

**RESOLUCION No. DE 2016**

"Por medio de la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la determinación adoptada en la Resolución No. 298 del 08 de junio de 2016"

**LA SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA DE LA GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR**, debidamente facultada por el Sr. Gobernador del Departamento de Bolívar, mediante el Decreto de delegación No193 del 04 de mayo de 2016, y en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que confiere el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y

**CONSIDERANDO**

Que mediante Resolución No. 298 del 08 de junio de 2016, se resolvió lo siguiente: **ARTICULO PRIMERO:** Declarar el incumplimiento parcial del contrato, celebrado entre el Departamento de Bolívar y el **CONSORCIO AULAS DE MOMPOX –TURBANA**, con NIT: -900.811.841-2, representada legalmente por el señor por **JOSE MIGUEL CHARRIS TERNERA** cuyo objeto es: CONSTRUCCION DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA DE LAS INSTITUCIONES: CONSTRUCCION DE LA INSTITUCION EDUCATIVA TECNICA AGROPECUARIAY ORFEBRE, TOMASA NAJERA EN EL MUNICIPIO DE MOMPOX Y REPOSICION DE 14 AULAS DE CLASES, 2 BATERIAS SANITARIAS Y CONSTRUCCION 1 LABORATORIO, 1 AULA DE SISTEMAS, 1 UNIDAD ADMINISTRATIVA, 1 BIBLIOTECA Y 2 BATERIAS SANITARIAS EN LA INSTITUION EDUCATIVA DE BALLESTAS EN EL MUNICIPIO DE TURBANA, DEPARTAMENTO DE BOLIVAR. y derivado de ello, se le impone una multa, así:

*IE. BALLESTAS , ubicada en el municipio de TURBANA: Valor del contrato. \$ 2.211.398.414,70*

*Porcentaje programado a 6 de octubre de 2015 = 90% , que equivale a 1.990.258.573,23*

*Porcentaje real ejecutado a 6 de octubre de 2015: 49%, que equivale a 1.083.585.223,20*

*Dejado de ejecutar el 41% que corresponde a la diferencia entre lo programado y lo realmente ejecutado a la fecha de evaluación \$ 906.673.350,03.*

*Según la cláusula decima segunda: SANCIONES a) MULTAS se liquidarían al 1% del valor dejado de entregar por cada día de retardo hasta por 15 días:*

**906.673.350,03 x 1 % x 3 = \$ 27.200.200,50,**

*la cual será descontada de las sumas que aún se le adeudan al contratista por concepto del contrato de obra pública No. SI-974-2014.*

*Lo anterior, teniendo en cuenta los informes de la interventoría el que da cuenta que el atraso en la ejecución de la obra empezó el día 6 de octubre de 2015, y se sostuvo hasta el 9 de*

**RESOLUCION No. DE 2016**

"Por medio de la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la determinación adoptada en la Resolución No. 298 del 08 de junio de 2016"

*Octubre de 2015 fecha en la que se suspende el contrato de obra, razón por la cual se toman 3 días de retraso.*

**I.E TOMASA NAJERA – Ubicada en el municipio de MOMPOX \$ 1.364.345.358,73**

*Porcentaje programado a 6 de octubre de 2015 = 90% , que equivale a 1.227.910.822,86*

*Porcentaje real ejecutado a 6 de octubre de 2015: 82%, que equivale a 1.118.763.194,16*

*Dejado de ejecutar el 8% que corresponde a la diferencia entre lo programado y lo realmente ejecutado a la fecha de evaluación \$ 109.147.628,70.*

*Según la cláusula decima segunda: SANCIONES a) MULTAS se liquidarían al 1% del valor dejado de entregar por cada día de retardo hasta por 15 días:*

**$109.147.628,70 \times 1 \% \times 3 = \$ 3.274.428,86$**

*la cual será descontada de las sumas que aún se le adeudan al contratista por concepto de la prestación del servicio dentro del contrato 974 de 2016.*

*Lo anterior, teniendo en cuenta los informes de la interventoría el que da cuenta que el atraso en la ejecución de la obra empezó el día 6 de octubre de 2015, y se sostuvo hasta el 9 de Octubre de 2015 fecha en la que se suspende el contrato de obra, razón por la cual se toman 3 días de retraso.*

*Para un total de MULTA en los dos frentes : \$ 30.474.629,36, los cuales podrán ser descontados de las sumas por pagar.*

**ARTICULO SEGUNDO:** *Declarar la ocurrencia del siniestro que fue pactado en el contrato y que están amparados por la compañía de SEGUROS LA PREVISORA S.A con NIT 860002400-2, mediante póliza a favor de entidades estatales PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO No. 0398365-1 y 1576360-2..."*

Que el apoderado del contratista, presentó en audiencia recurso de reposición en contra del mismo acto basado en:

1. El contratista había superado los aspectos que daban lugar a retraso y había adoptado los mecanismo para superación de los aspectos objeto del procedimiento de sanción.

A su vez, el representante Legal de la compañía aseguradora, presentó reposición arguyendo que:

1. Las multas tienen como razón de ser conforme a la jurisprudencia del consejo de estado, conminar al contratista a superar los aspectos propios del retraso, que en el caso en comento, el contratista se encuentra en obra, y se encuentra desarrollado las actividades tendientes a la

**RESOLUCION No. DE 2016**

"Por medio de la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la determinación adoptada en la Resolución No. 298 del 08 de junio de 2016"

entrega de la obra en el plazo establecido en el adicional pactado de manera bilateral por las partes.

**I. ANALISIS DE LOS ARGUMENTOS**

**SOBRE LA NATUREZA ONTOLOGICA DEL PROCESO SANCIONATORIO PARA LA IMPOSICIÓN DE MULTAS.**

La Corte Constitucional ha organizado una sólida línea jurisprudencial sobre el tema de las Potestades Sancionadoras de la Administración Pública, en la cual además de afirmar que se constituye en un medio para materializar los fines y cometidos estatales, en su aplicación, se deben observar con cierta moderación los principios y garantías jurídicas del Derecho Penal, pues están sometidas, entre otros, a los principios de legalidad y al debido proceso.

La Corte Constitucional para consolidar una línea jurisprudencial en relación con la Potestad Sancionadora de la Administración ha expuesto en providencias como la Sentencia T – 145 del 21 de abril de 1993:

*"El Constituyente colombiano hizo extensivo el derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP 29). Las garantías mínimas del debido proceso penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las actuaciones administrativas sancionatorias. En materia sancionatoria de la administración, la estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva - nulla poena sine culpa -, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del non bis in idem y de la analogía in malam partem, entre otras.*

*El principio de legalidad que inspira el derecho penal y administrativo comprende una doble garantía: la seguridad jurídica y la preexistencia de preceptos jurídicos (lex previa) que establezcan de manera clara (lex certa) las conductas infractoras y las sanciones correspondientes. Así sean admisibles en el ámbito administrativo algunas restricciones en el ejercicio de los derechos, dada la especial relación de sujeción del particular frente al Estado - v.gr. existencia de facultades exorbitantes o poder disciplinario -, los principios constitucionales del debido proceso (CP art. 29) deben ser respetados en su contenido mínimo esencial, particularmente en lo relativo a los requisitos de legalidad formal y tipicidad".*

En la Sentencia C – 827 del 8 de agosto de 2001, en los siguientes términos:

**RESOLUCION No. DE 2016**

"Por medio de la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la determinación adoptada en la Resolución No. 298 del 08 de junio de 2016"

*"De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los principios del derecho penal-como forma paradigmática de control de la potestad punitiva-se aplican, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado. Sin embargo en los otros ámbitos distintos al derecho penal dicha aplicación ha de considerar como ya se expresó, sus particularidades (C.P., art. 29).*

*Así mismo, ha señalado la Corte que "la definición de una infracción debe respetar los principios de legalidad y proporcionalidad que gobiernan la actividad sancionadora del Estado". En ese orden de ideas ha destacado que "Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa".*

*Además, es claro que el principio de legalidad implica también que la sanción debe estar predeterminada ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta pues, como esta Corporación ya lo había señalado, las normas que consagran las faltas deben estatuir "también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas". "Las sanciones administrativas deben entonces estar fundamentadas en la ley, por lo cual, no puede transferírsele al Gobierno una facultad abierta en esta materia. \*\*\*\**

Habiendo dicho lo anterior, resulta importante poner de presente, como lo ha señalado el Consejo de Estado<sup>1</sup>

*"La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una vez que se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.*

*Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria.*

Si se entiende como lo ha hecho el Consejo de Estado, que la multa constituye un instrumento para constreñir o apremiar como contratista al cumplimiento de sus obligaciones, debe la administración verificar previamente a cualquier actuación de esta naturaleza, si ya se satisfizo y superaron los hechos constitutivos de eventuales retrasos o incumplimientos parciales. De ser así, este hecho constituye un impedimento para la administración de imposición de las mismas, por cuanto, habiéndose superado las circunstancias que dan lugar a la imposición de la multa, mal puede el Estado, que esta regido por el principio de legalidad en la actuación administrativa.

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION C CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C. primero (01) de julio de dos mil quince (2015)Radicación: . 25000-23-26-000-2007-00441-01 (38.797)

**RESOLUCION No. DE 2016**

"Por medio de la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la determinación adoptada en la Resolución No. 298 del 08 de junio de 2016"

La administración departamental, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, especialmente artículo 4º, numeral 4º, ha desarrollado *revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas*, ha desarrollado una labor acuciosa de verificación de las obligaciones contractuales, lo que ha devenido en el llamamiento al contratista y al garante. Al tiempo que ha ejercido, en los términos del Artículo 14º de la misma Ley, *la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato*.

El fundamento legal de este argumento se encuentra en el mismo texto de la Ley 1474 de 2011, al disponer que la entidad dará por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento. Por lo que de manera constante, una vez abierto el proceso, ha desarrollado una verificación pormenorizada, con el objeto de constatar que los hechos que motivan la presente actuación hayan cesado.

La providencia CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA

Subsección C Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ (E) Bogotá D.C., Febrero trece (13) de dos mil quince (2015) Radicación: Referencia: 05001-23-31-000-1996-01171-01 (26.938) en vigencia de la Ley 1150 de 2007 cambió de sentido este mismo problema –competencia temporal- en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, esta vez no por una variación introducida por la jurisprudencia a sus propias tesis, sino porque la Ley 1150 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se conserva "mientras esté pendiente la ejecución" del contrato, así es que de ninguna manera quedó limitado a que se haga sólo "durante el plazo" del contrato. En este sentido, el inciso primero del art. 17 de esta ley expresa categóricamente: "... Esta decisión... procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista..."

Sobre el aspecto temporal, no existe duda, por estar el contrato en ejecución el contrato, y encontrarse dentro del plazo del mismo.

+++ Ahora bien, respecto de la superación o no de las circunstancias que dieron lugar al procedimiento de sanción, encontramos que conforme a informe de supervisión elaborado con corte a fecha 01 de junio de 2016, da cuenta de lo siguiente:

"...Con el propósito de verificar los avances de obras que se han ejecutado a partir del reinicio de las actividades del contrato SI-974-2014 (Mayo 11 del 2016) hasta la fecha, la Supervisión realizó visitas a los municipios de Turbana y Mompox, encontrando los siguientes resultados:

- **En Ballestas - Turbana:**
  - ✓ Avances de obras en culatas de cubiertas, pañetes de muros y alfajías en concreto en el bloque 01.
  - ✓ Se observó poco personal obrero en el momento de la visita.
  - ✓ El bloque 2, aún no presenta intervención.
- **En Tomasa Nájera - Mompox:**
  - ✓ Sin reanudación de las obras.
  - ✓ Aún no ha llegado materiales de construcción y personal obrero en el sitio de la obra.

**RESOLUCION No. DE 2016**

"Por medio de la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la determinación adoptada en la Resolución No. 298 del 08 de junio de 2016"

En acción a lo observado en la vista, se citó a comité técnico al contratista y su garante "La Previsora S.A." y a la interventoría, asistiendo dos representantes del Consorcio Aulas Mompox - Turbana y el representante Legal del Consorcio Bolívar. El representante de la compañía de seguros, motivó la no asistencia a través de correo electrónico.

Durante el desarrollo del comité la supervisión y la Interventoría expuso a los representantes del Consorcio aulas Mompox - Turbana, el no cumplimiento de las actividades contractuales a su cabalidad, haciendo mención del poco avance de obra en Turbana y el no reinicio de las obras en Mompox, al igual que el inconformismo de la comunidad en Mompox, amenazando con el bloqueo de la vía nacional por el abandono que aún presenta la construcción

El contratista se comprometió a dar cumplimiento de inmediato de los siguientes puntos:

**Ballestas - Turbana:**

- Cumplimiento de la re programación y Plan de Acción.
- Intervención del bloque 2 con fundida de placa, de acuerdo a Reprogramación.
- Aumento del personal obrero.

**Mompox:**

- Cumplimiento de la re programación y Plan de Acción.
- Reinicio inmediato de las actividades de obras faltantes, como carpintería metálicas, terminación de acabado en pisos y muros y terminación de las instalaciones eléctricas, hidráulicas y sanitarias.
- La Interventoría se comprometió a dar seguimiento y control de la reprogramación y Plan de Acción para el cumplimiento de las actividades contractuales.

Por otra parte el contratista radico el 27 de mayo del 2016 oficio anexando la reprogramación y el Plan de Acción, resumiendo los tiempos de ejecución así:

- **Ballestas - Turbana:** La reprogramación está trazada para finalizar obras el 29 de septiembre del 2016, con actividades de acabado y aseo general.
- **Mompox:** La reprogramación está trazada para finalizar obras el 18 de Julio del 2016, con actividades de acabado y aseo general..."

Por los aspectos ya analizados, se tiene que el Contratista no ha superado los aspectos que dan lugar a la imposición de multa, por lo que la suscrita SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, en uso de las facultades delegadas por el Señor Gobernador,

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** No reponer el acto administrativo No. 298 de 8 de junio de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto, es decir que se ratifica la decisión tomada en la Resolución No. 298 del 08 de junio de 2016.

**ARTICULO SEGUNDO:** Notifíquese en estrado al representante legal del contratista, así como al representante legal de la Compañía de **SEGUROS LA PREVISORA S.A** o a sus respectivos apoderados, haciéndoles saber que contra el presente acto administrativo, no procede recurso alguno.



**RESOLUCION No. DE 2016**

"Por medio de la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la determinación adoptada en la Resolución No. 298 del 08 de junio de 2016"

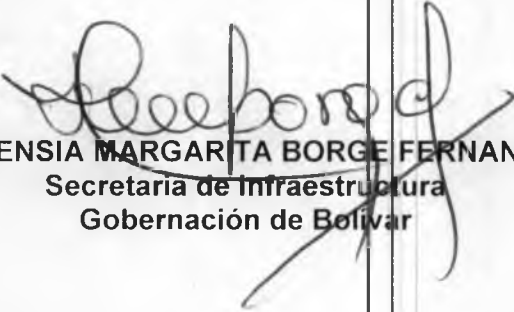
**ARTICULO TERCERO:** En firme la presente resolución se publicará en el SECOP como lo ordena el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto 019 de 2012, y se comunicará a la Procuraduría General de la Nación.

**ARTICULO CUARTO:** Remítase copia de la presente resolución a la Secretaría de Educación del Departamento, como la dependencia afectada por el incumplimiento del contrato y a las Alcaldías Municipales de TURBANA y MOMPOX para su conocimiento y fines pertinentes.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

15 JUN 2016

Dada en Cartagena de Indias, a los

  
**HORTENSIA MARGARITA BORGE FERNANDEZ**  
Secretaría de Infraestructura  
Gobernación de Bolívar