



RESOLUCIÓN No. 98

"Por la cual se rechaza de plano una solicitud de nulidad y se resuelven dos recursos de reposición"

El Gobernador del Departamento de Bolívar, en uso de las facultades atribuidas por la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y

CONSIDERANDO

Que mediante Resolución 332 del 1º de Junio de 2012, el Departamento de Bolívar, previo cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, como consta en acta de audiencia del afectado y de la Compañía emisora de las pólizas a favor de este ente territorial, de fecha 3 de mayo de 2012, declaró el incumplimiento del Contrato de Obra No. 754 de 2009 suscrito con el Consorcio Hospital 2009, cuyo objeto era la construcción de áreas de urgencias, RX, Laboratorio Clínico, quirúrgico, obstétrica, hospitalización y servicios varios del Hospital Local de Cantagallo, Bolívar.

Que la Resolución 332 del 1º de Junio de 2012, fue debidamente notificada al representante legal del Consorcio Hospital 2009 y a la apoderada de Seguros del Estado, los días 22 y 27 de junio de 2012, respectivamente.

Que por virtud del acto administrativo mencionado en el anterior considerando, igualmente se hizo exigible la cláusula penal y se declaró el siniestro de las pólizas de cumplimiento Nos. 75-44-101017816 y 75-40-101004672, expedidas por "Seguros del Estado", S.A.

Que las apoderadas del Consorcio Hospital 2009 y de la Compañía Seguros del Estado, S.A., por escritos radicados el 29 de junio y el 4 de julio de 2012, respectivamente, presentaron sendos recursos de reposición contra el acto administrativo ya mencionado.

Que el día 5 de octubre de 2011, la apoderada del Contratista Consorcio Hospital 2009, presentó a la Gobernación de Bolívar solicitud de nulidad de toda la actuación administrativa, según su parecer porque la administración departamental vulneró de manera flagrante el debido proceso administrativo señalado en el artículo 23 de la Constitución Política y el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que de conformidad con lo previsto por el artículo 29 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, norma aplicable a la presente actuación por mandato expreso del artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, es procedente acumular, examinar y decidir las solicitudes presentadas por las apoderadas del afectado y de la Compañía Seguros del Estado, S.A. en un mismo acto administrativo, como efectivamente se hará.



[Faint text and illegible signatures]

[Handwritten signature]

Que dada la incidencia que la decisión de la solicitud de nulidad de la actuación adelantada tiene sobre la resolución de los recursos, se procederá a resolver en primer lugar dicha solicitud.

Que revisados los fundamentos de hecho y de derecho invocados por la apoderada del Consorcio Hospital 2009, no están dados los presupuestos temporales ni sustanciales para la aplicación de la facultad de corrección de irregularidades en la actuación administrativa prevista en el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, norma en la cual se sustenta jurídicamente la solicitud que por esta resolución se resuelve y que entró en vigencia el 2 de julio de 2012, en la medida en que, de acuerdo con lo señalado por los incisos segundo y tercero del artículo 308, ejusdem, **"...Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.**

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior..." y, que la facultad sólo puede ser ejercida **antes del proferimiento del acto que se estima debe corregirse.** (Resaltado fuera de texto)

Que en el presente caso, la actuación cuya nulidad se depreca, inició bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984, norma bajo la cual ha de seguir rituándose hasta su culminación y, el acto por el que se decidió el incumplimiento, ya fue dictado, lo que hace nugatoria la solicitud de corrección, si en gracia de discusión se aceptara su procedencia.

Que los límites temporales y sustanciales impuestos por la norma en mención, obligan a la administración departamental a abstenerse de cualquier pronunciamiento sobre la petición de nulidad de la señora apoderada y la consecuente corrección de la actuación, en tanto y en cuanto, son normas de orden público de obligatorio cumplimiento y cuyos efectos en el tiempo fueron expresamente previstos en ella.

Que la regla general enseña que las normas, salvo las excepciones consagradas por el legislador, rigen hacia el futuro y no cobijan actuaciones iniciadas o culminadas bajo la vigencia de otra norma.

Que los argumentos esgrimidos por la apoderada del contratista, descansan en la violación flagrante del debido proceso administrativo, según su apreciación, lo que conduciría a la configuración de una causal de nulidad absoluta, no saneable, que impediría la simple corrección de la "actuación", si los mismos fuesen de recibo para el despacho, que no lo son, como se dirá en la parte resolutive correspondiente.





Que la administración departamental conserva la competencia para resolver la solicitud de nulidad invocada por la apoderada del Consorcio y los recursos interpuestos, a la luz del artículo 60 del C.C.A.

Que por todo lo anterior y, en primer lugar, se rechazará de plano la solicitud, como efectivamente se hará en la parte resolutive de este acto administrativo, por no encontrarse satisfechos los supuestos de hecho y de derecho para la aplicación de la normativa del artículo 41 de la Ley 1437 de 2011.

Que por razones de metodología, se procederá a estudiar de manera separada los escritos contentivos de los recursos antecitados con referencia sucinta de los argumentos y su fundamento jurídico, en el orden de su presentación y determinando punto por punto las consideraciones de la administración sobre el particular, así:

1. RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR EL CONSORCIO HOSPITAL 2009.

Inicia la apoderada con un recuento de las razones esgrimidas por la administración departamental en la Resolución 332 del 1º de junio de 2012 para declarar el incumplimiento de su poderdante, las cuales no serán reproducidas aquí, habida cuenta que son ampliamente conocidas por ella.

1.1 SÍNTESIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

- Que desde la fecha de la última suspensión, es decir, desde el 6 de abril de 2011 hasta el momento de la declaratoria de incumplimiento, el contrato se encontraba suspendido para todos los efectos legales, lo que de suyo, imposibilitaba a la administración para adoptar esa decisión, dado que la suspensión fue decidida por ambas partes contratantes, en como consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad. Igualmente y, con apoyo en sentencias de la sección tercera del Consejo de Estado, manifiesta que los efectos de la suspensión son la interrupción de la contabilización del plazo contractual y la inejecución de las obligaciones contractuales o su exigencia por parte de uno cualquiera de los contratantes. Así mismo, consigna conclusiones preliminares con miras a desvirtuar las consideraciones de la administración para proceder a la declaratoria de incumplimiento. Que el negocio jurídico contenido en el contrato de obra 734 de 2009, no ha culminado aún, por causas no imputables al Consorcio sino por los sucesivos inconvenientes que se suscitaron desde el inicio de la ejecución del mismo, entre las que cita deficiencias de los diseños y estudios de suelos, los que, de acuerdo con lo expresado por ella, fueron evidenciados por cuenta del estado de inundación y de parcial ocupación en que fue encontrado el terreno. De igual forma, manifiesta entre otras cosas, que **"...es preciso indicar que dentro de las razones de la suspensión se encuentran las falencias de los planos entregados por el Departamento de Bolívar, así como la no existencia de**



estudios de suelos y de diseño estructural, lo cual es imprescindible para una obra, pues a través de este estudio de suelos se determina la resistencia del terreno, sobre el que se desplantan las edificaciones, así mismo sirve de base para realizar el cálculo y diseños estructurales, de acuerdo a la norma sismoresistente colombiana...". Así mismo, que la creciente del Río Magdalena por la ola invernal que azotó vastas regiones del territorio nacional, ocasionó la inundación del terreno, lo que generó una nueva suspensión y puso de relieve la falta de planeación del Departamento. Posteriormente, relata que pese a la adición del plazo inicialmente pactado en noventa días calendario, la fuerte ola invernal y la creciente del Río Magdalena ocasionaron la ocupación del terreno por moradores del lugar y la pérdida de materiales de construcción, lo que motivó nuevamente la suspensión hasta el 6 de abril de 2011. Expresa también, que el no pago de actas parciales de obra, solicitado el 7 de abril del mismo año y respecto del cual se configuró el silencio administrativo positivo, generaron atrasos en los pagos de los trabajadores de la obra. Todo lo anterior, según su dicho, generó un desequilibrio económico para el consorcio. De igual manera, que el anticipo fue invertido correctamente; propone así mismo, excepción de contrato no cumplido, la existencia de nuevos hechos impeditivos para la ejecución del contrato, aportando estudios contratados por el consorcio, la improcedencia de hacer exigible la cláusula penal y de declarar el siniestro, el incumplimiento del contrato por parte del Departamento de Bolívar por el no pago de dos actas parciales y la desatención de una solicitud de reajuste de precios, incumplimiento por la indebida planeación del contrato, y la consecuente ruptura del equilibrio económico del contrato (Resaltado fuera de texto)

1.2 CONSIDERACIONES DE LA ADMINSTRACIÓN:

Si bien es cierto que la suspensión implica, frente a determinadas situaciones que lo ameritan, que exista acuerdo entre los extremos de la relación comercial para llegar a ella, no lo es menos que la figura de la suspensión no es indefinida en el tiempo y, una vez desaparecen los fundamentos que le dieron origen, las partes o una de ellas convoca a la otra para que de la misma manera, de común acuerdo, se proceda a la reanudación de la ejecución del contrato. Como consta en el expediente de la actuación que se define, el señor interventor del contrato de obra No. 734 de 2009, informó el 28 de julio de 2011 al consorcio de la superación de las circunstancias que ocasionaron la suspensión y, en consecuencia, la necesidad de reiniciar la obra el 2 de agosto de esa misma anualidad, frente a la cual, el contratista de manera injustificada se negó, alegando, entre muchas, razones, la desatención de una solicitud de ajuste de precios y configuración de silencio administrativo positivo a su favor, argumentos que no tenían relación directa con la solicitud de reiniciación, máxime si se tienen en cuenta los efectos que genera la suspensión, como lo afirma la señora apoderada.





Bolívar Ganador 98
DESPACHO DEL GOBERNADOR
GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR

Por su pertinencia con el tema de la suspensión y sus efectos y, teniendo en cuenta que la apoderada plantea como mecanismo de defensa de la excepción de contrato no cumplido a favor del Consorcio Hospital 2009, es conveniente en este punto hacer el análisis de su procedencia. Vulnera el principio lógico de no contradicción la señora apoderada al pretender hacer valer una excepción que de suyo no puede alegar, más cuando ella misma en su escrito de reposición afirma tajantemente que los efectos de la misma son la interrupción de la contabilización del plazo contractual **y la inejecución de las obligaciones contractuales o su exigencia por parte de uno cualquiera de los contratantes.** Si ello es así, ¿frente a qué incumplimiento previo de la administración está planteando la excepción? ¿Qué poder le asiste al contratista para calificar la gravedad del supuesto incumplimiento, cuando es facultad de un juez de la república hacerlo?

En efecto, no existe relación de causalidad entre la reclamación del 7 de abril de 2011, las falencias de los diseños e inexistencia de estudios de suelo, circunstancias que dicho sea de paso, debieron ser impeditivas desde el inicio de la ejecución y no después de cuatro suspensiones y la negativa a continuar con la ejecución de la obra contratada. Es principio general de derecho desde Roma, que "Nadie puede alegar su propia culpa en su beneficio", más conocido como "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans". Es inadmisibles, por decir lo menos, que después de recibir un anticipo y pagos de actas parciales de obra, el contratista alegue deficiencias en los diseños y los estudios de suelos, las cuales debió conocer en razón a su oficio y a la idoneidad que demostró en el proceso de adjudicación. Es de resaltar, que se llevó a cabo visita de inspección el 30 de julio de 2009, previa presentación de ofertas por los proponentes.

Se reitera que dada la especialización de la actividad del contratista y la naturaleza de las obras contratadas, es inconcebible que desde el inicio de la ejecución contractual, no haya puesto de presente a la administración las deficiencias que pretende hacer valer ahora para justificar el supuesto desequilibrio económico del contrato.

Más aún, debieron ser manifestadas desde la formación misma del negocio jurídico, en razón a que los proponentes estudian los pliegos elaborados por la administración a efectos de preparar sus propuestas. No se entiende cómo a estas alturas, alegan lo que debieron manifestar desde el principio. Si lo tiene claro la apoderada, con mayor fuerza debe saberlo quien por oficio tiene la construcción de obras públicas.

Cabría preguntarle por qué guardó silencio al respecto. El principio de la Buena Fe, aplicable a la contratación estatal por expresa remisión del artículo 28 de la Ley 80 de 1993, rige en todas las etapas de la formación del contrato estatal y es de obligatoria observancia por parte de quienes intervienen en ella, sea en calidad de proponentes o ya de contratistas.

Adicionalmente, no puede atribuirse a indebida planeación del Departamento, la ocurrencia de eventos de la naturaleza que por muy previsibles que sean, no



se está en capacidad de resistir, más aún, cuando se trata de un Río que atraviesa toda la geografía colombiana.

El fenómeno del silencio administrativo positivo que se configuró por la ausencia de respuesta de la administración en relación con la solicitud de reajuste de precios y de dos actas parciales, no constituye per se, violación del debido proceso y no puede atribuírsele el poder de paralizar la ejecución del contrato; en lo referente a la pérdida de los materiales, es principio de derecho civil y comercial, aplicable por expresa autorización del Estatuto de Contratación, que las cosas perecen para su dueño, en este caso, el contratista.

No menciona la apoderada, que el señor representante legal, en varias comunicaciones dirigidas al interventor, cuyas copias reposan en el expediente, manifestó su deseo de ceder el contrato y de no continuar con la ejecución, todo con fundamento en el no pago del reajuste y de las actas. Lo anterior, con el fin de desvirtuar su afirmación sobre la indeclinable voluntad del consorcio de continuar con la ejecución hasta su culminación.

Ahora bien; en lo relacionado con el buen manejo del anticipo, teniendo en cuenta que el nivel de ejecución de la obra comprobado por el interventor y la supervisora de la Secretaría de Obras Públicas corresponde aproximadamente al cincuenta por ciento de lo contratado, queda claro que la aplicación dada al anticipo no fue la mejor.

En lo que respecta a los "nuevos hechos impeditivos" alegados por la apoderada, con fundamento en un estudio de fecha 26 de junio de 2012, realizado por la firma TPC Estructuras por encargo del Consorcio Hospital 2009, según el cual se confirman las deficiencias de los estudios y la inobservancia de normas de sismoresistencia, se reitera que en desarrollo del principio de la Buena Fe, de rango constitucional y, del deber asumido por el contratista como colaborador del Departamento en la consecución de sus fines, debió observar esta misma diligencia **durante el proceso de formación del negocio jurídico y durante su frustrada ejecución, devolviendo el anticipo a la administración y renunciando a su ejecución, aspirando a obtener únicamente lo que resultare por utilidad** y no como defensa ante la declaratoria de su incumplimiento. Adicionalmente, el estudio no fue realizado con la participación y contradicción del departamento, por lo que tiene el carácter de sumaria y es violatoria del debido proceso.

En lo tocante a la imposibilidad de hacer exigible la cláusula penal por cuanto sólo puede declararse ante el incumplimiento definitivo del contratista, yerra la apoderada teniendo en cuenta que de acuerdo con cláusula décimo segunda del Contrato 734 de 2009, ese es sólo uno de los eventos en que procede, no el único. Los dos eventos restantes pactados son el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas o en caso de declaratoria de caducidad. Teniendo en cuenta que el contratista rehusó la reanudación de las obras con motivos que más parecen un ejercicio arbitrario de las propias razones y que desde mediados de 2011 la obra fue abandonada, es perfectamente válido





hacerla exigible. Corolario de esta argumentación, es que sí estaban dados los presupuestos para declarar la ocurrencia del siniestro, como efectivamente se hizo.

En lo referente al incumplimiento por el no reconocimiento del reajuste de precios y el no pago de actas parciales, si bien es cierta la afirmación, si se analiza dicha circunstancia y el impacto de los valores no reajustados y de las actas dejadas de pagar en la continuidad de la ejecución, frente a los valores recibidos por concepto de anticipo y pagos de otras actas presentadas, no puede arribarse a la equivocada conclusión a la que llega la apoderada de asentar en ellos la causa que "...a (sic) impedido el reinicio de las obras...". Como se estableció en su momento, el Departamento de Bolívar desembolsó por concepto de anticipo y pagos de actas parciales la suma de MIL SESENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO VEINTITRÉS MIL NOVECIENTOS OCHENTA MIL PESOS CON NOVENTA Y SIETE CENTAVOS (\$1.069.123.980.97), de un contrato pactado en MIL QUINIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$1.536.418.959), es decir, el 70% por ciento de su valor.

Por último y, frente al supuesto incumplimiento de la Gobernación por indebida planeación del contrato, se le recuerda a la apoderada que la planeación contractual es previa al inicio del proceso de selección del contratista, cuando ni siquiera existe el contrato y mal podría incumplir por esa causa respecto de un negocio que no existe.

De todos los argumentos presentados, no se encuentra sustento alguno para alegar incumplimiento del Departamento o la afectación del equilibrio contractual por causa imputable a él.

Por todo lo anterior, se desestiman por el despacho.

2 RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR SEGUROS DEL ESTADO, S.A.

2.1 SÍNTESIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Plantea la apoderada de Seguros del Estado, S.A. los siguientes:

- Improcedencia de la declaratoria de incumplimiento a cargo del contratista, por inexistencia del incumplimiento del objeto contractual, el rompimiento del equilibrio económico, fuerza mayor y la improcedencia de la afectación de la garantía única y los distintos amparos contratados, especialmente el de la calidad y estabilidad de la obra.

2.2 CONSIDERACIONES:

Teniendo en cuenta que los argumentos relativos al cumplimiento de las obligaciones del contratista, al rompimiento del equilibrio contractual y a la



improcedencia de la declaratoria de ocurrencia del siniestro ya fueron analizadas por la administración al estudiar los argumentos que sustentan el recurso interpuesto por la apoderada del Consorcio Hospital 2009, se estará a lo consignado en ese acápite y solo se hará referencia a la fuerza mayor y a la improcedencia de la afectación del amparo de estabilidad de la obra.

Respecto de la fuerza mayor, no es de recibo por cuanto está demostrado que la causa del incumplimiento es atribuible a una conducta omisiva del contratista, al negarse a continuar con la obra suspendida y no a hechos en relación con los cuales estuviera en incapacidad de resistir, requisito sine qua non para que se esté en presencia de esta figura excluyente de la responsabilidad.

En relación con la improcedencia de la afectación del amparo de estabilidad de la obra, le asiste la razón a la recurrente en la medida en que dicho amparo sólo se puede hacer efectivo una vez el contratista ha entregado la obra contratada. En el caso que nos ocupa, la obra no sólo no ha sido culminada, sino que se encuentra en estado de abandono. Por lo tanto sólo en este sentido se accederá a revocar la parte pertinente del acto impugnado.

En mérito de lo anterior,

RESUELVE

PRIMERO: Rechazar de plano la solicitud de nulidad presentada por la apoderada del Consorcio Hospital 2009, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

SEGUNDO: Confirmar en todas sus partes, salvo lo que se dispone en el artículo siguiente, la Resolución No. 332 de 1 de junio de 2012, por la cual el Gobernador del Departamento de Bolívar declaró el incumplimiento del contrato de obra 734 de 2009, se hizo exigible la cláusula penal pactada y se declaró el siniestro de la póliza de cumplimiento

TERCERO: Revocar el literal c) del artículo 3º de la Resolución 332 del 1 de junio de 2012, referente a la exigibilidad del amparo de calidad y buen funcionamiento de las obras.

CUARTO: Notificar, en los términos de ley, la presente Resolución al Consorcio Hospital 2009 a través de su representante legal Oscar Laguna Morante y a su apoderada y a la apoderada de la Aseguradora "Seguros del Estado", S.A., haciéndoseles saber, que contra ella no procede ningún recurso en sede administrativa.

QUINTO: En firme la presente resolución, publíquese de acuerdo con lo ordenado por el artículo 31 de la Ley 80 de 1993 y comuníquese a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio de Cartagena.






Bolívar Ganador

98

DESPECHO DEL GOBERNADOR
GOBERNACION DE BOLIVAR

SEXTO: Comunicar al interventor del contrato y a las dependencias y funcionarios encargados de atender su cumplimiento.

SÉPTIMO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

Dada en Cartagena de Indias, D.T. y C. a los **19 MAR. 2013**

NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CÚMPLASE

JUAN CARLOS GOSSAÍN ROGNINI
Gobernador del Departamento de Bolívar

Revisó y aprobó: Yolanda Isabel Vega Saltarén, Jefe Oficina Asesora Jurídica
Proyectó: Verena Lucía Guerrero Pettin, Asesora Externa

GOBERNACION DE BOLIVAR
Diligencia de Notificación

Cartagena 09 de mayo de 2013

Notificado Juzgado Cañas Osorio (Poder)

Resolución No. 098 del 19 de marzo 2013.

Quien entrega de firma:



KETTY ESPINOSA ESPINOSA

Abogada Especialista

Barranquilla, mayo de 2013

Señores:

GOBERNACIÓN DE BOLIVAR

Atn: Dra. YOLANDA ISABEL VEGA SALTARÉN

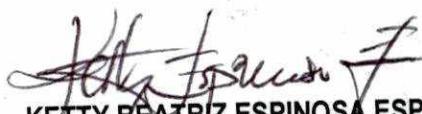
Jefe Oficina Asesora

E. S. D.

ASUNTO : Autorización para notificación de la resolución No. 98.

KETTY BEATRIZ ESPINOSA ESPINOSA, identificada como aparece al pie de mi firma, en mi condición de apoderada judicial del Consorcio Hospital 2009, concuro ante su despacho para autorizar a la abogada **LUZ MARY CAÑAS OSORIO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.047.391.404 expedida en Cartagena y tarjeta profesional No. 205.518 del C.S.J., para que se notifique de la resolución No. 98 expedida por la Gobernación de Bolívar dentro del proceso sancionatorio contractual iniciado por la Gobernación contra el Consorcio Hospital 2009.

Atentamente,


KETTY BEATRIZ ESPINOSA ESPINOSA
C.C. No. 22.548.763 de Barranquilla.
T.P. No. 185.753 de C. S. de la J.

Acepto:


LUZ MARY CAÑAS OSORIO
C.C. No. 1.047.391.404 de Cartagena
T.P. No. 205.518 del C.S.J

GOBERNACION DE BOLIVAR
DPTO. ADMINISTRATIVO JURIDICO
UNIDAD DE CONTRATACION

FECHA: 09/05/2013

HORA: 03:31 p.m.

FOLIO Nº

LIBRO:

RECIBIDO

Hasta p. Anita

**PRESENTACIÓN PERSONAL &
DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO**

Ante el Notario Sexto de Barranquilla,

se presentó Kelly Beltrán
Apinoro Espinosa

identificado con C.C. 225431763

T.P. B
y declaró que el contenido del documento anterior es cierto y suya la firma y huella que lo refrenda.

Barranquilla D.E.I.Y.P. (ATLÁNTICO) **08 MAYO 2013**

NOTARIA 6a NOTARIA 6a NOTARIA 6a NOTARIA 6a NOTARIA 6a NOTARIA 6a NOTARIA 6a

Kelly Espinosa



MAY 8 1 37 PM 2013

045905

Fernando Tello Lombana
Notario Público
Notario sexto (6o) En Propiedad del Circuito de
Barranquilla D.E.I.Y.P. (Atlántico) República de
Colombia - Sur del Atlántico
Email: fernandotello@notariatosexto.com
Teléfonos: (51) 363 7415, (51) 4937415

