

RESOLUCION No. 0236 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2020

120

"POR LA CUAL SE PROFIERE FALLO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO
ADELANTADO POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO EN LA EJECUCION DE UN
CONTRATO"

LA JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DE LA GOBERNACIÓN DE CASANARE,

En uso de sus atribuciones legales y reglamentarias, especialmente las conferidas mediante decreto departamental 051 de 2020, y,

CONSIDERANDO:

Que luego de haberse surtido el trámite señalado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, sin observar irregularidad alguna que afecte el debido proceso o sea causal para invalidar lo actuado, es procedente adoptar decisión de fondo, fallo que se emite en los siguientes términos:

ACTUACION SURTIDA

Mediante resolución No. 0145 proferida el 3 de noviembre del año que avanza, esta dependencia en ejercicio de la delegación concedida por el señor gobernador para adelantar los procedimientos de incumplimiento en la ejecución de los contratos que suscriba el Departamento de Casanare, inició este proceso administrativo sancionatorio, con base en el informe rendido por el Director Técnico de Construcciones del departamento de Casanare, en el que da cuenta de la existencia de hechos generadores de presunto incumplimiento, por parte del contratista, en la ejecución del contrato de obra Número de Contrato 2135 suscrito el primero de noviembre de 2018 con el CONSORCIO VIAL LA TURUA, identificado con Nit 901224094-2, representado legalmente por JUAN CARLOS JUBIZ RIVERA, identificado con C.C. No. 72.287.675, cuyo objeto es "MEJORAMIENTO A NIVEL DE PAVIMENTO DE LA VÍA DE ACCESO A LA VEREDA TURUA - MUNICIPIO DE AGUAZUL - DEPARTAMENTO DE CASANARE", iniciado el 10 de enero de 2019, para ejecutar en un plazo de tres meses.

Oportunamente y tanto física como electrónicamente se remitió citación en los términos indicados en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, al representante legal del consorcio contratista Juan Carlos Jubiz Rivera, la aseguradora EQUIDAD SEGUROS y demás dependencias del Departamento de Casanare que corresponde, dando cuenta del inicio de este trámite administrativo sancionatorio, de la fecha programada para la audiencia correspondiente y adjuntando copia del informe de incumplimiento.

Pese a que se agotó el procedimiento indicado por la ley, no compareció el Contratista el día y fecha señalado para el inicio de la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, guardando absoluto silencio, renunciando a la oportunidad que concede la ley para ejercer su derecho de contradicción.

RESOLUCION No. 0236 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2020

120

**"POR LA CUAL SE PROFIERE FALLO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO
ADELANTADO POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO EN LA EJECUCION DE UN
CONTRATO"**

FUNDAMENTOS DE LA DECISION

El Departamento de Casanare, suscribió el contrato de obra número 2135 de 2018, cuyo objeto es "MEJORAMIENTO A NIVEL DE PAVIMENTO DE LA VÍA DE ACCESO A LA VEREDA TURUA - MUNICIPIO DE AGUAZUL - DEPARTAMENTO DE CASANARE", con el CONSORCIO VIAL LA TURUA, identificado con Nit 901224094-2, conformado por las firmas: MALAMO INFRAESTRUCTURA SAS, NIT 901012697-3, representada legalmente por Alejandro Molina Ayarza, C.C. No. 1.128.273.887; CONSTRUMAVIAS DE COLOMBIA SAS, NIT 802012655-5, representada legalmente por Tatiana Zenith Lascarro Torres, C.C No. 45.578.855, y, por INTEC DE LA COSTA SAS, NIT 830502135-1, representada legalmente por Hugo Armando Canabal Hoyo, C.C No. 10.932.959.

El consorcio así conformado, actualmente es representado legalmente por JUAN CARLOS JUBIZ RIVERA, a quien se le enviaron las comunicaciones correspondientes dando cuenta del inicio de este procedimiento administrativo sancionatorio.

De acuerdo al contenido del referido contrato, se pactó un valor de \$ 1.954.666.012.00 y un plazo de ejecución de tres (3) meses, así se consignó en las cláusulas cuarta y sexta, respectivamente, condiciones que fueron modificadas, mediante adicionales, en el valor, por la suma de \$ 287.013.949.00 el 23 de diciembre de 2019, y, en el plazo, por una serie de prórrogas de dos meses cada una, durante el lapso 8 de abril de 2019 hasta febrero 4 de 2020 y luego, desde marzo 24 de 2020 hasta el 4 de agosto de esta misma anualidad, suspensiones de la ejecución; el 20 de agosto de 2020 se suscribió acta de reinicio fijando como plazo final de ejecución el 5 de septiembre de 2020.

En cumplimiento a las condiciones acordadas frente a la forma de pago, el Departamento ha girado las siguientes cantidades:

ITEM	FECHA	VALOR
ACTA DE INICIO	10/01/2019	-
ACTA DE ANTICIPO	5/02/2019	\$ 977.333.006,00
ACTA PARCIAL N°1	30/04/2019	\$ 654.632.931,00
AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO	-	\$ 327.316.465,50
VALOR NETO A PAGAR EN ACTA PARCIAL N°1	-	\$ 327.316.465,50
ACTA PARCIAL N°2	21/02/2020	\$ 625.040.706,00
AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO		\$ 312.520.353,00
VALOR NETO A PAGAR EN ACTA PARCIAL N°2		\$ 312.520.353,00



GOBERNACION
DE CASANARE
NIT. 892099216-6

RESOLUCION No. 0236 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2020

120

**"POR LA CUAL SE PROFIERE FALLO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO
ADELANTADO POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO EN LA EJECUCION DE UN
CONTRATO"**

De acuerdo con la cláusula sexta del contrato y sus diferentes modificaciones y suspensiones, para la fecha septiembre 5 de 2020 el Contratista adquirió la obligación de terminar el objeto contractual, es decir, la intervención de la vía terciaria de acceso a la vereda La Turúa del municipio de Aguazul Casanare, con mejoramiento a nivel de pavimento asfáltico de aproximadamente 1834,47 metros, con las especificaciones técnicas acordadas

Con base en informe suscrito por el Director Técnico de Construcciones del Departamento y sus anexos, se inició el presente trámite administrativo de carácter sancionatorio, motivado por evidencias que permiten entrever un incumplimiento del contrato.

A las sesiones de audiencia surtidas compareció a través de apoderado, como garante, la aseguradora EQUIDAD SEGUROS, Nit 860028416, exponiendo como defensa, tres aspectos que solicita se tengan en cuenta al momento de emitir la decisión de fondo: 1) La EQUIDAD SEGUROS no está obligada solidariamente por haber expedido la póliza con la cual se ampara el contrato 2135 de 2018. 2) Considera que en el presente caso no concurren los elementos necesarios para concluir la existencia del amparo por manejo del anticipo, y, 3) Solicita se tenga en cuenta el principios de proporcionalidad al momento de cuantificar el monto de la cláusula penal y se aplique la compensación al hacerla efectiva. Propone y allega como medio probatorio el documento que contiene las condiciones generales de la póliza otorgada por Equidad Seguros.

De acuerdo a las manifestaciones del informe de la Supervisión y revisada la documentación adjunta, este Despacho encuentra una clara y contundente descripción de las consideraciones expuestas tanto por quien suscribe el documento en mención como por la manifestaciones de la interventoría, que concuerdan al expresar el manifiesto desinterés por parte del contratista de obra para cumplir con la reprogramación establecida en acta de reinicio suscrita el 20 de agosto del año que avanza, previa las solicitudes y requerimientos para su cumplimiento, al punto que conforme se indica el estado actual del contrato es "TERMINADO POR VENCIMIENTO DE PLAZO".

Así las cosas, encuentra este Despacho que a la fecha de vencimiento del plazo contractual final, no se cumplió con ejecución total de la obra de pavimentación contratada, pues de acuerdo a lo indicado por el Técnico de Construcciones del Departamento, solamente se ejecutó un 59,88% del 100% de las cantidades de obra, siendo evidente, en tales condiciones, que al cumplirse el plazo, faltó ejecutar el 40.12% del contrato, sin que medie explicación alguna que justifique tal acontecimiento y permita soportar un análisis de ausencia de responsabilidad, por el contrario, la notoria inasistencia del contratista no solo ante los requerimientos por parte de la Dirección Técnica de Construcciones del Departamento sino por esta misma Dependencia al inicio de esta actuación, se muestra el desinterés en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

Los contratos estatales vincula a los contratantes, quienes están obligados a cumplirlos a cabalidad, ya que también se encuentran regidos por los artículos 1602 y subsiguientes del código civil, en consecuencia se deben acatar con estricta sujeción tanto a su clausulado como a lo señalado en el pliego de condiciones, cuyas especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, son en principio, inalterables.



GOBERNACION
DE CASANARE
NIT. 892099216-6

RESOLUCION No. 0236 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2020

120

**"POR LA CUAL SE PROFIERE FALLO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO
ADELANTADO POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO EN LA EJECUCION DE UN
CONTRATO"**

De acuerdo a las pruebas existentes en el expediente, elementos que no fueron desvirtuados, puede evidenciarse que a la fecha, pese a los múltiples requerimientos efectuados al Contratista, finalmente, finalizó el plazo acordado, sin lograr cumplir con el objeto del contrato, circunstancia que trae como consecuencia lógica la existencia de un incumplimiento contractual, porque justamente la terminación del plazo, en tales circunstancias, lo ubica en tales condiciones.

El Departamento de Casanare, como entidad contratante, ha cumplido las obligaciones que le corresponden de acuerdo a lo pactado. No existe manifestación alguna que permita inferir que las razones que conllevaron al contratista a no lograr la ejecución del objeto contractual puedan atribuirse a esta Entidad, tampoco ha sido producto de circunstancias atribuibles a fuerza mayor, caso fortuito o culpa de un tercero tal incumplimiento, la responsabilidad en este evento es única y exclusiva de la firma contratista y, por tanto, resulta procedente la declaratoria de incumplimiento del contrato de obra No. 2135 de 2018, suscrito por el Departamento de Casanare con el CONSORCIO VIAL LA TURUA, identificado con Nit 901224094-2, Representado legal por JUAN CARLOS JUBIZ RIVERA, cuyo objeto es "MEJORAMIENTO A NIVEL DE PAVIMENTO DE LA VÍA DE ACCESO A LA VEREDA TURUA - MUNICIPIO DE AGUAZUL - DEPARTAMENTO DE CASANARE", y por tanto se hace merecedor a las consecuencias sancionatorias derivadas de tal incumplimiento, haciendo uso de las precisas facultades concedidas en la ley 1150 de 2007, artículo 17 y ley 1474 de 2011, artículo 86.

Verificado el incumplimiento en la ejecución del contrato, dentro del plazo pactado, aspecto que como ya se indicó anteriormente, está demostrado, y habiéndose surtido el trámite administrativo sancionatorio, conforme lo establece el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, dando oportunidad para que contratista y garante, hicieran uso de su derecho de defensa y contradicción, garantizándoles el debido proceso, es procedente declarar el incumplimiento parcial del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pactada.

Contrario a lo manifestado por el apoderado de la empresa Garante, en criterio de este Despacho, no es necesario precisar de cara a la cláusula penal determinar los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato, basta con decir que lo convenido en la denominada cláusula penal, es una estimación anticipada y parcial de los perjuicios, sin que se requiera la concurrencia de más elementos, frente a esta presunción.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en sentencia, proferida el 8 de junio de 2016, dentro del radicado número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665), señaló:

"La cláusula penal configura una tasación anticipada de perjuicios, en virtud de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo de quien las asume en una relación contractual.

En cuanto a esta figura esta Corporación ha manifestado:

"De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido

RESOLUCION No. 0236 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2020

120

**"POR LA CUAL SE PROFIERE FALLO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO
ADELANTADO POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO EN LA EJECUCION DE UN
CONTRATO"**

Este riesgo efectivamente tuvo ocurrencia, tal y como se encuentra evidenciado en los informes de supervisión y de interventoría, quienes al realizar el balance financiero del contrato dieron cuenta del mismo, y así se le hizo saber al contratista quien guardó silencio y a la aseguradora, quien a través de su apoderado, esgrimió argumentos que no son de recibo para el Despacho, por cuanto en nada desvirtúan la materialización del riesgo amparado con la garantía adquirida por el contratista y aceptada por la entidad Contratante.

Corolario de lo expuesto, el contratista CONSORCIO VIAL LA TURUA, identificado con Nit 901224094-2, conformado por las firmas comerciales enunciadas en el cuerpo de esta decisión y representado legalmente por JUAN CARLOS JUBIZ RIVERA por haber incumplido parcialmente con la ejecución del contrato No. 2135 de 2018, debe aplicársele las normas pactadas en relación con esta eventualidad, consecuente con lo anterior, se declarará la ocurrencia de los siniestros de incumplimiento parcial del contrato y no inversión del anticipo, razón por la cual se hará efectiva la póliza de seguro de cumplimiento de entidades estatales No. AA001990 expedida por la compañía LA EQUIDAD SEGUROS.

Por ser procedente y atendiendo lo solicitado por el apoderado EQUIDAD SEGUROS, la suma referenciada que se debe cancelar al Departamento de Casanare por la razones ya aducidas será compensada con los valores que resultaren a favor del Contratista derivada de la ejecución parcial realizada.

Finalmente y atendiendo lo señalado en el artículo 31 de la ley 80 de 1993, se publicará la parte resolutive de esta decisión, en el SECOP y se comunicará a la Cámara de Comercio donde se encuentran inscritos los integrantes de la firma contratista y a la Procuraduría General de la Nación.

En mérito de lo expuesto anteriormente, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación de Casanare,

RESUELVE

ARTICULO 1: Declarar que el contratista CONSORCIO VIAL LA TURUA, identificado con Nit 901224094-2, integrado por las firmas: MALAMO INFRAESTRUCTURA SAS, NIT 901012697-3, CONSTRUMAVIAS DE COLOMBIA SAS, NIT 802012655-5 e INTEC DE LA COSTA SAS, NIT 830502135-1, y, representado legalmente por JUAN CARLOS JUBIZ RIVERA, identificado con la C.C. No. 72.287.675, incumplió parcialmente la ejecución del contrato de obra No. 2135 de 2018, cuyo objeto es "MEJORAMIENTO A NIVEL DE PAVIMENTO DE LA VÍA DE ACCESO A LA VEREDA TURUA - MUNICIPIO DE AGUAZUL - DEPARTAMENTO DE CASANARE."

ARTICULO 2: Como consecuencia de la anterior declaración de incumplimiento parcial, hacer efectiva la CLAUSULA PENAL, pactada en el contrato, por tanto deberá el contratista pagar la suma de \$ 89'936.199,83, como pago anticipado de perjuicios.

ARTICULO 3: Exigir la devolución de la suma de \$ 337'496.187,50 y sus remanentes, equivalente al valor pendiente por amortizar del anticipo girado por el Departamento.



RESOLUCION No. 0236 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2020

120

**"POR LA CUAL SE PROFIERE FALLO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO
ADELANTADO POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO EN LA EJECUCION DE UN
CONTRATO"**

el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista."

Así la cosas, debe efectuarse la correspondiente liquidación de la cláusula penal, considerando que en criterio de este Despacho nos encontramos frente a un incumplimiento parcial, porque de acuerdo a la conclusión de la Dirección Técnica de Construcciones del Departamento, se ejecutó un 59,88% de la obra, razón por la que en aplicación del principio de proporcionalidad, aducido por la Garante, debe efectuarse una ponderación respecto al porcentaje de incumplimiento producto de esa parcialidad en la ejecución, porque, efectivamente, el monto de la cláusula penal debe ser proporcional al grado de incumplimiento del contrato.

Significa lo anterior que si frente al incumplimiento total el monto de la cláusula penal es el 10% del valor del contrato, para el caso que nos ocupa, ese monto debe imponerse sobre el 40,12% que es la cantidad de obra faltante por ejecutar. Por lo tanto, efectuando el ejercicio matemático pertinente, tendríamos que el monto de la cláusula penal, en tales condiciones, se fija en un porcentaje del 4,012% del valor total del contrato.

En ese orden de ideas, el 4,012% de \$ 2.241'679.956,48 que es el valor total del contrato, arroja un valor de \$89.936.199,83, como valor que debe pagar el contratista como cláusula penal, por su incumplimiento parcial.

Ante la ocurrencia del incumplimiento que se evidencia, por encontrarse amparado por la garantía adquirida dentro del trámite contractual, se requerirá a la empresa Garante para hacer efectivo el pago de la cláusula penal, aplicando los postulados normativos del decreto 1082 de 2015, que al reglamentar el tema de las garantías de los contratos, específicamente la garantía de cumplimiento, en el numeral 3.4 del artículo 2.2.1.2.3.1.7 señala que tal garantía debe cubrir "El pago del valor de las multas y de **la cláusula penal pecuniaria**". (Negritas fuera de texto), en concordancia con la línea jurisprudencial ya citada.

Está demostrado que del anticipo entregado al contratista para la ejecución del contrato no amortizó la suma de \$ 337'496.187,50, y, por tanto debe solicitarse la devolución de dicha cantidad y sus remanentes y se compulsarán copias a los entes de control para que determinen las posibles responsabilidades disciplinaria y fiscal del contratista.

Ahora frente al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo considera esta Dependencia que, contrario a lo argumentado por la Garante, sí es procedente afectar la garantía de cumplimiento que cubre la no inversión del anticipo, ya que el contratista no demostró la inversión del anticipo, ni justificó tal omisión.

No podemos pasar por alto que dada la naturaleza pública de los recursos entregados a título de anticipo, el amparo de buen manejo y correcta inversión de este concepto, como su nombre lo indica, pretende asegurar al Departamento de Casanare, en su calidad de contratante contra los riesgos de la (i) no inversión, (ii) uso indebido y (iii) la apropiación indebida de estos recursos por parte del contratista, y que para el caso que nos ocupa resulta evidente la ocurrencia del riesgo de no inversión.



RESOLUCION No. 0236 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2020

120

**"POR LA CUAL SE PROFIERE FALLO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO
ADELANTADO POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO EN LA EJECUCION DE UN
CONTRATO"**

ARTICULO 4: Declárese los siniestros de incumplimiento parcial y no inversión del anticipo y en consecuencia, hágase efectiva la póliza de seguro de cumplimiento de entidades estatales No. AA001990 expedida por la compañía LA EQUIDAD SEGUROS, identificada tributariamente con el número 860028416, presentada por el contratista CONSORCIO VIAL LA TURUA y asegurado el Departamento de Casanare, realizando la compensación del caso si resultan saldos a favor del contratista.

ARTICULO 5: En firme la presente resolución ordénese la liquidación del contrato de consultoría 2135 de 2018.

ARTÍCULO 6: Requiérase al contratista CONSORCIO VIAL LA TURUA, identificado con Nit 901224094-2, Representado legal por JUAN CARLOS JUBIZ RIVERA, identificado con la C.C. No. 72.287.675, para que en un término de diez (10) días contados a partir del recibo de la comunicación efectúe el pago de las sumas aquí dispuestas. En el evento de no cumplir requiérase a la Compañía de Garante EQUIDAD SEGUROS, para que asuma el pago, otorgándole un plazo de un (1) mes contado a partir del recibo de la comunicación que así lo disponga, so pena de remitir a la Secretaría de Hacienda del Departamento para efecto de adelantar el proceso de cobro coactivo y presentar las denuncias penales a que haya lugar.


ARTICULO 7: Ejecutoriada esta decisión publíquese la parte resolutive de esta decisión en el SECOP y comuníquese a la cámara de comercio donde se encuentran inscritos los integrantes de la firma contratista y a la Procuraduría General de la Nación."

ARTICULO 8: Compúlsese copia de esta decisión como del informe de presunto incumplimiento a los entes de control para que se determinen las presuntas responsabilidades disciplinaria y fiscal del contratista por la no inversión del anticipo.

Contra esta resolución procede recurso de reposición conforme lo dispone el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Yopal, a los **29 DIC 2020**



CARMEN HILMENDA GONZALEZ PINILLA
Jefe Oficina Asesora Jurídica