

Señores,

FONDO DE ADAPTACIÓN

E. S. D.

REFERENCIA: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN
PROCESO: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL
CONTRATO: CONTRATO DE OBRA No. FA-LP-I-S-003-2021
CONTRATISTA: JASCOM INGENIERIA

En esta oportunidad procedo a rendir los alegatos de conclusión solicitando que no se declare el incumplimiento del contratista el cual no se acreditó.

CAPÍTULO II. FRENTE AL FONDO DEL PROCESO

A. SE ACREDITÓ LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO POR PARTE DEL FONDO DE ADAPTACIÓN

De acuerdo al material probatorio que obra en el plenario se logra evidenciar que el contratista siempre estuvo dispuesto a cumplir sus obligaciones pese a las demoras injustificadas del Fondo de Adaptación y de la interventoría del contrato. Por lo tanto, la supuesta inejecución de las obligaciones del contratista no le es imputables a su responsabilidad, sino al Fondo de Adaptación. Así, se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 1609 de Código Civil, en el que se trae como consecuencia al incumplimiento mutuo de las partes, que ninguno este en mora y por consiguiente ninguna pueda solicitar los perjuicios ni la cláusula penal que se haya estipulado ya que, como se deduce de los artículo 1594 y 1615 ibídem, para poder exigir perjuicios o la cláusula penal se requiere que el deudor incurra en mora, lo que en efecto en el caso que hoy nos atañe no sucede.

Lo anterior, toda vez que, en primer lugar, los diseños primigenios no fueron apropiados por el contratista. Al momento de ejecutar el contrato, la entidad contratante ya tenía unos diseños sobre la obra. En ese sentido, el contratista se vio en la necesidad de realizar ajustes técnicos a los diseños, lo que lo conllevó a una demora para la ejecución. Dicha situación fue puesta en conocimiento mediante el Oficio No. CT-FA-003 del 27 de junio de 2021.

En segundo lugar, solo hasta el 14 de octubre de 2021 la interventoría recomendó iniciar con la socialización del proyecto ante la comunicad. La demora del interventor afectó significativamente al contratista. Tanto así que el ajuste propuesto por el contratista duró más de 50 días calendario en ser rechazado.

En tercer lugar, el contratista el 21 de diciembre de 2021 entregó la información requerida frente a los ajustes de los diseños y solo hasta el 15 de febrero de 2022 la interventoría realizó una mesa de trabajo.

Ahora, frente al retraso en la propuesta frente a los diseños, el contratista solicitó una prórroga el 25 de febrero y solo fue resuelta el 25 de marzo de 2022, afectando nuevamente la ejecución del contrato. En últimas el otro sí fue firmado el 26 de abril de 2022.

Ahora bien, la entidad contratante no tuvo en cuenta los diferentes hechos imprevistos que han afectado el contrato, tales como las fuertes precipitaciones, la falla en el proveedor del contratista, los días culturales que decretó el Municipio de Cimitarra.

Resulta útil citar lo dicho por la jurisprudencia frente al incumplimiento de obligaciones tales como las que se presentaron en el caso concreto. A su turno sostiene:

“En estas condiciones, **es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato.** La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual”⁴

El artículo 1498 del Código Civil establece que los contratos de carácter conmutativo o sinalagmático son aquellos en los cuales cada una de las partes se obliga frente a la otra a dar o hacer una cosa que se considera equivalente a lo que ésta debe dar o hacer a su vez. De esta forma y teniendo en cuenta que este tipo de relaciones negociales se funda en la equivalencia o reciprocidad de las prestaciones a cargo de cada una de las partes contratantes, lo que se procura es mantener el equilibrio y la simetría de los intereses de cada una de ellas, para lo cual se han creado algunos mecanismos¹ que pueden ser empleados ante un incumplimiento contractual.

Así las cosas, en el evento en que en un contrato sinalagmático el contratante y el contratista incurran en incumplimientos recíprocos, es decir, que ambas partes no realicen las obligaciones contractualmente pactadas, se configura la excepción de contrato no cumplido o “*exceptio non adimpleti contractus*”.

En conclusión, luego, al acreditarse que el incumplimiento de las obligaciones fueron del contratante Fondo de Adaptación y de la interventoría, lo que, sin duda alguna incidió en el retraso de las obligaciones asumidas por el contratista, se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 1609 de Código Civil, en el que se trae como consecuencia al incumplimiento mutuo de las partes, que ninguno este en mora y por consiguiente ninguna pueda solicitar los perjuicios ni la cláusula penal que se haya estipulado.

B. SE ACREDITO LA INOBSERVANCIA DE LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 – FALTA DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD FRENTE A LA CUANTIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y DEL SUPUESTO PERJUICIO:

Sea lo primero indicar que, el procedimiento administrativo de sanción del Contrato de Obra No. FA-LP-I-S-003-2021, adelantado por el Fondo de Adaptación, no cumplió con los presupuestos legales exigidos por la ley. 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 cómo llegó a la cuantificación del supuesto perjuicio, existiendo una diferencia de criterio respecto del porcentaje del contrato ejecutado a la fecha, toda vez que el contratista siempre estuvo dispuesto a cumplir sus obligaciones pese a la demora injustificada del Fondo de Adaptación y del interventor del contrato al momento de ejecutarse la fase de pre-construcción, es de señalar que el incumplimiento previo de los mencionados conllevó a la situación contractual adversa para el contratista.

De esta manera, el Fondo de Adaptación no tiene claro un porcentaje de incumplimiento, mucho menos puede cuantificar los perjuicios del procedimiento, 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 cuantificación del perjuicio sol

Adicionalmente la gobernación señala que el contrato es del 28.17% pero realiza la cuantificación de los perjuicios sobre el 100% del valor del contrato como si el contratista no hubiese cumplido ni con el 1% del mismo. La cláusula penal se pactó por el 25% del valor del contrato, es decir, por \$919.550.192, sin embargo, esto es aplicable solo en el escenario de que el incumplimiento sea total. Sin aceptar responsabilidad alguna y solo ciñéndose a lo presuntamente elaborado por el contratista, este no incumplió totalmente el contrato, por lo que no es procedente dicho cálculo.

Por otro lado, la administración pretende cobrar \$449.720.400 por concepto de perjuicio, dado que a su criterio este es el costo de un nuevo proceso de contratación, costo de obra junto con costo de interventoría. No obstante, se desconoce cómo se llegó a esta cifra; en el informe no se explica detalla e indiscriminadamente los datos ni la operación aritmética que se utilizó para finalizar con este valor.

C. NO SE DEBE PASAR POR ALTO LA 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 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 el Fondo de Adaptación.

FRENTE AL CONTRATO DE SEGUROS.

A. SE ACREDITÓ LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES ORDINARIAS DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO.

El término de la prescripción se contabiliza desde que la administración tiene conocimiento del hecho o desde el momento en el que razonablemente debió tenerlo, pues a esto se refiere la mencionada norma cuando indica que transcurre desde cuando el interesado “Haya tenido o debido tener conocimiento del hecho”, o está probado claramente cuando lo conoció, como ocurre en este caso, como el examen del plazo dentro del cual debía cumplirse la obligación y la advertencia que la entidad debió deducir luego de que el mismo venció.

Para el caso en concreto tenemos que el acta de terminación del contrato se suscribió por el Fondo de Adaptación el 14 de octubre de 2022, es decir, que para esa fecha razonablemente la entidad contratante ya tenía conocimiento del hecho, que se materializaba con el supuesto incumplimiento en la ejecución del contrato por el contratista por un porcentaje del 71,83%. Se infiere que conocía el incumplimiento, pues de esta manera optó por terminar el contrato; no puede indicar que el conocimiento fue posterior, máxime cuando se trata de la ejecución de una obra pública la cual por naturaleza es palpable y cierta. En ese orden de ideas, tenía hasta el 14 de octubre de 2024 para haber reclamado de acuerdo con el artículo 1077 del Código de Comercio o haber expedido Acto Administrativo declarando el incumplimiento y afectando el siniestro de cumplimiento de la Póliza mencionada. Teniendo en cuenta que la administración optó por afectar el seguro mediante el proceso sancionatorio contractual, a la fecha de la presentación de estos alegatos, es decir, 11 de febrero de 2025, han pasado más de los 2 años para hacerlo, y sin tener un acto administrativo en firme.

Así las cosas, la prescripción ordinaria se ha configurado, lo que hace improcedente que se afecte el seguro de cumplimiento.

B. EN EL SEGURO DE INCUMPLIMIENTO PÓLIZA ÚNICA A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES No. 465-74-99400003594 NO SE ENCUENTRA PROBADA LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO DERIVADO DEL AMPARO DEL CUMPLIMIENTO, NI LA CUANTÍA DE LOS PERJUICIOS EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1077 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

C. NO SE DEBE PASAR POR ALTO EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO

No se debe pasar por alto el limite del valor asegurado que reposa en la caratula de la póliza:

AMPAROS				
GIRO DE NEGOCIO: CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA				
DESCRIPCION	AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
CONTRATO	CUMPLIMIENTO	14/05/2021	15/02/2023	1,135,152,968.40
	PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E IND	14/05/2021	15/06/2025	378,384,322.80
	ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA		VER NOTA ACLARATORIA	1,135,152,968.40

CAPÍTULO IV. PETICIÓN

De acuerdo con lo expuesto, respetuosamente se solicita **AL FONDO DE ADAPTACIÓN:**

PRIMERO: La terminación del presente trámite por no hallarse probada la imputación de incumplimiento, como quiera que el contratista fue diligente en mitigar con las circunstancias y herramientas contractuales.

SEGUNDO: Por otra parte, en caso de que la entidad estatal considere que sí hubo un incumplimiento por parte del contratista, comedidamente solicito que mi procurada sea desvinculada y exonerada de condena alguna, de acuerdo con la configuración de la prescripción de las acciones ordinarias del contrato de seguro, así como el resto de condiciones generales y particulares el contrato de seguros.

Cordialmente,

KENNIE LORENA GARCÍA MADRID

C.C. No. 1.061.786.590 de Popayán

T.P. No. 322.604 del C.S. de la J.

Correo: kgarcia@gha.com.co

Tel. 322 514 4706