RUP4403

Contrato No. 511 de 21 de julio de 2021

S&R Construcciones y Suministros S.A.S.

Valor del contrato: $399.989.504

Anticipo: $159.995.801,60

Causación orden de pago: 26/07/2021

Comprobante de egreso: 31/08/2021 No. 2021-03775 cheque BBVA $151.896.011,60 ingresa en la cuenta el 01 de septiembre de 2021

Fecha de inicio: 28/07/2021

Fecha de terminación: 07/11/2022



**Audiencia 17 de julio de 2023**

Con oficio de la fecha indica la Entidad que la audiencia no se puede adelantar porque la Gerente de Contratación debe atender el Consejo de Gobierno citado en la misma fecha por lo que aplaza la audiencia sin fijar fecha.

Con correo electrónico del 10 de agosto de 2023 se recibe oficio de programación de audiencia para el 15 de agosto de 2023 a las 02:00 p.m.

**Audiencia 15 de agosto de 2023**

Con correo del 15/08/2023:

De conformidad con el artículo 86 de la Ley1437 de 2011, la Resolución 771 de 2023, por medio de la cual se delegan las funciones a la Gerente de la Gerencia Técnica de Contratación, parágrafo 2 del artículo 9 de la Resolución 471 de 2017, la Gerente, se permite citarlos vía correo certificado y correo electrónico a audiencia para adelantar (DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO – CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA), que involucra el contrato 511-2022, suscrito con el S&R CONSTRUCCIONES Y SUMINISTRO, y cuyo objeto consagra “APOYO PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL ESQUEMA DE ALTERNANCIA EN LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS PÚBLICOS DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA (Adecuación de sedes educativas (obras de infraestructura + medidas de manejo ambiental + protocolos de seguridad); la cual se llevara a cabo en las instalaciones de la Gerencia Técnica de Contratación el día 15 de agosto de 2023 siendo las 3:51pm, procede a suspender la Audiencia y reprogramarla para el día martes 22 de agosto de 2023, a las 8:00 am siendo notificados en estrados

**Audiencia 22 de agosto de 2023**

Se solicita información y copia del acta de la audiencia. Se reitera la solicitud de información al afianzado quien no ha respondido requerimientos. No fue posible realizar las visitas para verificar las cantidades de obra, reprogramando visitas para el día 04 de septiembre de 2023. El 13 de septiembre el contratista solicita el aplazamiento de las visitas toda vez que el Ingeniero no está en la ciudad. El 20 de septiembre se recibe nuevo aplazamiento de la fijación para el 02 de octubre. Nuevamente se solicita aplazamiento y las visitas no se realizaron completas por lo que el contratista solicita nueva reprogramación para el 14 de octubre de 2023 y continuación de visitas programadas para el 17/10/2023. (en resumen)

**Audiencia 18 de octubre de 2023**

En curso de vacaciones reasignado a Diego Pérez quien informa que la audiencia no se realizó y se fijó fecha para el 23 de octubre de 2023 a las 04:00 p.m.

**Audiencia 23 de octubre de 2023**

En fecha y hora señalada se da inicio a la audiencia con participación de apoderado del contratista. Dirige Lupita Granados Chaparro como Gerente de Contratación de la Gobernación de Arauca por delegación según Resolución No. 471 de 2017 modificada por la Resolución No. 771 de 2023 quien hace resumen de las actuaciones adelantadas por virtud de lo ocurrido en audiencia del 11/08/2023 en la que se negó suspensión porque la contratista no remitió la prueba de la causa de la solicitud y se ordenó, por solicitud de la contratista, la actualización del informe porque en su consideración las cifras de presunto incumplimiento no coinciden con el avance de obra. Traslada la palabra al Ingeniero Edwar Mora como supervisor y liquidador del contrato para que haga la lectura del informe de incumplimiento. El contratista interrumpe para solicitar aplazamiento y remisión de la copia del expediente, tras lo cual, después del señalamiento de las múltiples oportunidades al contratista para el cumplimiento y la presunta posición de dilación del proceso se accede a lo solicitado y se ordena reiniciar la audiencia el lunes 30 de octubre a las 4:00 p.m. La Aseguradora extiende la solicitud de remisión del expediente también al correo electrónico lo cual es aceptado por el Despacho.

**Audiencia del 30 de octubre de 2023**

Incapacidad médica. Al parecer no se realizó por solicitud de aplazamiento del contratista.

**Audiencia del 01/11/2023**

Se recibe por correo electrónico el traslado del proceso en el que se evidencia adjuntó la copia del traslado del informe de supervisión inicial y el informe de cantidades realizado en curso del proceso, junto con la copia de las citaciones y correos que reposan en el expediente. Así mismo se recibe correo con link para la conexión a continuación de audiencia señalada para el 01/11/2023 a las 04:00 p.m. conforme al aplazamiento solicitado por el apoderado del contratista respecto de la fecha 30/10/2023 programada previamente. No obstante, a las 03:51 p.m. del 01/11/2023 se recibe nuevo correo electrónico con cancelación de la audiencia en atención a la solicitud presentada por el apoderado contratista sustentando situaciones de salud. No se indica fijación de nueva fecha.

Por correo del 07 de noviembre de 2023 se recibe citación a continuación de audiencia programada para el 09 de noviembre de 2023 a las 04:00 p.m., la cual no admite solicitud de aplazamiento, sustentado en el posible abuso del contratista sobre la facultad legal que lo permite y que constituye falta disciplinaria.

**Audiencia del 09/11/2023**

Por correo del 07 de noviembre de 2023 se recibe cancelación del evento con nota NO ES LA FECHA



Por correo del 15 de noviembre de 2023 se recibe citación para continuación de audiencia programada para el 16 de noviembre de 2023 a las 02:30 p.m., la multa a aplicar es la cláusula penal conforme a lo establecido en el contrato

**Audiencia del 16/11/2023**

Se da inicio a la audiencia con la lectura de los antecedentes en la que se indicó que la audiencia del 9 de noviembre si se realizó, el contratista presentó descargos y solicitó pruebas, las cuales fueron practicadas el 15 de noviembre (testimonios) e indica que el apoderado contratista radicó igualmente unos informes antes de la audiencia, los cuales no recibe por inoportunos. Procede el despacho a trasladar los testimonios y suspende la audiencia por media hora para que las partes las revisen. Iniciada nuevamente la audiencia el contratista se pronuncia sobre el particular y la Entidad decide suspender la audiencia. Antes de fijar la fecha la aseguradora pide la palabra para manifestar que no asistió a la audiencia por la cancelación al evento que remitió la misma Entidad por lo que solicita que se revise porque se perdió la oportunidad para rendir descargos y se presenta en pantalla las evidencias, que luego son trasladadas al correo electrónico como soporte. Igualmente se pronuncia sobre la ilegalidad de las pruebas trasladadas pues no cumplen con el rigor procesal y finalmente se solicita confirmación sobre la información que se ha trasladado en curso del proceso. La Entidad indica que suspende la audiencia, verificará la información y, en dado caso, se permitirá la presentación de descargos a la Aseguradora en audiencia que queda fijada para el 20 de noviembre de 2023 a las 10:00 a.m.

Porcentaje de cumplimiento: 29.89%

**Audiencia del 20 de noviembre de 2023**

En defensa de mi representada sea lo primero enfatizar que la Aseguradora concurre al proceso administrativo de presunto incumplimiento contractual en calidad de garante, no en calidad de ejecutor porque claramente no lo es. Lo anterior implica que desconoce completamente los por menores de la ejecución contractual y no cuenta con la visual y el amplio conocimiento que sobre el particular tienen tanto contratista como contratante. La Aseguradora cuenta únicamente con la versión que, hasta ahora, ha presentado el contratante sobre el presunto incumplimiento del contrato sustentado en dos informes de supervisión, pero no cuenta con la versión del contratista que es su afianzado, oportunidad que se perdió pues el contratista presentó su defensa en la audiencia adelantada el 9 de noviembre a la que no asistió la Aseguradora por causa del correo de cancelación del evento recibido el 07 de noviembre de parte de la Entidad asegurada como se evidencia con los correos electrónicos remitidos el 16 de noviembre a la Entidad para sus verificaciones y con lo que se ve vulnerado el derecho de defensa de la aseguradora, pues en dicha audiencia además de los descargos del contratista se realizó la solicitud probatoria y su decreto. (la entidad respondió que verificó con sistemas y no se remitió ninguna modificación de esa citación, pese a que se le enviaron los soportes)

De este modo, la Aseguradora no podría presentar una defensa juiciosa y profunda sobre lo que puede analizar de la ejecución del contrato con base en todas las evidencias presentadas tanto por contratista como por contratante y en tal sentido guardará silencio anotando la concurrencia de la vulneración al derecho de defensa de la aseguradora pues no tuvo la oportunidad de escuchar en audiencia la defensa de su afianzado ni conocer sus pruebas y quedaremos sujetos a lo que decida el Despacho. (la entidad indicó que ella remitió los informes con debida anticipación y que desconoce los canales de comunicación de la aseguradora con sus afianzados como indicando que el desconocimiento de los descargos y pruebas del contratista es culpa de la deficiencia de esa comunicación lo cual es una afirmación que no procede porque al margen de la misma todas las actuaciones de este proceso se deben realizar en audiencia)

Sin embargo, teniendo en cuenta que la audiencia del pasado 16 de noviembre de 2023 se nos trasladó el escrito de la prueba testimonial presentado por los señores Gustavo Villa y José Eustasio Rivera, tal como se mencionó en la misma audiencia por parte de esta defensa, se coadyuva lo manifestado por el apoderado en defensa del contratista en relación con la irregularidad que presenta la práctica de dicha prueba, toda vez que desconoce las reglas de la práctica del testimonio o declaraciones de terceros, en la forma como lo dispone la Ley 1564 del 012 de julio de 2012 o Código General del Proceso resaltando que el apoderado del contratista manifestó expresamente que lo dispuesto en tales escritos por quienes presuntamente lo suscriben no responden a las cuestiones presentadas por quien solicitó la prueba y quien, en consideración de esta defensa y conforme a la regla de la práctica de la prueba, tenía el derecho no solo de preguntar sino de contrainterrogar al testigo para aclarar su punto de defensa. En el mismo sentido, la Aseguradora tenía el derecho de escuchar a los testigos y no recibió ninguna citación para la práctica de esta prueba o citación para la presentación de las preguntas a realizar en caso de no practicar la prueba en audiencia, lo que deja en evidencia la concurrencia de vulneraciones no solo a la defensa de las partes sino al debido proceso.

Al margen de lo anterior y en lo que a la póliza de seguro se refiere, nos resta señalar que Aseguradora Solidaria de Colombia, a través de la póliza de seguro No. 730-47-994000013187, no garantizó el simple incumplimiento del contrato por parte del contratista y así mismo que la póliza no es una garantía de pago. Se aclara, tal como lo puede leer de la carátula de la póliza, el objeto de la garantía es:

“EL OBJETO DE LA PRESENTE PÓLIZA ES GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA N° 511 DE FECHA 21 DE JULIO DE 2021, REFERENTE A: APOYO PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL ESQUEMA DE ALTERNANCIA EN LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS PÚBLICOS DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA, (ADECUACIÓN DE SEDES EDUCATIVAS (OBRAS DE INFRAESTRUCTURA + MEDIDAS DE MANEJO AMBIENTAL + PROTOCOLOS DE SEGURIDAD)).”

Como se puede apreciar, el objeto del seguro no es el cumplimiento del contrato ni el pago de lo no cumplido sino los perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado como consecuencia de ese incumplimiento contractual y dentro del marco del alcance de cada uno de los amparos contenidos en la póliza de seguro.

En ese sentido, respecto al amparo de cumplimiento, cierto es que incluye en su cobertura la cláusula penal y las multas y que tratándose de cláusula penal esta se constituye en la tasación anticipada de los perjuicios, pero eso no significa que la cláusula penal se aplique de pleno derecho o que esta supla la obligación de la Entidad Estatal contratante de acreditar la ocurrencia de los mismos. Aclaro, no me estoy refiriendo en este momento al valor de los perjuicios sino a la acreditación de la existencia de perjuicios y que el simple incumplimiento del contrato no determina *persé* la ocurrencia de mismos.

Es importante advertir que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 determina que “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:” No obstante, en la citación no se evidencia la exposición o sustentación sobre la concurrencia de algún perjuicio patrimonial realmente causado a la entidad contratante como consecuencia directa del incumplimiento del contratista en ejecución del contrato objeto de debate en esta audiencia, únicamente se observa un pequeño aparte en las conclusiones del informe fechado en febrero de 2023 que recomienda:

“ – Según lo expuesto en el presente informe y atendiendo lo descrito en el artículo octavo de la resolución 471 de 2017, se recomienda declarar el incumplimiento por parte del contratista, que al considerar los porcentajes definidos en artículo séptimo de la misma resolución, la multa corresponde al 79% del 10% del valor total del contrato, equivalente a treinta y un millones quinientos noventa y ocho mil ciento treinta y cinco pesos con 26/100 ml-cte ($31.598.135,26).

* De igual manera se recomienda solicitar al contratista, la devolución del anticipo no amortizado, con los respectivos rendimientos financieros.”

Y en el informe de octubre de 2023 solo se concluye, en relación con el tema, que “La ejecución contractual al finalizar el plazo pactado corresponde al 29.87%, según verificación de condiciones en sitio de las obras y cuantificación realizada a la fecha del presente informe.”

Se reitera que dicha tasación no se encuentra desarrollada en la citación tal como lo ordena el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 ni en el informe de febrero de 2023 ni en su complemento presentado en octubre de 2023, con lo cual se evidencia vulneración del debido proceso regulado en el artículo mencionado y vulneración del derecho de defensa de la Aseguradora porque, en estricto sentido, no tiene expuesto el cargo sobre el cual defenderse con base en lo que aseguró, que como ya se indicó son los perjuicios sufridos y que adicionalmente debe acreditarse la exclusiva culpa del contratista en los presuntos incumplimientos del contrato que se le imputan toda vez que la exigencia de la acreditación de la existencia real de los perjuicios así como la exclusiva culpa del contratista en el incumplimiento no se establece como un capricho de la Aseguradora ya que se encuentra señalado en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 730-47-994000013187, tal como lo puede evidenciar en la parte superior de la carátula, fue expedida con sujeción al Decreto 1082 de 2015 que sobre las garantías señala:

**“ARTÍCULO****2.2.1.2.3.1.7.**Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los **perjuicios derivados** de:

3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es **imputable al contratista**;

3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es **imputable al contratista**;

3.3. Los daños **imputables al contratista** por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.”

Como se puede evidenciar, por una parte, tanto el contrato de seguro como la Ley que regula lo pertinente a las garantías de los contratos estatales exige para la afectación de la garantía o cobertura la existencia y acreditación de los perjuicios así como la incumplimiento imputable al contratista, lo cual, en coadyuvancia de lo poco que hemos podido inferir de las intervenciones del apoderado del contratista, la entidad pudo conducirlo o producir por causas a su propia gestión, el incumplimiento contractual.

Adiciono a lo anterior, para que el Despacho lo tenga en cuenta, pues, aunque no evidencia una pretensión concreta en relación con la póliza, pero si se muestra en el primer informe la recomendación de la orden de devolución del anticipo, que la cobertura de la póliza en este amparo no se refiere a la amortización del anticipo. De conformidad con las Condiciones Generales de la Póliza la cobertura se dirige a:

**“CONDICIONES GENERALES GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES DECRETO 1082**

**DE 2015**

**CAPITULO 1 AMPAROS Y EXCLUSIONES**

**1. AMPAROS**

ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, ENTIDAD COOPERATIVA, OTORGA A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE, A TRAVÉS DEL PRESENTE CONTRATO DE SEGURO SIN EXCEDER EL VALOR ASEGURADO, COBERTURA PARA LOS AMPAROS MENCIONADOS EN LA CARATULA DE LA PRESENTE PÓLIZA, DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1088 DEL CÓDIGO DE COMERCIO SEGÚN EL CUAL EL CONTRATO DE SEGURO ES DE MERA INDEMNIZACIÓN Y JAMÁS PODRÁ SER FUENTE DE ENRIQUECIMIENTO. ESTA PÓLIZA CUBRE LOS PERJUICIOS DIRECTOS CON SUJECIÓN A LAS CONDICIONES DE LA PRESENTE PÓLIZA, EN SU ALCANCE Y CONTENIDO, SEGÚN LAS DEFINICIONES QUE EN ADELANTE SE ESTIPULAN:

LA COBERTURA DEL PRESENTE CONTRATO DE SEGURO O SUS ANEXOS NO CONSTITUYE UNA FIANZA, NI ES SOLIDARIA, NI INCONDICIONAL, SU EXIGIBILIDAD ESTÁ CONDICIONADA A LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO Y LA DEMOSTRACIÓN DE LA CUANTÍA. EL AMPARO ESTA CIRCUNSCRITO A LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA SIEMPRE QUE EL MISMO SE AJUSTE AL VALOR ASEGURADO, VIGENCIA DE LAS COBERTURAS Y EXCLUSIONES, Y LA RECLAMACIÓN SE EFECTÚE DENTRO DE LOS TÉRMINOS SEÑALADOS EN EL ART. 1081 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

(…)

**1.3 AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN AL ANTICIPO**

EL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE, DE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS CON OCASIÓN DE (I) LA NO INVERSIÓN DEL ANTICIPO, (II) EL USO INDEBIDO DEL ANTICIPO Y (III) LA APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA GARANTIZADO HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO EN CALIDAD DE ANTICIPO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO. CUANDO SE TRATE DE BIENES ENTREGADOS COMO ANTICIPO, ÉSTOS DEBERÁN TASARSE EN DINERO EN EL CONTRATO.”

De este modo, se reitera que ni en la citación ni en los informes de supervisión trasladados se ha desarrollado perjuicio o incumplimiento sustentado en (I) LA NO INVERSIÓN DEL ANTICIPO, (II) EL USO INDEBIDO DEL ANTICIPO Y (III) LA APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA GARANTIZADO HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO EN CALIDAD DE ANTICIPO y en consecuencia, no podría afectarse la póliza por este concepto, pues la amortización del recurso no es objeto de cobertura de este amparo sino que es una obligación más del contrato por lo que, a lo mucho, se encuentra dentro de la cobertura del amparo de cumplimiento. (La entidad manifiesta que el contrato se cumplió solo al 30% y que no era solo ejecución sino también otras obligaciones como presentación de informes y de pagos de seguridad social y de responder requerimientos a tiempo, así como la amortización del anticipo que se actualiza justamente con los informes.)

Finalmente, es necesario definir a ciencia cierta y con pruebas practicadas en legal forma, el porcentaje de cumplimiento a fin de establecer la eventual aplicación de la proporcionalidad de la cláusula penal en los términos que permite la Ley y el contrato estatal así como el contrato de seguro y es necesario establecer el estado financiero actual del contrato para dar aplicación, en caso de la imposición de una sanción, a la cláusula de la compensación de los saldos existentes en favor del contratista.

Hasta aquí las manifestaciones de la Aseguradora.

Se recibe del afianzado copias de informes y copia de los descargos presentados en curso del proceso sancionatorio y su solicitud probatoria, los cuales se incorporan en el expediente del RUP. Igualmente se recibe link de conexión para la continuación de la audiencia programada para el 20/11/2023 en la que la Entidad confirma que tras las verificaciones no se encontró la remisión de la cancelación de la audiencia del 09/11/2023 pero permite a la Aseguradora sus manifestaciones, tras lo cual ordena la remisión de las grabaciones y actas de las audiencias a los correos electrónicos e indica que una vez concrete agenda con el Gobernador citará a audiencia de decisión.

Terminada la audiencia se recibe llamada del apoderado del afianzado solicitando copia de los correos con la cancelación de la audiencia porque según indicó presentará una acción de tutela por las vulneraciones al debido proceso que en el decreto y práctica de pruebas se presenta en este proceso y para que se haga control de legalidad acogiéndose a la (perjuicio próximo) para no tener que esperar a la demanda contractual. Se le remite la prueba.

Con correo del 27/11/2023 Se recibe de la Gerencia Jurídica solicitud de antecedentes con ocasión de la formulación de una acción de tutela por parte del afianzado en contra de la Gobernación Departamental de Arauca por vulneración al debido proceso y derecho de defensa sustentada en las fallas que considera ocurrieron en el decreto y práctica de pruebas. Se remiten los antecedentes y tras la revisión de los mismos, la Gerencia Juridica manifiesta que dado que somos vinculados a la tutela y que ésa se concreta en una irregular práctica de pruebas y aplazamientos de audiencias a la que no accedió la entidad (Gobernación de Arauca), nos limitaremos a decir que la Aseguradora no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la firma accionante.

Faltó revisar la vigencia del contrato y la procedencia de la aplicación de multas.

Faltó revisar la prescripción

Revisar la Resolución 471 de 2017 sobre el proceso sancionatorio que aplican y las facultades no solo para el proceso sino para el decreto y práctica de pruebas.

Revisar lo marcado en rojo como manifestaciones de la Entidad una vez habló la Aseguradora.