

RESOLUCION No.

822



2017

02 OCT. 2017

"Por medio de la cual se toma una decisión en un proceso sancionatorio contractual (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011"

EL SECRETARIO DE INFRAESTRUCTURA DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

Debidamente facultado mediante conforme los Decretos No. 680 del 19 de abril de 2017, y No. 809 de 2017 y en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales, en especial las que confiere el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y

C O N S I D E R A N D O

Que EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, como resultado del proceso de selección por Licitación Pública No.LIC-SI-003-2016, suscribió el día 22 de noviembre de 2016, el Contrato de Obra Pública N° SI-C-2084 - 2016, con la **UNIÓN TEMPORAL VÍAS DE PALENQUE**, con el objeto de la "CONSTRUCCIÓN Y REHABILITACIÓN DE ACCESO VIAL AL CORREGIMIENTO DE "SAN BASILIO DE PALENQUE", DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR", por valor de \$4.656.431.838, correspondientes a Fuente de Financiación: ingresos corrientes, tasa vehicular, y ACMP (Rubro: Infraestructura del Transporte para la Competitividad e Integración Regional). Código: 11.4.10.01.01 y 11.4.25.01.01; de acuerdo con el Certificado de Registro Presupuestal No. 10294 de fecha 28 de noviembre de 2016, y CDP No.595 del 13 de mayo de 2016.

Que la **INTERVENTORÍA** del Contrato SI-C-2084 - 2016, es ejercida por el **CONSORCIO AYS PALENQUE**, representando legalmente por **CARMEN ANDREA ACEVEDO ACOSTA**, identificada con C.C. No. 1.047.379.709, en virtud del **Contrato de Interventoría No.CMA-SI-2158** suscrito el 05 de diciembre de 2015, con el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, quien compareció al procedimiento administrativo sancionatorio representada legalmente por el Ing. William Jiménez Martínez.

Que la **SUPERVISIÓN** del Contrato SI-C-2084 - 2016, está a cargo del Ingeniero **ROBERTO ELJADUE MARTÍNEZ**, Profesional Especializado de la Secretaría de Infraestructura, designado mediante la Resolución No.021 del 07 de diciembre de 2016, quien compareció de manera personal en la sesión de audiencia surtida el día de hoy, y por quien actuó en la primera sesión de audiencia surtida el día 27 de septiembre de 2017, el Director Construcción, Obra e Interventoría, Ing. Jesús David Barreto Durán, .

Que, el contratista solicitó a la Interventoría, el aval para la prórroga, en razón a los ajustes de tipo técnico realizados, frente al cual la Interventoría, Consorcio "AYS PALENQUE solicita el arreglo de los fallos en la vía y la respectiva señalización, y ajustes al plan de contingencia, a fin de dar el aval de la prórroga.

Que, el contratista remitió a la interventoría, las correcciones efectuadas al cronograma de obra y respecto de las solicitudes del plan de contingencia, por lo cual le fue concedido el aval solicitada, por lo cual la Interventoría avala la prórroga solicitada por parte del contratista y, la cual es avalada a su vez, por el supervisor designado por la Gobernación de Bolívar, Ing. Roberto Eljadue.

Que se suscribió Adicional en plazo 01 de fecha 04 de agosto de 2017, en el que se estableció claramente que se otorgaba el plazo, en aras de lograr la terminación de la obra acorde con su finalidad y funcionalidad, en observancia del bien común e interés general de la población beneficiada, en cumplimiento de los fines del Estado, por lo cual, el contratista se obligó con su firma a cumplir con el cronograma pactado.

Que el interventor y supervisor del Contrato dan cuenta del posible incumplimiento a fin de que se inicien las actuaciones administrativas tendientes al proceso administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento, al suscrito y, a la Aseguradora Seguros del Estado S.A., mediante Oficio radicado con GOBOL-17-06881 por ser suscrito de manera simultánea, por Interventoría **CONSORCIO AYS PALENQUE**, y por el supervisor del contrato asignado por esta Secretaría, Profesional Especializado, Ingeniero- Roberto Eljadue Martínez, así:

"En visitas periódicas conjuntas de seguimiento y control de nuestras competencias y responsabilidades, adelantadas en el sitio (corregimiento de Palenque - municipio de Mahates), donde se desarrollan las obras del contrato de la referencia, se evidencia la no ejecución de actividades enmarcadas dentro del cronograma de obra presentado por ustedes y debidamente aprobado por la Interventoría y la Secretaría de Infraestructura de la Gobernación del Departamento de Bolívar, representada por el Director de Construcción e Interventoría y Supervisión de Obras y por el Supervisor de los Contratos Obra e Interventoría, reflejando retraso en la ejecución del objeto y por lo tanto se constituye en incumplimiento del contrato, no ajustándose además a las metas físicas establecidas.

RESOLUCION No. **822** DE 2017

02 OCT. 2017

"Por medio de la cual se toma una decisión en un proceso sancionatorio contractual (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011"

Dentro de las obligaciones establecidas contractualmente, y señaladas en el contrato Adicional (en Plazo) No.01 del 04 de agosto de 2017, se estableció que usted UNIÓN TEMPORAL VIAS DE PALENQUE, en su calidad de CONTRATISTA, ejecutara de manera simultánea las siguientes actividades:

- Obras varias Tramo comprendido entre el K1+600 al K3+000:
- Pavimento flexible, se extendió la primera capa con la presencia de baches y de un sector demolido, los cuales, a la fecha, no han reparados, igualmente, no se ha procedido con la construcción de la segunda capa contratada.
- Obras de drenaje transversal (se construyeron 4 alcantarillas de cajón pendientes por ejecutar los guardallantas).
- Cunetas revestidas en concreto hidráulico (iniciaron con las excavaciones y paralizaron, no se evidencia ninguna actividad).
- Señalización Horizontal y Vertical, actividad de Señalización Vertical sin inicio, encontrándose la señalización horizontal supeditada a la terminación de la pavimentación Asfáltica.
- Obras de rehabilitación (Sello de fisuras y bacheos) de Pavimento flexible existente a partir del K3+000 hacia Palenque (No se ha iniciado ninguna actividad).
- Obras de Protección fallo Pérdida Parcial de Banca, Absc.: K0+200, con avance poco significativo, situaciones que de no atenderse de manera oportuna, inducirían al colapso inminente de la vía, su interrupción y situaciones de inseguridad de usuarios
- Ampliación y Rehabilitación de Pontón. Abs.: K3+733, con avance poco significativo, con la generación inminente de situaciones de colapso e interrupción de la vía y de inseguridad vial de usuarios.

Las obras en general que se están ejecutando acorde a lo establecido contractualmente (pliego de condiciones, propuesta, contrato, cronograma, contrato adicional en tiempo), y las realizadas se ejecutan a un ritmo muy lento, observándose poco material y equipo disponible, necesario y conducente para la ejecución de las obras.

En atención al comportamiento reiterado del contrato por causas imputables al contratista, y a las responsabilidades que nos asisten, se le conmina de manera inmediata y perentoria, para que se conjure esta situación y den cumplimiento al cronograma de ejecución, es decir para que se ponga al día en todas las obligaciones contractuales contraídas, especialmente en la ejecución de las obras, considerando que el plazo de ejecución vence el día 08 de octubre de 2017."

Que así mismo, el supervisor designado da cuenta del incumplimiento del contrato así:

"INFORME FINANCIERO DEL CONTRATO

Cancelado a la Fecha: \$ 3.006'255.064,80, Equivalente al 64.56%

Actas Fecha Valor Acumulado

Anticipo 40%	23/01/2017	\$ 1.862'572.735,20	\$ 1.862'572.735,20
Acta Parcial No. 01	24/05/2017	\$ 795'520.234,80	\$ 2.658'092.970,00
Acta Parcial No. 02	24/05/2017	\$ 348'162.094,80	\$ 3.006'255.064,80

OBSERVACIONES GENERALES

A la fecha solo se adelantan Obras Preliminares sobre "Actividades No Incluidas en el Contrato", las cuales se ejecutan mediante "Acta Compensatoria" dentro de las cuales, se relacionan: Rehabilitación de la Calzada y del Talud del sector de la vía, localizado en el K0+200 y de Rehabilitación y Ampliación a dos (2) carriles del Puente Vehicular, Localizado en Abs.: K3+733.

Para el cumplimiento de lo anterior, se suscribió en fecha 04 de Agosto de 2017, Plazo Adicional de Dos (2) meses, donde se adquirió el compromiso de dar cumplimiento de las "Actividades Contractuales y Compensatorias", dentro de sus términos. Registrando a la fecha de la visita, realizada el día 25 de septiembre de 2017, un avance muy poco significativo, denotando el "Incumplimiento al Cronograma de Obra Aprobado".

RESOLUCION No.

822

**DE 2017
02 OCT. 2017.**

"Por medio de la cual se toma una decisión en un proceso sancionatorio contractual (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011"

lo cual, quedó plasmado en el oficio GOBOL-17-035493 de fecha 07/09/2017. Asunto: Incumplimiento del Cronograma, sin existir a la fecha, por parte del Contratista de Obra, pronunciamiento alguno al respecto.

En cumplimiento al "Seguimiento" adelantado por el Supervisor del Contrato de Obra y del Director de la Interventoría, se evidenció en la visita realizada el día 25 de septiembre de 2017, la falta de Actividades en el sitio de las Obras, al igual de la poca disponibilidad de materiales y equipos para el normal desarrollo de las obras, denotándose además, la total ausencia Profesionales, Técnicos y Obreros para el normal desarrollo de las actividades las cuales se encuentran suspendidas desde el día sábado 23 de septiembre de 2017, sin tener conocimiento a la fecha, de la reanudación de sus actividades."

Que de conformidad con el informe que se anexa y que hace parte integral de la presente resolución manifiesta el supervisor que "...Considerando la ejecución de Actividades que se proyectaron desarrollar de manera paralelas, se estima un atraso de 33 días, los cuales equivalen al tiempo máximo de la ejecución programada, incluyendo el tiempo para la señalización (Demarcación Horizontal o Pintura Reflectiva de la Vía), el contratista incurrió en un total de 33 días de retraso..."

Que en vista de lo anterior, y con la finalidad de salvaguardar intereses de orden superior, del bien común e interés general de la comunidad del Corregimiento de Palenque, comunidad beneficiaria de la obra contratada, se procedió a citar a contratista y a la compañía de seguros que ampara el contrato; a efectos de iniciar proceso sancionatorio al contratista. Las comunicaciones referidas fueron remitidas a las direcciones de correo electrónico. La audiencia se inició a cabo el día 27 de septiembre de 2015 en las instalaciones de la Secretaría de Infraestructura, la cual fue llevada a cabo hasta el punto dos del orden señalado y suspendida, en atención a que el Ing. Eduard Villeros, quien compareció en representación del Contratista allegó poder para asistir a la audiencia, no obstante no allegó poder suficiente para actuar, dentro de la misma.

Que en la audiencia se citó por estrados, al reinicio de audiencia para el día 02 de octubre de 2017, en las instalaciones de la Secretaría de Infraestructura de la Gobernación de Bolívar.

Que llegado el día y hora señalada se procede a desarrollar la audiencia con la presencia de todos los actores, cuya acta hace parte integral de la presente resolución y en la cual se da continuidad al orden del día establecido, no sin antes dar lectura al informe-Oficio emitido por el interventor y el informe emitido por el supervisor del contrato, donde da cuenta del presunto incumplimiento; normas o cláusulas posiblemente violadas; cargos que se imputan y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista.

Todo lo anterior, para poner en contexto al Contratista teniendo en cuenta que no estuvo presente en la audiencia del 27 de septiembre de 2017.

Así las cosas, se continúa con el orden dictado e intervienen los actores: Intervención del Interventor ratificando el incumplimiento, así mismo el Supervisor, y luego el contratista ejerce su defensa, de todo lo cual quedó constancia en el acta que se anexa y que hace parte integral de esta resolución.

(Se anexa Acta)

Así mismo sobre el incumplimiento que se debatiría en la audiencia pública de la referencia se consignó:

CARGOS QUE SE IMPUTAN

Conforme a los hechos informados por el Interventor del contrato, se está atribuyendo presunta responsabilidad al Contratista de las siguientes situaciones relacionadas con las obligaciones a su cargo:

1. La ejecución de las obras presenta un atraso según lo informado por el Interventor, así:

AVANCE DEL CONTRATO		
Actividades en Ejecución	Programado	Ejecutado
General	90 %	60%

2. Respecto del avance físico y avance financiero del contrato hay una clara desincronización:

RESOLUCION No.

822

DE 2017

02 OCT. 2017

"Por medio de la cual se toma una decisión en un proceso sancionatorio contractual (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011"

INFORME FINANCIERO DEL CONTRATO			
➤ Cancelado a la Fecha: \$ 3.006'255.064,80			
Actas	Fecha	Valor	Acumulado
Anticipo 40%	23/01/2017	\$ 1.862'572.735,20	\$ 1.862'572.735,20
Acta Parcial No. 01	24/05/2017	\$ 795'520.234,80	\$ 2.658'092.970,00
Acta Parcial No. 02	24/05/2017	\$ 348'162.094,80	\$ 3.006'255.064,80

3. No ha contado con los recursos necesarios que le corresponden según su propuesta para superar los atrasos acumulados a la fecha y cumplir con el cronograma de obras.

Que en este orden tenemos que, las razones del trámite audiencia para declarar el incumplimiento del contrato se fundamentaba en que el CONTRATO se encontraba presuntamente incumplido parcialmente, sobre las obligaciones que le asistían al contratista.

El Delegado, Secretaria de Infraestructura Departamental, manifiesta que cuenta con los informes de interventoría y supervisión, en los cuales se sustenta para tomar la decisión administrativa. Esta Administración decidió: "Declarar el incumplimiento parcial del contrato, celebrado entre el Departamento de Bolívar y la **UNIÓN TEMPORAL VÍAS DE PALENQUE**, con NIT.901.027.851-7, Representado Legalmente por **JOSÉ RICARDO JIMENO OROZCO**, identificado con cedula de ciudadanía N° 15.171.219 conformada por MCIS SAS, con porcentaje de participación de 75% y José Guillermo Galán Gómez, con porcentaje de participación del 25%, cuyo objeto es "CONSTRUCCIÓN Y REHABILITACIÓN DE ACCESO VIAL AL CORREGIMIENTO DE "SAN BASILIO DE PALENQUE", DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR." . Por Valor: de **\$4.656.431.838**, MCTE; y derivado de ello, DETERMINAR que como consecuencia del anterior incumplimiento, el contratista **UNIÓN TEMPORAL VÍAS DE PALENQUE**, con NIT.901.027.851-7, se le impone una multa equivalente a \$ **\$279.385.910,25**.

SOBRE LA NATUREZA ONTOLÓGICA 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 - nullapoena 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 malampartem, 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

RESOLUCION No. 822 DE 2017
02 OCT. 2017

"Por medio de la cual se toma una decisión en un proceso sancionatorio contractual (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011"

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:

"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 transferirse al Gobierno una facultad abierta en esta materia.

Habiendo dicho lo anterior, resulta importante poner de presente, como lo ha señalado el Consejo de Estado¹

"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 está regido por el principio de legalidad en la actuación administrativa.

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

¹ 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. **822** DE 2017
02 OCT. 2017

"Por medio de la cual se toma una decisión en un proceso sancionatorio contractual (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011"

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. Y encontramos:

i. EXPOSICIÓN PORMENORIZADA DE LOS CARGOS/ ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN ALLEGADA POR EL CONTRATISTA

La determinación sobre el particular es el resultado de entender, como lo señala la jurisprudencia constitucional que la colaboración entre la ley y el reglamento para la conformación del binomio infracción/sanción y el respeto de la reserva de ley en la actividad sancionadora administrativa se traduce en la posibilidad de que las disposiciones administrativas contemplen los supuestos típicos, o infracciones administrativas, con sus correspondientes sanciones; siempre que se respeten las previsiones de lo contemplado en la ley. Tal como lo expresa la Corte Constitucional esta "posibilidad que no significa la concesión de una facultad omnimoda al operador jurídico, para que en cada situación establezca las hipótesis fácticas del caso particular"

Sin embargo, atendiendo el principio de tipicidad en cuanto al cargo formulado, y que determina que los posibles aspectos de incumplimiento sean elaborados por la administración de manera precisa, diáfana y concienzuda, de forma clara y completa, estableciendo de manera inequívoca las razones de posible incumplimiento, todo esto con sujeción a la Constitución, a la ley y a los principios de la contratación estatal y el procedimiento administrativo sancionatorio, resulta claro que frente a la institución educativa de María Inmaculada en el Municipio de Santa Rosa Sur, se considera una circunstancia superada, que a la luz de la Ley 1474 de 2011, y la sentencia CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION C CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. (38.797), no dará lugar a la imposición de sanción alguna.

Esto no es óbice, sin embargo, para recordar al contratista que las obligaciones plasmadas en el contrato constituyen un todo lógico y sistemático conformado por reglas de observancia en virtud del principio *Pacta Sunt Servanda* definidas contractualmente de manera libre, y en virtud de ellas, la obligación no puede ser satisfecha solo frente al cargo formulado en una institución en particular, sino que debe observarse de manera integral a partir del objeto del contrato que busca la satisfacciones de las necesidades reales de la comunidad, quedando por consiguiente las entidades estatales y los contratistas (como colaboradores de la administración en el cumplimiento de los fines estatales) sometidos imperativamente al contrato y la ley.

Así las cosas, el cargo se definió en una institución en particular, y en virtud del principio de tipicidad, esta administración debe proceder a abstenerse de encontrar este cargo como persistente, sin embargo las premisas de carácter coherente frente a la integridad del contrato imponen el deber irrestricto de no limitarse tan solo a la institución a la que se evidenció incumplimiento, sino a la totalidad del personal dispuesto conforme a las cláusulas contractuales.

El principio de tipicidad, sin embargo impone el deber de la administración de precisión en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar donde se desarrolló el incumplimiento. Ante la falta de precisión sobre el aspecto puntual referenciando es menester zanjar este cargo, como un aspecto genérico y por tanto decidir la no imposición de sanción por este aspecto.

En vigencia de la Ley 1150 de 2007 estableció el sentido de la 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..."²

Rodrigo Escobar Gil³, nos indica que la administración pública cuenta con una serie de prerrogativas, privilegios y potestades que el ordenamiento jurídico le otorga para asegurar la realización de sus fines institucionales, indicando que la facultad de la administración para imponer sanciones, se

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION C. CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA primero (01) de julio de dos mil quince (2015) Radicación: 25000-23-26-000-2007-00441-01 (38.797)

³ ESCOBAR Gil, Rodrigo. "Teoría General de las Obligaciones".

"Por medio de la cual se toma una decisión en un proceso sancionatorio contractual (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011"

constituye en una potestad de la administración pública, así: "Estas son las prerrogativas del poder público, que se traducen en una serie de privilegios inherentes a su personalidad jurídica, tales como la decisión unilateral y ejecutoria, la mora ex re, la inaplicabilidad de la exceptio non adimpleti contractus y la inexigibilidad del facere y en un conjunto de potestades que le atribuye la ley a las entidades públicas para asegurar la realización de sus fines institucionales, tales como el poder de dirección y control, la potestas variandi, la facultad de interpretación unilateral y las potestades sancionatorias, sin embargo, el ejercicio de las mismas no es posible, apartándose del principio de legalidad y este principio, por mandato expreso del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007⁴, *procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista...*"

Finalizo este primer aspecto, replicando lo señalado por la jurisprudencia⁵ *"En efecto, la tesis preponderante al interior del ordenamiento jurídico colombiano tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial se encamina a reconocer en la multa un carácter meramente coercitivo, entendiéndose ésta como un mecanismo o herramienta por medio de la cual lo que se procura es constreñir, presionar o apremiar al contratista para que cumpla de manera adecuada el objeto del contrato y las obligaciones derivadas de éste con base en consideraciones de preservación y satisfacción del interés público o general.*

Resulta entonces obvio que si por medio de las multas lo que se busca es constreñir al contratista para que dé cumplimiento a las obligaciones parcialmente incumplidas en ejecución del contrato, no tendría sentido alguno que las partes acordaran su imposición cuando el término de ejecución del contrato ha vencido, o ante incumplimientos totales y definitivos, o cuando se han cumplido las obligaciones por el contratista"

Existe por lo tanto, en la ley y la jurisprudencia un límite material y uno temporal para la imposición de la multa, cobijados bajo los mismos supuestos esto es, mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista que dan lugar a la imposición de las mismas.

De Cupis⁶ nos ilustra: *"la existencia de un incumplimiento es la condición básica para que se puedan aplicar las sanciones contractuales. El concepto jurídico de incumplimiento resulta de su comparación con el de cumplimiento, o de su relación con éste por vía negativa. Cuando el deudor adecúa su conducta a las prestaciones que constituyen el objeto de sus obligaciones, satisface el interés jurídico del acreedor, configurándose el cumplimiento que produce como efecto la extinción de la obligación".*

SUPUESTOS INDISPENSABLES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

Cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento de un contrato estatal, es necesario tener en cuenta que para que se estructure la responsabilidad contractual por infracción a la ley, se debe acreditar:

- (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa;
- (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente,
- (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento.

Ahora bien, es importante destacar que la carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la

⁴ Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.

⁵ 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)

⁶ Citado por ESCOBAR GIL, Op. Cit., p. 357.

RESOLUCION No.

822

DE 2017

02 OCT. 2017

"Por medio de la cual se toma una decisión en un proceso sancionatorio contractual (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011"

declaratoria de incumplimiento y es por ello, que la administración, desarrolló un procedimiento en garantía plena del debido proceso.

Tenemos que el incumplimiento se sintetiza, así:

La carga probatoria⁷ se encuentra establecida en la Ley, luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediadamente condenada al fracaso.

No otra cosa puede deducirse de las normas antes mencionadas que a la letra expresan: "Artículo 1594. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal..."

"Artículo 1615. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención."

"Artículo 1609. 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."

Finalmente, resulta importante hacer referencia al principio de FLEXIBILIZACIÓN DE LA LEGALIDAD O TIPICIDAD. FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY. *Es cierto que en virtud del principio de legalidad o tipicidad de las faltas las conductas constitutivas de infracciones administrativas y las sanciones imponibles deben estar previamente señaladas por la ley. No obstante lo anterior, tal como lo ha reconocido esta Sala -acogiendo reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional-, este principio tratándose de la potestad administrativa sancionatoria opera con menor rigor, en tanto que el legislador no tiene la obligación constitucional de definir integral y exhaustivamente los supuestos típicos que dan lugar al ejercicio de dicha facultad. CONSEJO DE ESTADO 11001-03-24-000-2013-00092-0; 18/09/2014 SECCION PRIMERA PONENTE: GUILLERMO VARGAS AYALA.*

En relación al debido proceso, en la contratación estatal esta protección tiene una aplicación variable, es decir matizada, porque: i) *Es absolutamente rigurosa en varios procedimientos, es decir, exige que la ley y sólo la ley contemple la falta y la sanción, como en la caducidad, donde los arts. 14 y 18 de la ley 80 de 1993 establecen los supuestos que la configuran y los contratos donde se incluyen. De allí que, no es posible hacerlo en otros negocios jurídicos -salvo que otra ley lo autorice-, ni se permite variar los supuestos que configuran su aplicación. En la misma lógica se inscriben algunas causales de multa por el incumplimiento de ciertas obligaciones surgidas del contrato, porque la ley contempla directamente varios supuestos de hecho que las originan, de modo que las partes no pueden omitir su inclusión, al igual que ocurre con los poderes exorbitantes en determinados contratos, donde la ley los entiende pactados. En verdad se trata de elementos de la naturaleza del contrato. ii) En el común de los casos esta garantía no es tan intensa como se acaba de mostrar. Casi siempre las faltas y las sanciones contractuales las contempla el mismo contrato -no una la ley en sentido formal o material-, apoyados en la autorización que procede del derecho civil y del comercial, donde se permite pactar multas y cláusulas penales, como las sanciones contractuales más frecuentes. Pero la Sala debe analizar si se vulnera esta garantía del derecho al debido proceso, teniendo en cuenta que la Constitución Política exige, como parte del debido proceso, el principio de legalidad estricto. En esta hipótesis, los denominados matices o relajamientos válidos rigen la situación. Es así como, la Corte Constitucional expresa, en la sentencia SU-1010 de 2008, que "Por su parte, como principio rector del derecho sancionador, la legalidad significa específicamente que tanto la conducta como la sanción misma deben estar predeterminadas; en este sentido, es necesario que exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción y que ésta contenga una descripción precisa de la acción u omisión objeto de reproche y de la sanción que ha de imponerse. No obstante, debe recordarse que en materia administrativa esta garantía, así como todas*

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCION C. CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C. diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014). Radicación: 68001-23-15-000-1994-09826-01 (28.875)

RESOLUCION No. **822** e **02** DE 2017
02 OCT. 2017

"Por medio de la cual se toma una decisión en un proceso sancionatorio contractual (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011"

aquellas que hacen parte del derecho al debido proceso, tienen una aplicación más flexible, en atención a las características especiales que presenta la Administración Pública." (Subrayado fuera del texto). CONSEJO DE ESTADO NR: 25000-23-26-000-1994-00225-0116367- 23/06/2010 SECCION TERCERA PONENTE: ENRIQUE GIL BOTERO.

Frente al derecho administrativo sancionatorio, la Corte Constitucional ha manifestado: *PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA- La naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita -en principio- cierta flexibilidad, siendo, la razón fundamental de esta característica del derecho disciplinario originada en la naturaleza misma de las normas disciplinarias, toda vez que éstas suelen carecer de completud y autonomía, ya que es necesario remitirse a otras preceptivas en donde se encuentren regulados en concreto los deberes, funciones, obligaciones o prohibiciones para los diferentes servidores públicos, teniendo en cuenta los cargos y ramas del poder público a los que pertenezcan. Sentencia C-030/12*

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha definido que en materia contractual administrativa la laxitud del principio de legalidad, que preside el derecho punitivo del Estado, es aún mucho mayor que en la generalidad del derecho administrativo sancionador, pues en este terreno la tipicidad ha sido entendida como la simple necesidad de que la conducta sancionable esté definida por el ordenamiento jurídico o por el contrato, y no por la ley en sentido formal o material, siempre y cuando medie primero una autorización, ésta si de rango legal, para el ejercicio de esta facultad normativa, con hondas repercusiones en el alcance de las facultades reglamentarias de los órganos que integran la rama ejecutiva o de los organismos autónomos o independientes previstos en la Constitución, pues es claro que, de conformidad con la doctrina trascrita, la definición de las faltas y las sanciones puede ser deferida al reglamento. Sentencia C-726/09

En Sentencia C-860 de 2006, reiteró la flexibilidad que en esta materia adquieren los principios de legalidad y tipicidad como parte del derecho al debido proceso, no siendo exigible con tanta intensidad y rigor la descripción típica de las conductas y la sanción, y considerando incluso la admisibilidad de conceptos indeterminados y tipos en blanco, cuando manifestó: "La jurisprudencia constitucional, ha sostenido reiteradamente que el derecho administrativo sancionador guarda importantes diferencias con otras modalidades del ejercicio del ius puniendi estatal, específicamente con el derecho penal, especialmente en lo que hace referencia a los principios de legalidad y de tipicidad, al respecto se ha sostenido que si bien los comportamientos sancionables por la Administración deben estar previamente definidos de manera suficientemente clara; el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal; por lo tanto el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal." (...) En suma, al principio de legalidad consagrado en la Carta Política se le atribuyen diferentes gradaciones dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate. La tipicidad, como regla del debido proceso, tiene plena vigencia en el derecho administrativo sancionador pero con una intensidad diferente a la exigida en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias hacen posible una flexibilización razonable de la descripción típica.

En virtud de lo anterior, la suscrita SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR, en uso de las facultades delegadas por el Señor Gobernador,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento parcial del contrato, celebrado entre el Departamento de Bolívar y la **UNIÓN TEMPORAL VÍAS DE PALENQUE**, con NIT: NIT.901.027.851-7, Representado Legalmente por **JOSÉ RICARDO JIMENO OROZCO**, identificado con cedula de ciudadanía N° 15.171.219 conformada por **MCIS SAS**, con porcentaje de participación de 75% y José Guillermo Galán Gómez, con porcentaje de participación del 25%, cuyo objeto es la **"CONSTRUCCIÓN Y REHABILITACIÓN DE ACCESO VIAL AL CORREGIMIENTO DE "SAN BASILIO DE PALENQUE", DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR"**, y derivado de ello, se le impone una multa, así:

Valor del contrato. **\$4.656.431.838**

RESOLUCION No.

822

DE 2017

"Por medio de la cual se toma una decisión en un proceso sancionatorio contractual (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011"

El porcentaje dejado de ejecutar 40% == valor dejado de ejecutar: \$ 1.862.572.735.00

Según la cláusula decima segunda: "DECIMA SEGUNDA del Contrato de Obra SI- 2084-2016. SANCIONES: a) MULTAS, -En caso de mora o incumplimiento parcial de alguna de las obligaciones derivadas del presente contrato por causas imputables al CONTRATISTA, salvo circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito, conforme a las definiciones del artículo 1° de la Ley 95 de 1988, EL DEPARTAMENTO podrá imponer al CONTRATISTA multas, cuyo valor se liquidará con base en un uno por ciento (1%) del valor dejado de entregar, por cada día de retardo, hasta por 15 días. Esta sanción se interpone conforme a la ley, bajo el procedimiento señalado en el Manual de Contratación del Departamento, y se reportará a la Cámara de comercio competente, de conformidad con lo previsto en el artículo 22.1 de la Ley 80 de 1993 o norma vigente"

Así las cosas tenemos:

$\$1.862.572.735.00 \times 1\% = \$18.625.727.35 \times 15 = \$279.385.910,25$

la cual será descontada de las sumas que aún se le adeudan al contratista por concepto de ejecución de las obras dentro del contrato 2084 de 2016.

Lo anterior, teniendo en cuenta los informes de la interventoría y supervisión, que dan cuenta que el atraso en la ejecución, como quedó evidenciado.

ARTICULO SEGUNDO: Declarar la ocurrencia del siniestro que fue pactado en el contrato y que están amparados por la compañía de SEGUROS DEL ESTADO S.A., mediante póliza a favor de entidades estatales No. POLIZAS 65-44-101139154 Y 65-40-101031812.

ARTICULO TERCERO: Notifíquese al representante legal del contratista, así como al representante legal de la Compañía de SEGUROS DEL ESTADO S.A., o a su apoderada, haciéndoles saber que contra el presente acto, procede el recurso de reposición, que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia y la decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia.

ARTÍCULO CUARTO: En firme esta resolución se publicará en el SECOP como lo ordena el artículo 31 de la Ley 80 de 1993 y Decreto 1082 de 2015, y se comunicará a la Procuraduría General de la Nación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

02 OCT. 2017

Dada en Cartagena de Indias, a los


DULIS GARRIDO RAAD
Delegado
Gobernación de Bolívar