuáles fueron los incumplimientos referentes a cada actividad u obligación pactada en el contrato, mucho menos va a tener calidad del porcentaje de incumplimiento, porque no tiene instrumentos para cuantificar los mismos. Pues ¿con base en qué se va a calcular un perjuicio que no se logró comprobar de forma técnica? Por tal razón, la administración incurrió en una falsa motivación, al no haber cumplido todos y cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, especialmente la determinación clara del supuesto incumplimiento frente a cada obligación pactada en el contrato, la cual finalmente es vinculante para el contratista, pues no olvidemos que este se obliga a cumplir únicamente lo estipulado en el contrato, así como no determinó detalladamente la cuantificación del perjuicio y el porqué del mismo, por lo que solicito se declare la nulidad de la citación de incumplimiento.

1. **LA CITACIÓN AL PROCESO DE INCUMPLIMIENTO FRENTE A LA CLÁUSULA PENAL NO GUARDÓ NINGÚN RESPETO POR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN, OBLIGATORIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.**

Sobre el particular, es importante poner de presente que **LA AEROCIVIL**, señala una cláusula penal sin tener soporte sobre la cuantificación de la misma, además no tiene consideración alguna de los avances que se tuvieron en el contrato, incluso se podría afirmar del cumplimiento total hasta donde la entidad contratante le permitió, y peor aún, sin siquiera determinar puntualmente el monto o porcentaje del incumplimiento que el **CONSORCIO IA CONSULTORES** había supuestamente incumplido.

Recordemos que la cláusula penal pecuniaria es una estipulación pactada de común acuerdo por las partes del contrato con el objeto de establecer previamente un monto o una cuantía equivalente al valor de los perjuicios que se causen como consecuencia del incumplimiento contractual de una de las partes. El efecto jurídico más importante de la cláusula mencionada es que exime a la parte cumplida de la obligación de demostrar la cuantía de la indemnización.

De esta manera, al descender al caso en concreto es apenas lógico que, a pesar de que **LA AEROCIVIL** fue incapaz de demostrar con criterio técnico el porcentaje de incumplimiento, lo único cierto es que **CONSORCIO IA CONSULTORES** cumplió con el contrato de consultoria celebrado hasta donde la entidad contratante le permitió, lo que le da la totalidad del derecho de que la cláusula penal aplicada, en caso de encontrarse justificado el incumplimiento, pueda ser reducida considerablemente, pues es evidente que una potestad arbitraria como la que impone la administración**,** va en contra de los principios que ha delineado el ordenamiento jurídico colombiano, lo que conlleva inexorablemente a que, en un eventual caso de litigio contencioso administrativo, se deba modificar el monto de la sanción, variando de igual forma la obligación de mi procurada, pues la misma como aseguradora del contrato, respondería por un monto muchísimo menor al señalado en el acto administrativo hoy recurrido.

1. **COMPENSACIÓN**

En virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en el evento en el que al Contratista **CONSORCIO IA CONSULTORES** le sea impuesta una condena, habrá lugar a que se descuente de dicha cifra, el monto de los valores que se encuentren a su favor o que estarán a su favor, y que a la fecha o a futuro, le adeude **LA AEROCIVIL.**

Dicha compensación, también es desarrollada en las Condiciones Generales de la Póliza de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales, las cuales hacen parte integral de la póliza de seguro.

**FRENTE AL CONTRATO DE SEGURO**

1. **EN EL SEGURO DE INCUMPLIMIENTO PÓLIZA DE GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES No. 310-47-994000009628 NO SE ENCUENTRA PROBADA LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO.**

Para empezar, es necesario indicar que, para efectos de que una entidad estatal en calidad de asegurado y/ o beneficiario, pueda declarar unilateralmente el incumplimiento derivado, ya sea de un relación contractual o legal, deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, a través de los distintos medios de prueba consagrados para tal fin. Dicha estipulación se encuentra contenida en el artículo 1077 del Código de Comercio, según el cual:

***“ARTÍCULO 1077. CARGA DE LA PRUEBA.******Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.***

*El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.”* (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

En ese orden de ideas, no surge a la vida jurídica la obligación condicional del asegurador, hasta tanto no se dé cumplimiento a la carga probatoria de demostrar la ocurrencia del siniestro, así como de la cuantía de la pérdida contenida en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Ahora bien, tratándose de seguros de cumplimiento a favor de entidades estatales, mediante los cuales se constituyen garantías en favor de entidades públicas para respaldar las obligaciones contraídas en una relación contractual o legal. La entidad en virtud de la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro a través de un acto administrativo, deber dar aplicación a lo preceptuado en el artículo 1077 del Código de Comercio. Lo anterior, en el sentido de motivar el acto administrativo, indicando los supuestos fácticos y probatorios que sustentan tal declaración y tasando la cuantía de la pérdida.

En virtud de lo anterior, se tiene que cuando la entidad administrativa declara el siniestro en virtud de una póliza de cumplimiento a través de un acto administrativo, deberá en primer lugar, demostrar la ocurrencia del siniestro. Es decir, no basta sólo con señalar que como hubo un siniestro la aseguradora está llamada a responder, sino que reposa en la entidad la carga probatoria de demostrar a través de todos los medios de prueba que, en efecto, se configuró el siniestro contemplado en virtud del contrato de seguro. En efecto, dicha demostración se debe efectuar a través de una motivación certera en el acto administrativo mediante el cual se declara el siniestro. En segundo lugar, deberá demostrar la cuantía de la perdida, lo que se traduce en la obligación de la entidad de no sólo aseverar una suma por concepto de daño, sino que a través de elementos fidedignos deberá demostrar que la conducta de la entidad administrativa presuntamente incumplida le generó un daño o un perjuicio tasado en cierta suma de dinero.

En ese sentido, es necesario que dentro del marco del trámite administrativo adelantado por **LA AEROCIVIL** que como se ha mencionado, se encuentra acreditado que el contratista, ha dado cumplimiento a la ejecución del contrato de consultoría No. 23000723 H3 de 2023. Dicho de otra forma, si la entidad no acredita los supuestos perjuicios derivados del presunto incumplimiento de dicho contrato estatal, no puede hacer efectivo el amparo de cumplimiento, pues dicha circunstancia transgrede totalmente el artículo 1077 del Código de Comercio.

Ahora bien, por otra parte, no sobra señalar que, sin perjuicio de que el contratista ha cumplido con sus cargas, no puede perderse de vista que el riesgo asegurado contentivo en el incumplimiento del oferente, no sólo exige para su realización que haya versado un incumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones del CONSULTOR, sino que tales situaciones sean totalmente imputables al oferente. Es decir, que la realización del riesgo necesariamente implica que dicho incumplimiento sea atribuible al contratista, por haber incidido directamente de forma tardía o defectuosa en la ejecución de sus deberes. Sin embargo en el presente asunto no se evidencia incumplimiento por parte del contratista.

**B. LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD AL VALOR ASEGURADO**

En gracia de discusión y sin que el presente reparo, implique reconocimiento alguno frente a que el incumplimiento de que trata este trámite fuere atribuible al Contratista **CONSORCIO IA CONSULTORES** ni mucho menos, frente a que el proceso surtido se llevó a cabo en debida forma, respetando las garantías fundamentales a que debe ceñirse un proceso administrativo, formulo este reparo, porque en todo caso, pese a la incursión en las múltiples arbitrariedades e irregularidades por parte de la entidad. Al momento de resolver de fondo sobre la relación sustancial con base en la cual fue vinculada mi defendida a este proceso, era deber de la entidad estudiar cada una de las condiciones que regulan el negocio aseguraticio, entre ellas, la del límite asegurado, regido por el artículo 1079 del C.Co.

Los límites establecidos en el contrato de seguro son:



De otro lado, solicito respetuosamente al Despacho tener en cuentas las condiciones generales y particulares de los certificados de la póliza mencionada anteriormente, puesto que estas condiciones limitan y circunscriben la eventual obligación indemnizatoria de la Aseguradora por lo que es vital que sean analizadas por parte de la entidad convocante antes de proferir una decisión de fondo frente al particular.

Principalmente, se tenga en cuenta los requisitos que se requieren para efectuarse el pago, si es que remotamente este es atribuido a mi representada. Tales como la resolución, la certificación bancaria no mayor a 30 días de donde se puede efectuar el pago. Constancia de que no se le adeuda ninguna suma al contratista.

1. **PETICIONES**

De acuerdo con lo expuesto, respetuosamente se solicita a la Directora Administrativa de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil:

**PRIMERO:** La terminación del presente trámite por no hallarse probada la imputación de incumplimiento, o en su defecto, la exoneración de responsabilidad por la verificación del cumplimiento por parte del contratista, como quiera que el contratista fue diligente al cumplir con todas las obligaciones a las que se obligó.

**SEGUNDO:** Por otra parte, en caso de que la entidad estatal considere que sí hubo un incumplimiento por parte del contratista **CONSORCIO IA CONSULTORES.**, comedidamente solicito que mi procurada sea desvinculada y exonerada de condena alguna de cuerdo a las condiciones generales y particulares del contrato de seguro materializado en la póliza de garantía única de cumplimiento en favor de entidades estatales No.310-47-994000009628.

1. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil trece (2013) Radicación número: 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996) [↑](#footnote-ref-1)