



RESOLUCIÓN No. 1246 2016

Por la cual se declara el incumplimiento del Contrato No. 620 de 2013 por evidenciarse un incumplimiento a las obligaciones a cargo del contratista y se hace exigible la cláusula penal pecuniaria

LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA

La Secretaria De Educación Departamental, en ejercicio de sus facultades Constitucionales y legales, en especial las conferidas por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011, el Decreto 1082 de 2015, la Resolución Departamental 2379 de 2011, la Constitución Política y,

CONSIDERANDO:

Que el **DEPARTAMENTO DE ARAUCA**, y la firma **CUELLAR VALENCIA CIA LTDA** representada legalmente por el señor **HÉCTOR HERNANDO CUELLAR DE FEX** suscribieron el contrato de obra No. 620 del 18 de diciembre de 2013 cuyo objeto fue "IMPLANTACIÓN DE LOS DISEÑOS PROTOTIPO Y LA CONSTRUCCIÓN DE DOS (2) CENTROS DE DESARROLLO INFANTIL CON CAPACIDAD DE 95 NIÑOS Y NIÑAS EN CADA UNO EN LOS MUNICIPIOS DE SARAVERENA Y ARAUQUITA EN EL DEPARTAMENTO DE ARAUCA", por un valor DOS MIL ONCE MILLONES OCHOCIENTOS QUINCE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON VEINTISIETE CENTAVOS MCTE (\$2.011.815.686,27).

Que el plazo pactado inicialmente dentro del mencionado contrato fue de cuatro meses contados a partir del acta de inicio.

Que dentro del contrato se pactó por concepto de anticipo un porcentaje equivalente a un 35% del valor total del contrato, el cual fue girado al contratista.

Que el contratista constituyó la póliza de garantía No. 0986639-7 para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones y la No. 0277332-1 de Responsabilidad Civil Extracontractual de la compañía de seguros **GENERALES SURAMERICANA S.A**

Que al contrato en mención se le realizó una adición en valor por Trescientos Ocho Millones Cuatrocientos Noventa y Siete Mil Trescientos Treinta y Ocho Pesos con Noventa y Nueve Centavos Mcte (\$308.497.338.99) y en plazo por tres (03) meses.

Que el contrato inició el día 17 de enero de 2014 y de acuerdo con el informe de interventoría este debió terminar el 08 de diciembre de 2015, como quiera que el contrato 620 de 2013 fue objeto de suspensiones y una adición en plazo.





Que la cláusula segunda del contrato 620 de 2013, estableció las obligaciones generales y específicas que debía cumplir el contratista durante la ejecución del mismo.

Que la interventoría externa al contrato 620 de 2013, fue realizada por el Consorcio MSD, la cual fue contratada por FONADE.

Que la Secretaria de Educación Departamental mediante oficio de citación a audiencia de fecha 04 de mayo de 2016, de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y la resolución departamental 2379 de 2011, convocó tanto al Contratista, como a la Aseguradora garante del mismo, ya que, se presentó un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

HECHOS QUE GENERAN PRESUNTO INCUMPLIMIENTO:

Que según informe de interventoría el porcentaje de ejecución del contrato 620 de 2013 fue el siguiente:

- El día 08 de octubre de 2015, mediante correo electrónico y un archivo adjunto correspondiente al radicado 201506002301-2, se solicitó al contratista de obra un avance obra de las actividades y recursos adicionales, de igual manera se solicitó realizar los planes de mejoramiento planteados por la Interventoría Externa y allegar copias de las mismas a la supervisión de la Gobernación de Arauca, de igual manera es necesario conocer cuáles han sido las causas que han generado las demoras en la ejecución de las actividades iniciales contractuales y las actividades y recursos adicionales. De igual manera, dicho correo electrónico junto con el archivo adjunto, fue remitido a FONADE y a la interventoría externa, CONSORCIO MSD.
- Mediante correo electrónico de fecha 09 de octubre de 2015, por parte de Cuellar Valencia y Consorcio MSD, se confirma el recibido de los correos junto con el archivo adjunto-
- El día 20 de octubre de 2015, mediante correo electrónico y un archivo adjunto correspondiente al radicado 2015060023958-2, se solicitó al contratista de obra del contrato de 620 de 2013, se informara a la supervisión, cuales son o han sido las causales de la demora en la ejecución de las actividades contractuales y adicionales. Debido a que el requerimiento 201506002301-2 no ha sido respondido, por tal razón, la supervisión reitera por segunda vez esta solicitud y tener respuesta del mismo en un término no mayor a tres (3) días hábiles, contados a partir del recibido del presente oficio. De igual manera, dicho correo





electrónico junto con el archivo adjunto, fue remitido a FONADE y a la interventoría externa, CONSORCIO MSD.

- El día 09 de Noviembre de 2015, mediante correo electrónico y un archivo adjunto correspondiente al radicado 20150600025543-2, se informa a la interventoría externa CONSORCIO MSD que, *debido al incumplimiento que se ha venido presentando por parte de la firma Cuellar Valencia CIA LTDA R/ Héctor Hernando Cuéllar de Fex, contratista de obra del contrato 620 de 2013, en la presentación de informes de avance de obra y el estado actual de la misma, esta supervisión se permite solicitar a la interventoría externa iniciar los trámites correspondientes a la imposición de multas, de igual manera se evidencian atrasos en la ejecución de las actividades contractuales y adicionales.*
- El día 17 de Noviembre de 2015, se realizó el acta de reunión técnica del contrato 620 de 2013, para verificar el avance de las actividades contractuales en donde se realizaron los siguientes compromisos:
 1. *Se sugirió por parte de la oficina de la SED, que la interventoría externa, presente un informe de avance de obra donde se evidencie el porcentaje de avance de las actividades, o en su defecto el porcentaje de incumplimiento de las actividades.*
 2. *La interventoría externa, se comprometió a entregar a la supervisión un informe técnico detallado del avance de obra del contrato 620 de 2013, de igual manera un informe financiero para el día lunes 23 de noviembre del 2015.*
 3. *Una vez se tenga el informe técnico-financiero por parte de la interventoría, la supervisión iniciara los trámites correspondientes ante el contratista de obra.*
- El día 8 de abril de 2016, mediante correo electrónico y asunto inicio declaratoria de cumplimiento del contrato 620 de 2013, se solicita al arquitecto Luis Carlos Reina Porras, SUPERVISIOR de FONADE, se remita a la interventoría externa información correspondiente al contrato en mención.





- El día 15 de abril, mediante correo electrónico y asunto segundo llamado de incumplimiento al contrato 620 de 2013, se solicita al arquitecto Luis Carlos Reina Porra, se remita a la interventoría externa, información inherente al contrato en mención.
- El día 18 de abril de 2016, mediante correo electrónico y asunto requerimiento para iniciar declaratoria de incumplimiento al contrato 620 de 2013, se solicita al arquitecto Luis Carlos Reina Porra, informe detallado donde se especifique la descripción física y financiera de las actividades ejecutadas en el contrato en mención, una a una y señalar los porcentajes de ejecución.
- El día 29 de Abril de 2016, la interventoría externa CONSORCIO MSD, envía correo electrónico con dos archivos adjuntos, al Ingeniero Oscar Iván Díaz Rodríguez - Supervisor de la Gobernación de Arauca del contrato de obra 620 de 2013, en lo concerniente al manejo de anticipos con copia a la aseguradora seguros Generales Suramericana S.A.
- El día 03 de Mayo de 2016, la interventoría externa CONSORCIO MSD, envía correo electrónico con un archivo adjunto, a los siguientes correos: ireina@fonade.gov.co, mgomez@fonade.gov.co, MrMtarito1234@hotmail.com y gerenciadpcingenieros@gmail.com.

Que de acuerdo con lo señalado en el considerando anterior existió un incumplimiento de ejecución física y financiera de un 83.15% de las obligaciones contractuales y de los recursos entregados por concepto de anticipo del contrato 620 de 2013.

DESARROLLO DE LA AUDIENCIA:

Que la audiencia programada para el día 06 de mayo fue instalada por la Secretaria de Educación Departamental y suspendida para el 11 de mayo a las diez de la mañana (10 A.M.) del presente año, por solicitud de la empresa aseguradora y en aras de garantizar el debido proceso y el Derecho de Contradicción, lo cual fue debidamente notificado tanto al contratista como a la empresa aseguradora.

Que en el día 11 de mayo de 2016 a las 10 A.M., se reanudó la diligencia con la presencia del Apoderado de la aseguradora Dr. William Herrera, quien presentó poder especial, encontrándose debidamente otorgado.





Que en desarrollo de la audiencia la Secretaria de Educación del Departamento expuso los hechos que generaron la actuación administrativa y que generaron el presunto incumplimiento.

Que al apoderado de la empresa aseguradora se le concedió el uso de la palabra quien de conformidad con el procedimiento señalado, rindió sus descargos y manifestó lo siguiente:

Que las pruebas aportadas por la Secretaría de Educación de Arauca, son las mismas que le fueron enviadas en el anexo de la citación, y solicita que por parte de esta Secretaría, se le exponga el Acto Administrativo por medio del cual se delegan las funciones para realizar la audiencia de declaratoria de incumplimiento del Contrato 620 de 2011, así como la solicitud del respectivo Expediente; seguidamente solicitó suspender la audiencia para documentarse y tener mejores argumentos.

La Secretaría de Educación de Arauca accedió favorablemente a las peticiones del Apoderado de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., hizo entrega del Expediente a través del Supervisor del Contrato, Ingeniero Oscar Iván Díaz Rodríguez, y suspendió la audiencia, para reiniciarse a las 2:00 p.m.

Respecto a la solicitud del Acto Administrativo por medio del cual se delegan las funciones para realizar la audiencia de DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO 620 DE 2011, de acuerdo al artículo 9 de la Resolución 2379 de 2011, el procedimiento de declarar el incumplimiento está en cabeza del Secretario de la Unidad Ejecutora.

En el caso específico la SED, de acuerdo con los estudios previos y demás documentos que anteceden al Contrato 620 de 2013, fueron elaborados y viabilizados en esta Secretaría, por consiguiente nos correspondía la ejecución del contrato y el seguimiento al mismo a través del Supervisor designado, adscrito a la SED. En consecuencia, no se requiere una delegación adicional a lo ya establecido en la precitada norma.

Acto seguido, el Apoderado de la Firma Aseguradora garante del Contrato 620 de 2013, prosiguió con la rendición de descargos de la siguiente manera:

Manifiesta que el contratista no ha entregado record fotográfico de la obra pues no existe un término perentorio establecido, adicionalmente manifiesta que la interventoría externa no fue contratada por el Departamento de Arauca y que bajo esas premisas su apoderada expidió la respectiva garantía.





Además manifiesta que existieron, según el apoderado, que existieron problemas de planeación contractual lo cual insidió en la demora de la ejecución del contrato y que dicha situación no puede trasladársele al contratista ya que es responsabilidad exclusiva de la entidad territorial, además manifiesta que por problemas de orden público y trámites de licencia de la obra retardaron la ejecución de la obra.

Solicita el apoderado que se alleguen actas de comité técnico celebradas entre el supervisor y el contratista en el marco de la ejecución del contrato y le aclara a la entidad que ya no es procedente la aplicación de la multa, por cuanto el término del contrato ha expirado. Por último se solicita que se aplique el principio de proporcionalidad respecto de la cláusula penal pecuniaria.

El Estatuto anticorrupción, contenido en la Ley 1474 de 2011, en el cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, establece en su artículo 86, que las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, "... podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal ...", previa aplicación del procedimiento allí establecido, así mismo el artículo en mención establece el procedimiento y ritualidad para declarar el incumplimiento contractual, por lo tanto y por tratarse de una nueva estructura procedimental se hace necesario, acatar lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 153 de 1887 que establece como excepción al principio de retroactividad de la ley, la aplicación general inmediata de las normas que regulan aspectos procedimentales, tal como se ha indicado en la sentencia C- 619 de 2001 de la Corte Constitucional, mediante la cual se determinó la constitucionalidad del artículo 40 de la ley 153 de 1887 y en sentencia del 28 de Marzo de 2007, con radicación 33051 del Consejo de Estado Sección Tercera ratifica esta posición.

Que de conformidad con el numeral 1° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales "Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante".

Que el numeral 2° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales "Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar".

Que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la administración departamental tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

Que para la imposición de la respectiva multa, a efecto de respetar el derecho de defensa del afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, lo citó





a audiencia garantizándole sus derechos a ser oído, a tener un juicio justo, a presentar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

Que mediante radicación No. 23001-23-31-000-2000-02857- 01(24697) el Consejo de Estado en Sentencia de fecha veinticuatro de octubre de dos mil trece con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, dijo lo siguiente a cerca de la facultad sancionadora y la posibilidad de hacer exigible la cláusula penal pecuniaria por parte de las entidades estatales lo siguiente:

“En materia contractual, la administración tiene la dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, función que desarrolla, entre otras formas, a través de las cláusulas exorbitantes, caracterizadas, esencialmente, por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que, precisamente, al practicarse quebrantan la igualdad y conmutatividad propias del acuerdo de voluntades (...) El fundamento de estos poderes, reservados a la administración, 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. (...) las cláusulas exorbitantes son -de acuerdo con la Ley 80 de 1993-: la interpretación unilateral de los documentos contractuales y de las estipulaciones en ellos convenidas, la introducción de modificaciones a lo pactado, la terminación unilateral, la caducidad administrativa, la reversión y el sometimiento a las leyes nacionales. En este orden de ideas, las cláusulas exorbitantes le otorgan ventajas a la Administración, porque es gestora del interés colectivo (...)

La Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Al respecto sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria. (...) en vigencia de todos los estatutos contractuales, incluidas las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la potestad sancionatoria para cobrar la cláusula penal se puede ejercer durante el plazo del contrato e incluso con posterioridad a su vencimiento. (...)

Que la cláusula Decima Séptima del contrato 620 de 2013 establece a su tenor literal lo siguiente: *“Si llegara a suceder el evento de incumplimiento de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, deberá pagar a título de cláusula penal pecuniaria el valor correspondiente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, los que se podrán cobrar sin previo requerimiento con base en el presente documento, el cual prestará merito ejecutivo”.*

Que de acuerdo con lo debatido en desarrollo de la audiencia no se allegó por parte de la empresa aseguradora, ni mucho menos por parte del contratista elementos probatorios que desvirtuaran las pruebas presentadas por la Secretaría





de Educación Departamental y la interventoría externa contratada por FONADE, para hacer seguimiento integral al contrato 620 de 2013 y concluyeron que se incumplió en un 83.15% de la ejecución física y financiera del contrato en mención.

Que de acuerdo con lo anterior existen suficientes fundamentos facticos y legales que le permiten al Departamento de Arauca declarar el incumplimiento del contrato 620 de 2013, y como consecuencia de ello hacer exigible la cláusula penal pecuniaria y declarar la ocurrencia del siniestro amparado por la respectiva póliza de garantía.

En mérito de lo expuesto

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. DECLARAR el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista del Contrato 620 de 2013, celebrado entre la Gobernación del Departamento de Arauca y la firma CUELLAR VALENCIA CIA LTDA, representada legalmente por el señor Héctor Hernando Cuellar De Fex, con fundamentos en las consideraciones del presente acto y como consecuencia de ello hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria, que corresponde al 10% del valor total del contrato, la suma de **DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES TREINTA Y UN MIL TRESCIENTOS DOS PESOS CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS (\$232.031.302,53)** de conformidad con lo establecido en la cláusula decima séptima DEL CONTRATO 620 DE 2013 y con fundamento en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior declarar la ocurrencia del siniestro vinculado al amparo de Buen Manejo y Correcta Inversión del Anticipo, el cual fue amparado por la póliza No. 0986639-7 de la COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

ARTICULO TERCERO: Notifíquese en estrado la presente decisión de la administración Departamental, tanto al contratista del Contrato 620 de 2013, la firma CUELLAR VALENCIA CIA LTDA representada legalmente por el señor Héctor Hernando Cuellar De Fex como a su garante, la aseguradora COMPAÑÍA SEGUROS GENERALE SURAMERICANA S.A.

ARTÍCULO CUARTO. Ordénese remitir a la Cámara de Comercio de Arauca, copia del presente acto administrativo con el fin de que realice el respectivo registro señalado en el artículo 2.2.1.1.1.5.6 del Decreto 1082 de 2015.

ARTÍCULO CUARTO. ORDÉNESE su publicación en el Portal Único de Contratación SECOP, www.contratos.gov.co.





ARTÍCULO QUINTO. REMÍTASE copia de la presente Resolución a la Secretaría de Hacienda Departamental para lo de su competencia.

ARTÍCULO SEXTO. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su notificación y sobre la misma procede el recurso de reposición que se deberá interponer y resolver en la misma audiencia.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Arauca,


GLADYS YOLANDA MONTES OVALLES
Secretaria de Educación Departamental

Proyecto: Oscar Iván Díaz Rodríguez
Supervisor Contrato 620 de 2013

Revisó: Marceliano Guerrero Alvarado
Oficina Jurídica SED

