

RESOLUCION No. DE 04 DE OCTUBRE DE 2017

"Por medio de la cual se deciden los recursos de reposición interpuesto en contra de la determinación adoptada en la Resolución No. 822 del 02 de octubre de 2017"

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

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 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**

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..."

Que el apoderado del contratista, presentó en audiencia recurso de reposición y en subsidio de apelación, en contra del mismo acto basado en los argumentos expuestos por el Arquitecto José Ricardo Jimeno Orozco, Representante Legal Unión Temporal Vías Palenque, mediante oficio OFC. UTVP-028 -2017, de fecha 03 de Octubre de 2017, en el cual interpone recursos de reposición y es anexado en cuatro (04) folios, sustentado de la siguiente manera:

"IDENTIFICACION DEL PROBLEMA Y JUSTIFICACIÓN:

Debido que el día veinte y dos (22) de marzo de 2017 a las 3:30 pm, se presentó un comité de obra, asistiendo el CONSORCIO AYS PALENQUE en calidad de interventor, el Ing. ROBERTO ELJAUDE MARTINEZ-Supervisor Secretaria de Infraestructura – GOBERNACION DE BOLIVAR y la UNION EMPORAL VIAS DE PALENQUE. En la vía que conduce al corregimiento de San Basilio de Palenque, donde se tomó mancomunadamente el cambio del diseño de la estructura de pavimento flexible contractual. Para la construcción y rehabilitación de la vía principal de acceso al corregimiento de San Basilio de Palenque, donde fue radicado formalmente a la interventoría CONSORCIO AYS PALENQUE el día veinte cuatro (24) de abril de 2017 con un numero de radicación OFC.UTVP-015-2017, y fue entregado el nuevo diseño de la estructura de

pavimento flexible, conllevando a una nueva reprogramación y afectando las actividades contractuales para la ejecución del referente como se presente dicho cambio.

No obstante el problema principal objeto de este proyecto lo constituye las fallas en la vía que conduce a San Basilio de Palenque en las abscisas 0+190, 0+780, 3+733, que se encuentran en condiciones deplorables en épocas de lluvias, sube el caudal del río, los cuales son muy frecuentes en la zona, hay deslizamientos y asentamientos de la banca, las vías por sus condiciones topográficas se vuelven pantanosas y resbaladizas, provocando derrumbes y aceleramiento los procesos erosivos en las mismas. Por esas razones la vía presente un deterioro acelerado e impide la accesibilidad a la viabilidad hacia el corregimiento.

(...)

En respuesta al oficio remitido por la interventoría CAYSP-CONUTVIPAL-0023-2017, donde nos dan concepto de viabilidad con base a los informes elaborados por los especialistas, donde se da la solución para la construcción de obra de protección talud por pérdida de banca parcial de la vía de acceso a San Basilio de Palenque, se le hizo entrega de los diseños finales, para que se realice el análisis, observación y aprobación correspondiente y así continuar con el proceso constructivo de dichas obras nuevas y adicionales.

Se dio un nuevo comité de obra el día catorce (14) de junio de 2017 en la Gobernación de Bolívar en la Secretaría de Infraestructura, participando: CONSORCIO AYS PALENQUE, en calidad de interventor, ing. JESUS DAVID DURAN BARRETO en calidad de directos de construcción, interventoría y supervisión Gobernación de Bolívar. Ing. Roberto ELJAUDE MARTINEZ- Supervisor Secretaria de Infraestructura – Gobernación de Bolívar, y LA UNION TEMPORAL VIAS DE PALENQUE, para evaluar la propuesta del diseño final geométrico de muros en suelo reforzado H=10.00, presentada por la UNION TEMPORAL VIAS DE PALENQUE....

De tal manera el día 04 de Agosto fue viabilizada y aprobada por la interventoría y la gobernación de Bolívar, una prórroga de (60) días, así mismo fue rechazando la primera solicitud de prórroga por noventa (90) días la cual solicitamos teniendo en cuenta el tipo de obra de ingeniería que se estaba desarrollando, las condiciones climatológicas que se hacen extensivas por la fuerte temporada invernal, los contextos de las condiciones topográficas y de esta manera las especificaciones técnicas y procesos constructivos que se debían realizar de manera minuciosa por estas desarrollándose las actividades a las orillas del cauce de los arroyos.

De igual manera el 17 de Julio del 2017 fue radicada el acta parcial de obra para mantener el equilibrio financiero y flujo de inversión y así poder seguir desarrollando lo establecido en el nuevo cronograma de ejecución de la obra, esta cancelación fue realizada el 18 del mes de Agosto "un mes después de su radicado" afectando el flujo financiero y desarrollo en tiempo normal de las actividades de la obra, a este proceso le agregamos que el fuerte invierno nos ha afectado en su totalidad por las fuertes lluvias presentadas en la zona desde los días 21,22,23,24,25,26,27,28,29,30 de Agosto de 2017, retomando las fuertes lluvias los días 02,04,05,07,08,09,13 de septiembre del año en curso y de esta forma el aumento de los cauces de los arroyos cohibiéndonos de poder efectuar los trabajos con maquinaria pesada en los dos tramos abscisas 0+190, 3+733, de igual manera en la zona del pontón los trabajos se han disminuido por el alto cauce del arroyo y de forma diaria se presentan descargas de aguas residuales y se forman lagunas de lixiviados en la zona de intervención, conllevando a parar las jornadas de trabajo y en ocasiones a no poder desarrollarlas a cabalidad. Por tales razones nos hemos visto fuertemente afectados con el amplio desarrollo de la programación de la primera solicitud de prórroga presentada dado que nuestra prioridad es culminar el proceso del contrato y desarrollo de las diferentes actividades, se reprogramaran las nuevas actividades establecidas y dada la anterior solicitud y en vista de garantizar las condiciones técnicas y operativas del sistema constructivo en la ejecución de la obra, proponemos una prórroga en el plazo de ejecución para así llegar a la finalidad del desarrollo contractual de y las obras contemporáneas del contrato.

Todo lo anterior demuestra claramente que, los retrasos en las obras no han sido culpa del contratista y que todo se puede solucionar con una prórroga que no le generara ningún costo a la administración.

De esta manera sustento el recurso para que sea teniendo en cuenta por su administración y así agotar la respectiva vía gubernativa."

No obstante lo anterior, se anexa el recurso impetrado en cuatro folios.

A su vez, el representante Legal de la compañía aseguradora, presentó reposición arguyendo una serie de argumentos que a continuación se resumen:

1. Señala que hay una violación del ordenamiento jurídico, por una violación al debido proceso de la Compañía de Seguros, Seguros del Estado S.A., quien es el garante de las obligaciones contraídas por el contratista de obra. Lo anterior, de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 que establece

la obligación de citar al contratista y garante a la audiencia de debate y decisión sobre el presunto incumplimiento.

Lo anterior, fundamentado en que fue citado con solo un día de anticipación a la audiencia de fecha 27 de septiembre de 2017, y así mismo fue citado con sólo un día de anticipación a la reanudación de la audiencia de fecha 29 de septiembre de 2017. En consecuencia censura si es posible que pudiese concurrir encontrándose en la ciudad de Bogotá, a muchos kilómetros de distancia.

Así las cosas, entiende que se ha vulnerado el derecho de defensa, de conformidad con una serie de sentencias de la corte Constitucional y del Consejo de Estado, que enmarcan la línea al respecto.

Señala que el día viernes 29 de septiembre, igualmente vía correo electrónico, radicado a las 4:00 p.m. se estaba citando a la continuación de la audiencia para la cita de 02 de octubre de 2017, a las 2:00p.m argumentado la urgencia e improvisación de la audiencia. No obstante lo anterior, en el correo electrónico se encontraba la posibilidad de que se comunicaran con una abogada asesora externa, con quien el día 02 de Octubre de 2017, se comunicaron varias veces para iniciar la audiencia, la cual les señaló que la audiencia estaba demorada, luego de ello, el día de hoy los citan a la reanudación de la audiencia para hoy, señalando que se realizó la audiencia y que la decisión fue la emisión del acto administrativo imponiendo multas y declarando el siniestro.

Acudimos al artículo 29 de la Constitución política, el cual no ha sido respetado mediante más de 24 horas para la citas de cada una de las audiencias. Artículo 29 – debido proceso.

También la corte constitucional ha desarrollado el debido proceso, indicándole que el mismo tiene por motivo proteger los derechos de los mismos en los procedimientos tanto judiciales como administrativos.

En cuanto a la premura en las citaciones a las audiencias, la corte constitucional en sentencias hace referencia las garantías que deben tener las personas para tener todos los métodos legítimos, estos hacen parte los medios.

Concluimos de todo lo anterior, a seguros del estado, no se le han garantizado el derecho a la defensa teniendo en cuenta las citaciones y los tiempos en los cuales radicados, en ese orden de ideas, plantean que no se han respetado el debido proceso, y el derecho a la defensa, esto es entonces, una violación al debido proceso. Ahora bien en la lectura del acto administrativo encontramos que hacen parte de ellos los siguientes motivos: la motivación, los hechos que dieron origen a la imposición de la multa; y que en su lectura indican que todos las partes comparecieron, y por consiguiente esta falsamente motivado porque es la primera vez que la aseguradora hace comparecencia a la misma, por lo tanto no corresponden a la realidad, y no se ha ejercido el derecho de contradicción.

No obstante el recuento anterior, se anexa el audio de la audiencia, el cual hace parte integral de esta resolución.

I. ANALISIS DE LOS ARGUMENTOS

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 

04 OCT. 2017

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:

“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. Bootá D.C primero

04 OCT. 2017

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..."

Respecto de los argumentos del contratista:

En atención a lo manifestado por el contratista, es menester traer a colación los informes presentados por la supervisión del contrato y por la interventoría contratada, que dan cuenta del real incumplimiento del contratista, ya que si bien es cierto se realizaron los señalados ajustes en el cronograma, también lo es que dichos ajustes fueron aprobados y consignados en el cronograma ajustado, de tal forma que en la fecha 04 de agosto de 2017 se suscribió prórroga del contrato por dos (02) meses en el cual el contratista se comprometió con su firma a mantenerse al día en el cronograma. Ello basado también en el comité de obra de la fecha en el cual se acordaron compromisos recíprocos, siendo de parte de la gobernación el compromiso de tender su solitud de pagar las actas con prontitud, revisando la presunta demora en la Secretaría de Hacienda y procediendo a corregir en caso de que así se necesitare. Por parte del contratista se comprometió a observar el cronograma de la obra, atender con diligencia los requerimientos de la interventoría, en relación con las obras prioritarias que se necesitaban ya que ponían en inminente peligro a la comunidad de palenque, usuaria de la vía de acceso que se pretende rehabilitar con el contrato de obra, esto es realizar de manera simultánea las obras para ponerse al día con el cronograma. Como lo señaló la interventoría así:

"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."*

De igual forma se trae a colación, el informe presentado por el supervisor del contrato, anexo a la resolución que se recurre, se da cuenta del retraso contractual de 33 días, en atención a las actividades que se proyectaron desarrollar de manera paralelas-como se señaló- los cuales señala el supervisor "equivalen al tiempo máximo

de la ejecución programada, incluyendo el tiempo para la señalización (Demarcación Horizontal o Pintura Reflectiva de la Vía)"

De otro lado, manifiesta el contratista reparos en lo que toca a los pagos por parte de la Gobernación, en tanto que se trata de un contrato sinalagmático, de obligaciones mutuas, por lo cual la Gobernación de Bolívar debe cumplir también con las obligaciones a su cargo, en especial con el pago de las actas presentadas, se debe tener en cuenta el análisis financiero que efectúa el supervisor del contrato, en el que se pone de manifiesto la diferencia entre el avance físico de la obra y el avance financiero del contrato.

"

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

" Se transcribe el cuadro.

En atención a lo señalado por la compañía aseguradora, se puede señalar lo siguiente:

El garante, SEGUROS DEL ESTADO, manifiesta que no le fue posible ejercer el derecho a defenderse en el procedimiento administrativo, en atención a que, le fue comunicado con menos de un día de anticipación la citación a la audiencia administrativa de debate y decisión sobre el presunto incumplimiento del Contrato 2084 de 2016. No obstante lo anterior, es menester señalar que, aun cuando fue citado con un día de anticipación el contratista en la primera citación para la audiencia a efectuarse el día 27 de septiembre de 2017, no manifestó intención alguna de comparecer por ningún medio en uso de los mecanismos tecnológicos, así como tampoco realizó solicitud alguna de aplazamiento, y tan solo concurrió a señalar su intención de comparecer luego de la SEGUNDA CITACIÓN que se efectuó para el día 02 de octubre de 2017, día en el que efectivamente se comunicó con la asesora eterna de la gobernación, no obstante por motivos de deficiencia en el servicio telefónico, no se pudo establecer comunicación con el mismo.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, la cual en su artículo 86 regula de manera expresa el trámite procesal para verificar la ocurrencia o no del incumplimiento contractual, determinando un trámite más garantista para los derechos del contratista, con lo cual no se conculca el debido proceso administrativo que debe respetarse en todos los trámites administrativos.

Que de acuerdo a lo expuesto no se atiende favorablemente las peticiones relacionadas básicamente con la supuesta violación al debido proceso, es necesario precisar que cuando se respeta un trámite procesal determinado en una norma jurídica **NO** puede predicarse un desconocimiento del debido proceso o del derecho de defensa. La realización de audiencias con los implicados, práctica de pruebas, interposición, sustentación, expedición y notificación de las decisiones dentro de la misma diligencia no conculca ningún derecho fundamental y obedece a un trámite que además de ágil y expedito respeta las garantías procesales de los intervinientes.

Es la política administrativa que ha caracterizado el desarrollo de las audiencias citadas por esta administración, que fundamenta sus decisiones con el pleno convencimiento que los derechos fundamentales y legales deben garantizarse.

En cuanto a lo manifestado sobre la imposibilidad de asistir a la audiencia, es dable precisar que todos los actores contractuales estuvieron presentes, como también se hubiera podido presentar un apoderado de la sucursal de Cartagena, y que igualmente en la oficina archivo de la Secretaría de Infraestructura no se encuentra oficio de excusa o solicitud de aplazamiento de la misma.

Así mismo, en el expediente contractual constan las comunicaciones allegadas a la Aseguradora sobre el presunto incumplimiento del contratista, al que nunca respondieron, y que al respecto, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera No. 23518 de 2013; manifiesta:

« (...)En este escenario, la Sala estima que sólo si en el cruce de comunicaciones se protege el debido proceso de manera integral, desde la fase de formación de la voluntad por parte de la entidad estatal contratante, indicando de manera clara y precisa cuáles son los cargos que imputa al contratista, que

835
04 OCT. 2017

el contrato-, y qué pruebas de ello tiene la administración –art. 28 CCA.-, permitiéndole, a su vez, ejercer el derecho de defensa, puede darse por acreditado que la administración siguió el procedimiento previo a la toma de una decisión que por lo general afecta los intereses del contratista y su garante..”

Ahora bien, en atención a lo manifestado por el abogado de la compañía garante, respecto de la falsa motivación del acto administrativo por cuanto se manifiesta que en la resolución recurrida se señala que se encuentran todos los actores, es debido hacer claridad al recurrente, en cuanto a que se debe entender la afirmación en el contexto de la línea discursiva, ya que se señaló “Que llegado el día y la 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”

Además de lo dicho, se tiene que en el acta del cual se dice que es parte integral, se estableció claramente que se suspende la audiencia para la interposición reanudarla en el día siguiente continuando con la lectura del fallo, a fin de que interpongan los recursos, en razón a que la aseguradora no pudo concurrir, por lo cual, no se pretendió indicar que la aseguradora compareció, ya que en el acta se dejó constancia expresa de dicha situación.

En la que respecta al asunto de los efectos del invierno, en los informes y en la documentación soporte del presente procedimiento administrativo, se da cuenta de que, aun si se diera credibilidad al asunto del retraso por el invierno, no es suficiente el tiempo que ha durado el mismo (señalado por el mismo contratista -17 días), en relación con el retraso computado señalado por el supervisor del contrato, el cual es de 33 días (retraso contractual). Al respecto puede tomarse lo dicho al contratista en este mismo acto.

En lo que se sigue, respecto de las obligaciones de la Gobernación de Bolívar, en tanto que se trata de un contrato sinalagmático, de obligaciones mutuas, como lo manifestaron tanto contratista como compañía garante, téngase lo contestado al contratista en este acto administrativo respecto del balance financiero.

Ahora bien, señala la compañía garante, que la funcionalidad de la multa es de carácter de apremiante, de conformidad con la Sentencia C- 499-15, por lo cual considera que se perturbaría la ejecución del contrato, porque se entorpecería el flujo económico del contratista, ya que quedaría insolvente y, según las comunicaciones que ha mantenido con el contratista, éste señala estar comprometido con la ejecución del contrato.

De lo anterior, se debe manifestar la administración señalando que, efectivamente la multa tiene el carácter de apremio como bien se señala en la jurisprudencia arriba citada, por lo cual este procedimiento administrativo busca conminar al contratista al cumplimiento de sus deberes contractuales, y asegurar la funcionalidad y operatividad de la obra contratada, de conformidad con las expectativas generadas con la contratación. Mal haría la administración, quien tiene el deber de observar el cuidado objetivo de los asuntos de la administración, como si se tratase de asuntos propios, si habiendo conocido del retraso y del presunto incumplimiento manifestado por el supervisor del contrato y la interventoría contratada, hiciera caso omiso a tal situación y concediera prórrogas indefinidamente, desatendiendo las observaciones y requerimientos de la interventoría, a quien contrató para esos efectos y al supervisor quien fue designado por la administración para los fines de vigilancia y cuidado del proyecto de construcción de la obra.

Que de todos los argumentos presentados por el recurrente, no se encuentra sustento alguno para otorgar la solicitud revocatoria de la Resolución No. 822 del 02 de octubre de 2017, por lo que se desestiman por la administración Departamental. Y así mismo, por ser improcedente el recurso de reposición interpuesto por el contratista **UNIÓN TEMPORAL VÍAS DE PALENQUE**, con Nit: NIT.901.027.851-7, Representado Legalmente por **JOSÉ RICARDO JIMENO OROZCO**, será declarado improcedente.

En mérito de lo expuesto, el Secretario 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. 822 del 02 de octubre de 2017”, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto, es decir que se ratifica la decisión tomada en la Resolución No. 822 del 02 de octubre de 2017”. Y **DECLARAR IMPROCEDENTE** el recurso de apelación impetrado por el contratista **UNIÓN TEMPORAL VÍAS DE PALENQUE**.

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

En lo que se sigue, respecto de las obligaciones de la Gobernación de Bolívar, en tanto que se trata de un contrato sinalagmático, de obligaciones mutuas, como lo manifestaron tanto contratista como compañía garante, téngase lo contestado al contratista en este acto administrativo respecto del balance financiero.

Ahora bien, señala la compañía garante, que la funcionalidad de la multa es de carácter de apremiante, de conformidad con la Sentencia C- 499-15, por lo cual considera que se perturbaría la ejecución del contrato, porque se entorpecería el flujo económico del contratista, ya que quedaría insolvente y, según las comunicaciones que ha mantenido con el contratista, éste señala estar comprometido con la ejecución del contrato.

De lo anterior, se debe manifestar la administración señalando que, efectivamente la multa tiene el carácter de apremio como bien se señala en la jurisprudencia arriba citada, por lo cual este procedimiento administrativo busca conminar al contratista al cumplimiento de sus deberes contractuales, y asegurar la funcionalidad y operatividad de la obra contratada, de conformidad con las expectativas generadas con la contratación. Mal haría la administración, quien tiene el deber de observar el cuidado objetivo de los asuntos de la administración, como si se tratase de asuntos propios, si habiendo conocido del retraso y del presunto incumplimiento manifestado por el supervisor del contrato y la interventoría contratada, hiciera caso omiso a tal situación y concediera prórrogas indefinidamente, desatendiendo las observaciones y requerimientos de la interventoría, a quien contrató para esos efectos y al supervisor quien fue designado por la administración para los fines de vigilancia y cuidado del proyecto de construcción de la obra.

Que de todos los argumentos presentados por el recurrente, no se encuentra sustento alguno para otorgar la solicitud revocatoria de la Resolución No. 822 del 02 de octubre de 2017, por lo que se desestiman por la administración Departamental. Y así mismo, por ser improcedente el recurso de reposición interpuesto por el contratista **UNIÓN TEMPORAL VÍAS DE PALENQUE**, con Nit: NIT.901.027.851-7, Representado Legalmente por **JOSÉ RICARDO JIMENO OROZCO**, será declarado improcedente.

En mérito de lo expuesto, el Secretario 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. 822 del 02 de octubre de 2017", por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto, es decir que se ratifica la decisión tomada en la Resolución No. 822 del 02 de octubre de 2017". Y DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de apelación impetrado por el contratista **UNIÓN TEMPORAL VÍAS DE PALENQUE**.

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

ARTICULO TERCERO: 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

04 OCT. 2017

Dada en Cartagena de Indias, a los


DULIS ALBERTO GARRIDO RAAD
Delegado
Departamento de Bolívar