



RESOLUCIÓN NÚMERO 04476 - 06 - 2015

Por la cual se declara el incumplimiento y la caducidad del contrato No. 926 de 2014

El Gobernador del Departamento del Cauca en uso de sus atribuciones legales y constitucionales, en especial las que le confieren los artículo 14 y 18 de la ley 80 de 1993, y

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes.

1.1. La Entidad adelantó el proceso de selección, licitación pública No. DC-SI-LP-021-2014, a fin de llevar a cabo la contratación para "LA CONSTRUCCIÓN DE PAVIMENTO EN CONCRETO HIDRÁULICO DE LOS SECTORES COMPRENDIDOS EN LA CALLE TRECE Y VIA AL AEREOPUERTO, MUNICIPIO DE GUAPI, DEPARTAMENTO DEL CAUCA", el cual concluyó con la expedición de la Resolución No. 05330-07-2014, de fecha diez (10) de julio de 2014, por la cual se adjudicó la convocatoria pública en mención.

1.2. El día 29 de julio de 2014, el Ente Territorial suscribió contrato No. 926 de 2014 con el CONSORCIO OLARTE INGENIERIA, integrado por CARLOS MANUEL OLARTE MARTINEZ, identificado con la cedula No. 18.497.613 de Armenia y la FUNDACION INGENIERIA Y PROGRESO PARA AMERICA LATINA, con Nit. 900539676-8.

1.3. El Contratista tomó las pólizas 03 GU 058737 y 03 RE002509 de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. -CONFIANZA-, las cuales amparan el cumplimiento del contrato, el pago de salarios y prestaciones sociales, la estabilidad y calidad de la obra, y la responsabilidad civil extracontractual, de conformidad con las previsiones del pliego de condiciones y el contrato de obra.

1.4. El acta de inicio se suscribió el día doce (12) agosto de 2014, con un plazo de ejecución de seis (6) meses.

1.5. El 25 de agosto de 2014, se firmó acta de suspensión No 1, a solicitud de contratista y avalada por la interventoría y supervisor del contrato, por un lapso de dos (2) meses, término en el cual se aprobaría el diseño y el presupuesto necesario para construir sistema de manejo de aguas lluvias del corredor. Este plazo fue prorrogado inicialmente por cincuenta y siete (57) días, a partir del 26 de octubre de 2014; posteriormente, el 16 de diciembre de 2014, por un término de un mes, contados a partir del 22 de diciembre de 2014, dado que el Órgano Colegiado de Administración y Decisión de la Región Pacífico (OCAD), encargada de aprobar el ajuste del proyecto aún no lo había efectuado, y finalmente, se prorroga por dieciocho días (18) días calendario contabilizados a partir de enero 22 de 2015, por cuanto no se había formalizado el acta y acuerdo de aprobación del ajuste y adición del proyecto.

1.6. El día nueve (09) de febrero de 2015, se da reinicio al contrato, por encontrarse superadas las causas que dieron origen a la suspensión.

1.7. Durante el proceso de revisión de los estudios y diseños entregados por el Municipio de Guapi, y como resultado de la inspección de campo, se evidenció la necesidad de ejecutar mayores cantidades de obra y actividades no previstas, debiéndose ajustar el proyecto para adicionar recursos para la obra por valor de MIL VEINTISEIS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS (\$1.026.436.989), con respaldo en el CDP No. 1174 del 19 de febrero de 2015, dando origen al contrato adicional No.2 y modificatorio No. 1, suscrito el día 27 de marzo de 2015.

1.8. La interventoría, ejercida por la firma Medina & Rivera Ingenieros Asociados, mediante oficio M6R 314-007-2015 del 17 de febrero de 2015, efectuó requerimiento al contratista de obra, en el cual solicitó: entrega de cronograma de obra actualizado conforme al acta de reinicio, incluyendo las actividades de construcción del colector de aguas lluvias, conforme al pliego de condiciones; entrega de hoja de vida del residente de obra, con los soportes respectivos; ubicar al maestro de obra en el sitio desarrollo del proyecto; entrega de resultados de laboratorio correspondientes a los ensayos de caracterización de materiales granulares; diseños de las mezclas de concreto y diseño del material estabilizado con cemento; certificados de calibración del laboratorio; entrega de análisis de precios unitarios contractuales firmados; entrega de programa de generación de empleo; metodología para la instalaciones provisionales; entrega de programa de inversiones y flujo de caja; entrega de documentos relacionados con el componente ambiental y social; plan de seguridad social y de salud; plan de calidad del proyecto; instalación valla informativa entre otros.

1.9. Con oficio del 23 de febrero de 2015, la interventoría conmina al contratista nuevamente a entregar la información solicitada.

1.10. La interventoría, con oficio del 12 de mayo de 2015, realiza observaciones y reitera listado de documentación pendiente.

1.11. Posteriormente, la Interventoría señalan el poco avance en las actividades contractuales y requiere la legalización del contrato adicional No. 2 y modificatorio No. 1, so pena de incumplir la cláusula No. 5 del contrato y fija plazo para dar cumplimiento y fija fecha para dar cumplimiento con dicha legalización.

1.12. Con oficio del 19 de mayo de 2015 dirigido al supervisor del contrato, la interventoría da advertencia a la Entidad contratante, del incumplimiento reiterativo del contratista de obra, soportado en los siguientes aspectos:

- Incumplimiento en la obligación de iniciar obras a partir de la orden de reinicio.
- No presentación oportuna de documentos, informes y requerimientos solicitados por la interventoría.
- Incumplimiento de entregar las garantías actualizadas.
- No ubicación en el sitio de trabajo al personal mínimo requerido.

1.13. En consecuencia, la Entidad decide citar a audiencia de incumplimiento, conforme lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al Contratista de obra, al garante y al interventor del contrato de obra No. 926 de 2014, audiencia que se llevaría a cabo el 27 de mayo de 2015, la cual no se realizó, dada la solicitud de modificación de fecha presentada por el CONSORCIO OLARTE INGENIERIA.

1.14. El día primero (01) de junio de 2015, se inició la audiencia de incumplimiento, habiéndose librado las citaciones correspondientes.

1.15. El ingeniero CARLOS MANUEL OLARTE MARTINEZ, representante legal del Consorcio Olarte Ingeniería, en desarrollo de la Audiencia presentó los argumentos que estimó necesarios para desvirtuar el presente incumplimiento.

En primer lugar hizo una exposición de lo que ha sucedido en la ejecución del contrato hasta la fecha, recordando que el año pasado, antes de dar acta de inicio al proyecto, se realizó una visita para socializarlo a la comunidad del Municipio de Guapi, que el día 12 de agosto de 2014, se suscribió acta de inicio, y que 13 días después se suspendieron las obras, explicando que ello impactó a la comunidad y perjudicó lo que el consorcio tenía planeado para la ejecución del contrato.

Recordó también que se planeó salvar el proyecto mediante el diseño de un pluvial que tuviera la capacidad de recibir las aguas de escorrentía, frente a lo cual el Consorcio se ofreció para realizar el diseño que se presentaría para la aprobación del OCAD, como en efecto se hizo, logrando la financiación de la adición para la construcción del colector y demás obras.

Señaló que previo a la suspensión se logró socializar el proyecto, localización y replanteo, demarcación desvió del flujo vehicular del frente de obra y la negociación con el Consejo Comunitario de Guapi para la extracción del suministro de material granular, haciendo especial énfasis en este último ítem, que estima es indispensable porque le pone ritmo a la ejecución de la obra, en la medida que en el sitio no se permite extraer con la maquinaria del Consorcio.

Indicó que el 09 de febrero de 2015 se firmó el acta de reinicio y se generó el adicional No. 01 (sic), en el cual se debía incluir las actividades de la parte pluvial que era la actividad faltante y requerimiento previo para la pavimentación, que el modificadorio sólo contempla la actividad de compra de la tubería y que en ningún momento se contó con el transporte del equipo pluvial, que la tubería no llega al barco, que requiere almacenaje, que se debe llevar al barco, de allí a Guapi, descargar y llevar a una bodega.

En relación con el presunto poco interés del contratista en el desarrollo de la obra, señalado por la Secretaría de Infraestructura, indicó que es prueba del interés el hecho de haber llevado hasta el sitio de la obra la tubería. Señaló que el que más ha perdido es el contratista, que debe permanecer más tiempo en la obra, que tiene la maquinaria y ya ha pagado una tubería.

Adicionó que existe un problema de inestabilidad que se enfatiza en por el método constructivo a utilizar, actividad contemplada dentro del modificadorio No. 01, el cual en su criterio no garantiza el avance de obra esperado, ya que los rendimientos muestran lo manifestado por la Interventoría en cuanto a la producción por parte del contratista, que conllevarían a un mayor plazo de ejecución y a unas mayores cantidades de obra, en excavaciones y llenos. Señaló que si esa metodología no se cambia, no se puede agotar el proyecto con la celeridad requerida,

Por otro lado, el Consorcio solicitó se estudiara un desequilibrio económico porque se excluyó el componente del AIU a la tubería, que se tomó solamente como un suministro y no como una obra. Como argumento presentó una comparación con la base de datos de la Gobernación del Valle.

Adicionalmente hizo alusión al presunto aumento en los precios que planteó el Consejo de Comunitario, por el orden de 30%, respecto de la extracción y suministro del material granular; a la cantidad de cemento incluida en el contrato, que estima corresponde realmente a la mitad de lo que realmente se requiere, lo cual se fundamenta en el estudio de suelos y de la mezcla que se realizó, que prevé un requerimiento del 100% más de cemento.

Concluyó que en su concepto el contrato tiene un desfase de \$794.627.165, que incluye los ajustes, el cemento requerido y la subbase granular, así como el cambio de la actividad del entibado, por metálico.

Solicitó suspender el contrato, hasta lograr el nuevo balance de obra; y adicionar el plazo hasta el 01 de Diciembre de 2015.

En relación con la legalización del contrato adicional y modificatorio, el Consorcio señaló que las pólizas fueron remitidas aunque no verificaron que hayan llegado a la Entidad. En cuanto a los impuestos, solicitaron que se descuenten de un acta, pues a la fecha no han sido canceladas.

En su intervención, el Apoderado de la Compañía de Seguros, manifestó que conforme a los argumentos expuestos por el contratista, que en su concepto fueron ampliamente documentados y dados a conocer a la Interventoría, previamente a esta diligencia, en los cuales se acreditan situaciones técnicas y externas al control de la firma contratista, considera que está acreditado el hecho de algunos de los retrasos que se han presentado, más no por negligencia de la obra, ni desconocimiento de la labor a desarrollar, por lo que señaló que coadyuvan la exposición técnica realizada y las solicitudes realizadas por el Contratista de la obra, y se valore la adecuación del cronograma de actividades, al igual que las especificaciones técnicas que surgen como una nueva posibilidad para el debido cumplimiento de la labor, bajo el entendido que con esto se está buscando la satisfacción de la comunidad beneficiaria y no entorpecer la labor de la administración.

En este punto de la diligencia y en uso de las facultades previstas en el literal d del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Entidad dispuso recibir la declaración de la representante de la Interventoría, a fin de que indicase la posición de la firma acerca de la exposición efectuada por el Contratista de la Obra, frente a lo cual señaló la Interventoría que “si bien es cierto que desde hace tres semanas se observó que las características geotécnicas del suelo eran adversas a la ejecución de la obra, la presencia de un Ingeniero Residente con las suficientes capacidades y experiencia, hubiese podido detectar esta situación previamente y generar soluciones en pro del avance la obra, la Interventoría en consciente de esta situación y también ha estudiado las posibilidades para un mayor avance de la obra, por tal motivo se solicitó la presentación de este APU de entibado metálico, el cual fue remitido formalmente solo hasta el día de hoy (01 de Junio de 2015), para estudio y aprobación, al respecto se anota que se emitirá el concepto de viabilidad una vez se analice con la supervisión de la Secretaría de Infraestructura, para generar el posible adicional al contrato de obra No. 926-2014. La Interventoría anota que el contratista no dio respuesta en cuanto a la ubicación de un Residente de obra en el sitio del proyecto, ni ha realizado la legalización del contrato adicional No. 2 y modificatorio No. 1.”

A continuación se le concedió el uso de la palabra al ING. OSCAR IVAN MARTINEZ, Supervisor, quien señaló que el fin último de estos procesos de ejecución contractual es el beneficio de la comunidad, que en consideración de la crítica condición social del municipio de Guapi, son ellos los que se han visto perjudicados por los atrasos en la ejecución del contrato. Reconoció que efectivamente, a pesar de que el Departamento cuenta con un documento en donde la Secretaría de Planeación Municipal certifica la existencia de un alcantarillado que habilitaba la conexión de las cajas pluviales o sumideros pluviales, fue en el ejercicio de socialización que se hizo con la comunidad del Municipio, donde ellos mismos manifestaron su preocupación por la condición del colector construido a través de EMCASERVICIOS, situación que se verificó con la misma empresa, quienes efectivamente ratificaron que el colector era solo de uso sanitario. Aclaró que por ese motivo se planteó la suspensión del contrato y reconoció que en ese momento se contó con el apoyo del contratista y de la interventoría para poder plantear la solución en términos de estudios y diseños, y llevarla a la aprobación del OCAD, trámite que se adelantó dentro de los plazos previstos con revisión y ajustes y aportes que planteó la

04476-06-2015

interventoría. Recordó que en estos estudios se tuvieron en cuenta aspectos geotécnicos, razón por la cual fueron considerados la colocación de entibados en madera para las zonas de excavación de mayor altura, sólo para unos tramos; así también que el contratista presentó una propuesta de costos que fue analizada la Interventoría, de manera conjunta con el Departamento, generando una contrapropuesta que fue enviada en fecha 08 de noviembre de 2014 al contratista y de la cual no se recibió objeción alguna, razón por la cual este presupuesto del ajuste pertinente fue llevado al OCAD. Añadió que una vez aprobado el ajuste por parte del OCAD, fue suscrito el modificatorio y adicional por parte del Señor Gobernador y el contratista de obra, e igualmente fue suscrita un acta de modificación que con fecha similar al acta de reinicio, que habilitó la ejecución de las actividades de construcción del colector pluvial. Insistió en que ha existido y sigue existiendo una gran dificultad en la comunicación y falta de respuesta oportuna por parte del contratista de obra, y que a la fecha no existe un residente de obra que tome decisiones en campo de manera oportuna. Señaló que no existe justificación para que, conocidas todas las dificultades del Municipio de Guapi, después de cinco meses, la ejecución sea absolutamente baja y que apenas se estén planteando soluciones que presuntamente permitirán acelerar el proceso constructivo. Señaló que las quejas de la comunidad han sido permanentes por la falta de diligencia, incluso del mismo maestro vinculado a la empresa, que se ha encontrado en situaciones angustiantes por la falta de decisiones de quienes deben tomarlas y eso no ha permitido que el proceso avance.

En relación con el suministro de materiales de río, reconoció que efectivamente han existido unas dificultades, que se agravaron más por la falta de coordinación con el ingeniero residente, ausente en el sitio, y con la Administración Municipal, situación que la planteó desde un inicio la propia comunidad a fin de que se dieran unos ejercicios de concertación con ellos mismos, para no generar conflictos. Añadiendo que es, la misma alcaldesa quien ha planteado la necesidad de proponerse como mediadora en unos procesos de concertación con la comunidad, a fin de que se pueda dar una conciliación en relación con los precios de material de río que permitan generar acuerdos justos, que equilibren el precio que tiene el contratista.

En relación con la reclamación del presunto desequilibrio económico del contratista, aclaró que esta solicitud no ha sido debidamente soportada y que en la presentación de desbalance económico que hoy presenta el contratista se ha mezclado la cuantía que desequilibrio económico que estima en su presunción con la aparición de unas actividades y cantidades no previstas, que deben someter a análisis, para determinar la cuantía necesaria para la financiación completa del proyecto, si a ello hubiere lugar.

Resaltó la gravedad de la negativa que hasta la fecha ha tenido el contratista de adelantar los trámites de la legalización de la adición ya suscrita, y concluyó reiterando que estas dificultades solamente generan un gran desazón y angustia en la comunidad del Municipio de Guapi por la no ejecución del proyecto, que existe además un acta que suscribieron en los pasados días la Alcaldesa y la comunidad, en la cual manifiestan todas las preocupaciones que tienen por el bajo rendimiento en la obra.

Frente a lo manifestado por el Supervisor del Departamento, el ING. CARLOS MANUEL OLARTE solicitó el uso de la palabra y manifestó que la angustia del maestro de obra, a la que se hizo alusión, es el producto de los precios estipulados en la mano de obra dentro del modificatorio 02 y adicional 01, que conllevó a cambiar el sistema de pago por jornal de trabajo laboral, no por rendimientos, teniéndose que hacer un nuevo cambio en el maestro de obra.

En relación con la capacidad de respuesta para solucionar algún tipo de problema económico surgido en el transcurso de la obra, indicó que no es el que se puede esperar en una obra del interior del país, que el mecanismo para dar solución económica es a través de los sistemas de giros, los cuales a pesar de que son mucho más costosos, no manejan montos que requiere la

demanda del contrato y muchas veces no reflejan las transferencias realizadas por el Consorcio a su personal en Guapi, dificultando el retiro de estos montos, acompañado del problema de comunicación que no es directa e inmediata a los sitios de trabajo.

Indicó el proyecto posee un Ingeniero Residente de Obra, que el ING. MAURICIO PARRA fue el encargado de transmitir todas las dificultades manifestadas en la exposición, en cuanto a la metodología del proceso constructivo para la excavación e instalación de la tubería, tema de discusión y retraso de la presente citación. Aclaró que en estos momentos el residente no está en obra puesto que presentó una incapacidad por una posible patología viral y que la obra se encuentra suspendida por orden de la firma contratista.

La Interventoría reiteró que en la obra ha habido residente por espacio de nueve días, en lo que va corrido de la ejecución de la obra, y que a la fecha no hay un residente de obra aprobado para la ejecución del proyecto debido a que el contratista no ha presentado de manera formal la hoja de vida del profesional, a pesar de las continuar solicitudes realizadas.

1.16. Con el fin de analizar los argumentos presentados por el Contratista de Obra y la firma interventora, así como lo manifestado por la Supervisión, se decidió suspender la audiencia hasta el día martes 09 de junio 2015.

Posteriormente se recibieron solicitudes de aplazamiento, quedando finalmente programada la continuación de la audiencia para el día dieciocho (18) de junio de 2015.

II. Consideraciones jurídicas.

En materia contractual, la Administración Departamental, como ente contratante, tiene la dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, función que desarrolla, entre otras formas, a través de las cláusulas exorbitantes.

En efecto el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, establece:

“Art. 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.” (...)

El fundamento de estos poderes es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal. En efecto, la Entidad Pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo, y el contratista, por su parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio.

Dichos poderes se traducen en las cláusulas exorbitantes, las cuales le otorgan ventajas a la Administración, porque es gestora del interés colectivo, tal y como parece previsto en el numeral segundo del citado artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que a la letra señala:

"(...) 2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente."

En particular, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 establece las características de la caducidad, y advierte que se trata de un poder establecido en favor de la administración, que sólo procede en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista. En este sentido, los hechos constitutivos de incumplimiento del contratista deben circunscribirse al contrato, es decir, que son las obligaciones derivadas del negocio jurídico las que determinan si éste ha cumplido o no.

No obstante, ese incumplimiento debe ser de tal magnitud que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencie que conduce a su paralización. La norma en mención, establece:

"Art. 18. De la caducidad y sus efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, (...)"

Cuando se configuren los requisitos, la administración, mediante acto administrativo motivado, declarará la terminación del contrato y ordenará su liquidación en el estado en el que se encuentre. Esta previsión está consagrada en el inciso primero del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos: "...la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre."

Al respecto, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 28 de junio de 2012 -exp., 23.361- definió la caducidad en los siguientes términos:

"La caducidad administrativa del contrato, figura de carácter sancionatorio cuyo efecto primero consiste en poner fin, de manera anticipada, a la correspondiente relación contractual en virtud de la declaración unilateral que en tal sentido realiza la entidad estatal contratante cuando se configuran las hipótesis fácticas consagradas para ello en las normas legales respectivas. (...) Cuando hay lugar a la declaratoria de caducidad administrativa, como lo dispone perentoriamente la ley (artículo 18, Ley 80) '... no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley', por lo cual una vez se encuentra en firme la declaratoria de caducidad administrativa, para el contratista que hubiere dado lugar a su declaratoria se genera una inhabilidad que, por una parte, le impedirá, por espacio de cinco (5) años, participar en licitaciones o concursos ante cualquier entidad estatal así como celebrar contratos con cualquiera de dichas entidades estatales (artículo 8-1-c, Ley 80) y, por otra parte, lo obligará a ceder los contratos estatales que ya hubiere celebrado o a renunciar a su participación en los mismos si dicha cesión no fuere posible (artículo 9, Ley 80)"

El contratista que da lugar a la declaratoria de caducidad se hace acreedor a una sanción que lo inhabilita para celebrar negocios jurídicos con la administración. El término es de 5 años, según lo establece el inciso segundo del literal i) del artículo 8 del estatuto contractual, que establece: "Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución..."

Finalmente, la declaratoria de caducidad también es constitutiva del siniestro de incumplimiento, lo que autoriza a la entidad estatal para cobrar el importe de la garantía única constituida en su favor por el contratista.

De otro lado, el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, señala que "La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así: 1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro. (...)"

Por su parte, el contrato de obra No. 926 de 2014 contiene entre otras, las siguientes cláusulas: "OCTAVA.- GARANTÍAS: El CONTRATISTA se obliga, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al perfeccionamiento del contrato, a constituir a su propia costa y a favor de la entidad contratante, ante una compañía de seguros o una institución bancaria legalmente establecida en el país, una garantía única destinada a amparar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones asumidas por el contratista en virtud del contrato, que cubra los siguientes riesgos y por los valores, plazos y condiciones que a continuación se precisan de conformidad con el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y las normas que lo reglamenten: a) Cumplimiento. El valor de esta garantía será como mínimo equivalente al monto de la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso, no podrá ser inferior al 10% del valor total del contrato. El contratista debe otorgarla con una vigencia igual al plazo del contrato garantizado más el plazo contractual previsto para la liquidación de aquel. En caso de no haberse convenido por las partes término para la liquidación del contrato, la garantía deberá mantenerse vigente por el término legal previsto para ese efecto. b) Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. El valor de esta garantía no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato y deberá extenderse por el plazo del contrato y tres (3) años más. c) Estabilidad y calidad de obra. El valor de esta garantía se determinará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato. En este caso será del veinte por ciento (20%) y su vigencia se iniciará a partir del recibo a satisfacción de la obra por parte de la entidad y no será inferior a cinco (5) años, salvo que la entidad contratante justifique técnicamente la necesidad de una vigencia inferior. d) Responsabilidad Extracontractual. El valor asegurado en las pólizas que amparan la responsabilidad extracontractual que se pudiera llegar a atribuir a la administración con ocasión de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas, no podrá ser inferior a: 1. Doscientos (200) smmlv para contratos cuyo valor sea inferior o igual a mil quinientos (1500) smmlv. 2. Trescientos (300) smmlv para contratos cuyo valor sea superior a mil quinientos (1500) smmlv e inferior o igual a dos mil quinientos (2500) smmlv. 3. Cuatrocientos (400) smmlv para contratos cuyo valor sea superior a dos mil quinientos (2500) smmlv e inferior o igual a cinco mil (5000) smmlv. 4. Quinientos (500) smmlv para contratos cuyo valor sea superior a cinco mil (5000) smmlv e inferior o igual a diez mil (10000) smmlv. 5. El cinco por ciento del valor del contrato, cuando éste sea superior a diez mil (10000) smmlv, caso en el cual el valor asegurado debe ser máximo setenta y cinco mil (75000) smmlv. La vigencia de esta garantía deberá ser igual al período de ejecución del contrato. En caso de que el contrato se adicione, prorrogue, suspenda o en cualquier otro evento en que fuere necesario, EL CONTRATISTA, a su costa, se obliga a modificar las garantías de acuerdo a las normas legales vigentes. En la póliza deberá constar expresamente que se ampara el cumplimiento del contrato, el pago de las multas y de la penal pecuniaria convenidas

y que la entidad aseguradora renuncia al beneficio de excusión. En todo caso el contratista deberá reponer la garantía cuando el valor de la misma se vea afectado por razón de los siniestros presentados, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la notificación del acto que deje en firme la sanción correspondiente. Si el contratista se negare a constituir la garantía única, así como no otorgarla en los términos, cuantía y duración establecidos en esta cláusula, EL DEPARTAMENTO podrá declarar la caducidad del contrato. El contratista se obliga con EL DEPARTAMENTO a mantener vigente la garantía única hasta la liquidación del contrato.

DÉCIMA.- MULTAS: En caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del **CONTRATISTA**, EL DEPARTAMENTO podrá aplicar multas que sumadas no podrán exceder el 10% del valor del contrato. Cuando se alcance tal monto EL DEPARTAMENTO y el **CONTRATISTA** darán por terminado el contrato o, en su defecto, se entiende autorizado EL DEPARTAMENTO para que un tercero o el garante, ejecute las obligaciones incumplidas. Las multas no constituyen una estimación de perjuicios por el incumplimiento, razón por la cual EL DEPARTAMENTO podrá aplicar adicionalmente la cláusula penal pecuniaria a que se refiere la cláusula siguiente y, si es el caso, podrá exigir el pago de los demás perjuicios que se le hubieren causado de acuerdo con la ley.

DÉCIMA PRIMERA.- PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento definitivo de cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato, se causará a cargo del **CONTRATISTA** una pena pecuniaria equivalente al 10% del valor del contrato, como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que cause al DEPARTAMENTO.

DÉCIMA SEGUNDA.- APLICACIÓN DEL VALOR DE LAS PENAS PECUNIARIAS: EL DEPARTAMENTO podrá compensar en forma directa las sumas a favor del **CONTRATISTA** con el valor de las cláusulas penales, exigir las al garante, o cobrarlas por vía judicial. Con la firma del contrato, el **CONTRATISTA** renuncia expresamente a todo requerimiento para efectos de constitución en mora.

DÉCIMA QUINTA.- CLÁUSULAS EXCEPCIONALES: EL DEPARTAMENTO podrá aplicar las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales y de caducidad de conformidad con lo establecido en los artículos 14, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993 o las normas que las sustituyan."

Finalmente el Adicional No. 02 y modificatorio No. 01 al contrato de obra No. 926-2014 expresamente señala:

"CUARTA.- GARANTÍAS.- El **CONTRATISTA** se compromete a modificar la garantía constituida a favor del DEPARTAMENTO en consideración al valor adicionado mediante el presente acuerdo.

QUINTA.- VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES.- Todas las cláusulas y estipulaciones del contrato principal, no modificadas en el presente acuerdo, permanecen vigentes.

SEXTA.- PERFECCIONAMIENTO Y LEGALIZACIÓN: El presente acuerdo se considera perfeccionado con la suscripción del mismo por las partes, y para su legalización se requiere de la aprobación por parte del DEPARTAMENTO de la modificación de la garantía. Los anteriores trámites deberá cumplirlos el Contratistas dentro de los cinco (5) días hábiles a la entrega de este contrato."

iii. Consideraciones particulares del caso.

3.1 Del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

De conformidad con los oficios e informes remitidos a la Secretaría de Infraestructura por parte de la Interventoría del contrato adelantada por MEDINA & RIVERA INGENIEROS ASOCIADOS SAS., así como de las mismas manifestaciones hechas por el Contratista de la obra CONSORCIO

OLARTE INGENIERIA, existen evidentes incumplimientos de las obligaciones contractuales en cabeza de éste último.

En efecto, la cláusula décima sexta del contrato señala que “El **CONTRATISTA** deberá cumplir todas las disposiciones legales sobre contratación de personal y proveer el personal y los equipos requeridos para la debida y oportuna ejecución del contrato, de acuerdo con el programa de obra aprobado”. Así también, el numeral 7.19 del pliego de condiciones señala que el contratista debe mantener durante toda la ejecución y hasta la entrega final, el personal necesario para la ejecución y permanecer personalmente al frente de la obra o a mantener al frente de la misma un residente de obra, personal que debe estar facultado para representarlo en lo relacionado con el desarrollo y cumplimiento del contrato. El Contratista de obra se ha sustraído sin justificación alguna al cumplimiento de dichas obligaciones, tal y como quedó plenamente demostrado en desarrollo de la Audiencia.

El Contratista de obra no ha cumplido con el programa de obra, a la fecha las actividades sólo registran un avance de 3,68%, cuando deberán alcanzar al menos el 21,96%. De hecho, tal y como reconoció el mismo contratista de obra en desarrollo de la Audiencia, a la fecha la ejecución se encuentra suspendida por decisión unilateral del CONSORCIO OLARTE INGENIERIA.

El contratista no ha atendido de manera oportuna los requerimientos efectuados por la Interventoría, no ha entregado los informes requeridos documentos, ni los documentos necesarios para la legalización del adicional No. 02 y modificatorio No. 01, suscrito el día 27 de marzo de 2015, lo cual quedó probado en desarrollo de la Audiencia.

Adicionalmente, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula octava del contrato de obra No. 926-2014, la negativa del contratista a constituir la garantía única, así como a otorgarla en los términos, cuantía y duración establecidos, faculta a la Entidad para declarar la caducidad del contrato, con fundamento en sólo ese hecho. Conviene aclarar que conforme a la cláusula de vigencia de las estipulaciones, la disposición en mención es aplicable para el caso particular, pues el CONSORCIO OLARTE INGENIERIA no ha presentado la modificación de las garantías para el trámite correspondiente.

3.2 De la afectación grave y directa de la ejecución del contrato.

Como ya se indicó, el proceder del Contratista de Obra CONSORCIO OLARTE INGENIERIA ha implicado un retraso sustancial de la ejecución de la obra, que a la fecha alcanza un porcentaje aproximado de 18,28% y corresponde a la labor que debía ejecutarse en un término de cinco semanas, conforme a la información suministrada por la Interventoría.

3.3 De la paralización del contrato.

Tal y como lo reconoció el mismo contratista de obra CONSORCIO OLARTE INGENIERIA, a la fecha la ejecución del contrato de obra No. 926-2014 se encuentra suspendida, situación que fue corroborada por el Supervisor de la obra, en la visita realizada los días 16 y 17 de junio de 2015.

Según la norma en cita, dicha declaratoria trae aparejada la pérdida de los derechos que dimanaban del negocio jurídico para el contratista y, particularmente, que se traducen en: (i) dar por terminado el vínculo negocial sin que haya lugar a indemnización para el contratista; (ii) ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre; (iii) hacer exigibles garantías por configuración del siniestro del incumplimiento; (iv) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y (v) configurar la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años.

04476-06-2015

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento del contrato de obra No. 926 de 2014, cuyo objeto es la "CONSTRUCCIÓN DE PAVIMENTO EN CONCRETO HIDRÁULICO DE LOS SECTORES COMPRENDIDOS EN LA CALLE TRECE Y VIA AL AEROPUERTO, MUNICIPIO DE GUAPI, DEPARTAMENTO DEL CAUCA", celebrado entre el Departamento del Cauca y el CONSORCIO OLARTE INGENIERIA, representada legalmente por CARLOS MANUEL OLARTE MARTINEZ, por las razones expuestas en la parte motiva.

ARTÍCULO SEGUNDO: En consecuencia, y teniendo en cuenta la gravedad y trascendencia del incumplimiento, declarar la caducidad del contrato de obra No. 926 de 2014.

ARTÍCULO TERCERO: Afirmar que la declaratoria de caducidad constituye el siniestro de incumplimiento, conforme lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, cubierto por la garantía única de cumplimiento de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS – CONFIANZA, presentada por el contratista de obra CONSORCIO OLARTE INGENIERIA, para lo cual deberá hacerse la reclamación a la aseguradora Garante.

ARTÍCULO CUARTO: Dar por terminado el vínculo contractual entre el DEPARTAMENTO DEL CAUCA y EL CONSORCIO OLARTE INGENIERIA, y por ende ordenar la liquidación del contrato de obra No. 926 de 2014, en el estado que se encuentre.

ARTÍCULO QUINTO: Hacer efectiva la cláusula penal, prevista en la cláusula décimo primera del contrato de obra No. 926-2014, equivalente al 10% del valor del mismo.

En consecuencia, el CONSORCIO OLARTE INGENIERIA, se encuentra obligado a pagar la suma de TRESCIENTOS VEINTITRES MILLONES NOVECIENTOS DIECINUEVE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$323.919.447,50) M/CTE al Departamento del Cauca, por concepto de la estimación anticipada y parcial de los perjuicios ocasionados a la Entidad Territorial como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la firma contratista de la obra.

ARTÍCULO SEXTO: Como consecuencia de la declaratoria de caducidad, el CONSORCIO OLARTE INGENIERIA, y sus integrantes CARLOS MANUEL OLARTE MARTINEZ, identificado con la cedula No. 18.497.613 de Armenia y la FUNDACION INGENIERIA Y PROGRESO PARA AMERICA LATINA, con Nit. 900539676-8, quedarán inhabilitados para celebrar contratos con cualquier entidad pública por el término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de este acto administrativo.

ARTÍCULO SÉPTIMO: En firme el presente acto administrativo, publíquese en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública-SECOP de acuerdo a lo ordenado por el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto 019 de 2012, y comuníquese a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde se encuentre inscrito el contratista, para que inscriba este acto administrativo, con la anotación de la sanción de inhabilidad aquí señalada.

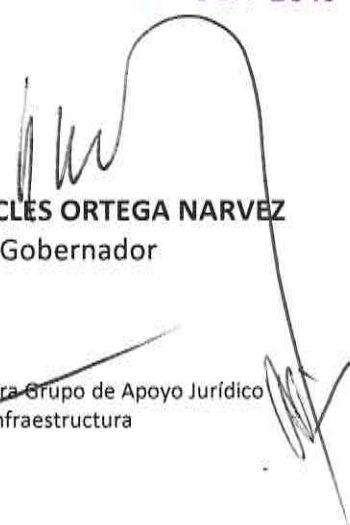
ARTÍCULO OCTAVO: En cumplimiento del artículo 86 literal c) de la Ley 1474 de 2011, las partes quedan notificadas en estrados y contra la presente Resolución sólo procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse, sustentarse y decidirse en audiencia.

Continuación Resolución No. **04476-06-2015**

ARTÍCULO NOVENO: La presente resolución surte efectos desde su ejecutoria.

NOTIFIQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en el Despacho del Señor Gobernador, a los **17 JUN 2015**



TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVEZ
Gobernador

Proyectó: Andrea Isabel Andrade B- Abogada Externa
Revisó: Adriana Constanza Ramos Caicedo – Coordinadora Grupo de Apoyo Jurídico
Aprobó: Sandra Isabel Urbano Collazos – Secretaria de Infraestructura