



PROCESO COMUNICACIÓN ESTRATÉGICA

COMUNICACIÓN EXTERNA


Radicado No. 202200300007272
Fecha Radicado 2022-05-23 14:51:30
Recibido: SANDRA MILENA GAMBOA DELGADO
Destino: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA
NULL
Dependencia: GERENCIA - 3
Remitente: SANDRA MILENA GAMBOA DELGADO
Folios: 1
Anexos: 0 DOC

OAJ-7

Popayán, 23 de mayo de 2022

Señores:

ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA

Calle 100 N° 9ª-45 PISO 8 Y 12

Teléfono: (601) 2916868

notificaciones@solidaria.com.co – glondon@solidaria.com.co – diperez@solidaria.com.co

Bogotá D.C.

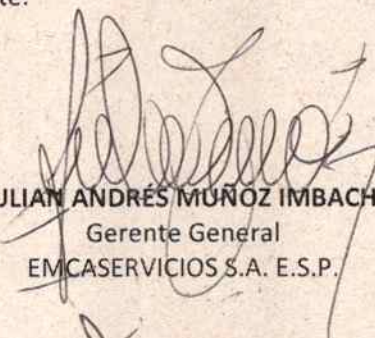
Ref.: Audiencia Artículo 86 Ley 1474 de 2011 - Contrato de obra pública N° 327 de 2019

Asunto: Reprogramación de audiencia y Remisión documentos

En atención a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en desarrollo del proceso de presunto incumplimiento que se adelanta al contrato de obra pública N° 327 de 2019, la cual se llevó a cabo el dieciocho (18) de mayo de 2022, me permito remitir a usted copia de la Resolución N° 63 de 2022, y copia del acta de audiencia de fecha 18 de mayo de 2022. En lo que respecta a la fecha para continuar la audiencia, se informa que, por compromisos de agenda, la misma no se pudo continuar hoy 23 de mayo de 2022, a las 10:00 a.m. como se había indicado en el acta de audiencia de fecha 18 de mayo de 2021, es así que mediante el presente oficio me permito informar la continuación de la audiencia se reprograma para el día miércoles veinticinco (25) de mayo a las 10:00 a.m.

Agradezco la atención a la presente.

Institucionalmente,


JULIAN ANDRÉS MUÑOZ IMBACHÍ
Gerente General
EMCASERVICIOS S.A. E.S.P.

Proyectó: Sandra Milena Gamboa Delgado / PUOAJ

Revisó: Alejandro Antonio Flórez Toro / JOAJ

Copia: Rubén Darío Santacruz – Supervisor – Normalizar Ingeniería S.A.S. – Interventoría

Anexo: Resolución N° 63 de fecha 18 de mayo de 2022 en ocho (8) folios y acta de audiencia en un (1) folio.



ACTA DE AUDIENCIA ARTICULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011

En las instalaciones de la Empresa Caucana de Servicios Públicos EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., ubicadas en la ciudad de Popayán, siendo las 3:15 p.m. del 18 de mayo de 2022, se constituye en audiencia el Gerente General de EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. Ingeniero JULIAN ANDRÉS MUÑOZ IMBACHÍ, en asocio con el doctor ALEJANDRO ANTONIO FLOREZ TORO, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, la Doctora SANDRA MILENA GAMBOA, Profesional Universitario de la Oficina Asesora Jurídica y CRISTHIAN FAVIAN ESPAÑA ALVIRA, Abogado de la Firma C&E ABOGADOS S.A.S., Contratista de apoyo a la contratación, para efectos de continuar con el trámite señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en relación con el presunto incumplimiento por parte del contratista del contrato de obra No. 327 de 2019, previa citación por parte de la entidad, enviada tanto al contratista ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA – CODENCO, como a la compañía aseguradora SOLIDARIA DE COLOMBIA, tal como consta en el expediente.

A la presente diligencia comparece el doctor DIEGO ENRIQUE EPEREZ CADENA, C.C. 79.600.547 T.P. 102.487 apoderado de la aseguradora SOLIDARIA DE COLOMBIA, según poder que es allegado previo al inicio de la audiencia, a quien se le reconoce personería en los términos del poder conferido. Correo para notificaciones diperez@solidaria.com.co.

A continuación, el señor Gerente General de EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. procede a expedir la resolución No. 63 del 18 de mayo de 2022, por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato No. 327 de 2019, acto que es leído y notificado en estrados, advirtiendo que contra el mismo procede el recurso de reposición ante el Gerente de EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. el cual deberá presentarse y sustentarse en la misma audiencia.

Se deja constancia que en el momento en que se daba lectura a la Resolución, el señor JOSE ANTONIO ALVAREZ representante legal de CODENCO se vinculó a la audiencia mediante el link dispuesto previamente por la entidad, recibiendo la diligencia en el estado en que se encuentra.

Se concede la palabra al apoderado de la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia DIEGO ENRIQUE EPEREZ CADENA, quien manifiesta: "En contra de esta decisión interpongo recurso de reposición, pero, respetuosamente solicito que se suspenda la audiencia, para poder estudiar la situación y en una futura oportunidad sustentar el recurso. Lo anterior, por cuanto, los interesados deben conocer el acto, no solo escucharlo, para efectos de poder ejercer su derecho de defensa y contradicción".

En atención a la solicitud presentada por el apoderado de la aseguradora, el Despacho considera que resulta procedente a efectos de garantizar su derecho de defensa. En tal virtud se suspenderá la diligencia.

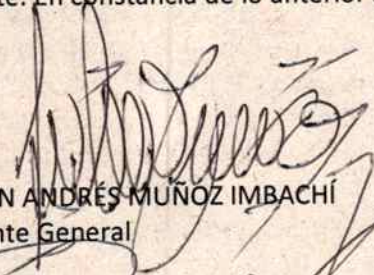
Formato Comunicación Externa-F12-P05-GA-31-Versión 1 -11 mayo de 2015

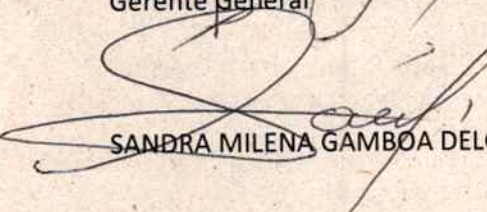





EMCASERVICIOS
S.A. E.S.P.
Empresa Caucana de Servicios Públicos
NIT: 900316215-9

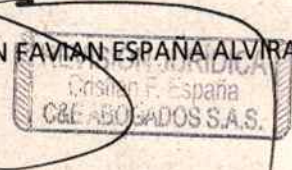
En este estado se suspende la diligencia y se fija como nueva fecha en la cual se continuará con el trámite de la presente actuación el día 23 de mayo de 2022 a las 10:00 am. La anterior decisión queda notificada en estrados y contra la misma no procede recurso alguno por tratarse de un acto de trámite. En constancia de lo anterior se suscribe, siendo las 4:45 pm del 18 de mayo de 2022.


JULIAN ANDRÉS MUÑOZ IMBACHÍ
Gerente General


SANDRA MILENA GAMBOA DELGADO


ALEJANDRO ANTONIO FLOREZ TORO


CRISTHIAN FAVIAN ESPAÑA ALVIRA


Cristhian F. España
C&E ABOGADOS S.A.S.

Formato Comunicación Externa-F12-P05-GA-31-Versión 1 -11 mayo de 2015

EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A. E.S.P.
Carrera 4 N° 22N-02 / Edificio de Infraestructura, primer piso
Popayán - Cauca - Colombia
Línea de atención al usuario: (+572) 8236384 Fax: 8202897
Correo electrónico: unidaddecorrespondencia@pdacauca.gov.co
www.pdacauca.gov.co



Gobernación del Cauca

	PROCESO COMUNICACIÓN ESTRATÉGICA RESOLUCIÓN No . . . 63	22
--	--	-----------

RESOLUCION N° 63 No . . . 63
(18 de mayo de 2022)

"Por medio de la cual se resuelve una actuación administrativa".

El Gerente de la Empresa Caucana de Servicios Públicos **EMCASERVICIOS S.A. E.S.P.**, en uso de las facultades legales y estatutarias y en especial las establecidas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y

CONSIDERANDO

1. ACTUACION PROCEDIMENTAL

1.1. INICIO ACTUACION / CITACION / CARGOS

Mediante Oficio del 06 de octubre de 2021, el Gerente General de EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y debidamente facultado para adelantar procesos sancionatorios contractuales procedió a citar al señor JOSE ANTONIO ALVAREZ DELGADO, Representante Legal de CODENCO, quien tiene la calidad de contratista y a la Compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, por intermedio de su representante legal, citación que contenía la siguiente información:

1.1.1. HECHOS

- El día 20 de noviembre de 2019 se celebró entre EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. y la ADMINISTRACION PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA - CODENCO, el contrato de obra N° 327 de 2019, cuyo objeto es "EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. A REALIZAR LA CONSTRUCCIÓN DE 101 UNIDADES SANITARIAS CON SISTEMAS DE TRATAMIENTO PARA VIVIENDA RURAL DISPERSA DE LAS VEREDAS SAMANGO, EL ALTO, LAGUNA NEGRA, LOMA GRANDE Y LOS CORREGIMIENTOS DE SANTIAGO, VENECIA, PARAMILLOS, EL ROSAL Y VALENCIA DEL MUNICIOPIO DE SAN SEBASTIÁN", por un valor de MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES NUEVE MIL VEINTISEIS PESOS (\$1.464.009.026) y un plazo de ejecución de cinco (5) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución.
- El día 15 de marzo de 2021 se suscribió entre el contratista e interventor el acta de inicio, momento a partir del cual comenzó a correr el plazo de ejecución.
- El día 17 de septiembre de 2021, el interventor del contrato, NORMALIZAR INGENIERIA S.Á.S. presentó informe de presunto incumplimiento en el cual expone:

I. "INTRODUCCIÓN

En atención a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y al reiterado incumplimiento de LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA - CODENCO- (en adelante el "CONTRATISTA") en el Contrato de Obra 327-2019 (en adelante el "Contrato" o el "Contrato de Obra"), se rendirá el presente INFORME DE INCUMPLIMIENTO con corte al día 30 de agosto de 2.021, con el propósito de insistir a la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DEL CAUCA, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., dar aplicación al procedimiento previsto en la cláusula décima del Contrato.

REVISIÓN JURÍDICA
Gustavo F. Espinoza
C&E ABOGADOS S.A.S.

I. DATOS GENERALES

- FECHA DE CORTE DEL INFORME: 30 de agosto de 2021
- CONTRATO No. 327 DE 2019
- CONTRATISTA: Administración pública cooperativa de departamentos y municipios de Colombia -CODENCO-
- OBJETO: "El contratista se obliga para con Emcaservicios S.A. E.S.P. a la "construcción de 101 unidades sanitarias con sistemas de tratamiento para vivienda rural dispersa de las veredas Samango, El Alto, Laguna Negra, Loma Grande y los corregimientos de Santiago, Venecia, Paramillos, El Rosal y Valencia del municipio de San Sebastián-".
- VALOR INICIAL Y ACTUAL: \$1.464.009.026,00 incluido Iva y porcentaje de A.I.U.
- PLAZO INICIAL: Cinco (5) Meses
- FECHA DE FIRMA DEL CONTRATO: miércoles, 20 de noviembre 2019.
- FECHA DE INICIO: lunes 15 de marzo de 2021.
- FECHA DE TERMINO INICIAL: sábado 14 de agosto de 2021.
- MODIFICACIONES, PRÓRROGAS Y SUSPENSIONES.
 - Suspensión No. 01. miércoles 5 de mayo de 2021
 - Reinicio No. 01. miércoles 4 de agosto de 2021
 - Fecha de terminación No. 02. jueves 11 de noviembre de 2021.
- GARANTES.

Aseguradora Solidaria de Colombia. Nit: 860524654-6. Pólizas N°980-47-99000012286 y 980-74-994000006074

Aseguradora Solidaria				
994000006074				
PÓLIZAS DEL CONTRATO				
PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO 980-47-994000012286 -ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA				
AMPARO	VIGENCIA (DESDE)	VIGENCIA (HASTA)	VALOR	ÚLTIMO OFICIO DE APROBACIÓN
CUMPLIMIENTO	03/12/2019	14/03/2022	\$292.801.805,20	N.D.
PAGO DE SALARIOS		14/11/2024	\$73.200.451,30	
ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA		20/04/2025	\$146.400.902,60	
PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL 980-74-994000006074 -ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA				
AMPAROS C.P.L.O	05/04/2021		\$272.557.800,00	N.D.

12. ESTADO FINANCIERO DEL CONTRATO

CONTRATO 327-2019	
VALOR TOTAL PROYECTO	\$1.464.009.026,00
VALOR FACTURADO A LA FECHA POR EL CONTRATISTA	\$0

13. ANTECEDENTES

- La Empresa Caucana de servicios públicos EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. adelanto licitación pública No. 9 de 2019, la cual tuvo por objeto contratar la siguiente obra: "CONSTRUCCIÓN DE 101 UNIDADES SANITARIAS CON SISTEMA DE TRATAMIENTO PARA VIVIENDA RURAL DISPERSA DE LAS VEREDAS SAMANGO, EL ALTO, LAGUNA NEGRA, LOMA GRANDE Y LOS CORREGIMIENTOS DE SANTIAGO, VENECIA, PARAMILLOS, EL ROSAL Y VALENCIA DEL MUNICIPIO DE SAN SEBASTIÁN-"
- Por medio de resolución No 168 del 22 de octubre de 2019 se adjudicó el contrato a la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA-

CODENCO, por ser la propuesta más favorable para la entidad de conformidad al pliego de condiciones definitivo.

- c. Se celebró El Contrato de obra No. 327 del 20 de noviembre de 2019, cuyo objeto es "CONSTRUCCIÓN DE 101 UNIDADES SANITARIAS CON SISTEMA DE TRATAMIENTO PARA VIVIENDA RURAL DISPERSA DE LAS VEREDAS SAMANGO, EL ALTO, LAGUNA NEGRA, LOMA GRANDE Y LOS CORREGIMIENTOS DE SANTIAGO, VENECIA, PARAMILLOS, EL ROSAL Y VALENCIA DEL MUNICIPIO DE SAN SEBASTIÁN", por un valor de \$1.464.009.026,00, entre EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA-CODENCO.
- d. El plazo pactado del contrato fue de cinco (05) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, lo cual tuvo lugar el día 15 de marzo de 2021, previéndose fecha de término el 14 de agosto 2021.
- e. Se firmó acta de suspensión el día 5 de mayo de 2021, es decir del plazo contractual, transcurrieron 51 días desde el acta de inicio hasta la fecha de suspensión, quedando por ejecutar 99 días del plazo pactado.
- f. El día 4 de agosto se firmó acta de reinicio No. 01, es decir el contrato tiene termino de ejecución hasta el día 11 de noviembre de 2021; teniendo presente que le faltan por ejecutar 73 días hasta el corte de este informe, que es el día 30 de agosto de 2021.
- g. El día doce (12) de agosto de 2021, se realizó socialización en la alcaldía municipal de San Sebastián, presidida por la administración municipal, Emcaservicios, el Contratista, la interventoría y comunidad en general, con el compromiso de que las obras objeto del contrato se iniciarían a los días subsiguientes.

II. HECHOS

II.1 HECHOS EN MATERIA DE ATRASOS Y EQUIPO MÍNIMO:

1. La Interventoría desde la firma del contrato requirió tanto al ente contratante, administración municipal y contratista, aterrizar inicialmente el listado definitivo de los diferentes beneficiarios; situación que fue superada en diferentes reuniones la segunda semana del mes de marzo de 2021, mediante comunicado NOR-123-331-09 del 10 de marzo de 2021. Se envía al contratista el listado definitivo, para posteriormente firmar acta de inicio el 15 de marzo de 2021.
2. El 13 de abril de 2021, se remite el oficio NOR-123-331-11, con el fin de recordarle al contratista sus diferentes incumplimientos en entrega de los documentos iniciales, y recordándole todas y cada una de las obligaciones contractuales, entre ellas la de las multas y sanciones por el no inicio efectivos de las labores en cada una de los frentes de trabajo
3. Se han enviado también otros oficios recordándole al contratista sobre sus obligaciones y deberes contraídos en el contrato de obra, con copia al ente contratante. NOR-123-331-13, NOR-123-331-14, NOR-123-331-16, NOR-123-331-17
4. A la fecha, 30 de agosto 2021, la obligación contractual de inicio efectivo de obras no la ha ejecutado, teniendo un avance de obra cero (0) en cada uno de los frentes de trabajo, sin dar aviso o razón válida alguna sobre esta situación. Evidenciándose el no cumplimiento de las obligaciones contractuales, tanto en obra como administrativamente.
5. Se llevan 77 días transcurridos del contrato de los 150 días pactados, es decir se han consumido el 51,33% del tiempo contractual con un avance efectivo en obra del cero (0%) por ciento. Con fecha de corte del 30 de agosto de 2021.
6. La interventoría entregó a EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., el informe mensual UNO correspondiente, al 15 de marzo al 5 de mayo 2021, fecha de suspensión del contrato donde deja constancia del constante atraso de obra por parte del CONTRATISTA y de esta situación del contrato.
7. De acuerdo con la información recibida por esta Interventoría en mesa de trabajo del día 14 de

septiembre de 2021, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P recibió un oficio de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN), en el cual le informó que ordenaba el embargo de dineros en contra del CONTRATISTA en un valor que casi triplica el valor total del Contrato (Resolución de embargo No 20200223000027 del 6 de octubre de 2020, Dirección Regional de Tunja, por valor de \$2.954.345.000,00), y respecto de lo cual el CONTRATISTA manifestó no haber encontrado solución alguna para estar a paz y salvo con la DIAN ni para continuar adelantando las obras del Contrato.

8. El presente Informe se rinde considerando que el CONTRATISTA no ha presentado ningún avance desde el reinicio del Contrato (4 de agosto de 2021), que ha abandonado las obras pues ya no se encuentra recursos humanos ni físicos en campo, que tiene una orden de embargo de la DIAN superior al valor del Contrato, que no se tiene ningún compromiso de su parte para cumplir con la obra, y que en el plazo que resta no será posible su ejecución completa sin materiales ni personal, como es la situación actual del Proyecto.
9. Tomando como base el valor total del Contrato de Obra (\$1.464.009.026,00), para un total de 101 baterías, el valor promedio por batería correspondería a \$14.495.138,87; calculando el % de atraso que es del 51,33%, correspondientes a \$751.475.833,00. Acorde con lo anterior, y estando próximos al vencimiento del plazo contractual (11 de noviembre de 2021), se evidencia un incumplimiento definitivo de este Contrato.

II.II HECHOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA Y LABORAL

10. El Contratista ha omitido su deber de entregar los documentos administrativos y laborales establecidos en el Contrato, tales como la afiliación de personal de obra al sistema salud, pensión y riesgos profesionales.
11. El Contratista nunca presentó las afiliaciones a salud y riesgos laborales de los maestros de obra ni del personal de campo, como tampoco las planillas de pago de seguridad social.
12. El Contratista nunca presentó informes mensuales, la bitácora de obra, ni instaló la valla informativa.
13. La Interventoría ofició al contratista con relación a los anteriores incumplimientos en oficios NOR-123-331-12 del 9 de abril de 2021, NOR-123-331-13 del 23 de abril de 2021, NOR-123-331-14 4 de mayo de 2021, NOR-123-331-16 25 junio 2021, NOR-123-331-17 del 13 de julio 2021.
14. Considerando que el Contratista desde el Inicio del Contrato no ha respondido ninguno de los requerimientos efectuados, no ha tenido ningún avance en campo, retiró sus recursos humanos y físicos de la obra, sumado al embargo que la DIAN emitió en contra suya por un valor superior al valor del presente Contrato, se estima que el Contratista no atenderá las obligaciones indicadas en el presente capítulo y que se presenta un incumplimiento definitivo del mismo.

III. CLÁUSULAS CONTRACTUALES INCUMPLIDAS POR EL CONTRATISTA

III.I. A partir de lo indicado en el numeral II.II HECHOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA Y LABORAL, se evidencia un incumplimiento del Contratista a las obligaciones contractuales contenidas en las siguientes cláusulas:

CLÁUSULA QUINTA - 5.1. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:

5.1.1 OBLIGACIONES GENERALES: EL CONTRATISTA se obliga para con EMCASERVICIOS a:

1) Cumplir con el objeto de este contrato de conformidad con lo requerido por la entidad y en el Plazo estipulado.

(...)

5.1.1. (sic) OBLIGACIONES ESPECIALES:

EL CONTRATISTA se obliga de manera especial para con EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. a:

1. *Ejecutar las obras de conformidad con el proyecto viabilizado por el Mecanismo de Viabilización Regional, los estudios previos y pliegos definitivos elaborados por EMCASERVICIOS S.A. E.S.P y la propuesta presentada por el CONTRATISTA.*

2. *Cumplir con todas las obligaciones consignadas en el pliego de condiciones definitivo.*

4. *Acatar las ordenes y sugerencias escritas realizadas por la Interventoría.*

PLIEGO DE CONDICIONES:

CAPITULO VI. 6.2.1.1. Equipo mínimo. *Durante el plazo de ejecución del contrato, el contratista se obliga a mantener el equipo necesario para ejecutar las obras.*

6.2.1.2. Otro personal del Contratista. *Además del personal solicitado en el presente pliego de condiciones, el contrista deberá emplear personal idóneo y calificado, de manera que la obra se realice en forma técnica y eficiente. Dicho personal deberá ser fácilmente identificable por la interventoría, cuando esta requiera de alguna acción especial del personal a su mando. La cual será de su acatamiento.*

(...) Equipo de trabajo (290 puntos)

Durante la ejecución del contrato, el proponente deberá mantener el siguiente equipo de trabajo mínimo:

PROFESIONAL

INGENIERO DIRECTOR DE OBRA (...)

INGENIERO RESIDENTE DE OBRA

INSPECTOR DE OBRA (...)

INGENIERO AMBIENTAL (...)

PROFESIONAL O TECNÓLOGO EN SALUD OCUPACIONAL (...)

TRABAJADOR SOCIAL (...)

III.II. A partir de lo indicado en el numeral II.I HECHOS EN MATERIA DE ATRASOS Y EQUIPO MÍNIMO, se evidencia un incumplimiento del Contratista a las obligaciones contractuales contenidas en las siguientes cláusulas:


CLÁUSULA QUINTA - 5.1. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:

5.1.1 OBLIGACIONES GENERALES: *EL CONTRATISTA se obliga para con EMCASERVICIOS a: (...)*

2) *Dar cabal cumplimiento a sus obligaciones frente al sistema de seguridad social y parafiscales, de acuerdo a la normatividad vigente.*

5.1.1. OBLIGACIONES ESPECIALES:

EL CONTRATISTA se obliga de manera especial para con EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. a:

	<p align="center">PROCESO COMUNICACIÓN ESTRATÉGICA</p> <p align="center">RESOLUCIÓN No . . . 63</p>	<p align="center">22</p>
--	---	---------------------------------

5. Cumplir con las normas de seguridad social, aportes parafiscales, laborales y de seguridad industrial en relación con sus trabajadores.

7. Suministrar toda la información requerida por EMCASERVICIOS para efectos de rendir informes ante el Ministerio de vivienda, ciudad y territorio o ante los organismos de control, siguiendo para el efecto los formatos indicados según corresponda.

8. Adoptar todas las medidas de seguridad para evitar la producción de accidentes a trabajadores o terceros.

10. Instalar una valla informativa de realización de la obra de conformidad con el modelo suministrado por EMCASERVICIOS.

13. Llevar la bitácora de obra.

14. Elaborar antes de iniciar trabajos y la entrega de obras un acta de vecindad (con fotografías anexas) en la cual se precise detalladamente el estado actúa de vías, edificaciones y demás elementos existentes en la vecindad directa del proyecto, acta que deberá se suscrita con el INTERVENTOR Y los propietarios de los predios vecinos.

IV. PERJUICIOS - TASACIÓN DE SANCIÓN PENAL PECUNIARIA

De acuerdo con lo indicado en los HECHOS del presente Informe, y en especial, considerando que el Contratista no hizo ninguna entrega definitiva de las 101 unidades sanitarias del Contrato, estando próximos al vencimiento del plazo contractual, se evidencia un incumplimiento definitivo del Contrato, razón por la cual la Interventoría solicita que surtido el proceso sancionatorio correspondiente, se imponga al Contratista la cláusula penal prevista en el Contrato, por valor de DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS CON VEINTE CENTAVOS. (\$ 292.801.805,20):

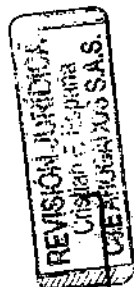
CLAUSULA DECIMA SEGUNDA. CLAUSULA PENAL: En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento (total o parcial, sea en la etapa de ejecución o de liquidación), EMCASERVICIOS exigirá al contratista a título de cláusula penal una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, pena que se pacta por mero retardo y sin perjuicio del cumplimiento de la obligación principal. PARAGRAFO: El contratista renuncia expresamente a cualquier requerimiento judicial o extrajudicial para efectos de ser constituido en mora el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en el presente contrato."

V. CONCLUSIONES

Por lo expuesto, esta Interventoría insiste a EMCASERVICIOS S.A. E.S.P en que, de inicio al procedimiento administrativo sancionatorio establecido por la ley, siendo el presente documento nuestra actualización al informe entregado al ente contratante en oficio NOR-123-331-13 de fecha 23 de abril de 2021. donde se adjuntaron informes mensuales que evidenciaban los atrasos.

VI. PRUEBAS Y ANEXOS

Como soporte probatorio del presente documento, esta interventoría anexa al Informe los oficios nombrados en el capítulo de HECHOS del presente documento, así como copia de correos enviados, registro fotográfico del proyecto, informes de interventoría mensuales, Programación de Obra entregada por el contratista en Excel, y Resolución de embargo No 20200223000027 emitida por la DIAN."



4. El contrato 327 de 2019 fue amparado por la póliza de cumplimiento No. 980-47-994000012286 expedida por la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, en los amparos de cumplimiento, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y de estabilidad y calidad de la obra.

1.2 DESCARGOS

El 19 de octubre de 2021 inició la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, diligencia para la cual fue citado el contratista y la compañía aseguradora, por lo cual se procedió a realizar el acta de audiencia, observando que ni el representante legal del contratista o su apoderado, ni el representante o apoderado de la compañía aseguradora, se hicieron presentes, así como tampoco presentaron comunicación justificando su inasistencia. A la audiencia se presentó por parte de Interventoría (NORMALIZAR INGENIERIA S.A.S.) el señor TITO JAVIER POTOSI POMELO. Situación de la cual se dejó constancia en el acta, la cual reposa en el expediente.

El señor Gerente General de EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. manifiesta a los asistentes a la audiencia que ante la no comparecencia del contratista o su apoderado ni de la Compañía Aseguradora o su apoderado, se verificará lo relativo al envío y recibo de las respectivas citaciones con la unidad de correspondencia de la entidad. Como quiera que las citaciones solo fueron enviadas al correo electrónico de los citados, se dispondrá a remitirlas nuevamente por correo certificado, adjuntando la constancia de recibido al expediente, lo anterior quedó consignado en acta de audiencia.

Es así que el 19 de octubre de 2019, se remiten nuevamente al contratista y la Compañía Aseguradora las citaciones que fueron enviadas mediante empresa de mensajería SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. con número de guía RA341028908CO y RA341028939CO, citación que también fue enviada a los correos electrónicos sistemas@codenco.com, gerencia@codenco.com, vramirez@solidaria.com.co, notificaciones@solidaria.com.co donde se dispuso como fecha de audiencia el día martes veintiséis (26) de octubre de 2021, a las 9:00 a.m.

La audiencia se llevó a cabo en la fecha señalada por la entidad en las citaciones, a la cual comparecieron TITO JAVIER POTOSI POMELO, Ingeniero residente de Interventoría (NORMALIZAR INGENIERIA S.A.S.), por GOOGLE MEETS asistieron JOSE ANTONIO ALVARES DELGADO, representante legal de CODENCO, contratista, GERMAN LONDOÑO GIRALDO, en calidad de apoderado de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, a quien se le reconoció personería en la audiencia en los términos del poder a él conferido, también compareció la ingeniera KARINA BETANCOURT, asesora del contratista. Se permitió la asistencia de manera virtual, al contratista, al apoderado de la aseguradora en atención a su solicitud.

Una vez el Gerente General de EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. terminó de exponer las circunstancias de hecho que motivaron la actuación y para efectos de que presentaran sus descargos y aportaran o solicitaran las pruebas que consideraran necesarias para el ejercicio de su defensa, le concedió la palabra al apoderado del contratista, CODENCO, quien a su vez solicitó la Intervención de la ingeniera KARINA BETANCOURT, quien participó en la audiencia en calidad de asesora del contratista, manifestando: *"Lo que nos lleva a este punto es el embargo de la DIAN. Una vez supimos de este embargo, solicitamos la cesión del contrato, de éste y de los otros contratos donde participaba. Nosotras somos socios en la ejecución de las obras, somos quienes realizamos inversión para las obras, pero con el embargo se pone en riesgo la parte patrimonial del contratista. En marzo de 2021 solicitamos la cesión de otro contrato PTAR BALBOA, del cual solo se ha cobrado el 10% pero se ha ejecutado cerca del 75%, por ende, es una situación alarmante. Tenemos casos en la Gobernación donde sí hemos logrado la cesión de los contratos, para tener la certeza que los recursos no se van a ir a un*

embargo. En EMCASERVICIOS ha sido la única entidad donde no se ha aceptado la cesión. Hace unos dos meses nos reunimos con las directivas de EMCASERVICIOS y dentro de esa reunión quedamos que íbamos a pasar una solicitud de suspensión para esos contratos mientras la entidad tenía tiempo para ver la solución y la respuesta a la cesión, para poder continuar con la ejecución. Se envió a la interventoría la solicitud, pero ésta lo negó, llevándonos a este camino. La interventoría tiene pleno conocimiento de lo que está pasando con CODENCO, que tenemos toda la voluntad y la capacidad de ejecutar el proyecto, pero para ello se requiere la cesión. No entendemos por qué no se acepta la cesión, cuando otras entidades sí lo han permitido. Muestra de que si queremos hacer las cosas en el contrato de BALBOA, donde se ha ejecutado el 70% pero no hemos podido hacer el cobro". El apoderado del contratista concluyó la intervención manifestando: "El hecho del embargo por orden de la DIAN, es algo sobreviniente, porque el embargo no proviene de incumplimiento de obligaciones tributarias sino de sanciones de otro tipo. Las actuaciones administrativas se rigen entre otros por el principio de economía. En tal virtud CODENCO solicitó la cesión del contrato, la cual no está prohibida, el contrato lo permite, y hay que dejar claro que, si bien la interventoría dice que no la autoriza, no son ellos los llamados a hacerlo, sino EMCASERVICIOS. Por esto solicitamos que se suspenda la diligencia, nosotros nos dirigimos a Popayán a entablar conversaciones tendientes a facilitar la cesión del contrato".

El apoderado de la Compañía Aseguradora Solidaria, manifestó: "no se están exponiendo situaciones de incumplimiento intencionado sino de una situación sobreviniente para el contratista. Esta garante solicita que escuche y valore lo que dice el contratista, que tiene su sustento legal y constitucional, en el sentido que la entidad cumple sus fines con esos contratos, y que cuando se sanciona teniendo la posibilidad para favorecer la ejecución no está cumpliendo esos fines. Se podría valorar la solicitud de cesión, en ese sentido, se solicita que se valore la solicitud de cesión".

La audiencia fue suspendida y se fijó como fecha para su continuación el cinco (5) de noviembre de 2021 a las 2: 30 p.m., a través de comunicado de fecha 04 de noviembre de 2021, se reprogramó la continuación de la audiencia para el miércoles diez (10) de noviembre de 2021, a las 4:00 p.m. por situaciones de atención de compromisos de Gerencia.

El día diez (10) de noviembre de 2021, en el trámite administrativo, el Gerente General de EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. emitió el auto N° 1, mediante el cual dispuso:

PRIMERO: Incorpórese al proceso los siguientes documentos:

- Solicitud de Cesión del contrato N° 327 de 2019, presentada por ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA – CODENCO, el día 15 de octubre de 2021.
- Respuesta a la solicitud de Cesión del contrato N° 327 de 2019, emitida por el ingeniero RUBEN DARIO SANTACRUZ, supervisor del contrato.

SEGUNDO: Correr traslado de los documentos antes mencionados, a la Compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, y al contratista ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA – CODENCO, por el término de tres días hábiles, para que se pronuncien sobre los mismos, si lo estiman pertinente.

TERCERO: Reprogramar la continuación de la audiencia, para garantizar el anterior término. La fecha de la diligencia será comunicada con la debida antelación.

Mediante oficio de fecha 10 de noviembre de 2021, se informó al contratista CODENCO y a la Compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, la reprogramación de la audiencia en atención a lo ordenado en el Auto N° 1, el cual se les comunico a ellos, la audiencia quedó reprogramada para el día dieciséis (16) de noviembre de 2021 a las 2:30 p.m.

REVISIÓN: RUBEN DARIO SANTACRUZ
C.A. A.S. E. P. M. S.A.S.
CODENCO

	<p align="center">PROCESO COMUNICACIÓN ESTRATÉGICA</p> <p align="center">RESOLUCIÓN No . . 63</p>	<p align="center">22</p>
--	---	---------------------------------

El día trece (13) de octubre de 2021, son allegados los documentos que se ordenaron en el Auto N°1, como son: Solicitud de Cesión del contrato N° 327 de 2019, presentada por ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA – CODENCO el día 15 de octubre de 2021 y Respuesta a la solicitud de Cesión del contrato N° 327 de 2019, emitida por el Ingeniero RUBEN DARIO SANTACRUZ, supervisor del contrato de interventoría, de los cuales se le corrió traslado al contratista CODENCO y a la Compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, sin que se presentara ninguna observación a los documentos remitidos.

Mediante correo electrónico de fecha 16 de noviembre de 2021, con radicado interno 202100030018481, el apoderado de la Compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, solicitó la reprogramación de la continuación de la audiencia programada para el dieciséis (16) de noviembre de 2021, a las 2:30 p.m., manifestando que se encontraba citado para la misma fecha a las 3:00 p.m. a otra audiencia dentro de un proceso administrativo sancionatorio por la Alcaldía de Arauca que le impedían su asistencia, solicitud que la entidad aceptó y le indicó que la reprogramación de la audiencia sería debidamente comunicada con antelación al correo por el informado, lo mismo se le informó al contratista.

El día 22 de febrero de 2022, el Despacho le solicitó a la señora LILIANA ELES MOLINA, representante legal de la Interventoría remitiera con destino al proceso por presunto incumplimiento que se estaba llevando al contrato de obra N° 327 de 2019, actualización del Informe de Interventoría con corte a la fecha de terminación del mismo, toda vez, que el presentado al inicio del proceso se encontraba con corte dentro del plazo de ejecución del contrato, como quiera que con posterioridad ocurrió el vencimiento de dicho plazo, se hacía necesario determinar si a dicha fecha se había o no consolidado el incumplimiento contractual.

El día veintiocho (28) de febrero de 2022, se allegó al proceso por parte de Interventoría el informe actualizado del presunto incumplimiento del contrato de obra N° 327 de 2019 del cual se corrió traslado al contratista y a la compañía aseguradora por el termino de cinco (5) días, sin que ninguno allegará ninguna objeción al informe. En el informe se manifiesta que, a la fecha del vencimiento del plazo del contrato de obra, el contratista CODENCO no respondió ninguno de los requerimientos efectuados por la interventoría quien no identificó ningún avance en campo puesto que el contratista retiró sus recursos humanos y físicos de la obra, presentando un incumplimiento definitivo del mismo.

1.3 PRUEBAS

Se tienen como pruebas dentro del proceso administrativo los siguientes documentos conocidos tanto por el contratista como su garante:

- Informe de presunto incumplimiento presentado por la interventoría NORMALIZAR INGENIERIA S.A.S., de fecha 17 de septiembre de 2021 con radicado N° 202100070014531, en veinte (20) follos.
- Informe actualizado de interventoría de fecha 28 de febrero de 2022, en cuatro (4) follos.

2. CONSIDERACIONES JURIDICAS

2.1 EL INCUMPLIMIENTO EN MATERIA CONTRACTUAL

Los contratos debidamente celebrados, son obligatorios para las partes (art. 1602 C.C.), las cuales, deben cumplir de manera estricta y oportuna las obligaciones pactadas en aquellos, obligaciones que pueden ser de dar, hacer o no hacer, según la tipología contractual y el extremo de la relación negocial que le corresponda a un sujeto determinado.



	<p>PROCESO COMUNICACIÓN ESTRATÉGICA</p> <p>RESOLUCIÓN No . . 63</p>	<p>22</p>
--	---	-----------

Dicho lo anterior, no se requiere de mayor esfuerzo para efectos de concluir que se presenta incumplimiento cuando se presenta una de las siguientes situaciones (art. 1613 C.C.):

1. La prestación no se ejecuta;
2. La prestación se ejecuta tardíamente; o
3. La prestación se ejecuta defectuosamente.

Al presentarse cualquiera de las situaciones constitutivas de incumplimiento, se configura la mora debitoria siempre que se hubiere vencido el plazo pactado o el deudor hubiere sido reconvenido si no existiere tal plazo (art. 1608 C.C), surgiendo para el acreedor de la obligación el derecho a obtener la resolución del contrato o su cumplimiento (art. 1546 C.C.) con indemnización de perjuicios en los dos casos, perjuicios que se deben desde que el deudor se constituyó en mora (art. 1615 C.C.).

En los contratos estatales se aplican las anteriores disposiciones del derecho privado por remisión expresa del artículo 13 de la ley 80 de 1993 al no existir regulación propia en éste estatuto especial.

2.1.1 EL INCUMPLIMIENTO DE ADMINISTRACION PUBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA - CODENCO.

Descendiendo al caso concreto, se encuentra probado que el 20 de noviembre de 2019 fue perfeccionado el contrato de obra N° 327 de 2019 entre EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., y el contratista ADMINISTRACION PUBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA - CODENCO, cuyo objeto es "EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. A REALIZAR LA CONSTRUCCIÓN DE 101 UNIDADES SANITARIAS CON SISTEMAS DE TRATAMIENTO PARA VIVIENDA RURAL DISPERSA DE LAS VEREDAS SAMANGO, EL ALTO, LAGUNA NEGRA, LOMA GRANDE Y LOS CORREGIMIENTOS DE SANTIAGO, VENECIA, PARAMILLOS, EL ROSAL Y VALENCIA DEL MUNICIPIO DE SAN SEBASTIÁN."

En el contrato de obra N° 327 de 2019 se pactó un plazo de cinco meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución.

La ejecución del contrato inició el 15 de marzo de 2021, tal como se evidencia en la respectiva acta de inicio suscrita entre CONTRATISTA, INTERVENTOR Y SUPERVISOR.

El artículo 86 de la ley 1474 de 2011 consagró un procedimiento administrativo especial para efectos de imponer las sanciones contractuales, procedimiento que exige para su iniciación contar con el respectivo informe de supervisión o Interventoría. En el presente caso, el informe de supervisión fue presentado el 17 de septiembre de 2021 por la señora LILIANA ELLES MOLINA, representante legal de NORMALIZAR INGENIERIA S.A.S., en calidad de interventoría del contrato, en donde determina un incumplimiento total del contrato informe de Interventoría que es la génesis del presente procedimiento y del cual se corrió traslado al contratista y a la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA (documento adjunto a la citación).

En el informe de presunto incumplimiento, de fecha 17 de septiembre de 2021, suscrito por la señora LILIANA ELLES MOLINA, representante legal de NORMALIZAR INGENIERIA S.A.S., se manifiesta que el contratista no hizo ninguna entrega definitiva de las 101 unidades sanitarias del contrato, estando próximos al vencimiento del plazo contractual, se evidencia un incumplimiento definitivo del contrato, razón por la cual la interventoría solicita que surtido el proceso sancionatorio correspondiente, se imponga al contratista la cláusula penal prevista en el contrato, por valor de DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL OCHOCIENTOS CIONCO PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$292.801.805,20).

En el informe actualizado de interventoría de fecha 28 de febrero de 2022, se manifiesta que una vez transcurridos los 150 días pactados, con un avance efectivo en obra del cero por ciento (0%) con fecha de corte del 11 de noviembre de 2021.


Lo anterior bastaría para establecer que, en el presente caso, el contratista no ejecutó las prestaciones a su cargo, razón por la cual incurre en el incumplimiento del contrato, con las consecuencias que ello acarrea. Sin embargo, se debe también analizar los descargos presentados tanto por el contratista como la compañía aseguradora, para efectos de arribar a una conclusión ajustada a derecho.

El contrasta a través de su apoderado manifestó: "El hecho del embargo por orden de la DIAN, es algo sobreviniente, porque el embargo no proviene de incumplimiento de obligaciones tributarias sino de sanciones de otro tipo. Las actuaciones administrativas se rigen entre otros por el principio de economía. En tal virtud CODENCO solicitó la cesión del contrato, la cual no está prohibida, el contrato lo permite, y hay que dejar claro que, si bien la interventoría dice que no la autoriza, no son ellos los llamados a hacerlo, sino EMCASERVICIOS. Por esto solicitamos que se suspenda la diligencia, nosotros nos dirigimos a Popayán a entablar conversaciones tendientes a facilitar la cesión del contrato".

Igualmente, el contratista, mediante su representante y asesores señaló: "Lo que nos lleva a este punto es el embargo de la DIAN. Una vez supimos de este embargo, solicitamos la cesión del contrato, de éste y de los otros contratos donde participaba. Nosotros somos socios en la ejecución de las obras, somos quienes realizamos inversión para las obras, pero con el embargo se pone en riesgo la parte patrimonial del contratista. En marzo de 2021 solicitamos la cesión de otro contrato PTAR BALBOA, del cual solo se ha cobrado el 10% pero se ha ejecutado cerca del 75%, por ende, es una situación alarmante. Tenemos casos en la Gobernación donde sí hemos logrado la cesión de los contratos, para tener la certeza que los recursos no se van a ir a un embargo. En EMCASERVICIOS ha sido la única entidad donde no se ha aceptado la cesión. Hace unos dos meses nos reunimos con las directivas de EMCASERVICIOS y dentro de esa reunión quedamos que íbamos a pasar una solicitud de suspensión para esos contratos mientras la entidad tenía tiempo para ver la solución y la respuesta a la cesión, para poder continuar con la ejecución. Se envió a la interventoría la solicitud, pero ésta lo negó, llevándonos a este camino. La interventoría tiene pleno conocimiento de lo que está pasando con CODENCO, que tenemos toda la voluntad y la capacidad de ejecutar el proyecto, pero para ello se requiere la cesión. No entendemos por qué no se acepta la cesión, cuando otras entidades sí lo han permitido. Muestra de que si queremos hacer las cosas en el contrato de BALBOA, donde se ha ejecutado el 70% pero no hemos podido hacer el cobro". El apoderado del contratista concluyó la intervención manifestando: "El hecho del embargo por orden de la DIAN, es algo sobreviniente, porque el embargo no proviene de incumplimiento de obligaciones tributarias sino de sanciones de otro tipo. Las actuaciones administrativas se rigen entre otros por el principio de economía. En tal virtud CODENCO solicitó la cesión del contrato, la cual no está prohibida, el contrato lo permite, y hay que dejar claro que, si bien la interventoría dice que no la autoriza, no son ellos los llamados a hacerlo, sino EMCASERVICIOS. Por esto solicitamos que se suspenda la diligencia, nosotros nos dirigimos a Popayán a entablar conversaciones tendientes a facilitar la cesión del contrato".

De las intervenciones del contratista, se puede destacar dos cosas: a) que efectivamente existe un incumplimiento contractual, es decir, una inexecución de las obligaciones a cargo del contratista y b) que, en opinión del contratista, dicho incumplimiento se justifica o al menos, encuentra explicación en un embargo ordenado por la DIAN en su contra, aspecto que limita su capacidad financiera para continuar con la ejecución contractual.

No existe duda entonces sobre el incumplimiento por parte del contratista, el cual se verifica con la inexecución total del contrato. Es decir, se encuentra probado, mediante los informes de interventoría y la propia versión del contratista, que no se ejecutó en ninguna medida el contrato en cuestión. Lo que resta por verificar, es si en el presente caso, existe alguna justificación o eximente de responsabilidad

	<p align="center">PROCESO COMUNICACIÓN ESTRATÉGICA</p> <p align="center">RESOLUCIÓN No . . 63</p>	<p align="center">22</p>
--	---	---------------------------------

para el incumplimiento del contratista o si por el contrario, el referido incumplimiento resulta atribuible al contratista y en consecuencia, se deben aplicar las sanciones establecidas en el contrato.

Es este sentido se puede evidenciar que desde el inicio de la relación contractual, la interventoría requirió consistentemente al contratista con el fin de que se entregara documentos necesarios que permitieran dar inicio al contrato de obra, recordándole al contratista sus obligaciones contractuales, entre ellas el inicio efectivo de las labores en cada una de los frentes de trabajo, una vez se tuvieron dichos documentos se pudo suscribir el 15 de marzo de 2021 el acta de inicio, pero se observa que a fecha 30 de agosto de 2021, la obligación contractual de inicio efectivo de obras no la ejecutaron, teniendo para esa fecha un avance de obra de cero (0) por ciento en cada uno de los frentes de trabajo, sin que el contratista diera una razón válida para lo que estaba sucediendo.

El apoderado del contratista CODENCO, manifiesta que el hecho del embargo por orden de la DIAN, es algo sobreviniente, porque el embargo no proviene de incumplimiento de obligaciones tributarias sino de sanciones de otro tipo, sin embargo, cabe preguntarse: ¿sobreviniente a que?, si desde la suscripción del acta de inicio hasta la notificación de embargo por la DIAN, el contratista no había presentado ninguna acta parcial que acreditara el avance de la obra, situación que se mantuvo hasta la terminación del contrato por vencimiento del plazo.

En este contexto es fácil concluir que la orden de embargo emitida por la DIAN en contra del contratista no resultó determinante en el incumplimiento analizado, toda vez que, desde antes de conocerse dicha orden, el contratista ya venía presentando atrasos, no parciales, no en determinados aspectos de la obra o respecto de determinadas obligaciones únicamente, sino un atraso total en la ejecución contractual, como quiera que ni antes de la orden de embargo, ni después de ésta, presentó acta parcial alguna que acreditara su ejecución en la obra.

El contratista plantea como solución a la situación de incumplimiento, la cesión del contrato, aspecto que claramente demuestra su intención de no ejecutar, sino de sustituirse para que sea otro el contratista que ejecute la obra. Esta solución, además de premiar la negligencia de CODENCO que originó retrasos en la ejecución, incluso anteriores de la orden de embargo, significaría también un fraude a la orden emitida por la DIAN, pues permitiría evadir el cumplimiento de la obligación cuya ejecución pretende garantizar el embargo, toda vez que, cualquier dinero causado a su favor derivado del contrato, no sería cobrado por este sino por el eventual cesionario.

Al analizar los documentos a los cuales hace referencia el contratista, como son la solicitud de cesión del contrato de obra N° 327 de 2019, se evidencia que la solicitud es de fecha 13 de octubre de 2021, cuando ya faltaban 28 días para el vencimiento del plazo contractual, aunado a ello, la solicitud fue allegada a la entidad sin los debidos soportes, lo que obligó al supervisor del contrato de interventoría a responder la solicitud mediante oficio de fecha 5 de noviembre de 2021 con radicado interno 202100050016362, en el sentido de informarle al contratista que una vez revisada la solicitud se evidenciaba que a la misma no se aportaban los documentos que acreditaban la capacidad técnica, jurídica y financiera del cesionario, por ende se le requirió allegar estos documentos con el fin de que la entidad evaluara la procedencia de la cesión y de esta manera poder dar una respuesta de fondo a la solicitud, pero el contratista CODENCO nunca allegó lo solicitado a la entidad. Es por ello, entre otras razones, que la entidad ha desechado esta alternativa como una solución válida al problema planteado por el contratista.

Después de reiniciado el contrato de obra N° 327 de 2019, esto es el 4 de agosto de 2021, el contratista CODENCO, abandonó las obras, aspecto que fue informado por la interventoría, quien indicó que ya no se encontraban en campo recursos humanos ni físicos que demostraran la continuación de la ejecución de las obras por parte del contratista, lo cual que ratifica la intención de CODENCO de no ejecutar obra alguna.

Frente a este panorama, para este Despacho es claro que, en el presente caso, el contrato de obra N° 327 de 2019, terminó por vencimiento del plazo el día 11 de noviembre de 2021, fecha en la cual el avance de obra fue de cero (0%) por ciento, como lo indica la interventoría en su informe N° NORM-123-331-25 de fecha 28 de febrero de 2022. Es decir, se consolidó el incumplimiento total del contrato por parte del contratista.

Adicionalmente, no cabe duda que las razones del incumplimiento son plenamente atribuibles al contratista, sin que exista ninguna causal eximente de responsabilidad, por el contrario, se evidencia negligencia desde el inicio mismo del contrato, la cual ha sido puesta de presente por la interventoría mediante los reiterados requerimientos por retrasos en la ejecución e incumplimientos relativos al personal a emplear en la obra, entre otros aspectos.

Al respecto el artículo 63 del Código Civil señala:

"ARTICULO 63. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.


El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro." (Resaltado propio)

Es claro entonces que el incumplimiento aquí estudiado resulta atribuible a la culpa grave del Contratista, porque, pese a los requerimientos de la interventoría, nunca presentó avances en la ejecución de la obra, ni antes ni después del embargo de la DIAN.

2.2 LAS SANCIONES PACTADAS EN EL CONTRATO / TASACION DE LA SANCION

Como quedó expuesto en este acto, el plazo de ejecución del contrato de obra N° 327 de 2019 se encuentra vencido, siendo procedente la declaratoria de incumplimiento y la efectividad de la cláusula penal (art. 17 Ley 1150/07 y 86 Ley 1474 de 2011) y de las garantías pactadas, potestades exorbitantes que proceden una vez terminado el contrato.

Por lo expuesto anteriormente y teniendo en cuenta que el contrato de obra N° 327 de 2019 se incumplió en un 100%, es procedente la imposición de la cláusula penal pactada en el contrato, la cual reza:

	<p>PROCESO COMUNICACIÓN ESTRATÉGICA</p> <p>RESOLUCIÓN No . . . 63</p>	<p>22</p>
--	---	-----------

"En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento (total o parcial, sea en la etapa de ejecución o de liquidación), EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. exigirá al contratista a título de cláusula penal una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, pena que se pacta por el mero retardo y sin perjuicio del cumplimiento de la obligación principal.

El contratista renuncia expresamente a cualquier requerimiento judicial o extrajudicial para efectos de ser constituido en mora por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en el presente contrato." (subrayado es propio).

La cláusula penal establece una pena del 20% del valor del contrato, por el incumplimiento, sin distinguir si éste puede ser parcial o total, es decir, sin aplicación de la proporcionalidad. En el presente caso, el incumplimiento fue del 100%, lo cual da lugar a la imposición de una pena del 20% del valor del contrato.

El contrato tiene un valor de MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES NUEVE MIL VEINTISEIS PESOS (\$1.464.009.026), valor que, en caso de incumplimiento total, arroja una pena de DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$292.801.805.20) que corresponde al 20% del valor del contrato.

Por su parte el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 consagra la facultad expresa conferida a las entidades estatales sujetas al Estatuto General de Contratación de declarar el incumplimiento con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal, al respecto señala la norma:

"En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato." (negrilla y subrayado es propio).

2.3 EFECTIVIDAD DE LAS GARANTÍAS

Finalmente debe considerarse la efectividad de las garantías pactadas en el contrato de obra N° 327 de 2019, las cuales se imponen de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto 1082 de 2015, norma vigente para EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. al momento de la celebración del contrato.

Al respecto se observa que el contratista fue tomador de la póliza de cumplimiento N° 980 - 47 - 994000012286 de fecha 3 de diciembre de 2019 expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia, póliza que ampara el a) cumplimiento del contrato con un valor asegurado de \$292.801.805.20 y con vigencia del 3 de diciembre de 2019 al 3 de septiembre de 2020, b) pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales con un valor asegurado de \$73.200.451.30 y con vigencia del 3 de diciembre de 2019 al 3 de mayo de 2023, c) estabilidad y calidad de la obra, por un valor asegurado de \$146.400.902.60 y una vigencia de cinco años, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de recibo y entrega final de la obra a entera satisfacción por parte de la entidad contratante, la cual fue aprobada por la entidad el 17 de diciembre de 2019.

El cumplimiento del contrato de obra N° 327 de 2019 fue amparado por la póliza N° 980 - 47 - 994000012286 expedida por ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, con una vigencia comprendida

entre el 03 de diciembre de 2019 al 14 de marzo de 2022 (según anexo 1,2,3 y 4), el plazo de ejecución contractual abarcó desde el 15 de marzo de 2021 hasta el 11 de noviembre de 2021, momento en el cual termino el contrato por vencimiento en el plazo, consolidándose en ese momento el incumplimiento contractual; el valor asegurado en la póliza por el amparo de cumplimiento fue de \$292.801.805.20, suma que equivale al valor de la cláusula penal pactada en el contrato.

De conformidad con lo anterior, el siniestro de incumplimiento tuvo lugar dentro de la vigencia de la póliza (entre el 03 de diciembre de 2019 y el 14 de marzo de 2022), razón por la cual se encuentra cubierto por el amparo de cumplimiento.

En relación con la cobertura de los amparos, el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015 en relación con la garantía de cumplimiento dispone:

"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.

4. **Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales.** Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el Incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.

La Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.

(...)

A partir de lo anterior, la cláusula penal que se hace efectiva por medio de éste acto administrativo está amparada por la póliza N° 980 – 47 - 994000012286 de fecha 3 de diciembre de 2019 expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia, y el incumplimiento que se presentó en relación con el contrato de obra N° 327 de 2019 ocurrió durante la vigencia de la misma, razones suficientes para hacer efectiva la garantía en el mismo acto que declara el incumplimiento y hace efectiva la cláusula penal, habiéndose garantizado el debido proceso de la aseguradora, la cual fue citada desde el inicio de la actuación de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la cual compareció por conducto de apoderado a la audiencia prevista en la misma norma.

	<p align="center">PROCESO COMUNICACIÓN ESTRATÉGICA</p> <p align="center">RESOLUCIÓN No . . . 63</p>	<p align="center">22</p>
--	---	---------------------------------

El amparo de cumplimiento se afectará por el monto de la cláusula penal impuesta en este acto administrativo **DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$292.801.805.20).**

Por lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento total del Contrato de Obra N° 327 de 2019 suscrito entre EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. y ADMINISTRACION PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA – CODENCO de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

ARTICULO SEGUNDO: Imponer a título de cláusula penal a cargo de ADMINISTRACION PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA – CODENCO, representada legalmente por JOSE ANTONIO ALVAREZ DELGADO la obligación de pagar **DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$292.801.805.20).** a favor de EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., para efectos de lo cual presta mérito ejecutivo el presente acto administrativo en los términos del numeral 3 del artículo 99 de la ley 1437 de 2011.

ARTICULO TERCERO: Hacer efectiva la póliza No N° 980 – 47 - 994000012286 de fecha 3 de diciembre de 2019 expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia. con Nit. 860.524.654-6, concretamente el amparo cumplimiento **DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$292.801.805.20).**

ARTICULO CUARTO: El presente acto administrativo queda notificado en estrados, advirtiéndole que contra el mismo procede el recurso de reposición ante el Gerente General de EMCASERVICIOS el cual deberá interponerse y sustentarse en la misma audiencia de conformidad con lo dispuesto en el 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTICULO QUINTO: En firme la presente resolución comuníquese a la Cámara de Comercio del Cauca de conformidad con lo establecido en el artículo 221 del Decreto 019 de 2012.

ARTICULO SEXTO: El presente acto administrativo presta mérito ejecutivo contra el contratista y la aseguradora en los términos del artículo 99 de la ley 1437 de 2011.

ARTICULO SEPTIMO: La presente resolución rige a partir de su notificación.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Dado en Popayán a los 18 días del mes de mayo de 2022.


JULIAN ANDRÉS MONOZIMBACHI
 Gerente General

Proyectó: Sandra Milena Gamboa – Profesional Universitario Oficina Asesora Jurídica
 Revisó: C&E ABGOGADOS S.A.S. – Asesores en Contratación Estatal Oficina Asesora Jurídica
 Aprobó: Alejandro Flores – Jefe Oficina Asesora Jurídica