

RESOLUCION No. **593**
(11 de Diciembre de 2012)

"Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por CONSOR LTDA en contra de la Resolución No. 556 de Noviembre 27 de 2012, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato SOP-C-503 de mayo 18 de 2011, se hizo exigible la cláusula penal y se declara la ocurrencia de un siniestro"

LA DIRECTORA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO JURÍDICO DE LA GOBERNACION DE BOLIVAR, debidamente facultada mediante la Resolución de Delegación No. 425 de 2012 acorde con los parámetros contenidos en los artículos 3, 9, 10 y 12 de la Ley 489 de 1998 y en ejercicio de las facultades vertidas en los artículos 209 y 211 de la Constitución Política de 1991 y en especial las que confiere la Ley 80 de 1993 y en especial por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2.007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y

CONSIDERANDO

Que entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, identificado con el Nit No. 890.480.059-1 y representado legalmente en su momento por el señor ALBERTO BERNAL JIMENEZ y CONSOR LTDA identificado con el Nit No. 900.085.205-2, representado legalmente por el señor RAFAEL NICOLAS ORDOÑEZ SIERRA, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 92.506.429 expedida en Sincelejo, se suscribió el contrato SOP-503-2011 que de conformidad con la cláusula primera tenía por objeto lo siguiente: "(...) el contratista se obliga a ejecutar para el DEPARTAMENTO, con sus propios medios materiales, equipo y personal en forma independiente y con plena autonomía técnica y administrativa hasta su total terminación y aceptación final, por el sistema de precios unitarios no reajustables y en los términos que se señalan en éste contrato, la ejecución de las actividades y obras para la construcción de obras para el control de inundaciones en el sector de caño caimancito, finca la Victoria y finca Chimborazo, en jurisdicción del Municipio de Achi, Departamento de Bolívar. (...)"

Que el precio pactado en el contrato SOP-503-2011 se determinó puntualmente en la cláusula segunda y se fijó por valor de DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$ 236.834.000.00) teniendo como plazo de ejecución dos (2) meses, contables a partir del acta de inicio suscrita entre las partes.

Que el día 05 de julio de 2011 la administración aprueba las pólizas de seguros No. 300005211 y 300001246 extendidas por la compañía de Seguros CONDOR SA, mediante las Resoluciones No. 697 y 698 de 2011, en la cual avala los amparos de cumplimiento, buen manejo del anticipo, pago de salarios y prestaciones sociales, estabilidad de obra y los riesgos propios derivados de la responsabilidad civil extracontractual.

Que el día 29 de agosto de 2011 la administración hizo entrega al contratista del anticipo previsto puntualmente en la cláusula cuarta literal a) del contrato SOP-503-2011 equivalente al 50% del valor del contrato, es decir que el contratista recibió de manos de la



administración la suma de CIENTO DIECIOCHO MILLONES CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL PESOS (\$ 118.417.000.00).

Que el día 29 de agosto de 2011 las partes contractuales suscribieron acta de inicio de la relación contractual y en su defecto de las obligaciones contenidas en el contrato SOP-503-2011 para lo cual se sumaron la Supervisión y la Interventoría Administrativa, Técnica y Financiera ejercida legalmente por la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL SUR DE BOLÍVAR – CSB en cabeza de su Director General señor CESAR E. CASERES TORRES.

Que posterior a la fecha de inicio de actividades formales las partes suscribieron el día 01 de septiembre de 2011 acta de suspensión 001 en virtud del recrudecimiento de la ola invernal causada por el fenómeno meteorológico de la niña, para lo cual se acordó que la suspensión era por el termino de cincuenta y ocho (58) días calendarios contados desde el día siguiente la rúbrica del acta.

Que vencidos el termino acordado en el acta de suspensión 001 las partes acudieron el 01 de noviembre de 2011 para la extensión de un acta de reinicio 001 a fin de retomar las obligaciones del contrato por parte del contratista, interventoría y de la supervisión del mismo, pero el día 21 de noviembre de 2011 las partes nuevamente acordaron suspender la ejecución del contrato por los efectos de la ola invernal y en consecuencia, acordaron congelar el objeto contractual por un plazo de cincuenta y dos (52) días calendarios a partir de la firma del acta de suspensión 002.

Que vencidos el lapso de la suspensión del acta 002, las partes el día 15 de enero de 2012 firmaron acta de reinicio 002, con el firme propósito de darle inicio a las obligaciones nacientes del contrato y cumplir con la función administrativa y social que intrínsecamente tienen depositados los contratos estatales y en especial los de obra pública.

Que el día 01 de febrero de 2012 se suscribió entre las partes, es decir Contratante-Administración, Contratista-Consor Ltda, Supervisor y la Interventoría-CSB en la cual se asumen puntualmente por parte del contratista los compromisos siguientes: "(...) 1. Intensificar las obras para culminar las mismas en el plazo que le quede a la fecha; 2. Meter dos (2) frentes de trabajo para garantizar que las obras se culminen antes de que se inicie la próxima temporada invernal; 3. Ejecutar las obras con calidad y oportunidad de conformidad con el contrato suscrito; 4. Mantener informada a la comunidad y veedurías ciudadanas sobre el avance de las obras. (...)”

Que el día 15 de febrero de 2012 la Interventoría ejercida por la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL SUR DE BOLÍVAR-CSB presentó un Informe Técnico, Administrativo y Financiero que obra a folios 273 a 282 en el cual se desprende que el contratista solo ha ejecutado o ha avanzado el setenta y cinco por ciento (75%) del contrato, restando por ejecutar un veinte cinco por ciento (25%), pero más adelante el porcentaje de ejecución fue revaluado mediante informe rendido el 22 de Noviembre de 2012 en el cual especifica que el incumplimiento del contratista se ubica en un cuarenta por ciento (40%) sobre el cien por ciento (100%) de la ejecución.



Que en los contrato de obra existen cláusulas exorbitantes que son de obligatoria inclusión en los contratos estatales según su tipología y las cláusulas especiales, entre las que se destaca la multa como conminatoria al cumplimiento de las obligaciones contractual y la cláusula penal entendido como el mecanismo resarcitorio anticipado de los perjuicios causados a la administración, tales cláusulas fueron pactadas en el contrato de obra SOP-503 -2011 concretamente en la cláusulas decima y decima primera.

Que para el día 11 de octubre de 2012 a las 9 am se citó a las partes para llevar a cabo audiencia de incumplimiento, pero a la misma no asistieron el contratista y la interventoria, para lo cual la administración como garante de los derechos de defensa y debido proceso decidió fijar nueva fecha de audiencia para el día 16 de octubre de 2012 a las 9 am.

Que el día 16 de octubre de 2012 siendo las 9 am, la audiencia de incumplimiento seguida en contra del contratista CONSOR LTDA, pero la misma es suspendida nuevamente por la inasistencia de la interventoria y en consecuencia se convocó para el día 22 de octubre del 2012 a las 9 am., a fin de darle continuidad a la misma: legada la citada fecha no fue posible desarrollar la diligencia de carácter administrativo por cuanto la interventoria no asiste a la misma, y en virtud de ello se convocó a las partes nuevamente para el día 14 de noviembre de 2012 a las 9 am.

Que el día 14 de noviembre de 2012 se dio continuidad a la audiencia de incumplimiento del contratista, para lo cual fue puesto de presente las circunstancias de hecho, las normas y las cláusulas posiblemente vulneradas y las consecuencias que podrían derivarse de un tentativo incumplimiento, para lo cual el señor RAFAEL NICOLAS ORDOÑES SIERRA en calidad de Representante Legal del contratista CONSOR LTDA ejerció el derecho de defensa y contradicción exponiendo lo siguiente: *"(...) con respecto a las obras desarrolladas en el contrato 503 una vez fue reiniciado mediante el acta No 3 para el mes de enero, aprovechando el periodo seco de verano, a pesar de que habían lluvias imprevistas que se presentaban por sorpresa, avanzamos las obras de manera considerables las obras de préstamo lateral con maquina, utilizándose una retroexcavadora y un buldozer que hacían presencia en varios segmentos de la obra. En los meses de enero y marzo se presentaron lluvias reiterativas que generaron la obligación de suspender y reiniciar lo que consta en las acta de suspensión No 3 y Reinicio de Obra No 3, a finales de mayo luego de la suspensión y reinicio No 4 las obras correspondientes a la actividad principal de construcción de terraplenes con préstamo lateral se encontraban en un alto porcentaje de avance y durante los análisis y cálculos topográficos que paralelamente se realizaban en el sector por parte del contratista y por parte de la interventoria se arrojaron las cantidades de metro cubico ejecutada en los segmentos críticos que requerían de protección. Durante estos análisis también observamos que era prácticamente imposible desarrollar la actividad o ítem que el presupuesto señala como construcción de terraplén con material transportado ya que esta actividad implica utilizar una cantera que cumpla con las especificaciones de material a utilizarse de acuerdo a lo exigido en el contrato y que sea físicamente accesible para poder enviar los equipos o los volteos a cargar materiales previamente explotado y traerlo al sitio de trabajo. Considerando que los trabajos se encuentran en la sub-región de la mojana segmentos paralelos al rio cauca un medio geográfico saturado de cuerpos de agua y de alto índice de encharcamiento e inundaciones*

[Firma]

resultaba imposible como anteriormente lo mencione desarrollar el ítem correspondiente a material transportado por lo tanto que establecido entre la interventoria y el contratista excluir del acta de recibo de obra esta actividad por los motivos anteriormente expuestos. Finalmente para el día 7 de junio del año 2012 la empresa Consor Ltda con la Interventoria de la Obra CSB, suscribimos el acta de recibo final de obra, correspondiente al contrato No 503, recibiendo satisfactoriamente las actividades que corresponden a la conformación de dique nuevo con material de préstamo lateral, así mismo las actividades de movilización y desmovilización por unidad de maquinaria pesada y las actividades de localización, replanteo y control topográfico de las obras ejecutadas. Quiero manifestar que las obras que se encuentran ejecutadas corresponden a las que Técnicamente y físicamente permitan ejecutarse en la región; alcanzamos a cubrir los segmentos críticos que requerían de protección a lo largo de las fincas la Victoria y Chimborazo dique paralelo al caño caimancito; estos puntos vulnerables que inicialmente existían fueron protegidos por las obras que ejecutamos y se encuentran cuantificadas en el presupuesto del Acta de recibo Final. Como constancia anexamos copia de la mencionada Acta de recibo Final Dos (2) folios (...)"

Que paso seguido se le concedió el uso de la palabra al Supervisor del contrato ingeniero de la Secretaría de Obras Públicas señor ANTONIO DE LA BARRERA MUNIZ quien expresó lo siguiente: "(...) quien señala que al escuchar al contratista encuentra aspectos con los que se difiere. La primera situación es que en ningún momento se manifestó a la Secretaría de Obras Públicas o a mí como Supervisor que era imposible ejecutar el ítem de material transportado, ni la interventoria ni el contratista lo comunicaron. La segunda situación es que existe en las obras ejecutadas un traba del que no se tiene la longitud exacta en donde aparentemente la altura de los terraplenes no garantiza que en un futuro haya inundaciones lo que quiero decir es que teniendo en cuenta que el contratista solo ejecuto en obra física el 60% equivalente al 50% del valor contractual existen zonas que pudieron haber sido ejecutadas con mayor altura pues el contrato así lo permitía y además el terraplén podía haberse extendido mayor longitud. En este punto se debe anotar que hubo falta de control y seguimiento de las cantidades que se iban ejecutando tanto por la interventoria como por el contratista, ya que manifestaban que la obra estaba ejecutada con un 95% y al final señalan que un 60% de obra física; situación que se reitera llama la atención de la Secretaría y que influyo para que las obras quedaran ejecutadas y sin el conocimiento real de lo ejecutado. En mi opinión existe incumplimiento por parte del contratista pues evidentemente no existe una ejecución del 100% del contrato, cuando en la zona existen las condiciones para que esto se dé.

Es necesario referirme al informe entregado por la Interventoria CSB el día 19 de Octubre en la cual aparece el Punto No 5 Conclusiones que señala textualmente el contratista no ejecutó el volumen contratado por lo cual se le debe realizar proceso sancionatorio de acuerdo con la cláusula penal del contrato, teniendo en cuenta que tuvo las facilidades de tiempo, condición atmosférica y recurso para llevar la obra a un 100%. Los tramos de Jarillón construido presentan buena compactación y los taludes se encuentran revegetalizados sin daño en la estructura. En mi concepto el hecho que exista un acta de recibo de las obras ejecutadas por el contratista en el 50% no desvirtuar el incumplimiento



de lo contratado solo da cuenta de lo ejecutado por fuera de los términos pactados. Cualquier información adicional podrá ser aportada (...)"

Que la administración dio el uso de la palabra a la Interventoría señor ALVARO ARRAUTH GUERRA, quien manifestó: "(...) que la ejecución del contrato No 503 desde sus inicios ha presentado dificultades desde el punto de vista de comunicación con el contratista en el sentido de coordinación de actividades en campo, a pesar de la interventoría contar con residente de Obra, Director de Obra y Supervisión no fue posible articular de manera eficiente con el contratista para hacerle un seguimiento permanente a las obras ejecutadas por él. Esta situación obedece a que el contratista no informaba de su accionar como tampoco atendía oportunamente los llamados de la interventoría, tal como lo puede soportar la Corporación con los oficios correos electrónicos y demás documentos enviados al contratista. La supervisión de la interventoría solicitó oportunamente a todos los contratistas del departamento de Bolívar cuya interventoría ejerce la CSB las que nunca fueron respondidas oportunamente, esto se refleja en el hecho de existir un ítem mediante el cual se construiría con material transportado obra de protección contra inundaciones (terraplén o dique) el cual no se pudo ejecutar a cabalidad por no existir las condiciones viales y de cantera para tal fin. El contratista logró transportar cierta cantidad establecida en las actas de recibo en la zona de influencia directa del proyecto o de la obra.

Por otro lado el ítem de construcción o terraplén o dique con material de préstamo lateral se dificultó en ciertos tramos debido a la no existencia de material adecuado para tal fin debido a que en la zona el material predominante es de origen aluvial constituido fundamentalmente por limos y arena fina. La interventoría procedió a recibir al contratista las obras ejecutadas por él de conformidad con la calidad y con la cuantificación generada por la topografía de la interventoría, la que Alcanzó un 50% del valor de la obra contratada. El hecho de que solo se haya podido recibir el 50% del valor contratado implica por sí solo que las obras requieren culminar en un 100% para que garantizar su funcionalidad de acuerdo con lo planeado. Muy a pesar que la zona a proteger por la obra es de naturaleza inundable y la obra de protección construida permite sustancialmente la comunicación entre los predios, fincas y comunidades del sector a intervenir, existen sitios en los que los niveles máximos de la inundación en la zona permitirán la superación de la cota máxima del terraplén o del dique construido, haciéndose evidente la necesidad de la construcción de la obra en un 100%. (...)"

Que el día 22 de noviembre de 2012 la Interventoría hizo llegar informe a la administración exponiendo entre sus apartes lo siguiente: "(...) Las obras ejecutadas por el contratista mencionadas anteriormente y junto con los ítems 1,1 y 1,2 fueron recibidas teniendo en cuenta su calidad y cuantificación realizadas en campo mediante topografía (Planta y Perfil) y los resultados de las pruebas de suelos (Densidades) que el equipo de la interventoría realizó. De conformidad con éstos estudios encontramos que el contratista de obra ejecutó el 60% de las cantidades de obras contratadas equivalentes al 50% del valor total de contrato suscrito. Esta información se puede corroborar en el acta de recibo final adjuntada en el informe final del contrato citado".

"En cuanto al tiempo de ejecución efectivo del citado contrato, podemos mencionar que las obras recibidas por la interventoría se ejecutaron dentro del plazo establecido

fm

contractualmente. Hacen parte integral del contrato las actas de iniciación, suspensión, reiniciación y recibo final, tal como se puede apreciar en el informe final entregado por la CSB.

Las pólizas del contrato deben ser ampliadas de conformidad con las actas suscritas, sin embargo, el contratista no hizo llegar dichas ampliaciones oportunamente y por tanto el informe final se entregó al Departamento de Bolívar sin ellas, por lo tanto, se solicita al Departamento Jurídico del Departamento de Bolívar tomar las acciones pertinentes.

Las dificultades presentadas en la ejecución de las obras obedeció a la falta de respuesta oportuna a los llamados hechos por la interventoría al contratista para tomar las acciones del caso. El contratista dejó de ejecutar el 40% de las obras contratadas que equivalen el 50% del valor del contrato suscrito. (...)

Que partiendo del informe rendido recientemente por la Interventoría la administración decide mediante la resolución No. 556 del 27 de noviembre de 2012 declarar el incumplimiento del contrato SOP-503-2011 teniendo como bastión argumentativo el ultimo informe adiado 22 de diciembre del cursante rendido por la interventoría, quien expresó que el estado de ejecución era del sesenta por ciento (60%) y el porcentaje no ejecutado se ubica en el margen del cuarenta por ciento (40%) aspecto determinante para concluir que el contratista desatendió los ítems contenidos en su propuesta, las obligaciones contractuales e incumplió el plazo contractual,

Que en consecuencia, la Resolución No. 556 de noviembre 27 de 2012, resolvió declarando lo siguiente: i) incumplimiento del contrato SOP-503-2011; ii) siniestro de la póliza de cumplimiento por valor de VEINTITRES MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$ 23.683.400); iii) hacer efectiva la cláusula penal del diez por ciento (10%) de valor del aporte entregado por el Departamento de Bolívar y hacer las publicaciones debidas de la citada resolución.

Que el contratista CONSOR LTDA, mediante apoderado legalmente constituido interpuso contra la Resolución No. 556 de 2012, recurso de reposición para controvertir los argumentos que dieron origen a la declaratoria de incumplimiento, para lo cual expuso lo siguiente: "(...) **III. Incumplimiento del contrato por ilegítima planeación contractual y por causa ajenas al contratista:** El deber de la administración pública como parte contratante estructurar en debida forma los pliegos, para permitirle poseer una percepción real de las condiciones de la futura relación contractual en especial en las variables técnicas, jurídicas y económicas en que se soportan la misma, esto le permite al contratista si está o no interesado en participar en el proceso de selección, la doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, O NO SE ENTREGAN LOS TERRENOS O MATERIALES NECESARIOS PARA EJECUTAR TRABAJOS. En el caso concreto es necesario que la administración debe valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones y si su conducta como es el caso de mi cliente se ajusta al principio general de la buena fe (art 83 de la CN) atendiendo la

[Handwritten signature]

naturaleza de las obligaciones reciprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual.

Teniendo en cuenta lo antes sumado a lo manifestado textualmente por el interventor es necesario que se valore lo manifestado por éste en su último informe, donde claramente observamos que la fuente de las obligaciones es reciproca, correspondientes o correlativas, y que la administración incumplió por el no estudio o efectiva planeación contractual y el no hacerlo generó en el contratista una razonable imposibilidad de cumplir.

De acuerdo a los principios de celeridad, eficiencia y economía, la administración tiene la obligación de hacer la planeación de los contratos. Ello impone la realización de los estudios orientados a permitir que el contrato se desarrolle dentro de un esquema optimo que permita el adecuado cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, que se traducen, para el contratista, en el suministro de los bienes o servicios en el plazo previsto y con las mejores especificaciones técnicas, era necesario tratándose de obras públicas, que la gobernación de bolívar hiciera un estudio de los suelos, planos, levantamientos topográficos, diseños que permitieran determinar los riesgos a proveerse en la misma obra.

Es importante resaltar cuando el Consejo de Estado en sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente No. 14854 CP Dr MAURICIO FAJARDO GÓMEZ preciso lo siguiente:

"en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y cumplir con el principio de planeación, en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientes serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes, la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato, las opciones o modalidades existentes para satisfacer la necesidad y razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; las calidades, especificaciones, cantidades, y demás características que puedan reunir los bienes, las obras o servicios etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de diseños, planos técnicos etc. En éste orden de ideas, es claro que en el caso en concreto el contrato SOP-C-503 de 2011, con el informe de interventoría aportado por la CSB se encuentra probado la EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO por tanto, no es posible que el Departamento declare el incumplimiento del contratista, pues el contratista no estaba obligado a cumplir sus obligaciones cuando fue la administración quien incumplió por falta de planeación técnica. **IV. Improcedencia de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria:** La cláusula penal en los contratos estatales se estipula para prever y fijar el monto de daños y perjuicios, en caso de incumplimiento de unas obligaciones contractuales, es decir las partes de antemano fijan la indemnización que debe pagarse por incumplimiento. La cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones.

Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyéndose una verdadera indemnización, que



aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio.

La cláusula penal se impone cuando existe un incumplimiento definitivo del contrato, en éste caso el contrato se efectuó dentro del tiempo pero por circunstancias ya demostrables y certificadas por la interventoría y ajenas a la voluntad del contratista ésta no se ejecutó, por lo que podemos hablar de un incumplimiento.

El desequilibrio económico causante del incumplimiento se debió a la falta de planeación contractual por parte del Departamento de Bolívar debido a su actuar omiso e irregular, tal como consta en los últimos informes aclaratorios de interventoría presentado por la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL SUR DE BOLÍVAR – CSB de fecha 21 de noviembre de 2012 del SOP-C-503 de 2011. (...)

Que en virtud del recurso de reposición interpuesto por el contratista CONSOR LTDA quien lo sustentó bajo un (1) argumento principal y un (1) sub-argumento, el primero consiste en considerar que el incumplimiento del contrato SOP-C-503 de 2011, obedece esencialmente a razones no imputables al contratista-ejecutor, pero si endilgables a la administración por la carencia o falta de planeación contractual (diseños, planos, estudios entre otros) para lo cual alega la excepción del contrato no cumplido o como es conocida en el vocablo en latín "*Exceptio Non Adimpleti Contractus*" bajo el tesis que el contratista no pudo cumplir sus obligaciones contractuales, por cuanto la administración tampoco cumplió las que a ella le correspondía y que esencialmente era la planeación contractual, el sub-argumento está estrechamente ligado a la postura principal y consiste básicamente en que la cláusula penal y sus relativas sanciones solo se imponen cuando existe un grave incumplimiento del contrato, pero alega que éste incumplimiento grave aun no acaecido, atendiendo que la falta o carencia de planeación contractual es el pilar del retardo de las obligaciones del contratista, es decir, que la mora de acreedor purga la mora de deudor, tal lo como dirían los Hermanos Mazzeaud Henry y León¹.

En razón a los anterior, procede la administración a estudiar de fondo los argumentos planteados por el apoderado del contratista, no sin antes exponer que la tesis principal alegada por CONSOR LTDA es una figura jurídica que tiene su nacimiento en la legislación civil colombiana, aplicable a los contratos estatales por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que establece que en los aspectos no regulados por el estatuto de la contratación estatal serán llenados o reglados por la legislación civil y comercial.

La excepción del contrato no cumplido es una figura que se encuentra compendiada en el artículo 1609 del código civil colombiano que dispone lo siguiente: "(...) En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos (...)" conforme a lo anterior, cuando existe mora en el cumplimiento de las obligaciones de dar, hacer o no hacer por parte de los co-contratantes, ninguno puede exigirle al otro la ejecución de sus obligaciones, salvo que el otro cumpla o se allane al

¹ Hermanos Mazzeaud Henry y León, Lecciones de Derecho Civil Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.976



cumplimiento en los términos y de acuerdo a lo previsto y pactado en el contrato como fuente generadora de obligaciones.

Pero concomitantemente con la excepción del contrato no cumplido, hay que recordar que el contrato es ley para las partes, tal como lo señala el artículo 1602 del código civil que establece: "(...) *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales (...)*", es decir, que el contrato es una obligación inexcusable para las partes y su incumplimiento da lugar a indemnización de perjuicios, tal como lo determina el artículo 1613 de la legislación civil que consagra: "(...) *La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento (...)*"

La Corte Constitucional en sentencia T-537 de 2009 siendo Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto, expuso que: "(...) *En los sistemas jurídicos de la actualidad ha cobrado renovada importancia la aplicación de los principios constitucionales, a la par de los principios jurídicos propios de cada materia, los cuales rara vez son cosa distinta a la concreción de los primeros con las particularidades propias que impone el campo competencial de las diferentes áreas del derecho.*

Este es el caso de la excepción de contrato no cumplido con la cual se hace referencia a que en los contratos bilaterales no se estará en mora de cumplir lo pactado mientras la contraparte no lo haya cumplido en la forma y el tiempo establecidos en los términos contractuales o la ley. Este principio de lógica incontestable es concretado en el art. 1609 del código civil.

El contenido de esta cláusula refleja los más elementales parámetros de equidad, simetría y buena fe que deben ser entendidos como elementos connaturales a las obligaciones contractuales bilaterales, prescribiendo lo que es el producto de un análisis basado en la justicia material de las relaciones contractuales: si una de las partes de una relación bilateral no está en posición de cumplir las obligaciones contractuales, cómo puede exigirle a la otra el cumplimiento de la prestación debida? La idea de esta figura es brindar una posibilidad de resolución de diferencias originadas en contratos en donde se ha presentado un abandono recíproco de las prestaciones a cargo de las partes contratantes, evitando que las mismas queden en un estado de indefinición permanente. En este sentido ha manifestado la Corte Suprema "es necesario asimismo hacer ver que por obra de aquella circunstancia [, el mutuo incumplimiento,] no siempre ha de quedar atascada la relación derivada del negocio y sometida en consecuencia "...a la indefinida expectativa de que -en algún tiempo- pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por iniciativa exclusiva de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común, o de que la acción implacable del tiempo le da vigencia definitiva a través de la prescripción..." (G. J. Tomo CXLVIII, pág. 246).

Por esta razón, la intención de atribuir efectos jurídicos al mutuo incumplimiento en los contratos bilaterales resulta acorde con el eficiente tráfico de los negocios jurídicos y la dinámica negocial de las relaciones privadas, que es contraria a indefiniciones que generen



zozobra y que pongan en suspenso la aplicación del principio de seguridad jurídica en estos casos; sin embargo, esto no significa, como ha apuntado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que cualquier incumplimiento recíproco pueda tomarse como motivo de terminación del contrato.

Para que este efecto será necesario que los actos realizados por ambas partes demuestren de forma inequívoca –sea expresa o tácitamente– el total desinterés por el cumplimiento de las obligaciones contractuales; o sea, que “se precisa, para que pueda consumarse de esta forma la disolución virtual, que la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intensión de ‘desistencia’ que constituye su sustancia (...)

De la sentencia anotada como precedente, encontramos que la excepción del contrato no cumplido implica que ambas partes, es decir el contratante y el contratista cumplan a cabalidad las obligaciones colgadas a cada uno de ellos y que su virtual incumplimiento puede derivar en dicha excepción, pero reitera la Corte Constitucional que la conducta que implica el incumplimiento sea “suficientemente indicativa” de la intención de omisión o incumplimiento que viene hacer la esencia del contrato.

Siguiendo con la misma línea jurisprudencial el Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. No. 14394-03 CP María Elena Giraldo Gómez mediante fallo del 2 de Octubre de 2003 expuso que: “(...) En los contratos estatales, la excepción del contrato no cumplido exige probar que la situación de imposibilidad absoluta de ejecutar el contrato en la que se encuentra el contratista fue determinada por el incumplimiento grave de la entidad contratante. El Consejo de Estado recordó que no basta un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración deje de cumplir con sus deberes jurídicos. (...)”

Pero recientemente el Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 25000-23-26-000-1991-07182-01(16856), CP Stella Conto Díaz Del Castillo, en sentencia del 10 de marzo de 2011, sostuvo: “(...) La Sala se inclina por la tesis de quienes predicán que la exceptio non adimpleti contractus sí tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo en el derecho civil, pues se impone dejar a salvo el principio de interés público que informa el contrato administrativo. El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. No basta, pues, que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí deje de cumplir con sus deberes jurídicos. Así, y por vía de ejemplo, si la administración está obligada a poner a disposición del contratista el terreno donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que cumpla, así sea pagando por anticipado el precio de su ruina?. A estos extremos no se puede llegar, pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como el de la buena fe, la justicia, etc., lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto, el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que

[Firma]

puso en marcha la exceptio non adimpleti contractus se movió dentro del marco de la lógica de lo razonable o no.

De tal manera que en el ordenamiento jurídico colombiano con miras a conciliar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, se admite la exceptio non adimpleti contractus en los contratos administrativos, pero no con el alcance general y absoluto que tiene en la contratación entre particulares, sino limitada exclusivamente a aquellos casos en que el incumplimiento imputable a la administración coloque al contratista en una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR SUS OBLIGACIONES.

En estas condiciones, es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene **derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones** y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual. (...)"

El fallo que precede nos permite estribar que la excepción del contrato no cumplido tiene dos (2) requisitos fundamentales para que se configure, esto es: i) probar la situación de imposibilidad de ejecutar el contrato y ii) la existencia de un "incumplimiento grave" del contratante, pero no podemos olvidar que para alegar la excepción del contrato no cumplido es necesario que el contratista haya hecho notificaciones de los incumplimientos graves del contratante (administración), porque ésta no puede ser alegada como mecanismo eximente o exculpante de responsabilidad, al finalizar el ejercicio contractual como medio para evadir obligaciones contractuales.

Por el contrario, para que ésta excepción se vea prosperada es menester que desde el inicio de la relación contractual y durante todo el curso de ella, el contratista haya hecho saber al contratante de las fallas o de los incumplimientos surgidos en el curso de la relación contractual, ni tampoco propuso en el curso de la ejecución del contrato la suspensión de las obligaciones a su cargo por la presunta falta de planeación contractual.

Las obras ejecutadas parcialmente por el contratista CONSOR LTDA nacen como resultado del fenómeno de la niña 2010-2011 que causó serias afectaciones en los municipios asentados en el sur de Bolívar por la gran precipitación de agua en forma de lluvia generando serias inundaciones dejando alrededor de 850 mil afectados² en 433 municipios y

² Informe de Situación Mo. 004 – ONU – OCHA – United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs



28 departamentos de Colombia, pero solo en el Departamento de Bolívar dejó aproximadamente más del 94% de viviendas destruidas y alrededor de 197.227 damnificados por la cruda ola invernal.

En consecuencia, el Fondo Nacional de Calamidades, a través de sub-cuenta Colombia Humanitaria, programa instituido por el Gobierno Central para llevar a cabo la reconstrucción de las zonas y territorios averiados por la cruda ola invernal vivida durante los años 2010-2011, para lo cual se expidieron los Decretos 4579 y 4580 de 2010 en los cuales se decretó la emergencia social, economía y ecológica en todo el territorio nacional, permitiéndoseles a los beneficiarios de los recursos que acometieran los procesos de contratación amparados en la urgencia manifiesta, mediante las reglas del derecho privado, pero respetando los principios rectores de la función administrativas.

En virtud de lo anterior, el Departamento de Bolívar acomete la contratación de las obras tendientes a la reconstrucción de las zonas golpeadas por la ola invernal, basado en los Decretos antes referidos y concretamente en la Circular 015 de Mayo 16 de 2011 donde se instituyó los tramites y procedimientos que debían seguirse por la entidades territoriales para contratar la reconstrucción de los regiones impactadas por las inclementes lluvias para cumplir con los fines del estado y con la función social.

En el caso sub-examine tenemos que el contratista CONSOR LTDA nunca hizo saber al contratante la carencia de los diseños y planos entre otros, contrario sensu, el contratante siempre estuvo atento a la ejecución del contrato y el supervisor y la interventoria en sus informes manifestaron que el contrato estaba siendo incumplido por el contratista en lo que atañe a los porcentajes de ejecución, pero nada se dijo respecto del contratante, lo que permite colegir con meridiana claridad que la administración estaba atendiendo en debida forma sus obligaciones contractuales, por que de ser lo contrario el interventor así lo hubiese manifestado.

En el expediente no reposa prueba alguna donde conste que el contratista le haya manifestado a él contratante y a la interventoria que era imposible ejecutar las obligaciones del contrato, por cuanto no existían diseños, planos y estudios del objeto contratado, ni tampoco nunca manifestó al contratante que éste no había dado aplicabilidad al principio de la planeación contractual.

Soporta el contratista la excepción del contrato no cumplido en la aclaración y en los informes rendidos por la interventoria (febrero 15 de 2012 fls 275 a 284 y marzo 22 de 2012 fls 285 a 296) pero en los mismos no está plenamente detallado y comprobado técnicamente en que consistió la violación o la falta de planeación del contrato, entonces mal podría la administración declarar la excepción del contrato no cumplido, máxime cuando las razones alegadas por el contratista carecen de "fuerza probatoria", en el sentido que se hacen ligeramente y sin los estudios técnicos que conlleven a demostrar donde se puntualizó la falta de planeación contractual y en que consistió la misma. Se trata de una situación alegada solo como resultado de la sanción impuesta por su incumplimiento, nunca alegada durante el trámite de la audiencia o con ocasión a los requerimientos efectuados por la

[Firma]

interventoria, siendo así, resulta imposible para el contratante despachar a favor del contratista la pretensión de la excepción del contrato no cumplido.

En cuanto a la improcedencia de hacer efectiva la penalidad del contrato, ésta administración expone que la cláusula penal está encaminada a buscar la indemnización anticipada de los perjuicios causados al contratante, y éstos perjuicios nacen del incumplimiento del contrato y dicha desavenencia contractual está debidamente acreditada en el informe rendido por la interventoria el 25 de noviembre de 2012, donde expone que el contratista ejecutó solo el 60% del total del contrato, quedando pendiente por ejecutar un 40%, situación que lo coloca en posición de incumplimiento en lo que corresponde a los términos de la propuesta que radicó en el curso del proceso de selección, a las obligaciones del contrato y al plazo contractual quien estaba más que vencido.

Así las cosas y conforme a las consideraciones fácticas y jurídicas que anteceden, no existe otra alternativa que confirmar en todas sus partes las razones vertidas en la resolución No. 556 del 27 de noviembre de 2012 y por consiguiente confirmar a plenitud la parte resolutive del citado acto sancionatorio.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR el incumplimiento del Contrato No. SOP-C- 503 del 18 de Mayo de 2011, celebrado entre el Departamento de Bolívar y CONSOR LTDA., identificad con NIT No. 900.085.205-2 , representada legalmente por la señor RAFAEL NICOLAS ORDOÑEZ SIERRA, identificado con la cedula de ciudadanía No. 92.506.429 de Sincelejo, cuyo objeto es: *"(...) de ejecutar para el DEPARTAMENTO, por el sistema de precios unitarios no reajustables las actividades y obras relativas a la Construcción de obras para el control de inundaciones en el sector caño caimancito, finca la Victoria y finca Chimborazo, en jurisdicción del municipio de Achí – Departamento De Bolívar (...)"*.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR la declaratoria de ocurrencia de los siniestros que fueron pactados en el Contrato SOP-C- No 503 de fecha 18 de mayo de 2011, los que se exponen a continuación y que están amparados por la compañía de seguros CONDOR S.A., identificada con NIT 900.085.205-2, mediante póliza a favor de entidades estatales No. 300001246, de fecha de expedición 5 de Julio de 2011 como anexo cero así: a) Cumplimiento por un valor de VEINTITRES MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$ 23.683.400).

ARTICULO TERCERO: CONFIRMAR hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en cuantía equivalente al diez por ciento (10%) del valor del aporte entregado por el Departamento en desarrollo del Contrato SOP-C 503 de 2011 en contra de CONSOR LTDA identificado con No. 900.085.205-2, representada legalmente por la señor RAFAEL NICOLAS ORDOÑEZ SIERRA, identificado con la cedula de ciudadanía No. 92.506.429 de Sincelejo o quien haga sus veces al momento de la notificación del acto.

ARTICULO CUARTO: Notifíquese en audiencia al representante legal de CONSOR LTDA señor RAFAEL NICOLAS ORDOÑEZ SIERRA, identificado con la cedula de ciudadanía No. 92.506.429 de Sincelejo o a quien haga sus veces, así como al representante legal de la Compañía de seguros CONDOR S.A, o a quien haga sus veces. Igualmente, reconózcasele personería jurídica en los términos conferidos en el poder especial, amplio y suficiente conferido al apoderado del contratista Dr. NESTOR ALONSO OJEDA MARTINEZ, quien se identifica con la cedula de ciudadanía No. 92.509.053 y portador de la tarjeta profesional de abogado No.68285 del CS de la J, para lo de su competencia y lo de su encargo jurídico.

ARTÍCULO QUINTO: En firme esta Resolución se publicará en el SECOP como lo ordena el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto 019 de 2012, y se comunicará a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio del lugar del Contratista.

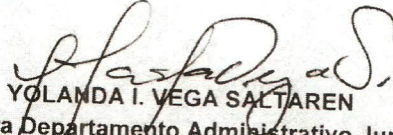
ARTICULO SEXTO: Ordenase la liquidación del Contrato SOP-C-No.503 /2011, conforme a la clausula decima sexta del mismo, lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 734 de 2012.

ARTICULO SEPTIMO: Remitir copia de la presente Resolución a la Secretaría de Obras Públicas Departamental, como la dependencia afectada por el incumplimiento del Contrato SOP-C-503 de 2011, para los fines pertinentes.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dado en Cartagena de Indias, a los once días (11) del mes de Diciembre de dos mil doce (2012).

11 DIC. 2012


YOLANDA I. VEGA SALTAREN
Directora Departamento Administrativo Jurídico