Bolívar primero

RESOLUCION No. 95 **05 MAR. 2020**

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

EL SECRETARIO DE MINAS Y ENERGÍA DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR en ejercicio de sus funciones legales y constitucionales en especial las contenidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y los postulados del Estatuto de la contratación Administrativa Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, el Decreto reglamentario 1082 de 2015, Decreto No. 26 de enero 20 de 2020 y Decreto 10 de enero 8 de 2020,

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

Que el día 17 de julio de 2015, se suscribió contrato de obra No. 2427, entre la Gobernación de Bolívar y el contratista **ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LIMITADA**, representada legalmente por EVERT ANTONIO DORADO, (en adelante EL CONTRATISTA) cuyo objeto consiste en adelantar la **"CONSTRUCCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA ELECTRICA EN LOS MUNICIPIOS DE SANTA ROSA, SAN MARTIN DE LOBA, TIQUISIO Y SIMITÍ, EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR"**.

Que el precitado contrato fue celebrado por un valor de hasta **NUEVE MIL CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS MCTE ($9.137.175.334)**.

Que la ola invernal padecida entre el último semestre del año 2015 y el primer semestre de 2016 afectó con fuerza el Departamento de Bolívar, en especial las zonas en las que se ubican los municipios de Santa Rosa Sur, Simití, Tiquísio y San Martín de Loba, provocando derrumbes, desbordamientos y deterioro de vías de acceso imposibilitando la ejecución de las obras contratadas, lo que hizo imperativo considerar la suspensión del mismo.

Que en atención a lo anterior, en fecha primero (01) de noviembre de 2016, se suscribió Acta de Suspensión del Contrato 2427 de julio 17 de 2015.

Que una vez se configuraron las condiciones para levantar la suspensión antes mencionada se convino el reinicio del contrato el día 1 de septiembre de 2017.

Que el día 26 de diciembre de 2017 y derivado del informe presentado por la interventoría, en la cual se daba cuenta de hechos constitutivos de un posible incumplimiento contractual, concurrieron previa notificación efectiva contratista, interventoría, apoderado de la compañía de seguros en calidad de garante y la Gobernación de Bolívar, con el fin de adelantar procedimiento administrativo sancionatorio contractual el cual concluyó el día 6 de febrero de 2018.

Que dentro del procedimiento antes referido el contratista puso de presente las razones y dificultades que debió afrontar en la implementación del plan de contingencia, derivado entre otras cosas de la época de fin de año en la cual, la mayor parte de las empresas no laboran, ni suministran materiales, dificultad que se materializa en el entendido de que los materiales especializados y de común uso y venta. Aunado a lo anterior a finales del año 2017 se presentó una temporada de lluvias por fuera de lo normal en el periodo comprendido entre finales de noviembre y enero de 2018, con lo cual la entidad encontró probada la causal de fuerza mayor frente al retraso del contratista en el cronograma de actividades.

Que en tratándose de la justificación de la inversión del anticipo el contratista acreditó en desarrollo del precitado procedimiento, ante el delegado contractual la adquisición de material especializado el cual se encontraba almacenado, esperando su envío próximo a los frentes de trabajo, tal situación fue debidamente avalada por la interventoría con lo cual se entendió superada el cargo formulado en la citación al procedimiento administrativo sancionatorio.

Que la entidad entonces determinó necesario que el contratista elaborara e implementara un plan de contingencia que le permitiera aprovechar en la mayor medida posible el periodo comprendido entre los meses de febrero y mayo de 2018, el mencionado documento hizo parte integral del modificatorio No. 03 y se constituyó a partir de su aprobación en el nuevo instrumento para medir el avance del contratista frente a las obligaciones contractuales.

Que en desarrollo del procedimiento sancionatorio la entidad tomó en consideración los argumentos esgrimidos por el representante del contratista y el apoderado de la compañía de seguros, a efectos de determinar cerrar el procedimiento administrativo sancionatorio sin imponer sanción, en tanto se probaron las razones de fuerza mayor, el plan de contingencia se implementó inmediatamente y se sustentó la inversión del anticipo. Esto teniendo en cuenta que la función primordial de la imposición de éstas medidas, es en palabras del H. Consejero Jaime Orlando Santofimio, *compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida"*[1] por tanto sí el contratista en desarrollo del procedimiento administrativo se allana al cumplimiento y realiza todas las actuaciones indicadas por la entidad para superar el retardo, fue dable concluir sin aplicar la penalidad prevista en el contrato, mientras se cumplía con la finalidad deseada, la cual es definida como "*eminentemente conminatoria."*[2]

Que atendiendo a la solicitud de prórroga radicada por el contratista calendada febrero 14 de 2018, se consideraron probadas las razones y justificado el tiempo adicional solicitado, teniendo en cuenta que en desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio adelantado al contratista quedó plenamente demostrado que la ola invernal y otros factores impactaron el progreso de las actividades contractuales al punto de impedir su ejecución, situación que fue estudiada por la interventoría quien

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P, Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875)
[2] Ibídem

manifestó que analizados los soportes de la solicitud de prórroga y al considerar que los meses adicionales corresponderían al periodo comprendido entre los meses de marzo y mayo, tiempo habitualmente seco, resultaba conducente avalar la prórroga mencionada.

Que por lo antes relatado, se suscribió prorroga al contrato en comento, a través de la cual se extendió el plazo de ejecución del contrato hasta 28 de mayo de 2018, en tanto como se manifestó en acápite anterior la interventoría manifestó a la entidad haber estudiado los soportes de la solicitud de prórroga.

Que en comunicación calendada abril 18 de 2018 el contratista formuló solicitud de suspensión, soportada en las siguientes razones: (i) Que se presentaron lluvias irregulares y por fuera de lo habitual en las zonas de ejecución de las actividades contractuales, que impactaron la continuidad del cronograma propuesto y aprobado. (ii) Que la no constitución oportuna de las servidumbres impide el avance del tendido de redes y avance de ejecución, dicha actividad está a cargo de las Alcaldías de los Municipios beneficiarios de las obras, no obstante se ha requerido en numerosas ocasiones tanto por el contratista, el departamento, como por las comunidades y veedurías ciudadanas, estos no acreditan progreso alguno. Todo lo cual implicaba una imposibilidad de continuar las labores contratadas.

Que la interventoría a través de comunicación de abril 23 de 2018 avaló las razones expuestas por el contratista en lo atinente a la constitución de las servidumbres a cargo de los alcaldes de los municipios contemplados en el contrato y en este sentido coadyuvó la solicitud de suspensión antes mencionada, por el termino de noventa (90) días, con el fin de que se adelanten las gestiones con los alcaldes municipales para el cumplimiento de su compromiso. De tal suerte que la aludida suspensión del contrato

se encontraba sujeta a un plazo proyectado o al acaecimiento de una condición claramente indicada.

Que a través de comunicación calendada 24 julio 2018, el contratista solicitó prórroga de la suspensión del contrato en comento, en primer lugar, alegando la no superación de las causas que inicialmente impulsaron tal actuación, aunado a dificultades en el suministro de materiales, los cuales se ha manifestado en ocasiones anteriores corresponden a elementos especializados y no de común uso y venta.

Que la interventoría avaló los argumentos expuestos por el contratista y recomendó a la entidad conceder una prórroga a la suspensión del contrato de treinta (30) días adicionales contados a partir del vencimiento del termino inicial, para que se verificare el avance en las gestiones a cargo de los alcaldes municipales en la constitución de las servidumbres y el recibo de los materiales en obra, para proceder con el reinicio del contrato.

Que no obstante haberse dispuesto fechas tentativas para la reanudación de las actividades, fue voluntad de las partes, atener la suspensión, a la superación de las causas transitorias de fuerza mayor.

Que con fundamento en lo anterior y una vez recibidas las comunicaciones enviadas por los alcaldes de los municipios objeto de las obras dando cuenta del avance de los trámites en la constitución de las servidumbres, el día 11 de octubre de 2018 se emitió por la Secretaría de Minas y Energía citación vía correo electrónico, requiriéndose por la GOBERNACION la presencia del representante del contratista para verificar tales situaciones y proceder con el reinicio de las actividades contractuales suspendidas.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Que al estar configuradas las condiciones para levantar la suspensión y entendiéndose superadas estas, concurrieron las partes a la reanudación del contrato el día 6 de noviembre de 2018 y a la determinación en conjunto con la interventoría y la supervisión delegada por la Secretaría de Minas y Energía de un nuevo plan de contingencia para efectos de la conclusión de las obras contratadas, en el menor tiempo posible.

Que atendiendo a la condición de garante del Contrato No. 2427 de 2015 la compañía de seguros SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., fue debidamente citada a la diligencia y concurrió a través del señor CARLOS ANDRES BARBOSA BONILLA, por poder otorgado por el señor JORGE MANUEL DELGADO ROCHA como apoderado general de la mencionada, a efectos de enterarla de la reanudación del contrato afianzado, para el trámite de la modificación y ampliación de las garantías a cargo del contratista.

Que el día 15 de noviembre de 2018, la empresa PROINGES S.A.S., en su calidad de Interventor del contrato de obra 2427, presentó ante el delegado contractual informe técnico suscrito por el Ingeniero James Martínez, representante legal de PROINGES S.A.S; en el cual puso en conocimiento de la administración una relación de hechos constitutivos de un presunto incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones contractuales, particularmente en lo concerniente al cumplimiento del cronograma de obra, abandono de los frentes de obra y la no entrega oportuna de los informes periódicos.

Que en virtud de lo anterior se procedió en los términos del articulo 86 de la Ley 1474 de 2011 y de la Ley 1150 de 2007 a citar al contratista y a la compañía de seguros garante del contrato a efectos de iniciar y dar trámite al procedimiento administrativo sancionatorio.

Que en cumplimiento de las disposiciones de la precitada norma comunicaciones referidas fueron remitidas a las direcciones registradas en el respectivo correo electrónico y dirección física que aparece en el certificado de existencia y representación legal del contratista y de la compañía que ampara el contrato. La audiencia se programó para el día 26 de noviembre de 2018, en las instalaciones del CAD, Sala de Juntas, piso 5 – Secretaría de Minas y Energía.

Que en desarrollo de la mencionada audiencia, los citados pusieron en conocimiento de la administración que si bien la citación fue efectiva, no se acompañó de informe de interventoría que soportaba los cargos en ella contenidos.

Que atendiendo a la omisión involuntaria de incluir el informe técnico presentado por la interventoría con la correspondiente citación, documento que como se manifestó en su momento constituye el impulso primigenio del trámite administrativo, debió procederse a la suspensión de la diligencia, a efectos de darle traslado al informe atendiendo a los principios que rigen las actuaciones administrativas en especial el contenido en el numeral 11 del articulo 3º de la Ley 1437 de 2011[3], de tal suerte que la Gobernación de Bolívar –Secretaría de Minas y Energía saneara la irregularidad evidenciada y otorgara un plazo prudente para el análisis del mismo.

[3] "Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.
(...)
11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa."

Que al respecto ha dicho la Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en providencia 18394[4]:

> *"Así, el debido proceso como requisito para la declaratoria caducidad del contrato celebrado por la Administración (y va de suyo para la imposición de las multas y la cláusula penal) no puede ser concebido como un procedimiento administrativo general o gubernativo puro,* ***sino que debe entenderse cumplido, respetado y satisfecho*** *mediante el adelantamiento de un procedimiento ágil, que consiste, como se explicó, en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad pública contratante, defenderse del mismo, así como pedir la práctica de pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra.*
> *(...)"*

Que en desarrollo del procedimiento, la administración no sólo procedió como se lo instruye la ley, al saneamiento del proceso, sino que, en aras de garantizar el derecho a contradicción y defensa de los citados, accedió a la solicitud de aplazamiento formulada por los citados, en la reanudación que sucedió el día 30 de noviembre del año 2018

Que luego de haber aceptado las razones de la solicitud de aplazamiento se fijó nueva fecha y hora para la continuación de la diligencia, y es así como el día 6 de diciembre de 2018 fueron escuchados los descargos de los citados, luego de lo cual se decidió nuevamente suspender la diligencia para analizar por su extensión lo manifestado por el contratista y su garante, así como las pruebas documentales allegadas por los mismos.

[4] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P, Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394)

Que encontrándose aún pendiente la decisión frente al tramite administrativo sancionatorio contractual, se allegó por la interventoría comunicación en la cual da cuenta del vencimiento del plazo de ejecución del contrato el día 09 de diciembre del año 2018.

Que contando con el acompañamiento de la Secretaría Jurídica Departamental y previo análisis jurídico de la situación, la Secretaría de Minas y Energía determinó que resultaba de aplicación lo señalada por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo frente a la temporalidad de las facultades de la administración en tratándose de la declaratoria de incumplimiento, aplicación de multas y determinación de sanciones así:

> *"En materia de contratación estatal, las multas constituyen una sanción pecuniaria que opera como mecanismo de apremio al contratista, tendiente a constreñirlo al exacto cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro de los plazos contractualmente pactados.* ***Por esta razón, la multa debe ser impuesta durante la ejecución del contrato y cuando quiera que se presenten incumplimientos parciales o retrasos en relación con el respectivo cronograma de ejecución, pues sólo en esta forma cumple su finalidad****; de tal manera que si una medida de esta naturaleza se produce por fuera del plazo contractual, ya resulta perfectamente inane desde el punto de vista del objetivo que con ella se persigue, cual es la obtención de la correcta y oportuna ejecución del objeto contractual: "No se trata de indemnizar o reparar un daño a través de las mismas, de manera que su imposición no exige la demostración del mismo[5], sino simplemente es un mecanismo sancionatorio ante la tardanza o el incumplimiento del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en*

5[19] [9][12] Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 28 de abril de 2005, expediente 14.393 y de 14 de julio de 2005, Exp. 14.289.

oportunidad debida el objeto contractual"[3] (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Queda claro entonces que, la postura jurisprudencial apunta a una función coercitiva de la multa y no de carácter indemnizatorio, habiendo fenecido el plazo de ejecución del contrato que nos ocupa, no le asiste la facultad a la administración de imponerla, pues estaría faltando a los fines mismos de la sanción, lo anterior encuentra refuerzo en providencia del C.E. Danilo Rojas Betancourt de 2017 así:

"(...) la finalidad de las multas no es la obtención de indemnización alguna de perjuicios para la administración frente a un incumplimiento contractual de su colaborador, si no que se busca a través de ellas, corregir el curso de la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, para que la misma se lleve a cabo en forma oportuna y de la manera acordada en el negocio jurídico.

Siendo así, no cabe duda de que en relación con la imposición de las multas, el juez debe verificar no sólo que se produjo la mora o el incumplimiento parcial del contratista, ***sino también la oportunidad de la decisión, lo que implica que la multa haya sido impuesta durante la vigencia del contrato pero además, que para ese momento, fuera factible el cumplimiento de su finalidad, cual es la de inducir la contratista a la correcta ejecución de sus prestaciones, con miras al cumplimiento del objeto contractual"***

(...)"(Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Que en sentencia de la Consejera de Estado Doctora Ruth Stella Correa Palacio, citada previamente en este acto administrativo se manifestó que:

> *"(...)No puede perderse de vista* ***que la potestad sancionatoria encuentra su fundamento no sólo en el propósito de reprimir las faltas contractuales del cocontratante, sino principalmente en la necesidad de asegurar mediante ese poder la efectiva y debida ejecución del contrato y, por esta vía, la satisfacción del interés público,*** *ante el incumplimiento grave de las obligaciones del contratista que impiden lograr el objeto del contrato. (...)"* [6] (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Que de acuerdo con lo anterior a partir de la fecha informada por la interventoría como de fenecimiento del plazo contractual es decir 9 de diciembre de 2018, la entidad perdió facultades legales y contractuales para imponer multas y declarar la caducidad del Contrato, por lo que procede la aplicación del literal d), del artículo 86 - Ley 1474 de 2011.

Que se fundamenta la decisión antes mencionada, con el siguiente argumento del Consejo de Estado contenido en providencia en cita, así:

> *"(...) por regla general, en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, [la oportunidad] es la propia etapa de ejecución del contrato el escenario procesal en el cual el contratista debe haber tenido la oportunidad de rendir descargos, solicitar pruebas o presentar alegaciones sobre los incumplimientos que se le atribuyen durante el transcurso contractual, porque la Administración a lo largo de la relación negocial le ha dado a conocer al contratista los hechos de incumplimiento que dan lugar al ejercicio de la facultades sancionatorias y, además, le ha dado traslado de los elementos de convicción recaudados, con el fin de que aquél tenga la oportunidad de presentar sus explicaciones y contradecir las pruebas que se aduzcan en su contra.* ***De ahí que, si bien las garantías que rigen el debido proceso son aplicables en materia de***

[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P, Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394)

> ***potestades sancionatorias contractuales, lo cierto es que ello no tiene lugar con el mismo ritualismo que en el derecho penal o disciplinario****. (...)"* (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Que como es sabido, el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio contractual implica la garantía máxima de los derechos de contradicción, de defensa y al debido proceso, siendo este último de especial relevancia para el caso objeto del aquel acto administrativo, en tanto comprende en su naturaleza unas garantías mínimas entre las cuales se ubica la oportunidad de la decisión y la potestad sancionadora de quien adelanta la actuación.

Que respecto a lo manifestado en el parágrafo anterior, el Consejo de Estado se ha pronunciado así:

> *"(...) la Sala ha considerado, cada vez con más decisión y argumentos, que las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales están regidas por el derecho fundamental al debido proceso-art. 29 CP.-, en virtud del cual se debe garantizar a los afectados con una decisión el derecho a defenderse adecuadamente, es decir, en los términos de las garantías mínimas que contempla este derecho. "*
>
> (...)
>
> *" Se trata de un impulso que reafirma-no crea-el canon constitucional que impone la razón y el juicio en las actuaciones administrativas[7]. Visto así, surge para la contratación pública la necesidad de incrementar las garantías del debido proceso, tratando de evolucionar hacia los procedimientos más progresistas en este campo. En tal sentido, de la norma se desprenden varias ideas, que explican su contenido:*

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de marzo de 2010. Rad. 18.394-

> *"En primer lugar, señala que* ***'El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales',*** *de allí que su contenido no rige solamente los temas puntuales que mencionará y desarrollará a continuación-la multa y la cláusula penal-, sino todas las actuaciones sancionatorias, como por ejemplo: la declaración de caducidad, la declaración de un siniestro, la declaración de que un oferente se niega a suscribir el contrato estatal adjudicado[5], entre otras decisiones de similar naturaleza sancionadora.*
>
> *(...)*
>
> *Para la Sala no cabe duda que* ***el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no***[8]*. Esta clasificación tiene incidencia para otros efectos, por ejemplo para determinar los derechos del debido proceso que rigen en unas y en otras actuaciones, como quiera que es indiscutible que las garantías se potencializan en las primeras y se reducen en las segundas, por razones obvias. Así, en las actuaciones sancionatorias es exigible el derecho a la preexistencia de la falta y la sanción,*
> *(...)*
>
> *"En tercer lugar,* ***el art. 17 asigna la competencia a la administración para imponer las multas pactadas en los contratos, pero '... Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista...'. La misma potestad se establece, a continuación, para imponer la cláusula penal, respetando las mismas garantías****"*[9] (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Se dejó sentado que, si bien frente al procedimiento administrativo sancionatorio contractual adelantado por la entidad en aquella oportunidad, no fue posible proceder

[8] Corte Constitucional, sentencia T-149 de 2002.
[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación: 25000-23-26-000-1998-02424-01 (27.246)

con la imposición de una multa como medida conminatoria, ni así declarar la caducidad del contrato, por su resultado inocuo frente a la satisfacción de la necesidad que se pretendía con la ejecución del mismo, ello no implica que se haya superado la situación del presunto incumplimiento, máxime cuando se tiene como comprobado que, a la fecha de fenecimiento del plazo de ejecución no se recibió satisfactoriamente el objeto contractual.

Que así las cosas los hechos puestos de presente por la interventoría fueron objeto nuevamente de consideración por la entidad, en el escenario, el cual una vez agotado el procedimiento correspondiente, llevaría a la administración departamental a determinar la declaratoria o no del incumplimiento y la consecuente aplicación o imposición de las penalidades a que hubiere lugar.

Que en este sentido, tanto la interventoría, como la supervisión presentaron informes a consideración del despacho de la Secretaría de Minas y Energía Departamental, para fundamentar el inicio de la actuación administrativa en los términos establecidos en el literal a), del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, expidiéndose por la administración la citación correspondiente, teniendo como anexos principales los informes precitados. (Anexo No. 01)

Que de la actuación administrativa se dio inicio a los 20 días del mes de mayo de 2019, proceso administrativo sancionatorio adelantado por la doctora ETHEL HERNANDEZ PULGAR[10], en su calidad de Asesor Código 020, Grado 04, asignada a la Secretaría de Minas y Energía Departamental, delegada por el señor Gobernador Dumek Turbay Paz, en uso de sus facultades legales y constitucionales, a través del artículo 5° del Decreto 05 de enero de 2018, para presidir la audiencia, tomar las decisiones que correspondan dentro de la misma. (Anexo No. 02)

[10] Nombrada por el señor gobernador de Bolívar, por medio del Decreto 043 de 28 de febrero de 2019.

Que a la instalación de la diligencia, concurrió por medios electrónicos, el doctor **JORGE MANUEL DELGADO ROCHA** apoderado general de **SURAMERICANA DE SEGUROS S.A.,** identificado con cédula de ciudadanía No. 79.556.308 y Tarjeta Profesional No. 114.851 del C.S.J., (Anexo No. 03)

Que en el desarrollo de esa primera sesión de la audiencia, los doctores **JORGE MANUEL DELGADO ROCHA** apoderado general de **SURAMERICANA DE SEGUROS S.A.,** y el doctor **CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GUZMÁN**, apoderado especial del contratista disciplinado, propusieron lo que denominaron incidente de nulidad, por indebida notificación de la actuación al contratista, en los siguientes términos:

"Doctora
ETHEL HERNÁNDEZ PULGAR
Secretaria de Minas y Energía
GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR
E. S. D.

REF: ***NULIDAD DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO – INDEBIDA NOTIFICACIÓN***
Solicitud de Corrección de Irregularidades a Petición de Parte conforme al Artículo 41 de la Ley 1437 de 2011
Audiencia de debido proceso – Art. 86 Ley 1474 de 2011
Contratista: *ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA.*
Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015

JORGE MANUEL DELGADO ROCHA*, ciudadano colombiano, mayor de edad, vecino de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía Núm. 79.556.308 de Bogotá, por medio del presente escrito, me permito presentar* ***NULIDAD*** *de la actuación administrativa por medio de la cual reportó mediante correo electrónico de fecha 10 de mayo de 2019 10:07 a. m. "****Asunto:*** *respuesta solicitud de aplazamiento", toda vez que se han presentado irregularidades procesales para iniciar trámite para declarar el presunto incumplimiento del Contrato de la referencia, y que violan el artículo 29 de la C.P., así como los artículos 53, 56 y 67 del CPACA, conforme a lo que se viene a explicar:*

I. VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY EN EL DEBER DE NOTIFICAR EN DEBIDA FORMA LA CITACIÓN PARA INICIAR LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

El principio de legalidad de las actuaciones administrativas, consagrado, en primer término, en el artículo 29 de la Constitución Política, establece que todo proceso de esa índole debe ceñirse a la Ley, en el sentido de que el asunto tratado por la Administración sea abordado o resuelto, mediante la aplicación de las normas sustanciales y de las de procedimiento preexistentes al acto imputado. Y tal concepto incluye, desde luego, finalmente, como elemento fundamental en la motivación de las providencias judiciales y de los actos administrativos.

El principio fundamental del debido proceso, como derecho, es el de publicidad, que se refiere al deber que tiene la Administración de notificar al Administrado de las actuaciones administrativas, y por ello, el legislador ha reglado los trámites o procesos iniciados por impulso ya del particular, ya de la propia Administración.

De lo anterior se colige, valga repetirlo, que habrá debido proceso siempre que del trámite administrativo de que se trate no solo se respetan las formas propias, sus respectivas etapas procesales, la comparecencia del administrado y su derecho de defensa, entre otros, sino también si el titular del derecho sea informado o notificado, según el caso, ya del inicio del proceso en el que es parte, ya de los actos definitivos proferidos al final de la actuación; en una palabra, si se da pleno cumplimiento al principio de publicidad del procedimiento administrativo.

Tal como lo hemos resaltado, respecto del principio de publicidad es preciso señalar que su alcance se extiende más allá de las previsiones constitucionales, legales, reglamentarias, jurisprudenciales y doctrinales, que lo orientan principalmente, por una parte, al derecho que tiene el sujeto de derecho a conocer con la debida antelación el procedimiento iniciado en su contra, y, por otra, al derecho de terceros posiblemente afectados a que esta se les comunique, en el sentido de que quien es parte del respectivo proceso debe estar razonablemente informado del estado del trámite en sus diversas etapas, antes de la publicación de la decisión definitiva tomada, ya por la Administración, ya por la autoridad judicial.

Así las cosas, el derecho al debido proceso será vulnerado siempre que la Administración no informe o notifique, según el caso, al administrado, ya el estado actual del proceso del cual es parte, ya de la decisión definitiva adoptada, la ausencia de lo cual va en contravía de los principios de la función administrativa, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

En efecto, como anota Bernardo Carvajal en su artículo "Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo":

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

> *La jurisprudencia constitucional ha indicado que, (sic) "como mediante el proceso administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, él mismo, adicionalmente a las garantías estrictamente procesales que debe (sic) contemplar debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan la función pública y que enuncia el canon 209 superior": sentencia T-103/2006. Es por tal razón que (sic), por ejemplo, la lentitud o la negligencia de una autoridad administrativa para expedir un acto administrativo de fondo, relativo a la titulación colectiva de unos territorios, viola el debido proceso y crea una situación de amenaza de otros derechos fundamentales: cfr. Corte Constitucional, sentencia T-909 de 7 de diciembre de 2009. El artículo 3 del Código Administrativo de 1984 es igualmente tributario de la misma idea, mientras que su art. 30 trae algunas reglas que garantizan el principio de Imparcialidad. En el mismo sentido va el art. 3 (numerales 3, 9, 12 y 13) del futuro código.*

En el caso concreto, claramente la entidad, al soslayar su deber de citar en debida forma al contratista al correo electrónico registrado, viola el derecho al debido proceso, por falta de aplicación, tanto de los principios de celeridad y eficacia de las actuaciones y procedimientos administrativos, consagrados en los numerales 11 y 13 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como del principio de publicidad, estatuido en el numeral 3 de la misma codificación, en los términos antes expuestos, debido a que omitió su deber de notificar, bien personalmente bien al correo electrónico registrado para tal fin, cuya naturaleza así lo demandaba. Veamos por qué.

El ente estatal debe entender, que uno de los principios fundamentales de la función administrativa, es el de la publicidad de los actos emanados de la administración, motivo por el cual debe ilustrar a los administrados de todas las actuaciones procesales, y en esa medida, debe realizar todas las actividades tendientes a garantizar el debido proceso, notificando cada una de las decisiones tomadas por la autoridad frente al administrado, las cuales deben enmarcarse dentro de una legítima defensa, pues de esa manera se puede concluir que el conocimiento de los procedimientos para las notificaciones administrativas, constituyen una herramienta eficaz para la defensa tanto del contratista como de la aseguradora garante.

Debe recalcarse para el presente caso, que la eficacia de los actos administrativos, como forma cotidiana que tienen las entidades para relacionarse con los ciudadanos, además de encontrarse ajustados a derecho, deben ser ***debidamente notificados****, pues de lo contrario se produce una indefensión del administrado, violando de paso el derecho fundamental al debido proceso.*

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido extensa, pues en ese sentido, ha manifestado:

> *"Uno de los elementos esenciales del debido proceso es el principio de publicidad. Los artículos 209 y 228 de la C.P., lo reconocen también como uno de los elementos de la función administrativa. La jurisprudencia ha considerado que este principio no es una mera formalidad, ya que consiste en dar a conocer, a través de publicaciones, comunicaciones o notificaciones, las actuaciones judiciales y administrativas a toda la comunidad, como garantía de transparencia y participación ciudadana, así como a las partes y terceros interesados en un determinado proceso para garantizar sus derechos de contradicción y defensa."[1]*

Siguiendo pacíficamente el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-210 de 2010, resalta la triple función que cumple la notificación de los actos administrativos de carácter particular:

> *"i) asegura el cumplimiento del principio de publicidad de la función pública pues mediante ella se pone en conocimiento a los interesados el contenido de las decisiones de la Administración; ii) garantiza el cumplimiento de las reglas del debido proceso en cuanto permite la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción y; finalmente iii) la adecuada notificación hace posible la efectividad de los principios de celeridad y eficacia de la función pública al delimitar el momento en que empiezan a correr los términos de los recursos y de las acciones procedentes."[2]*

Pues bien, para el presente caso, debe decirse que esa empresa, en lo que respecta a al oficio de "Citación audiencia pública administrativa sancionatoria", en primer término, ha dejado de conservar la triple función que cumple la notificación de la actuación administrativa surtida dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual, pues no realizó la notificación en debida forma al contratista ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA., de conformidad a lo establecido en los artículos 67 a 73 (notificación de actos), pues la notificación para actuaciones adelantadas por los hechos que se relacionan en la "Respuesta solicitud de aplazamiento", debe surtirse conforme a lo demandado por normas de orden público, y es claro, que la notificación por medio electrónicos sólo procede siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera, asunto que para el presente caso no ha ocurrido al tratarse de los hechos que motivan la citación efectuada por la entidad para adelantar trámite administrativo sancionatorio encaminado a declarar un supuesto incumplimiento.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ratifica esta postura de todas las maneras posibles, pues inclusive dedica el Capítulo IV para regular la "Utilización de Medios Electrónicos en el Procedimiento Administrativo", y establece especialmente en el Artículo 56 de dicha normatividad, lo siguiente:

> *"**Artículo 56. Notificación electrónica. <u>Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre y cuando el administrado haya aceptado este medio de notificación</u>**." (Resaltado y subrayado fuera de texto)*

Pues bien, para la actuación administrativa que se ha citado al correo del suscrito peticionario, la actuación adelantada por la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR, resulta plenamente inconstitucional e ilegal, pues la entidad dejó de lado el procedimiento dictado por la Ley, toda vez que el artículo 67 de la propio Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo determina que "El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación", y es claro, que la administración, en este caso particular no dio aplicación a las normas procesales que la ley dicta.

Conforme a lo anterior, la entidad deberá acudir al artículo 41 de la misma normatividad (CPACA), y proceder a subsanar la irregularidad, pues mal haría la entidad, al querer continuar la actuación administrativa sin contar con las formalidades que la Ley trae, y de la cual se vislumbra irregularidades de índole tanto sustancial como procesal, entre otras cosas, porque el aseguradora, en este caso ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA, nunca contó con la debida notificación del representante legal para este caso en concreto, y dirigida en la forma en que fue registrada ante esa entidad.

En ese orden de ideas, la entidad deberá proceder conforme a lo estatuido en el artículo 29 de la Constitución Política, y conforme a lo establecido en los artículos 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, notificando en debida forma al Representante Legal de ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA, o de otra manera, al actuación administrativa estará completamente viciada de NULIDAD, pues, se reitera, tal como se ha podido establecer en el caso concreto, toda vez que, la parte que integran la presente actuación administrativa como contratista, NO fue notificada en debida forma, conforme al Artículo 29 de la C.P., así como de los artículos 53, 56 y 67 de la Ley 1437 de 2011, así como de sus normas concordantes.

De la anterior manera, doy por sustentado debidamente la NULIDAD administrativa, dentro del asunto referido, así como la Solicitud: Corrección de Irregularidades a Petición de Parte conforme al Artículo 41 de la Ley 1437 de 2011.

Cordialmente,

JORGE MANUEL DELGADO ROCHA
Celular: (57) 315-2298763
Fijo: (57+1) 7968003

RESOLUCION No. 95 05 MAR. 2020

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Carrera 12 No 79-32 Of. 302
Skype Empresarial: jmd@delgadorocha.com
Bogotá D.C. - Colombia
www.delgadorocha.com

Por otra parte, el contratista citado manifestó:

Popayán (Cauca), mayo 20 de 2019.

Doctora
ETHEL HERNÁNDEZ PULGARÍN
SECRETARIA DE MINAS Y ENERGÍA
GOBERNACIÓN DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
E. S. D.

Asunto: Citación a Audiencia dentro de la actuación administrativa de incumplimiento del CONTRATO DE OBRA No. 2427 de julio 17 de 2015 suscrito con ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA. – Objeto Contractual: "Construcción de la infraestructura Eléctrica en los municipios de Santa Rosa, San Martín De Loba, Tiquisio Y Simití, en el Departamento de Bolívar".

Cordial saludo.

Siendo las 9.45 am del presente día 20 de mayo de 2019, ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA., con domicilio laboral en la ciudad de Popayán - Departamento del Cauca, nos enteramos vía telefónica que se va a surtir la audiencia para la cual el pasado 13 de mayo presentamos formalmente excusa de inasistencia y solicitamos comedidamente su reprogramación para la presente semana con el fin de acudir presencialmente a la diligencia, no vía virtual.

Dada la premura de la situación y los minutos antes de que se inicie una diligencia que de oídas nos acabamos de enterar se iniciará a las 10 am, respetuosamente se manifiesta que se observa una causal de nulidad en el procedimiento de convocatoria por cuanto nuestra única vía de comunicación por medios tecnológicos o virtuales es el correo oficial de la empresa ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA. distinguido como:

Email: electroenergizar@hotmail.com
Carrera 17 No. 13C-15 Barrio / San Rafael Popayán - Cauca

Lo anterior, tal y como así se podrá observar de todas y cada una de las comunicaciones que vía correo electrónico se han cruzado con la Gobernación de Bolívar, tanto los enviados como los contestados todos siempre desde el mismo correo.

Manifestamos bajo la gravedad de juramento que la empresa, a su correo oficial de comunicaciones activaselectroenergizar@hotmail.com ni en su dirección física antes descrita, se ha recepcionado convocatoria alguna para la presente fecha. Igualmente, situación respecto del suscrito apoderado si así se quisiera analizar, puesto que mi correo escabg2017@gmail.com y mi dirección de correspondencia es el Edificio Navarra Carrera 8 No. 19N-25 Oficina 504 en la ciudad de Popayán, pero aun ni siquiera en tales direccione selectrónica y física he autorizado para notificaciones provenientes de la Gobernación de Bolívar por cuanto todas las comunicaciones relacionadas con la empresa ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA. se han surtido y se surten desde el correo oficial de la misma, es decirelectroenergizar@hotmail.com.

Es mi deber como apoderado del representante legal de la firma contratista, precaver esta situación a la entidad pública convocante por cuanto se nos estaría vulnerando el derecho de defensa por una falencia en el acto de comunicación o convocatoria a la pretendida diligencia administrativa de carácter sancionatorio, lo cual sin duda se traduciría en una causal de nulidad procedimental de la actuación.

Comedidamente, y en aras de que se pueda surtir con normalidad y con las garantías procesales del caso, solicitamos se nos convoque adecuadamente a la respectiva diligencia única y exclusivamente a través del correo oficial de la empresa electroenergizar@hotmail.com para lo que se reitera respetuosamente, único mediante el cual siempre se ha sostenido la comunicación efectiva entre las partes.

Atentamente,

CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GUZMÁN
C.C. No. 76.327.657 de Popayán
T.P. No. 129416 del C. S. de la J.

Que para otorgar respuesta al incidente de nulidad propuesto, la entidad dentro del procedimiento, se dejó constancia que el envío del correo electrónico contentivo de la citación, correspondió a la reafirmación de la fecha y hora de la diligencia y que fue

producto de una solicitud formulada por los citados, de tal suerte que se presume que, los mismos conocían el procedimiento administrativo iniciado por la administración, así como la fecha, hora y lugar, dispuestos para adelantar la precitada audiencia, de tal suerte que no les es era admisible, alegar su desconocimiento, como excusa para su inasistencia y mucho menos como vicio o causal de nulidad del procedimiento.

Que, así las cosas, la administración concluyó que cualquier tipo de inconvenientes que, se hubieren podido presentar en el envío de la información de la reprogramación de la diligencia, fue rápidamente superado y prueba de ello fue, la concurrencia efectiva de la compañía de seguros a la diligencia programada y la comunicación remitida por el apoderado del contratista, previo a la hora programada.

La administración en cumplimiento de los principios que rigen su gestión, debe darle prevalencia a la finalidad de la disposición contenida en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, entendiendo que, la citación además de informar al contratista citado y su garante de los elementos del procedimiento, busca la efectiva concurrencia de los mismos a la audiencia, en la cual se concreta la actuación, de tal suerte es posible afirmar que la finalidad se cumplió y por tanto no existe causal de nulidad en la actuación realizada hasta ese punto.

En este sentido, la citación de la que habla la precitada norma, hace alusión a que los citados interesados o terceros que van a tener una consecuencia directa con la decisión que tome la administración, concurran efectivamente y ejerzan su derecho de contradicción y defensa. Consideró la secretaría en aquella oportunidad que, aplicando estrictamente la disposición normativa antes citada, no se configura una irregularidad en el proceso que determinara la nulidad de lo actuado, por lo que continuó con el desarrollo del orden del día en los términos informados a los citados.

Encontrándose en curso la diligencia, el apoderado de la compañía de seguros, solicitó vehementemente a la administración la suspensión de la diligencia, y sometió a

consideración de la administración que era de vital importancia que el contratista fuera escuchado en sus descargos previo a la exposición de la compañía de seguros, a lo que la delegada contractual en una garantía máxima de los derechos, accedió.

Que, por lo anterior, se suspendió la diligencia, notificando en estrados que la misma se reanudaría el día miércoles 22 de mayo de 2019 a las 3:00 pm., en las instalaciones de la Gobernación de Bolívar – SEDE DE GOBIERNO.

Que una vez reanudada la diligencia el día programado, el apoderado del contratista, a pesar de estar presente en la diligencia, se extendió en sus inconformidades sobre la notificación de la citación para la reanudación de la diligencia, a lo que, la administración, considerando que hasta ese momento de la audiencia, solo había intervenido el representante de la interventoría, resultó procedente satisfacer la petición y retrotraer la audiencia hasta el punto cinco (5) del orden del día, en el que interviene el Ing. JAMES MARTINEZ como representante de la INTERVENTORIA,

Que una vez agotado lo anterior, se le otorgó el uso de la palabra al doctor CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GUZMÁN, apoderado especial identificado con cédula de ciudadanía No. 76.327.657 de Popayán y Tarjeta Profesional No. 129516 del C.S.J., quien manifestó ser el apoderado de ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., por poder otorgado por el señor EVER DORADO, en su calidad de representante legal de la firma contratista, con amplias facultades para concurrir a ella. De igual forma, el apoderado del contratista, presentó al ingeniero JHONY MONTAÑO, de la firma contratista.

Que considerando la consistencia del poder otorgado al abogado CARLOS ANDRES BOLAÑOS, aunado a la manifestación expresa de ello por parte del representante legal de la firma contratista, le fue reconocida personería jurídica dentro de la diligencia precitado profesional.

Que en desarrollo del punto quinto (5º) del orden del día, se le concede el uso de la palabra al ing. James Martínez, representante de la Interventoría, quien manifiesta lo siguiente: *-"antes de entrar en detalle, hago una importante observación sobre el asunto de las pólizas de garantía de cumplimiento de contrato N° 2427, el cual terminó su vigencia contractual, pero luego de reinicio y hasta la fecha no se dispone de la actualización las correspondientes pólizas, obligación que se encuentra en cabeza del contratista y de la cual fue informada la compañía de seguros"* y continúa con la exposición de su informe, que hace parte integral de este acto administrativo y del acta que de la audiencia se levanta como constancia de lo sucedido.

Que la diligencia se suspende y se fija su reanudación para el día 30 de mayo de 2019 a las 3:00pm

En la fecha y hora previstas para el reinicio, el día 30 de mayo de 2019, la doctora ETHEL HERNANDEZ PULGAR, en su calidad de secretaria de Minas y Energía departamental delegada por el señor Gobernador habiendo instalado previamente la audiencia, procede a otorgar respuesta a la solicitud del apoderado del contratista, presentada vía correo electrónico, frente a la delegación de la secretaria de minas y energía, en los siguientes términos:

La doctora **ETHEL HERNÁNDEZ PULGAR** Asesor Código 020, Grado 04, asignada a la Secretaría de Minas y Energía Departamental[11], en virtud de la delegación realizada por el señor gobernador de Bolívar Dumek Turbay Paz, en uso de sus facultades legales y constitucionales, a través del artículo 5º del Decreto 05 de enero de 2018, posee facultades para tramitar e imponer las sanciones que en materia contractual procedan sobre los contratos de su dependencia.

[11] Nombrada por el señor gobernador de Bolívar, por medio del Decreto 043 de 28 de febrero de 2019.

El precitado acto administrativo en su tenor literal dispone:

> *_ARTÍCULO 5: Deléguese en los Secretarios de Despacho Código 020 Grado 04, en el Director Administrativo Código 009 Grado 02 asignado a la Dirección Función Pública y a los Jefes de Oficina Código 006 Grado 02 asignados a la Oficina de Gestión Social y Oficina Gestión del Riesgo de Desastres la facultad de comprometer contractualmente al Departamento de Bolívar frente a cualquier modalidad contractual que implique la celebración de contratos y convenios, con cargo a la unidad ejecutora de funcionamiento o inversión que se determine según la estructura del presupuesto de gastos de la Gobernación de Bolívar, específicamente en lo que respecta a los procesos que guarden Nación con la misión y las funciones asignadas a cada una de las dependencias a las que se encuentren vinculados según el caso; y en aquellos donde se reciba financiación de entidades públicas o privadas, sin límite de cuantía.*
>
> *En ejercicio de la facultad delegada, les corresponderá dentro de la actividad contractual que desarrollen, adelantar las actuaciones contractuales correspondientes a la etapa precontractual, contractual y pos contractual; y que comprende, entre otras, las actividades de:*
>
> *(...) o) tramitar e imponer las sanciones en materia contractual de los contratos de su dependencia conforme a los procedimientos establecidos en la ley 86 de la ley 1474 de 2012 y decreto 1510 de 2013.*

En los términos antes indicado, es posible afirmar, sin asomo de duda que, la secretaria de Minas y Energía del departamento de bolívar tiene las facultades suficientes para expedir la citación, instalar, suspender y reanudar y en general presidir la audiencia, decretar pruebas y adoptar las decisiones que correspondan en el desarrollo de la audiencia, siendo la más importante, la de proferir el acto administrativo que contenga esa decisión.

Que no obstante la claridad en el asunto antes señalado y el traslado de los documentos a los citados, en los que se soportan las calidades de la delegada del señor Gobernador,

este punto fue objeto de discusión a lo largo de todo el trámite administrativo, razón por la que se anexa al presente acto, Decreto departamental No. 05 de enero de 2019, acta de posesión de fecha marzo 2 de 2019, de la doctora ETHEL HERNÁNDEZ PULGAR como Asesor Código 020, Grado 04 - Secretaría de Minas y Energía, y el Decreto 043 de 28 de febrero de 2019.

Agotado lo anterior, se le concedió nuevamente el uso de la palabra al apoderado del contratista para la presentación de los correspondientes descargos y el ejercicio del derecho de contradicción a los cargos imputados por la administración, sin embargo, el apoderado aprovechó este espacio para solicitar que se decretara como prueba, la realización de una mesa técnica, en la cual se desplazaran los presentes a los diferentes puntos de obra.

Que frente al particular, consideró la delegada que, la prueba solicitada no resultaba procedente, conducente y necesaria, pues corresponde a aspectos que pudieron ser traídos por el contratista con ocasión de la exposición de sus descargos, pues en virtud de la libertad probatoria que, rige el procedimiento administrativo, el contratista ha podido en todo momento, verse acompañado de su personal técnico e incluso traer aquellas consideraciones derivadas del subcontrato que alegó.

Que una vez agotado lo anterior, el apoderado de la compañía de seguros, presentó solicitud de nulidad, en los siguientes términos:

> ***JORGE MANUEL DELGADO ROCHA**, ciudadano colombiano, mayor de edad, vecino de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía Núm. 79.556.308 de Bogotá, por medio del presente escrito, me permito presentar **NULIDAD** de la actuación administrativa por medio de la cual reportó mediante correo electrónico de fecha 10 de mayo de 2019 10:07 a. m. "**Asunto:** respuesta solicitud de aplazamiento", toda vez que se han presentado irregularidades procesales para iniciar trámite para declarar el presunto incumplimiento del Contrato de la referencia, y que violan el artículo 29 de la C.P., así como los artículos 53, 56 y 67 del CPACA, conforme a lo que se viene a explicar:*

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

I. VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY EN EL DEBER DE NOTIFICAR EN DEBIDA FORMA LA CITACIÓN PARA INICIAR LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

El principio de legalidad de las actuaciones administrativas, consagrado, en primer término, en el artículo 29 de la Constitución Política, establece que todo proceso de esa índole debe ceñirse a la Ley, en el sentido de que el asunto tratado por la Administración sea abordado o resuelto, mediante la aplicación de las normas sustanciales y de las de procedimiento preexistentes al acto imputado. Y tal concepto incluye, desde luego, finalmente, como elemento fundamental en la motivación de las providencias judiciales y de los actos administrativos.

El principio fundamental del debido proceso, como derecho, es el de publicidad, que se refiere al deber que tiene la Administración de notificar al Administrado de las actuaciones administrativas, y por ello, el legislador ha reglado los trámites o procesos iniciados por impulso ya del particular, ya de la propia Administración.

De lo anterior se colige, valga repetirlo, que habrá debido proceso siempre que del trámite administrativo de que se trate no solo se respetan las formas propias, sus respectivas etapas procesales, la comparecencia del administrado y su derecho de defensa, entre otros, sino también si el titular del derecho sea informado o notificado, según el caso, ya del inicio del proceso en el que es parte, ya de los actos definitivos proferidos al final de la actuación; en una palabra, si se da pleno cumplimiento al principio de publicidad del procedimiento administrativo.

Tal como lo hemos resaltado, respecto del principio de publicidad es preciso señalar que su alcance se extiende más allá de las previsiones constitucionales, legales, reglamentarias, jurisprudenciales y doctrinales, que lo orientan principalmente, por una parte, al derecho que tiene el sujeto de derecho a conocer con la debida antelación el procedimiento iniciado en su contra, y, por otra, al derecho de terceros posiblemente afectados a que esta se les comunique, en el sentido de que quien es parte del respectivo proceso debe estar razonablemente informado del estado del trámite en sus diversas etapas, antes de la publicación de la decisión definitiva tomada, ya por la Administración, ya por la autoridad judicial.

Así las cosas, el derecho al debido proceso será vulnerado siempre que la Administración no informe o notifique, según el caso, al administrado, ya el estado actual del proceso del cual es parte, ya de la decisión definitiva adoptada, la ausencia de lo cual va en contravía de los principios de la función administrativa, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

En efecto, como anota Bernardo Carvajal en su artículo "Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo":

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

> *La jurisprudencia constitucional ha indicado que, (sic) "como mediante el proceso administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, él mismo, adicionalmente a las garantías estrictamente procesales que debe (sic) contemplar debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan la función pública y que enuncia el canon 209 superior": sentencia T-103/2006. Es por tal razón que (sic), por ejemplo, la lentitud o la negligencia de una autoridad administrativa para expedir un acto administrativo de fondo, relativo a la titulación colectiva de unos territorios, viola el debido proceso y crea una situación de amenaza de otros derechos fundamentales: cfr. Corte Constitucional, sentencia T-909 de 7 de diciembre de 2009. El artículo 3 del Código Administrativo de 1984 es igualmente tributario de la misma idea, mientras que su art. 30 trae algunas reglas que garantizan el principio de Imparcialidad. En el mismo sentido va el art. 3 (numerales 3, 9, 12 y 13) del futuro código.*

En el caso concreto, claramente la entidad, al soslayar su deber de citar en debida forma al contratista al correo electrónico registrado, viola el derecho al debido proceso, por falta de aplicación, tanto de los principios de celeridad y eficacia de las actuaciones y procedimientos administrativos, consagrados en los numerales 11 y 13 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como del principio de publicidad, estatuido en el numeral 3 de la misma codificación, en los términos antes expuestos, debido a que omitió su deber de notificar, bien personalmente bien al correo electrónico registrado para tal fin, cuya naturaleza así lo demandaba. Veamos por qué.

El ente estatal debe entender, que uno de los principios fundamentales de la función administrativa, es el de la publicidad de los actos emanados de la administración, motivo por el cual debe ilustrar a los administrados de todas las actuaciones procesales, y en esa medida, debe realizar todas las actividades tendientes a garantizar el debido proceso, notificando cada una de las decisiones tomadas por la autoridad frente al administrado, las cuales deben enmarcarse dentro de una legítima defensa, pues de esa manera se puede concluir que el conocimiento de los procedimientos para las notificaciones administrativas, constituyen una herramienta eficaz para la defensa tanto del contratista como de la aseguradora garante.

Debe recalcarse para el presente caso, que la eficacia de los actos administrativos, como forma cotidiana que tienen las entidades para relacionarse con los ciudadanos, además de encontrarse ajustados a derecho, deben ser ***debidamente notificados****, pues de lo contrario se produce una indefensión del administrado, violando de paso el derecho fundamental al debido proceso.*

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido extensa, pues en ese sentido, ha manifestado:

> *"Uno de los elementos esenciales del debido proceso es el principio de publicidad. Los artículos 209 y 228 de la C.P., lo reconocen también como uno de los elementos de la función administrativa. La jurisprudencia ha considerado que este principio no es una mera formalidad, ya que consiste en dar a conocer, a través de publicaciones, comunicaciones o notificaciones, las actuaciones judiciales y administrativas a toda la comunidad, como garantía de transparencia y participación ciudadana, así como a las partes y terceros interesados en un determinado proceso para garantizar sus derechos de contradicción y defensa."[1]*

Siguiendo pacíficamente el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-210 de 2010, resalta la triple función que cumple la notificación de los actos administrativos de carácter particular:

> *"i) asegura el cumplimiento del principio de publicidad de la función pública pues mediante ella se pone en conocimiento a los interesados el contenido de las decisiones de la Administración; ii) garantiza el cumplimiento de las reglas del debido proceso en cuanto permite la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción y; finalmente iii) la adecuada notificación hace posible la efectividad de los principios de celeridad y eficacia de la función pública al delimitar el momento en que empiezan a correr los términos de los recursos y de las acciones procedentes."[2]*

Pues bien, para el presente caso, debe decirse que esa empresa, en lo que respecta a al oficio de "Citación audiencia pública administrativa sancionatoria", en primer término, ha dejado de conservar la triple función que cumple la notificación de la actuación administrativa surtida dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual, pues no realizó la notificación en debida forma al contratista ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA., de conformidad a lo establecido en los artículos 67 a 73 (notificación de actos), pues la notificación para actuaciones adelantadas por los hechos que se relacionan en la "Respuesta solicitud de aplazamiento", debe surtirse conforme a lo demandado por normas de orden público, y es claro, que la notificación por medio electrónicos sólo procede siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera, asunto que para el presente caso no ha ocurrido al tratarse de los hechos que motivan la citación efectuada por la entidad para adelantar trámite administrativo sancionatorio encaminado a declarar un supuesto incumplimiento.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ratifica esta postura de todas las maneras posibles, pues inclusive dedica el Capítulo IV para regular la "Utilización de Medios Electrónicos en el Procedimiento Administrativo", y establece especialmente en el Artículo 56 de dicha normatividad, lo siguiente:

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

> *"**Artículo 56. Notificación electrónica. <u>Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre y cuando el administrado haya aceptado este medio de notificación</u>**." (Resaltado y subrayado fuera de texto)*

Pues bien, para la actuación administrativa que se ha citado al correo del suscrito peticionario, la actuación adelantada por la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR, resulta plenamente inconstitucional e ilegal, pues la entidad dejó de lado el procedimiento dictado por la Ley, toda vez que el artículo 67 de la propio Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo determina que "El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación", y es claro, que la administración, en este caso particular no dio aplicación a las normas procesales que la ley dicta.

Conforme a lo anterior, la entidad deberá acudir al artículo 41 de la misma normatividad (CPACA), y proceder a subsanar la irregularidad, pues mal haría la entidad, al querer continuar la actuación administrativa sin contar con las formalidades que la Ley trae, y de la cual se vislumbra irregularidades de índole tanto sustancial como procesal, entre otras cosas, porque el aseguradora, en este caso ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA, nunca contó con la debida notificación del representante legal para este caso en concreto, y dirigida en la forma en que fue registrada ante esa entidad.

En ese orden de ideas, la entidad deberá proceder conforme a lo estatuido en el artículo 29 de la Constitución Política, y conforme a lo establecido en los artículos 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, notificando en debida forma al Representante Legal de ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA, o de otra manera, al actuación administrativa estará completamente viciada de NULIDAD, pues, se reitera, tal como se ha podido establecer en el caso concreto, toda vez que, la parte que integran la presente actuación administrativa como contratista, NO fue notificada en debida forma, conforme al Artículo 29 de la C.P., así como de los artículos 53, 56 y 67 de la Ley 1437 de 2011, así como de sus normas concordantes.

De la anterior manera, doy por sustentado debidamente la NULIDAD administrativa, dentro del asunto referido, así como la Solicitud: Corrección de Irregularidades a Petición de Parte conforme al Artículo 41 de la Ley 1437 de 2011."

Que dada la solicitud de nulidad antes citada, se suspendió la diligencia, mientras que la fecha, hora y lugar para la reanudación se notificó por los medios autorizados.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Que el día 10 de junio de 2019, se procedió con la reanudación de la diligencia y como primera actuación, el apoderado del contratista presentó la siguiente solicitud de nulidad, la cual se sumó a la presentada por el apoderado de la compañía de seguros:

CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GUZMÁN, *de condiciones personales y profesionales ya conocidas en el marco de la presente actuación administrativa, encontrándonos convocados por la Secretaria de Minas y Energía del Departamento de Bolívar para la continuidad de la audiencia en curso, la cual fue suspendida en sesión del pasado 30 de mayo del año en curso en atención a la solicitud de saneamiento procedimental expuesta por el señor apoderado de la Compañía Aseguradora, en atención a probables vicios de competencia funcional de quien preside la diligencia bajo la modalidad de delegación de funciones efectuada por el Gobernador del Departamento de Bolívar mediante Decreto No. 05 de 2018, así como también por la alegada vulneración del principio del non bis in ídem en la presente diligencia respecto de la actuación administrativa sancionatoria promovida por el mismo despacho mediante convocatoria del 30 de noviembre del año 2018 y que culminó con las cesación del procedimiento administrativo sancionatorio contractual y el archivo administrativo adelantado en el marco del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 contra la empresa ELECTROENERGIZAR LTDA según Resolución No. 98 del 06 de febrero de 2019, comedidamente me permito presentar la siguiente solicitud y/o manifestación antes de continuar con el desarrollo del orden del día previsto para la presente fecha:*

1. *Nos sea debidamente comunicado copia completa y original del acto de publicación del Decreto Departamental No. 05 del 05 de enero de 2018 en Diario Oficial o en la Gaceta Departamental según sea el caso conforme así lo dispone la Ley 1437 de 2011, solicitud efectuada con anterioridad desde el 28 de mayo y no aun resuelta en forma completa.*

2. *Igualmente nos sea debidamente comunicado copia completa y original del acto de publicación del Decreto Departamental No. 43 del 28 de febrero de 2019 en Diario Oficial o en la Gaceta Departamental según sea el caso conforme así lo dispone el parágrafo del Art. 65 de la Ley 1437 de 2011, para verificación de eficacia de la citación.*

3. *Nos sea suministrada copia del contrato de prestación de servicios profesionales que para el 26 de abril de 2019 y hasta la fecha se debe encontrar vigente con la Gobernación del Departamento de Bolívar donde se evidencien las actividades para las cuales se encuentra vinculada, o en su defecto copa del acto administrativo de nombramiento, acta de posesión y copia de la ficha del empleo donde se evidencien las funciones que desempeña la Abogada VERÓNICA MENDOZA, quien ejerce desde el comienzo de la presente actuación administrativa con fines sancionatorios, la sustanciación, trámite y comunicación de las decisiones en todas las reuniones surtidas en el*

marco de la misma. Lo anterior con el fin de verificar el alcance legal de la actuación predominante en la presente diligencia de carácter sancionatoria.

4. *Coadyuvamos la solicitud de saneamiento del procedimiento administrativo contractual sancionatorio expuesta por el apoderado de la Compañía Aseguradora antes de continuar con el desarrollo de la presente diligencia y concretamente en cuanto a la excepción de violación del principio de non bis in ídem, esta defensa arguye:*

La citación a la actuación administrativa sancionatoria promovida por el mismo despacho mediante correo electrónico del 26 de noviembre de 2019, para surtirse el 30 de noviembre del mismo año 2018, suscrita por la entonces Secretaria de Minas y Energía JENNIFER SANTOS DURÁN, la cual culminó con la cesación del procedimiento administrativo sancionatorio contractual y el archivo administrativo adelantado en el marco del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 contra la empresa ELECTROENERGIZAR LTDA según Resolución No. 98 del 06 de febrero de 2019, sustentó su convocatoria bajo las siguientes premisas:

"ASUNTO: Determinar el posible incumplimiento de las obligaciones derivadas el contrato de obra No. 2427 de 2015", indicando a continuación "con ocasión del informe técnico presentado por la empresa interventora PROINGES S.A.S. calendado el 15 de noviembre de 2018 y cuyo contenido da cuenta de un presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales, particularmente en lo concerniente al cumplimiento del cronograma de obra".

NORMAS Y/O CLÁUSULAS POSIBLEMENTE VIOLADAS: La Cláusula Segunda del Contrato denominada 'Alcance del Objeto' en cuanto a que el contratista será el responsable de la ejecución idónea y oportuna del mismo".

CARGOS QUE SE IMPUTAN: Incumplimiento.

"CONSECUENCIAS QUE PODRÍAN DERIVARSE PARA EL CONTRATISTA:

1. *La imposición de las sanciones contenidas en la cláusula décima primera del contrato vigente entre las partes, y*

2. *La aplicación del artículo 31 de la Ley 80 de 1993 publicación de los actos y sentencias sancionatorias a la cámara de comercio donde se encuentra inscrito el contratista, en el Diario Oficial y la Procuraduría General de la Nación.*

Ahora bien, analizada la convocatoria a la nueva y actual diligencia administrativa sancionatoria contractual, realizada el día 26 de abril de 2019 y suscrita por la doctora ETHEL HERNÁNDEZ

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

PULGAR en su condición de Secretaria de Minas y Energía del Departamento, sustentó su pliego de cargos bajo las premisas exactamente ya incluidas y juzgadas en la actuación sancionatoria anteriormente referida, claro basándolas en un nuevo informe de interventoría pero con las mismas finalidades de convocatoria, cláusulas violadas y consecuencias para el contratista, así:

"ASUNTO: Determinar el posible incumplimiento del contrato de obra No. 2427 de 2015", indicando a continuación "con ocasión del informe técnico presentado por la empresa interventora PROINGES S.A.S. calendado en abril de 2019 así como la verificación en campo realizada en conjunto con la supervisión del contrato, informes éstos que dan cuenta que ELECTROENERGIZAR LTDA. no terminó las obras dentro del periodo contractual, es decir que fenecido el plazo de ejecución no se cumplieron las obligaciones contractuales y por tanto no se realizó la entrega a la administración de la infraestructura eléctrica tal como se encontraba previsto en el precitado contrato".

CARGOS QUE SE IMPUTAN: 1. Incumplimiento y 2. Mal manejo del anticipo.

"CONSECUENCIAS QUE PODRÍAN DERIVARSE PARA EL CONTRATISTA:

1. Determinación de la procedencia de las sanciones contenidas en la cláusula décima primera del contrato de obra No. 2427 como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones, entre las cuales se encuentra la imposición de la pena pecuniaria a título de valoración anticipada de los perjuicios generados por el incumplimiento grave, y

2. La aplicación del artículo 31 de la Ley 80 de 1993 publicación de los actos y sentencias sancionatorias a la cámara de comercio donde se encuentra inscrito el contratista, en el Diario Oficial y la Procuraduría General de la Nación".

De lo anterior debe precisarse la CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA mediante la cual se establecieron las SANCIONES en el Contrato de Obra No. 2427 del 17 de julio de 2015, suscrito entre el Departamento de Bolívar y Electroenergizar Ingeniería Ltda., así:

"DÉCIMA PRIMERA. <u>SANCIONES</u>: a) <u>MULTAS</u>.- En caso de mora o incumplimiento parcial de alguna de las obligaciones derivadas del presente contrato por causas imputables al CONTRATISTA, salvo circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, conforme a las definiciones del artículo 1° de la Ley 95 de 1887, 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 retraso hasta los 15 días. Esta sanción se impondrá conforme a la ley, bajo el procedimiento señalado en el manual de contratación de EL 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. b) PENAL PECUNIARIA.- En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total de las obligaciones derivadas del presente contrato, EL CONTRATISTA pagará al DEPARTAMENTO a título de pena pecuniaria una suma equivalente al quince por ciento (15%) del valor total del contrato. La imposición de esta pena pecuniaria se considerará como pago parcial y definitivo de los perjuicios que cause al DEPARTAMENTO. No obstante, EL DEPARTAMENTO se reserva el derecho de cobrar perjuicios adicionales por encima del monto de lo aquí pactado, siempre que los mismos se acrediten. Tanto el valor de las multas, como la penal pecuniaria estarán amparadas mediante póliza de seguros en las condiciones establecidas en el contrato.*

Como puede observarse, las "CONSECUENCIAS QUE PODRÍAN DERIVARSE PARA EL CONTRATISTA", así establecidas en AMBOS procedimientos sancionatorios, solamente pueden ser 2 conforme a la citada cláusula de sanciones, la MULTA y la PENAL PECUNIARIA.

En tal sentido la entidad contratante, a través de su Secretaría de Minas y Energía, en el primer procedimiento convocó al contratista para la "determinación y/o determinación de la procedencia de las sanciones contenidas en la cláusula décima primera del contrato de obra No. 2427 como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones contractuales", es decir nunca discriminó en su primer acto de convocatoria sancionatoria si solamente requería al contratista para aplicar sanción de multa o sanción de penal pecuniaria o ambas, actuación administrativa que por ende solo podría interpretarse de la forma textual y literal como así se convocó, se surtió y se decidió, es decir una citación y un procedimiento debidamente culminado fundamentados y orientados en aplicar LAS SANCIONES DE LA CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA, ES DECIR TODAS LAS PREVISTAS EN EL CONTRATO, o sea la multa y la penal pecuniaria, razón por la que actualidad no es viable pretender un nuevo juzgamiento para la última de las sanciones.

Y es que basta solo con observar y analizar la parte resolutiva de la Resolución No. 098 de 06 de febrero de 2019 expedida por la anterior Secretaria de Minas y Energía del Departamento de Bolívar, cuando dispuso en su artículo único decisorio "la cesación del procedimiento administrativo sancionatorio y en consecuencia el archivo de la actuación administrativa que se adelanta en el marco del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011".

Nótese cómo, sobre el citado artículo 86, la Administración Departamental expresa en su penúltima idea de los argumentos expuestos en los considerandos de la Resolución No. 098 de 2019, darle plena aplicabilidad a lo dispuesto en el literal d) del mismo, literal que solo trae dos (2) opciones a) la "suspensión temporal del desarrollo de la audiencia" para allegar o practicar pruebas o cuando quien la presida así lo considere necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa o, b) la terminación del procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de la situación de incumplimiento.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

En consecuencia lo que dicho acto administrativo dispuso no fue la primera opción, es decir la suspensión temporal del desarrollo de la audiencia, sino segunda opción o sea cesación del procedimiento administrativo sancionatorio, inclusive en dicho argumento la entidad trae a colación, con la anotación de resaltar a propósito con negrillas y subrayas, cita del siguiente texto jurisprudencial:

> *"En tercer lugar, el artículo 17 asigna la competencia a la administración para imponer las multas pactadas en los contratos, pero '... Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista...' La misma potestad se establece, a continuación,* ***para imponer la cláusula penal****, respetando las mismas garantías"*

Ello quiere decir que estimó la sànción de la cláusula penal en dicho procedimiento sancionatorio, tal y como así lo convocó y anunció las "CONSECUENCIAS QUE PODRÍAN DERIVARSE PARA EL CONTRATISTA".

Si bien la entidad deja expuesto que su decisión no implica que se haya superado la situación del presunto incumplimiento cuando a la fecha de fenecimiento del plazo de ejecución no se recibió satisfactoriamente el objeto contractual, ello no puede tomarse como una conclusión sancionatoria anticipada o como una conclusión reflejante de la proscrita responsabilidad objetiva sin el debido proceso para que así se sostenga y a futuro pretender materializar determinar la misma sanción consecuencial, pues como se expuso en la intervención técnica y financiera en la anterior sesión de la presente audiencia, el contratista ha invertido la totalidad de los recursos recibidos en el porcentaje de obra alcanzado y avalado por interventoría, y ello no quiere decir que obligatoriamente por no lograr el 100% de la obra habiendo solo recibido de la entidad pública recursos económicos netos del contrato en un porcentaje cercano al 50% del valor del contrato, deba catalogarse al contratista como incumplido, pues inclusive, si hipotéticamente se encontrase en situación de incumplimiento parcial de lo contratado, ello necesariamente no conlleva a que tenga que aplicarse en su contra la sanción penal pecuniaria cuando por falencias en el desarrollo de los procedimientos administrativos sancionatorios adelantados por la entidad contratante y/o por imposibilidad legal de aplicabilidad de dicha cláusula penal pecuniaria la misma no pueda así decretarse en sede administrativa, quedando en consecuencia el camino de la liquidación bilateral, unilateral o judicial según así correspondan en su oportunidad.

Lo anterior sin contar con las falencias precontractuales y contractuales atribuibles a la entidad pública que igualmente se expusieron en la anterior sesión y que han conllevado a que el contratista no pudiese alcanzar un mejor porcentaje de avance de obra que al menos le permitiese equipararse al porcentaje neto de los recursos económicos percibidos en el marco del contrato suscrito, sin que el no haberlo alcanzado, según erradamente así lo ha concluido la interventoría, ello quiera decir que no se haya invertido la totalidad de los recursos percibidos pues no se han tenido en cuenta los factores de fuerza

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

mayor, transportes fluviales por fuera de los previstos en la planeación contractual, las excavaciones y apertura de vías, la diferencia del aumento del impuesto sobre el valor agregado, los materiales adquiridos con cargo al contrato y no estimados en el informe, los descuentos de ley en cuantía aproximada a los 500 millones de pesos efectuados por la misma entidad contratante, entre otros aspectos ya expuestos en oportunidad anterior.

Finalmente es preciso señalar que constituye otro error en el procedimiento administrativo culminado, lo cual es ajeno a la realidad y que solo puede entenderse como el paso a la fase de liquidación bilateral, unilateral o judicial mas no para una nueva actuación administrativa sancionatoria por la cual se pretenda imponer una clase de sanción ya abordada en procedimiento anterior, la afirmación última de la administración en su resolución de cesación del procedimiento consistente en que "los hechos puestos de presente por la interventoría deberán ser objeto de un nuevo procedimiento administrativo el cual una vez agotado llevará a la administración departamental a determinar la declaratoria o no de incumplimiento y la consecuente aplicación o imposición de las penalidades a las que haya lugar", simplemente porque no hubieron nuevos hechos reportados por el interventor que implicaran variación de su informe, máxime cuando para el 06 de diciembre de 2018 el plazo para la culminación de las obras expiraba como se detalló en la misma fecha por el suscrito apoderado del contratista y ante lo cual se guardó silencio por la administración.

Bien hubiese podido la entidad convocante, habiendo anunciado formalmente al convocado las "CONSECUENCIAS QUE PODRÍAN DERIVARSE PARA EL CONTRATISTA" consistentes en "la imposición de las sanciones contenidas en la cláusula décima primera del contrato vigente entre las partes", entiéndase sin duda alguna como las multas y la penal pecuniaria, haber dejado sin fundamento por imposibilidad legal de proseguir con ello la sanción de las multas y haber continuado, por así estar inmersa en la convocatoria, con la sanción penal pecuniaria y así haberla decidido en el acto administrativo respectivo, lo cual legalmente sí era viable haberlo abordado así ya se hubiese vencido el plazo de ejecución.

Se reitera, hipotéticamente solo sería viable acudir a la fase previa legal para aplicación de la sanción pecuniaria cuando las sanciones previstas en su integralidad en el contrato no se hubieran así abordado y decidido en actuación sancionatoria anterior, situación que a todas luces no es la que rodea en la actualidad el estado del contrato al que solo le queda ingresar a la fase de la liquidación bilateral, unilateral o judicial.

En conclusión en el presente caso, sin duda nos encontramos frente a una clara excepción de reclamo de aplicación del principio constitucional del NON BIS IN IDEM, pues una de las sanciones previstas en el contrato materia de debate sancionatorio, como lo es la penal pecuniaria prevista en la cláusula décima primera del vínculo consensual, no puede ser intentada por la entidad contratante ser aplicada procedimentalmente en detrimento del contratista en varias oportunidades cuando en una anterior no

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

lo pudo lograr o no lo hizo por error (se hace énfasis en la modalidad procedimental sin que ello implique su viabilidad puramente legal, lo cual es materia de otro debate).

Es así como el mismo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o LEY 1437 DE 2011 establece en su artículo 3° los PRINCIPIOS que todas las autoridades deberán interpretar y aplicar en sus actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política y que en virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción. ***En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.***

En tal sentido es necesario hacer referencia a la Sentencia de Constitucionalidad C-870/02 del 15 de octubre de 2002 siendo Magistrado Ponente el Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, la cual al respecto se refirió así:

> *"En varias ocasiones, esta Corporación ha establecido que los fundamentos de existencia del principio non bis in idem son la seguridad jurídica y la justicia material. En la sentencia T-537 de 2002, la Corte sostuvo que:*
>
> > *'Este principio implica que el Estado se halla legitimado para imponer, luego de los procedimientos legales respectivos, sanciones penales o disciplinarias cuando demuestre la ocurrencia de delitos o de faltas y concurra prueba que acredite la responsabilidad de quienes en ellos intervinieron pero que una vez tomada una decisión definitiva sobre el hecho constitutivo del delito o de la falta y sobre la responsabilidad o inocencia del implicado, no puede retomar nuevamente ese hecho para someterlo a una nueva valoración y decisión.*
> >
> > *En virtud de ese principio, cualquier persona cuenta con la seguridad de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates. Por ello se dice que el principio non bis in ídem es una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material'*
>
> *Como se observa en el artículo 29, quienes son protegidos por la prohibición al doble juicio son los 'sindicados', lo cual ubica este principio dentro del régimen penal. Por eso, esta Corte ha admitido que quien está siendo juzgado o ha sido juzgado penalmente pueda también ser llamado a responder, por ejemplo, en un juicio civil o fiscal por los mismos hechos.*

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha extendido el principio non bis in idem a un ámbito diferente al penal, puesto que ha estimado que éste forma parte del debido proceso sancionador. De tal manera que cuando la finalidad de un régimen es regular las condiciones en que un individuo puede ser sancionado personalmente en razón a su conducta contraria a derecho, este principio es aplicable. En efecto, la palabra sindicado puede ser interpretada de diferentes maneras, es decir, en sentido restringido o en sentido amplio. Como se observa en el inciso primero del artículo 29 Superior, el ordenamiento constitucional colombiano ha escogido la segunda de las opciones, pues establece que los principios constitutivos del debido proceso penal se extienden, en lo pertinente y en el grado que corresponda dada la naturaleza del proceso no penal, a todas las ***'actuaciones judiciales y administrativas'*** *sancionatorias.*

Por esto, la Corte Constitucional ha manifestado de manera reiterada que los principios que regulan el derecho penal son aplicables, con algunas variaciones, al derecho disciplinario en todas sus manifestaciones, por cuanto éste constituye una modalidad del derecho sancionatorio.

En concordancia con lo anterior, la aplicación del principio non bis in idem no está restringida al derecho penal, sino, como lo ha dicho esta Corporación, 'se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas)'.

En resumen, el principio analizado hace parte de las garantías a las que tiene derecho el sindicado, en sentido amplio, por procesos disciplinarios. Así, una persona no puede ser juzgada disciplinariamente dos veces por los mismos hechos contrarios al régimen disciplinario. Empero, la Corte ha considerado que una misma persona puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos cuando la jurisdicción es diferente dado que tales hechos son calificados como infracciones diversas por regímenes sancionadores distintos. Hasta la fecha, no ha declarado inexequible una norma por permitir que ello ocurra.

De otra parte, observa la Corte que, de acuerdo a la disposición constitucional bajo análisis, no ser juzgado dos veces por el mismo hecho es un "derecho". De acuerdo a los criterios jurisprudenciales reiterados por esta Corte, éste derecho es fundamental y de aplicación directa e inmediata.

La función de este derecho, conocido como el principio non bis in idem, es la de evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de

> *ansiedad e inseguridad. Por eso, éste principio no se circunscribe a preservar la cosa juzgada sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita. De ahí que la Constitución prohíba que un individuo sea 'juzgado dos veces por el mismo hecho'.*
>
> *El principio non bis in idem no es solo una prohibición dirigida a las autoridades judiciales con el fin de impedir que una persona ya juzgada y absuelta vuelva a ser investigada, juzgada y condenada por la misma conducta. También es un derecho fundamental que el legislador debe respetar.*
>
> *Una norma legal viola este derecho cuando permite que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por los mismos hechos. Dicha permisión puede materializarse de diferentes formas, todas contrarias a la Constitución. De tal manera que la única forma en que el legislador viola dicho principio no se contrae a la autorización grosera de que quien hubiere sido absuelto en un juicio penal puede volver a ser juzgado exactamente por la misma conducta ante otro juez nacional cuando un fiscal así lo solicite, mediante una acusación fundada en el mismo expediente. El principio non bis in idem, por lo menos, también prohíbe al legislador permitir que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones, o juicios sucesivos, por los mismos hechos ante una misma jurisdicción.*
>
> *Adicionalmente, la Corte constata que el constituyente colombiano prefirió una consagración del principio non bis in idem según la cual la prohibición no está dirigida exclusivamente a una doble sanción. La prohibición se dirige a ser 'juzgado' dos veces. Considera la Corte, que lo anterior se ajusta a los fundamentos del principio non bis in idem ya que la seguridad jurídica y la justicia material se verían afectadas, no sólo en razón de una doble sanción, sino por el hecho de tener una persona que soportar juicios sucesivos por el mismo hecho. El principio non bis in idem prohíbe que después de que ha terminado conforme a derecho un juicio, posteriormente se abra investigación por el mismo 'hecho' dentro de la misma jurisdicción. De tal manera que la expresión 'juzgado' comprende las diferentes etapas del proceso de juzgamiento, no sólo la final'.*

La anterior línea jurisprudencial ha sido reiterada en la Sentencia de la Corte Constitucional C-434 del 10 de julio de 2013, Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos; en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente No. 0701 del 04 de agosto de 2016 C. P. Guillermo Vargas Ayala y recientemente en la Sentencia del Consejo de Estado Sección Quinta Expediente No. 25000-23-24-000-2022-00214-01 (20180823) del 07 de junio de 2018 Consejera Ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, donde se concluye que "se presentará un desconocimiento del principio non bis

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

in idem cuando concurran los tres elementos definitorios del mismo: identidad de persona; identidad de causa; e identidad de objeto" con lo cual sanción estaría en contra de los parámetros constitucionales.

Por las razones expuestas y teniendo en cuenta que el principio invocado no se circunscribe a preservar la cosa juzgada (tema de fondo) sino que impide que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita (tema previo procedimental), es necesario que de forma precedente a continuar con el desarrollo de la actuación sancionatoria iniciada por la actual Secretaria de Minas y Energía del Departamento de Bolívar, se analicen con sumo detenimiento y se tengan en cuenta las circunstancias de hecho pero sobretodo de derecho que se han expuesto, frente a las cuales se indica de forma sumamente respetuosa, que de no ser de su pleno entendimiento, empalme y/o conocimiento por no haber sido la funcionaria quien adelantó y decidió el procedimiento sancionatorio anterior, pueden conllevar a la continuidad de un trámite violatorio del principio fundamental del debido proceso constitucional en contra de mi representado y con gravísimas consecuencias jurídicas y económicas que sin duda alguna serán objeto de enjuiciamiento resarcitorio ante el juez natural del contrato conforme a las estipulaciones en tal sentido previstas para resolver las diferencias del mismo y de acuerdo a sus resultas procesales probablemente quedar inmerso en el campo de la repetición por los perjuicios ocasionados y en los que sea eventualmente condenada la entidad territorial.

En tal sentido se solicita que en el ámbito de las actuaciones previas de verificación y/o saneamiento del procedimiento sancionatorio en curso, de encontrar viables las posiciones planteadas por el contratista y por la compañía aseguradora, se determine la terminación de la presente actuación conforme a los cargos en ella imputados "incumplimiento y mal manejo del anticipo" y se de paso a la fase procedimental de liquidación bilateral, o en su defecto unilateral o inclusive la judicial, donde en la bilateral se podrán o no reconocerse por la administración departamental los valores que el contratista ha argumentado haber invertido y que la interventoría no ha tenido en cuenta, entre otros aspectos.

5. *Subcontratación de la mano de obra del contrato No. 2427 de 2015.*

Mediante Comunicación No. GOBOL-15-036481 del 18 de noviembre de 2015 el entonces Secretario de Mina y Energía de la Gobernación de Bolívar Dr. ROBER VÁSQUEZ ARRIETA, manifestó al contratista ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA, en el marco de la respectiva fase contractual, lo siguiente:

> *"Teniendo en cuenta el concepto emitido por la Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación de Bolívar mediante Oficio GOBOL-15-035394 y la viabilidad emitido por la firma interventora del contrato 2427 de 2015, la Secretaría de Minas y Energía de Bolívar* ***aprueba a ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA la subcontratación de la mano de obra,***

> ***transporte, herramientas y equipos con la firma INGELET LTDA****" (Este documento se anexa como prueba documental aportada).*

En tal sentido ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA suscribió contrato con la firma INGELET LTDA., representada legalmente por el señor CLAUDIO MARCOS RIVAS REMOLNA, con domicilio laboral en la ciudad de Cartagena y de condiciones personales y profesionales de conocimiento de la entidad pública convocante, contrato que igualmente es de conocimiento pleno y debidamente reportado a la interventoría, para los fines aprobados y autorizados expresamente por la Gobernación de Bolívar, entidad la cual pagó directamente al sub contratista las actas parciales de obra números 1 y 2 en virtud de aceptación de los documentos de ***cesión de créditos*** *allegados por ELECTROENERGIZAR LTDA a la entidad pública.*

Sobre esta actuación de la administración departamental, se tiene que el Decreto No. 216 del 30 de julio de 2014 por el cual se actualiza el Manual de Contratación del Departamento de Bolívar, en su numeral "21.11 cesión del contrato" establece lo siguiente:

> *"De acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3 del Artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebre el Departamento son intuito persona, por tal razón como norma general no son susceptibles de cederse, salvo que exista aprobación previa y escrita del Departamento.* ***En consecuencia, el contratista tampoco podrá en ningún caso, subcontratar total ni parcialmente la ejecución del contrato****".*

En dicho contexto, la Gobernación de Bolívar y la interventoría indujeron involuntariamente en error al contratista ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA al aprobar la subcontratación con la firma INGELET LTDA., le pagó directamente al subcontratista bajo la modalidad de cesión de crédito las actas parciales que se hicieron efectivas en el desarrollo de la ejecución, inclusive hasta la tercera acta que no se alcanzó a pagar, razón por la cual era de su pleno conocimiento y aceptación expresa la intervención en la obra pública de un tercero ejecutor de los componentes de ***mano de obra, transporte, herramientas y equipos****, a pesar de existir prohibición expresa y legal para la entidad territorial de así haber procedido en materia de su contratación pública, razón por la cual, y en aras de garantizar el derecho al debido proceso de defensa y contradicción de los cargos que actualmente se le imputan al contratista ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA en el marco del presente procedimiento sancionatorio contractual, se manifiesta a la Secretaría de Minas y Energía del Departamento que antes de continuar con el desarrollo del mismo, se llame en garantía y se vincule formalmente a la presente actuación administrativa al subcontratista autorizado por la Gobernación de Bolívar INGELET LTDA con el fin de que solidariamente responda por las eventuales e hipotéticas sanciones que pudiese adoptar la entidad en el curso del presente trámite y en las sucesivas actuaciones, así como también para que coadyuven el ejercicio de contradicción desplegado por el contratista ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA convocado a trámite sancionatorio y para que*

su vez igualmente hagan uso de su derecho de defensa y contradicción por las responsabilidades en que pueda verse inmiscuido con las decisiones de la entidad.

Que atendiendo las obligaciones que le asisten a la administración y principalmente a lo consagrado en el numeral 11° del articulo 3° de la Ley 1437 de 2011 – CPACA -[12], se procedió de inmediato a resolver los aspectos puestos de presente por los citados, y que presuntamente comprendían irregularidades que viciaban la actuación, en los siguientes términos:

No obstante, las solicitudes de nulidad fueron presentadas de manera independiente, por cada uno de los citados, la administración logró agruparlos en tres (3) grandes temas, a fin de otorgar una respuesta sistemática y organizada a los aspectos relacionados así:

1. POSIBILIDAD DE QUE EXISTA UNA DESATENCIÓN AL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

A continuación se muestra, la relación de normas y cláusulas posiblemente violadas en el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado y concluido, en comparación con aquellas que soportan el trámite actual:

PROCESO ANTERIOR	PROCESO ACTUAL
NORMAS Y/O CLAUSULAS POSIBLEMENTE VIOLADAS De acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, las normas y/o cláusulas posiblemente violadas son las siguientes: *"SEGUNDA: ALCANCE DEL OBJETO. - (...) Responsabilidad del Contratista: El contratista será responsable de la **ejecución idónea y oportuna** del mismo. El contratista y la interventoría llevarán un registro diario (bitácora de obra), de cada una de las actividades que se*	NORMAS Y/O CLAUSULAS POSIBLEMENTE VIOLADAS De acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, las normas y/o cláusulas posiblemente violadas son las siguientes: Normas: (i) Código Civil, artículos 1602 y 160 *Artículo 1602.—**Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes**, y no*

[12] 11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

adelanten de acuerdo con el programa de obra, (...), las siguientes funciones (...) (Negrillas y subrayas fuera del texto) **LITERAL G):** *"Coordinar el oportuno suministro y manejo de materiales destinados a las obras del proyecto, los procesos de elaboración de los materiales y presentar los certificados de garantía de calidad que avalen el cumplimiento la calidad especificada".* **LITERAL J):** *"Colocar a disposición de la obra a especialistas técnicos cuando la complejidad de la obra lo amerite"* **LITERAL L en concordancia con el LITERAL Q:** *"(...) L) Preparar y presentar mensualmente informes técnicos – financieros, y de programación, en los cuales se analice el programa de ejecución de los trabajos, las documentaciones de los cambios, las inversiones realizadas, los recursos de personal (incluyendo los empleos directos e indirectos, los equipos utilizados y todos los demás aspectos que permiten el adecuado seguimiento y control de las obras). (...) Q) Elaborar planes de contingencia para atender eventos imprevistos que puedan afectar la seguridad, calidad, costo o plazo de las obras, de manera que se eviten o mitiguen las implicaciones de tales eventos.* **LITERAL M):** *"Mantener personal calificado y competente en número suficiente según las dedicaciones definidas en la propuesta para una adecuada y oportuna ejecución de la obra".* Se hace especial énfasis en que la implementación de un plan de contingencia se erige como obligación expresa derivada de las consideraciones del reinicio en contrato. **LITERAL P):** *Presentar informes sobre aspectos específicos, bien sea técnicos, financieros o administrativos, cada vez que la interventoría y/o la SECRETARIA DE MINAS Y ENERGIA de LA GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR lo solicite."*	*puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.* (Negrillas y subrayas fuera del texto original) *Artículo 1603.—Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.* Al respecto el Consejo de Estado se ha pronunciado en su jurisprudencia en los siguientes términos: *(...) **es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna**[13], de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del co-contratante, según el caso y los términos del contrato).* *En efecto, **el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda"**, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, **según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes** y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial.* (ii) Ley 80 de 1993 Artículo 3°, inciso segundo. **Ley 80 de 1993.**

[13] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia de 3 de julio de 1963: "La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad, dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada; y la oportunidad alude al tiempo convenido".

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

	ARTICULO 3°. DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. ***Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.***" (Negrillas y subrayas fuera del texto original) (iii) Ley 80 de 1993 Artículo 5º, numeral 2. **Ley 80 de 1993.** *ARTICULO 5°. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º . de esta ley, los contratistas:* *(...)* *2°.* ***Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla*** *y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las ordenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general,* ***obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse.*** (Negrillas y subrayas fuera del texto) Clausulas contractuales: ***"PRIMERA: OBJETO. -*** *El objeto del presente contrato es la de* ***CONSTRUCCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA ELECTRICA EN LOS MUNICIPIOS DE SANTA ROSA, SAN MARTÍN DE LOBA, TIQUISIO Y SIMITÍ, EN EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR*** (...) *Las obras a ejecutar deberán cumplir las especificaciones técnicas del proyecto CONSTRUCCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA ELECTRICA EN LOS MUNICIPIOS DE SANTA ROSA, SAN MARTÍN DE LOBA, TIQUISIO Y SIMITÍ,*

RESOLUCION No. 95 05 MAR 2020

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

	EN EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, el cual hace parte integral del presente contrato cuyo código BPIN es 2013000020121 y de acuerdo con la propuesta presentada por el Contratista. ***"SEGUNDA: ALCANCE DEL OBJETO. -** (...) El contratista deberá asegurar que la ejecución del proyecto cumpla con los objetivos propuestos, garantizando la calidad de los materiales a utilizar, su adecuado suministro y la correcta ejecución de las actividades, vigilando la aplicación de los recursos financieros, donde primen la eficiencia,. la economía, la celeridad y la calidad en la prestación del servicio, (...). Funciones Generales: En forma coordinada **el contratista garantizará el cumplimiento de sus obligaciones y el buen éxito de sus labores tendientes a la realización de las obras dentro del plazo estipulado y con óptima calidad**. El contratista será responsable de la **ejecución idónea y oportuna** del mismo. El contratista y la interventoría llevarán un registro diario (bitácora de obra), de cada una de las actividades que se adelanten de acuerdo con el programa de obra, (...), las siguientes funciones (...)(Negrillas y subrayas fuera del texto)* ***"CUARTA: FORMA DE PAGO. - a)** (...) Debido a que los dineros que se entreguen al Contratista a título de anticipo son de propiedad del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR éste exige que se constituya una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato, como lo determina el artículo 91 de la ley 1474 de 2012. (...). El anticipo se amortizará mediante deducciones que se aplicará a las cuentas de cobro mensuales debidamente legalizadas con base en las actas parciales de entrega en las que se descontará el porcentaje correspondiente al anticipo, hasta que el valor quede totalmente amortizado.* ***"SEGUNDA: ALCANCE DEL OBJETO. -** (...) El contratista (...) Para cumplir con la ejecución del contrato el contratista deberá ejecutar correctamente además de las definidas en la Constitución Política, en la ley y el Manual de Contratación del Departamento las siguientes funciones: (K) Cumplir los programas de trabajo, **el Programa de Inversión del anticipo,** y (...)"(Negrillas y subrayas fuera del texto*

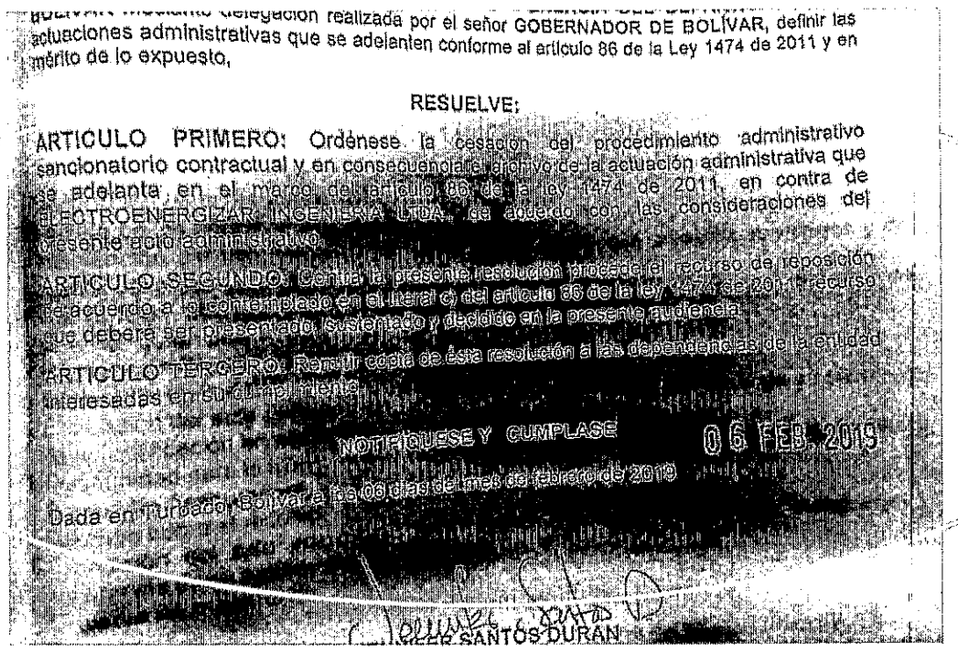
Ahora bien, Con el fin de responder a la solicitud formulada por los citados, encontramos apoyo en lo dispuesto en SENTENCIA N° C-214/94, de la H. Corte Constitucional en la cual, se manifiesta lo siguiente:

Conceptualmente el principio non bis in ídem *consagra la prohibición de que a nadie se le podrá sancionar dos veces por el mismo hecho. Como se deduce del aparte final del inciso 4 del referido artículo 29, el principio es de corte rigurosamente penal porque la norma lo enuncia cuando establece los derechos del sindicado. No obstante la prohibición también tiene aplicación y debe observarse por la administración cuando quiera que se coloque en trance de sancionar a sus servidores o a los particulares. Referido a la potestad sancionadora de la administración, podría decirse que el principio non bis in ídem constituye una garantía política en cuanto se proscribe por mandato constitucional el juzgamiento y la imposición de* ***más de una sanción por un mismo hecho; pero igualmente tiende a garantizar la seguridad jurídica, a través de la intangibilidad o inalterabilidad de las decisiones de la administración que han definido una situación jurídica favorable o desfavorable al administrado.*** *Es decir, que definida por la administración una situación jurídica particular, salvo la posibilidad excepcional de la revocación directa del acto administrativo, no le es permitido a ésta volver de nuevo sobre la cuestión que ha sido decidida."*

La entidad en todas sus actuaciones, frente al contratista citado y los demás actores, ha dado un cumplimiento estricto del principio non bis in ídem, pues del proceso al cual hace alusión el solicitante, se dio inicio en 26 de noviembre de 2018 y concluyó con la expedición del acto administrativo No. 098 de febrero 6 de 2019, en esa oportunidad, el contratista fue llamado por la mora o el incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales. En aquella oportunidad, la administración, en ejercicio de las facultades conminatorias y de apremio requirió al contratista, empero verificándose el fenecimiento del plazo contractual, el cual tuvo lugar el día 9 de diciembre de 2018, se consideró que la entidad perdió facultades legales y contractuales para imponer multas y declarar la

caducidad del Contrato, por lo que procedió la aplicación del literal d), del artículo 86 - Ley 1474 de 2011.

A continuación, la decisión administrativa debidamente fundamentada de ordenar la cesación del procedimiento en comento y el archivo de la actuación administrativa.



actuaciones administrativas que se adelanten conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y en mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Ordénese la cesación del procedimiento administrativo sancionatorio contractual y en consecuencia el archivo de la actuación administrativa que se adelanta en el marco del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en contra de ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., de acuerdo con las consideraciones del presente acto administrativo.

ARTICULO SEGUNDO: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición de acuerdo a lo contemplado en el literal c) del artículo 86 de la ley 1474 de 2011 recurso que deberá ser presentado, sustentado y decidido en la presente audiencia.

ARTICULO TERCERO: Remitir copia de ésta resolución a las dependencias de la entidad interesadas en su cumplimiento.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE 06 FEB. 2019

Dada en Turbaco, Bolívar a los 06 días del mes de febrero de 2019

...LLER SANTOS DURAN

Se dejó expresamente sentado que, si bien frente al procedimiento administrativo sancionatorio contractual adelantado por la entidad en esa oportunidad, no fue posible proceder con la imposición de una multa como medida conminatoria o declarar la caducidad del contrato, por su resultado inocuo frente a la satisfacción de la necesidad que se pretendía con la ejecución del mismo, ello no implicaba en si mismo que se hubiere

superado el incumplimiento, máxime cuando se tenía – y se tiene hoy como fundamento de la actuación que se adelanta– , como comprobado, que a la fecha de fenecimiento del plazo de ejecución no se recibió satisfactoriamente el objeto contractual.

Así las cosas, los hechos puestos de presente por la interventoría son objeto, en esta oportunidad de un nuevo procedimiento administrativo – y se hace énfasis en que corresponde a un proceso distinto delante mencionado – el cual una vez agotado llevará a la administración departamental a determinar la declaratoria o no del incumplimiento y la consecuente aplicación o imposición de las penalidades a que haya lugar.

Así las cosas, tenemos entonces que si bien, las cláusulas presuntamente incumplidas en uno y otro pliego de cargos son las mismas, pues el contenido del contrato no ha variado entre una actuación y otra, pudiera incluso tratarse de los mismos hechos – aunque para el caso que nos ocupa no es así –, lo cierto es que la finalidad del procedimiento es evidentemente distinta.

En el primer caso, se trataba un retraso en el cronograma de obra, un abandono de los frentes de obra y la no entrega de los informes periódicos requeridos por la interventoría. Mientras que, en el este procedimiento, considera la administración se encuentran presentes los elementos para imputar al contratista el incumplimiento total y grave del contrato, generándose para la entidad un daño antijurídico que no está en la obligación de soportar y que deberá entonces asumir el contratista en virtud de su responsabilidad contractual, una vez agotado el procedimiento y vencido en el mismo.

> *"En materia de contratación estatal, las multas constituyen una sanción pecuniaria que opera como mecanismo de apremio al contratista, tendiente a constreñirlo al exacto cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro de los plazos contractualmente pactados.* ***Por esta razón, la multa debe ser impuesta durante la ejecución del contrato y cuando quiera que se presenten incumplimientos parciales o retrasos en relación con el respectivo cronograma de ejecución, pues sólo en esta forma***

> ***cumple su finalidad****; de tal manera que si una medida de esta naturaleza se produce por fuera del plazo contractual, ya resulta perfectamente inane desde el punto de vista del objetivo que con ella se persigue, cual es la obtención de la correcta y oportuna ejecución del objeto contractual: "No se trata de indemnizar o reparar un daño a través de las mismas, de manera que su imposición no exige la demostración del mismo, sino simplemente es un mecanismo sancionatorio ante la tardanza o el incumplimiento del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual"*[14] (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Así las cosas, nuestro Máximo Tribunal Contencioso ha manifestado entre otras cosas frente a la potestad sancionatoria del estado que:

> ***"(...) la potestad sancionatoria encuentra su fundamento no sólo en el propósito de reprimir las faltas contractuales del co-contratante, sino principalmente en la necesidad de asegurar mediante ese poder la efectiva y debida ejecución del contrato y, por esta vía, la satisfacción del interés público,*** *ante el incumplimiento grave de las obligaciones del contratista que impiden lograr el objeto del contrato. (...)*[15]*"*

Es por ello, que la administración considera en esta oportunidad, que no se configura un vicio en el procedimiento, por desatención al principio de *non bis in idem*, pues no existe una doble sanción al contratista por el mismo hecho y mucho menos una alteración de una situación que haya sido definida en el primer proceso y que se estuviere desconociendo en el presente.

2. AUSENCIA DE FACULTAD SANCIONADORA E IRREGULARIDADES EN LA DELEGACIÓN.

Se trae a colación, para ambientar la respuesta frente a este aspecto, las siguientes disposiciones normativas, en principio para sustentar la potestad sancionadora del estado, representado por el Gobernador de Bolívar para el caso que nos ocupa:

---

[14] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 28 de abril de 2005, expediente 14.393 y de 14 de julio de 2005, Exp. 14.289.
[15] Op. Cit., 18394 de 2010

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Ley 80 de 1993 _ARTICULO 4°. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1°. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

2°. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar. (...)

6°. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

Ahora bien, en tratándose de la especifica delegación que ha realizado el señor Gobernador en el funcionario que preside esta diligencia, se cita en su tenor literal el literal o), del articulo 5 del decreto 05 de enero de 2018:

*Decreto 05 de enero de 2018_**ARTÍCULO 5: Deléguese en los Secretarios de Despacho Código 020 Grado 04**, en el Director Administrativo Código 009 Grado 02 asignado a la Dirección Función Pública y a los Jefes de Oficina Código 006 Grado 02 asignados a la Oficina de Gestión Social y Oficina Gestión del Riesgo de **Desastres la facultad de comprometer contractualmente al Departamento de Bolívar frente a cualquier modalidad contractual que implique la celebración de contratos y convenios,** con cargo a la unidad ejecutora de funcionamiento o inversión que se determine según la estructura del presupuesto de gastos de la Gobernación de Bolívar, específicamente en lo que respecta a los procesos que guarden Nación con la misión y las funciones asignadas a cada una de las dependencias a las que se encuentren vinculados según el caso; y en aquellos donde se reciba financiación de entidades públicas o privadas, sin límite de cuantía.*

En ejercicio de la facultad delegada, les corresponderá dentro de la actividad contractual que desarrollen, adelantar las actuaciones contractuales correspondientes a la etapa precontractual, contractual y pos contractual; y que comprende, entre otras, las actividades de:

(...)

o) tramitar e imponer las sanciones en materia contractual de los contratos de su dependencia conforme a los procedimientos establecidos en el ley 86 de la ley 1474 de 2012 y decreto 1510 de 2013.

Aunado a lo anterior, se deja constancia de la certificación expedida por el **WEBMASTER DE LA GOBERNCIÓN DE BOLÍVAR**, en la cual se deja constancia de la públicación del Decreto No. 05 de enero de 2018, en cumplimiento de las disposiciones legales que rigen la materia.

Se da traslado en audiencia a los presentes, del decreto 043 de 28 de febrero de 2019, en el cual se nombra en el cargo de Asesor Código 020, Grado 04, a la señora ETHEL HERNÁNDEZ PULGAR, y el acta de posesión de la misma, entendiéndose debidamente soportada su facultad para presidir esta diligencia, para representar los intereses de la administración departamental, para adelantar la actuación y tomar las decisiones que en ella correspondan de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2012, tal como se ha manifestado insistentemente a los citados.[16]

BOLÍVAR SÍ AVANZA
GOBIERNO DE RESULTADOS

EL WEBMASTER DE LA GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR

CERTIFICA:

Que el **Decreto No. 05 del 05 de enero de 2018**; "por el cual se revoca la facultad de ordenar gastos y celebrar contratos que viene delegada en el Decreto 809 de 03 de junio de 2017, se revocan parcialmente las facultades delegadas mediante Decreto No. 918 DE 2017; y se dictan otras disposiciones"; fue publicado en el sitio web institucional de la Gobernación de Bolívar el día **25 de enero de 2018** y se encuentra disponible para descarga a través del menú principal, en las opciones **GOBIERNO TRANSPARENTE | Normatividad | Decretos**, dentro de la carpeta **2018**, o directamente mediante en el enlace:

[illegible]

La publicación de este acto administrativo se hace con el exclusivo propósito de darle cumplimiento a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley 1712 de 2014.

La presente certificación se expide en el municipio de Turbaco, a los 10 días del mes de junio de 2019.

JHON JAIRO CARCERANT TORRES
Director de TIC

BOLÍVAR SÍ AVANZA
GOBIERNO DE RESULTADOS

DECRETO No. 43 **2019**

"Por medio del cual se dispone aceptar una renuncia en un empleo de libre nombramiento y remoción, y se dictan otras disposiciones"

EL GOBERNADOR (E) DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
En uso de sus facultades Legales y Constitucionales conferidas en los Artículos 299, 303 y 305 de la Constitución Política de Colombia, Decreto Extraordinario No 1222 de 1986, Decreto 1421 de 1993 y sus modificaciones. Ley 617 de 2000 y todas las demás que se refieren al caso, y

CONSIDERANDO

Que mediante Oficio de fecha cinco (05) de febrero de dos mil diecinueve (2019), la Doctora JENNIFER SANTOS DURÁN, identificada con la cedula de ciudadanía No. 1.082.907.870, presentó renuncia en el empleo de Secretaria de Despacho Código 020 Grado 04, asignado a la Secretaria de Minas y Energía, de la Gobernacion de Bolívar, financiado con recursos propios.

Que por lo expuesto se procederá a aceptar la renuncia presentada por la Doctora JENNIFER SANTOS DURÁN, identificada con la cedula de ciudadanía No. 1.082.907.870, el empleo de Secretaria de Despacho Código 020 Grado 04, asignado a la Secretaria de Minas y Energía, de la Gobernación de Bolívar, financiado con recursos propios, de igual manera se procederá a declarar la vacancia absoluta del empleo en evocación.

Que en consecuencia en la planta de cargos de la Gobernación de Bolívar, se genera una vacante definitiva en el empleo de Secretaria de Despacho Código 020 Grado 04, asignado a la Secretaria de Minas y Energía, de la Gobernación de Bolívar, financiado con recursos propios, cargo de libre nombramiento y remoción.

Que la Dirección Función Pública revisó la hoja de vida de la Doctora ETHEL MARITZA HERNÁNDEZ PULGAR, identificada con la cedula de ciudadanía No. 32.676.602, quien reúne los requisitos de estudios y experiencia establecidos en el Decreto Departamental N° 68 de 2017, para el desempeño del empleo de Secretaria de Despacho Código 020 Grado 04, asignado a la Secretaria de Minas y Energía, de la Gobernación de Bolívar, financiado con recursos propios.

Que por lo anterior,

DECRETA

ARTÍCULO PRIMERO: Acéptase la renuncia presentada por la Doctora JENNIFER SANTOS DURÁN, identificada con la cedula de ciudadanía No. 1.082.907.870, el empleo de Secretaria de Despacho Código 020 Grado 04, asignado a la Secretaria de Minas y Energía, de la Gobernación de Bolívar, financiado con recursos propios.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declárese la vacancia absoluta en el empleo de Secretaria de Despacho Código 020 Grado 04, asignado a la Secretaria de Minas y Energía, de la Gobernación de Bolívar.

ARTÍCULO TERCERO: Nómbrese con carácter ordinario a la Doctora ETHEL MARITZA HERNANDEZ PULGAR, identificada con la cedula de ciudadanía No. 32.676.602, en el empleo de Secretaria de Despacho Código 020 Grado 04, asignado a la Secretaria de Minas y Energía, de la Gobernación de Bolívar, financiado con recursos propios.

ARTÍCULO CUARTO: El presente decreto rige a partir de su expedición.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Cartagena de Indias, a los 28 FEB. 2019

ADRIANA MARGARITA TRUCCO DE LA HOZ
Gobernador (e) de Bolívar

Revisó: [illegible] - Director Función Pública

[16] Como se mencionó en acápites anteriores, los documentos mencionados hacen parte integral del presente acto administrativo y del acta de la audiencia, en los términos del artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

Frente a los demás presentes por parte de la entidad, los mismos no toman decisiones o definen aspectos dentro del procedimiento administrativo, su participación se limita al cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En tratándose específicamente de lo alegado sobre la abogada, asesora externa de la Secretaría Jurídica Departamental, es dable afirmar que para el proceso que nos ocupa, no procede la figura de la sustanciación, que su labor se circunscribe a la lectura del acta que ha sido proyectada y que las respuestas que ha otorgado en el desarrollo de la misma, corresponden a las instrucciones dadas por la secretaria de minas como delegada del señor Gobernador, sin embargo, se anexará al acta certificación expedida por el **DIRECTOR DE FUNCION PUBLICA DE LA GOBERNACIÓN DE BOLIVAR**, sobre el particular.

3. LLAMAMIENTO EN GARANTIA:

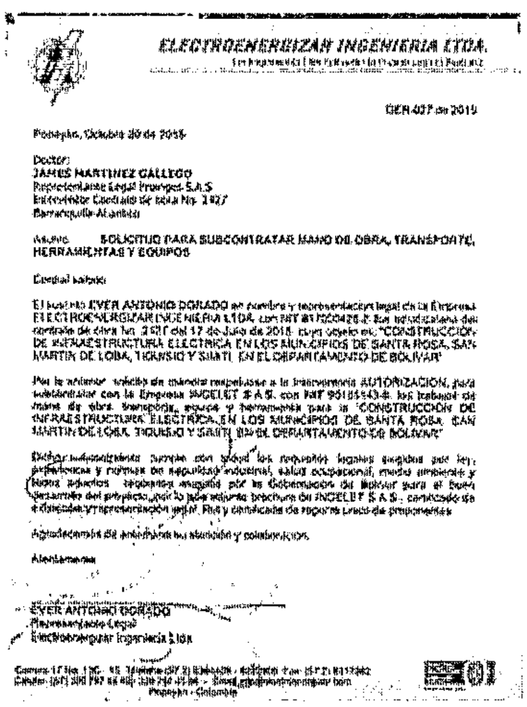
En tratándose del llamamiento en garantía que realiza el apoderado del contratista y el apoderado de la compañía de seguros, frente a la empresa **INGELET S.A.S.**, tenemos

Bolívar primero

RESOLUCION No. 95 05 MAR 2020

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

que, para responder sobre tal aspecto, es preciso aclarar en primer lugar que el mismo no se configura como una irregularidad, que pudiera derivar en una nulidad del proceso, sin embargo, se considerará la solicitud formulada y con ello lo primero es analizar el soporte jurídico de la relación entre INGELET S.A.S., y el contratista ELECTROENERGIZAR LTDA.:

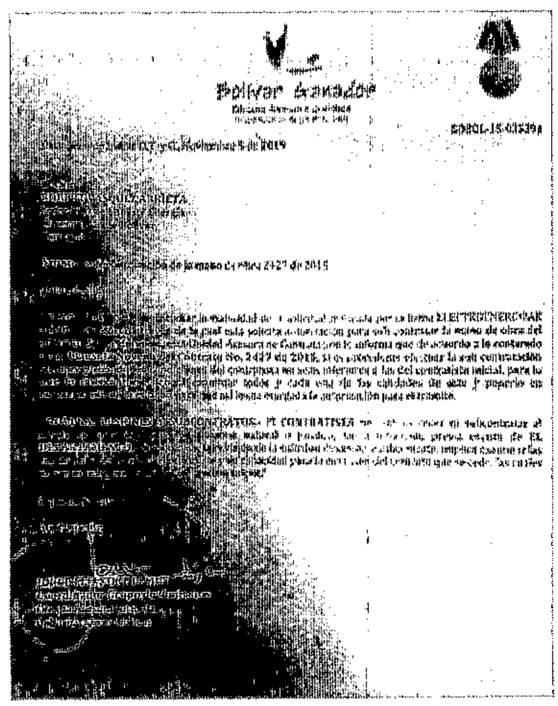


ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.

JAMES MARTINEZ GALLEGO

SOLICITUD PARA SUBCONTRATAR MANO DE OBRA, TRANSPORTE, HERRAMIENTAS Y EQUIPOS

EVER ANTONIO DORADO



Queda claro entonces, que la persona jurídica a quien el contratista citado pretende hacer parte de esta actuación no tiene un contrato con la administración departamental, pues lo que se acredita es la autorización de la administración para suscribir el subcontrato de obra, en los términos de la cláusula novena, que en ningún caso hace extensivas las obligaciones del contrato de obra principal al tercero – INGELET S.A.S.- pues estas se limitan a vincular a quien ha sido citado.

El presente proceso, versa sobre las obligaciones que surgen del contrato estatal y estas sólo son exigibles entre las partes.

Por lo tanto, no procede el llamamiento en garantía y se niega la petición impetrada.

Que habiendo dado respuesta a las solicitudes formuladas por el apoderado del contratista y de la compañía de seguros, se suspendió la diligencia.

Que vía correo electrónico enviado el veinticinco (25) de junio de 2019, se informó que, la reanudación de la diligencia, se llevaría a cabo el día veinticinco (25) de junio de 2019, a las 3:00pm., en la sede de Gobierno de la Gobernación de Bolívar.

Que vía correo electrónico enviado el veintinueve (29) de junio de 2019, se informó que, la reanudación de la diligencia, se llevará a cabo el día cinco (5) de agosto de 2019, a las 3:00pm., en la sede de Gobierno de la Gobernación de Bolívar.

Que, vía correo electrónico, se informó que, la reanudación de la diligencia, se llevará a cabo el día nueve (9) de agosto de 2019, a las 3:00pm., en la sede de Gobierno de la Gobernación de Bolívar, a lo cual el apoderado de la Compañía de Seguros presentó solicitud de aplazamiento, fijándose para el día doce (12) de agosto a la misma hora y lugar, establecidos en la comunicación citada en el parágrafo anterior.

En el desarrollo de la audiencia, se otorgó el uso de la palabra al apoderado del contratista y este reiteró su solicitud de practica de una mesa técnica, consistente

en una visita de obra y la posterior discusión de los aspectos que de esa visita pudieren impactar el informe final presentado por la interventoría. Copia de la solicitud presentada por el contratista, será tenida como anexo del presente acto administrativo.

De la solicitud de prueba realizada por el apoderado del contratista, se dio traslado al representante de la compañía de seguros, quien manifestó, que en primer lugar no procedía la imposición de una cláusula penal, porque el contrato dice que es en caso de caducidad o de incumplimiento total de las obligaciones, lo cual no sucede en el caso que nos ocupa. Aunado a lo cual, solicitó que, de decretarse la práctica de la prueba, se permitiera la intervención de la parte técnica de SURAMERICANA, es decir el ajustador de seguros, para que las cifras y algunos elementos que no proceden, fueran aclarados y así la administración pudiera continuar el proceso, con datos certeros.

Por lo manifestado por el apoderado del garante, se entendió que coadyuvaba la solicitud de la mesa técnica incluida visita de obra, para constatar lo alegado por el apoderado del contratista.

Que en estos términos, la diligencia fue suspendida y reanudada al cabo de treinta (30) minutos de deliberación sobre el particular.

Que, dada la solicitud impetrada por el contratista y coadyuvada por su garante, la administración determinó decretar la realización de inspección judicial, consistente en una mesa técnica, tal como fue solicitada, iniciando el día nueve (9) de septiembre y hasta el veinte (20) de septiembre. Se dispuso además que, una vez finalizada la primera fase que correspondía a la visita en campo, el interventor, contratista y compañía seguro, contando con el acompañamiento de la supervisión técnica del contrato, se reunirían dentro de los tres (3) días hábiles siguientes para

discutir los resultados, es decir los días 23,24 y 25, de tal suerte que al finalizar el plazo se emitiera el informe correspondiente a la práctica de la prueba.

Se informó además que, en los términos del CPACA., los costos de la práctica de la prueba, corresponde a los solicitantes, mientras que la entidad dispondría del traslado de sus funcionarios, según la logística que se estableciera conjuntamente.

Que, a través de correo electrónico enviado a las direcciones autorizadas por los citados, se formuló la convocatoria a la reanudación de la diligencia, fijándose el día dieciséis (16) de octubre de 2019, a las 03:00 pm., en la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR – SEDE DE GOBIERNO.

Que por solicitud realizada, tanto por el apoderado del contratista, como por el apoderado del garante, la reanudación de la diligencia, fue agendada para el día veintiuno (21) de octubre de 2019, a las 03:00 pm., en la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR – SEDE DE GOBIERNO.

Que, una vez reanudada la diligencia, se puso de presente a los asistentes, la excusa presentada por el apoderado del contratista, en los siguientes términos:

> *Cordial saludo señores Secretaría de Minas y Energía de Bolívar.*
>
> *Acuso recibido de la respuesta de la negativa de la entidad en otorgar el aplazamiento de la audiencia prevista para el presente día y hora de conocimiento de las partes.*
>
> *Así mismo manifiesto respetuosamente que cuando hago alusión en correo anterior a situaciones que impiden la presencia, representación y ejercicio del derecho de defensa y contradicción de la firma que represento en la actuación administrativa que nos ocupa la*

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

> *intercomunicación en el presente día, la cual ciertamente ha sido aplazada en una sola ocasión (no en dos) en razón a la premura de la anterior citación efectuada por la entidad convocante, situación que inclusive la referí como a un hecho de caso fortuito porque se sale de la órbita propia de no poder excusarme, claro está entre otras circunstancias de la empresa que no valen la pena entrar a detallar minuciosamente, me refería en concreto al hecho de que como contratista del Estado en diversas entidades estatales en el Departamento del Cauca, he sido designado como JURADO DE VOTACIÓN para el próximo domingo, situación similar en la que ha expresado encontrarse el Ingeniero MONTAÑO, igualmente representante de componente técnico de la frimra ELECTROENERGIZAR LTDA, para lo cual debo obligatoriamente asistir a capacitación OBLIGATORIA para tal efecto lo cual solo puedo como máximo surtirlo hoy o mañana 8 am so pena de que se me imponga una multa de 10 SMMLV. Adjunto o reenvio para tal efecto el correo electrónico de la Registraduría Nacional del Estado Civil a mi correo para asuntos personales.*
>
> *Me excuso por no haber sido específico en correo anterior, pero no lo consideré necesario.*
>
> *Por lo anterior reitero comedidamente se disponga el aplazamiento de la diligencia atendiendo las razones expuestas en correo anterior y el presente, entre ellas igualmente, la manifestada por la Compañía de Seguros.*
>
> *Personalmente y en atención a la situación referida, no podré asistir vía Skipe a la hora señalada por la entidad.*
>
> *Atentamente,*
>
> *CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GUZMÁN*
> *Abogado Externo Electroenergizar Ltda.*

Que, por lo antes relatado, la delegada del señor Gobernador, determinó procedente suspender la diligencia.

Que, con posterioridad al envío del informe final de la inspección – mesa técnica, se pronunciaron sobre la prueba solicitada por ellos, decretada y practicada en los siguientes términos:

Contratista

RESOLUCION No. 95 05 MAR 2020

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

***CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GUZMÁN**, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando en condición de apoderado jurídico de la firma **ELECTROENEGIZAR INGENIERÍA LTDA.**, dentro del Contrato de Obra No. 2427 de julio 17 de 2005, conforme al poder especial que me ha sido otorgado para actuar en la audiencia de carácter administrativa señalada en el asunto de la referencia y convocada por su parte, en la cual se ha previsto traslado respecto del "Informe Resultado Mesa Técnica" presentado por la firma interventora PROINGES SAS y obrante en simples tres (3) folios, comedidamente me permito presentar a continuación, estando dentro del término hábil previsto para tal efecto, los argumentos de hecho y de derecho que en el ámbito del ejercicio del derecho de defensa y contradicción, en nuestro criterio, revisten de nulidad absoluta el contenido de dicho informe:*

En aplicación de las garantías fundamentales de los administrados para materializar su derecho de defensa y contradicción en el marco del DEBIDO PROCESO que debe garantizar la administración pública en sus actuaciones administrativas y especialmente las contractuales cuando promueve la actuación administrativa con fines sancionatorios prevista en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, deben establecerse con absoluta claridad pero sobre todo con absoluto respeto del principio procesal de "congruencia", todos y cada uno de los extremos tanto de la Litis, y por su puesto en ello, se encuentran inmersas "las pruebas", las cuales se integran del concepto del "alcance de las mismas", es decir la total congruencia que debe existir entre lo solicitado, lo decretado y por ende el correspondiente

resultado de ellas, situación que en el desarrollo de la parte probatoria parcial hasta el momento ejercido por la firma contratista, en atención a que solo se encuentra surtiéndose la parte probatoria relativa al componente técnico y financiero de la integralidad contractual, no se materializa por la insipiencia del contenido y sobretodo la indebida fundamentación probatoria de las conclusiones del referido "Informe Resultado Mesa Técnica" objeto de traslado, lo cual lo convierte en inocuo e ineficaz de poder servir de medio probatorio idóneo en el cual se pretendan soportar decisiones sancionatorias en el marco de la actuación administrativa en curso. El cuerpo del informe objetado expresa:

"Las conclusiones finales de la mesa técnica son las siguientes:

1) INSPECCION POSTES ARRASTRADOS POR EL RIO MAGDALENA: Como resultado de la inspección de terreno en el proyecto de Simiti, la comisión no logró evidenciar la cantidad de postes arrastrados por el rio Magdalena de las dos pilas de postes que tenía bajo su control el contratista en las localidades de la Coquera y la Esperanza, de acuerdo a versión del Sr José Menco líder de la Junta de Acción Comunal. (Anexo 3) Estos postes almacenados estaban bajo el control y administración de

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Electroenergizar Ltda, hasta la terminación total del proyecto ya que no se encontraban instalados, por lo cual la interventoría se ratifica en el inventario de obra ejecutada presentado en el informe final.

2) INSPECCION DE MATERIALES EN LAS BODEGAS DE ELECTROENERGIZAR EN SANTA ROSA DEL SUR En la bodega del contratista ubicado en la Cra 13 No 13-56 del municipio Santa Rosa del Sur, se evidencio la existencia de un material, con los empaques, cartones y costales que se encontraban rotos y el propietario de la bodega Sr Oscar Vargas, manifestó que no permitiría retirarlos hasta tanto no le pagaran los cánones de arriendo pendiente. En la finca del Sr Juan Mora, localizada en la vereda la Concepción, también se evidencio la existencia de otro material. También se evidencio que en la bodega de la Cra 13 No 13-56 hay parqueado un camión grúa de propiedad de Electroenergizar Ltda. Los acreedores de este municipio presentaron una nueva lista de deudas pendientes por parte de Electroenergizar Ltda (Anexo 4) Teniendo en cuenta que este material se encontraba bajo el control y administración por parte de Electroenergizar Ltda, sin estar instalado, la interventoría se ratifica en el inventario de obra ejecutada en el proyecto de Santa Rosa del Sur, presentado en el informe final.

3) INSPECCION OBRAS NO INCLUIDAS EN EL INVENTARIO FINAL Se inspeccionaron las obras ejecutadas por Electroenergizar Ltda, en el proyecto de Santa Rosa del Sur no incluidas en el inventario (Anexo 5) Al detectarse obras ejecutadas en este proyecto, no incluidas en el inventario presentado por la interventoría, se modifica este inventario con el siguiente resultado de avance final: Avance global de las obras para del total del contrato 2427 es del 33,08 %, para los cuatro proyectos, discriminados de la siguiente manera: • Santo Rosa del Sur: 22,24 % • San Martin de Loba: 6,94 % • Tiquisio: 0,49 % • Simití: 3,40 % Por lo anterior se requiere nuevamente cuantificar los perjuicios derivados del no cumplimiento del objeto del contrato".

La solicitud presentada por el suscrito apoderado del contratista en diligencia del 12 de agosto del año en curso surtida por la Secretaría de Minas y Energía del Departamento de Bolívar en la ciudad de Cartagena, la cual fue decretada por la entidad convocante, se expuso de la siguiente manera:

1. *"En el informe presentado por la interventoría PROINGES mediante archivo* ***"informe final Gob. de bolivar20190401_11541918_0270 (1) james", pagina 27;*** *se confirmó que por culpa de la ola invernal se desbordó un brazo del Río Magdalena llevándose 167 postes de mt del proyecto para el municipio de Simití.*

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Sin embargo el número total de postes destruidos no fueron 167 sino 261 como se muestra en la siguiente tabla:

	ACTA No. 1	INVENTARIO FINAL	DIFERENCIA
POSTE DE HORMIGON PRETENSADO VIBRADO 12 X 1050 KGF	74	14	60
POSTE DE HORMIGON PRETENSADO VIBRADO 12 X 750 KGF	197	94	103
POSTE DE HORMIGON PRETENSADO VIBRADO 9 X 510 KGF	98	0	98
TOTAL POSTES EXTRAVIADOS			**261**

Es así que en el acta parcial de pago No.1 se reconocieron unas cantidades mayores que en inventario final presentado por la interventoría, esa cantidad del acta No.1 fue reconocida porque existía en sitio antes de la ola invernal esa cantidad de postes, como consta en el archivo adjunto "1. ACTA DE AVANCE 3 CONTRATO 2427 JUNIO 29 2018", En este archivo se evidencian las cantidades reconocidas en las actas pagadas y la proyectada No.3. No obstante, en el inventario final de la interventoría solo reconocieron lo instalado.

En el siguiente cuadro se hace una relación del costo contractual de los postes extraviados (solo se refleja costo material y transporte al sitio).

	CANTIDAD	VR.CONTRACTUAL	COSTO DIRECTO
POSTE DE HORMIGON PRETENSADO VIBRADO 12 X 1050 KGF	60	$ 1.313.218	$ 78.793.080
POSTE DE HORMIGON PRETENSADO VIBRADO 12 X 750 KGF	103	$ 1.109.788	$ 114.308.164
POSTE DE HORMIGON PRETENSADO VIBRADO 9 X 510 KGF	98	$ 521.208	$ 51.078.384
TOTAL COSTOS DIRECTOS			**$ 244.179.628**
COSTOS INDIRECTOS		**27%**	**$ 65.928.500**
TOTAL COSTOS TRANSPORTE+MATERIAL POSTES EXTRAVIADOS			**$ 310.108.128**

En vista de lo anterior, se solicita como medio de prueba para la configuración a nuestro favor de este ítem que se verifique el acta No.1 firmada por las partes del contrato y en ella

constatar la cantidad reconocida y pagada el total de los postes extraviados, amparándonos en la cláusula 15 del contrato 2427.

Para esta misma finalidad, se solicita se tenga como plena prueba las afirmaciones realizadas por el interventor en su informe final (pág. 27) donde él mismo certifica la configuración de las circunstancias de fuerza mayor atribuibles a hechos inesperados e imprevisibles de la naturaleza – desbordamiento del Río Magdalena, y en consecuencia, conforme lo expuesto en el párrafo anterior, se reconozca el impacto negativo por la totalidad de los postes que se justifican y no por el número señalado por el interventor en dicho informe.

2. *En el momento en que se inició la ejecución del contrato, se tuvo que transportar materiales a través del Rio Magdalena desde el municipio de Simití, exactamente desde Cerro Burgos a los diferentes puntos donde se iban a desarrollar las actividades de instalación en cada de poste, ese transporte de Cerro Burgos implicaba un cruce por el rio que no se tuvo en cuenta en el contrato inicial ni en el replanteo, lo cual generó costos adicionales para el contratista.*

   Por lo anterior, se solicita la verificación en el sitio, especialmente en los municipios de Simití y San Martin y constatar que era necesario realizar dicho transporte fluvial adicional, omitido en el contrato inicial, cuyos costos adicionales, se presenta en la siguiente tabla que no han sido incluidos en el inventario final presentado por la interventoría: (ver anexo –2.Registro fotográfico-Transporte fluvial, 3.INFORME DE REPLANTEO SUR DE BOLÍVAR FINAL y 3.1 - INT - GOB - BOL 035).

COSTOS	
MT	BT
$ 72.647	$ 60.346

Usuario de Windows: INCLUYE 163 POSTES QUE SE LLEVO EL RIO

Usuario de Windows: incluye 98 que pago en el acta n0.1

Usuario de Windows: cerro burgos a cda una de las veredas simiti y san martin

	CANT APOYOS		COSTO FLUVIAL	
MUNICIPIO	MT	BT	MT	BT
SAN MARTIN	114	98	$ 8.281.758	$ 5.913.908
SIMITI	271	98	$ 19.687.337	$ 5.913.908
SUBTOTAL (1)	385	196	$ 27.969.095	$ 11.827.816
	SUBTOTAL (2)		$	39.796.911
	AIU	27%	$	10.745.166
	TOTAL		$	50.542.077

3. *En varios puntos de ejecución era necesario realizar actividades de a) ADECUACIÓN DE VÍAS y b) EXCAVACIONES EN ROCA que no estaban contemplados en el contrato inicial, ni en su replanteo, pero que inevitablemente debían llevarse a cabo para poder lograr la finalidad contractual de hincada y aplomada de postes, estas actuaciones o actividades necesarias fueron asumidas por el contratista, lo cual hace necesario que se realice la verificación en el sitio, especialmente en los municipios de Santa Rosa y San Martin con el fin de constatar que dichas situaciones nos generó un sobre costo como se presenta en la siguiente tabla, lo cual no ha sido incluido en el inventario final presentado por la interventoría:*

COSTOS	
EXCAVACION (UN)	ADECUACION (ML)
$ 435.570	$ 41.372

MUNICIPIO	AV-ER	AIU	SUBTOTAL
SANTA ROSA	$ 144.239.603	$ 38.944.693	$ 183.184.296
SAN MARTIN	$ 87.966.964	$ 23.751.080	$ 111.718.044
TOTAL	$ 232.206.567	$ 62.695.773	$ 294.902.340

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Lo expuesto anteriormente se puede constatar en el informe final de replanteo elaborado el 08 de julio de 2016 "Int-gob-bol 035" y recibido por la Gobernación el 14 de julio de 2016 así como en el acta de reunión de diciembre 02- 2015, y en el acta de reunión de febrero 18 de 2016, por medio de las cuales se menciona y se comenta que la accesibilidad para transportar los postes y la maquinaria hasta estas zonas del proyecto es muy compleja por lo cual, era necesario desarrollar estas actividades para la correcta ejecución contractual. (Ver anexo –4.Registro fotográfico-adecuación de vías, a 6.ACTA DIC 02-15, 5.ACTA FEB 08-16 y Relación Adecuación y escava).

4. *Inicialmente el contrato contaba con un costo de IVA del 16%, sin embargo para el año 2017 por reforma tributaria este impuesto aumento en 3 puntos, es decir al 19%, por lo cual y debido a que la ejecución contractual seguía vigente en dicho año pedimos sea tenido en cuenta este incremento del impuesto, debido a que dicha situación por fuera de cualquier imprevisto nos generó sobrecostos en la compra de materiales.*

   Este costo se explica detalladamente en el archivo "Anexo 7.INCREMENTO 3% IVA". Resumen:

   SAN MARTIN:

DIFERENCIA	$	**8.966.282,37**
AIU	$	**2.420.896,24**
INCREMENTO 3%	$	**11.387.178,61**

SANTA ROSA Y SIMITI (Incluyendo los postes extraviados de Simití):

TOTAL DIFERENCIA	$	**33.896.705,94**
AIU	$	9.152.111
INCREMENTO 3%	$	**43.048.816,54**

5. *Durante el desarrollo de las actividades del contrato, se realizaron una serie de compras de materiales que no se llegaron a utilizar y los mismos reposan en unas bodegas ubicadas en los municipios de Santa Rosa y Popayán, por tal situación se requiere que la Administración Departamental tenga en cuenta los señalados costos de estos materiales en caso de llegar a una liquidación bilateral entre las partes del contrato, por lo tanto se hace necesario la verificación en el sitio donde estos se encuentran. Ver archivo anexo "8. Relación material en bodega". Resumen:*

ITEM	DESCRIPCION	COSTO
1	Material el bodega contractual	869.117.965
2	Material en bodega no contrac.	45.552.582
TOTAL		**914.670.547**

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

6. *Dentro del informe final que presenta la interventoría, en el cuadro donde indica el valor total a devolver por el contratista del punto "4) estado financiero del contrato", no contempla los descuentos que se hicieron en cada acta referente a los impuestos tales como estampillas, seguridad democrática, etc., en este sentido, se solicita sean tenidos en cuenta estos valores y se resten de lo que el contratista debe devolver según lo indicado por interventoría, toda vez que no es dinero que pasó a ser parte del patrimonio del contratista.*

   A continuación, se expone un cuadro referente a esos impuestos con sus costos por factura:

DISCRIMINACION DESCUENTOS IMPUESTOS

TOTAL FACTURA	FACT 11357	FACT 11410	TOTALES
RETEFUENTE 2%	44.813.078	12.013.808	56.826.886
INDUSTRIA Y COMERCIO 8/1.000	17.925.231	4.805.523	22.730.754
SEGURIDAD DEMOCRATICA 5%	112.032.695	30.034.519	142.067.214
ESTAMPILLAS 8%	179.252.312	48.055.232	227.307.544
PAGO POLIZAS	0	0	37.786.881
TOTAL DESCUENTOS	**354.023.316**	**94.909.082**	**486.719.279**
AUTORETENCIONES DIAN	17.925.231	4.805.523	22.730.754
TOTAL IMPUESTOS Y GASTOS			509.450.033
TOTAL IMPUESTOS Y GASTOS SIN RETEFUENTE			**452.623.148**

7. *Los precios de material del contrato nunca se actualizaron, estos precios corresponden a cotizaciones realizadas en el año 2013 con vigencia hasta el año 2016 fecha en la cual se presentó el proyecto para su aprobación. Por lo tanto, se solicita que se nos tenga en cuenta la actualización de los precios con el IPC 2017 y 2018 con el objetivo de balancear los costos adicionales que se tuvieron con la compra de los materiales instalados y verificados por el interventor en su inventario final.*

   De la misma forma se requiere que se verifiquen las actas de suspensión y modificatorios que tuvo el contrato, con el fin de constatar que en el 2017 y 2018 se realizaron actividades contractuales. A continuación, se detalla un resumen relacionando el costo IPC SOLICITADO:

COSTO MATERIAL LIQUIDADO (IVA 16)		$ 1.456.679.253,35
IPC-2017	4,9%	$ 71.377.283,41
IPC-2018	3,1%	$ 45.157.056,85
COSTO PROYECTADO		**$ 116.534.340,27**
AIU	27,0%	**$ 31.464.271,87**
TOTAL		**$ 147.998.612,14**

8. *Como se puede observar en las actas de suspensión, el contrato se extendió en tiempo mucho más de lo esperado, estas prórrogas realizadas al plazo contractual se llevaron a cabo por no contar con las servidumbres y los planos aprobados como parte de las obligaciones a cargo del contratante, adicionalmente por la demora de la Gobernación de Bolívar en aprobar el informe de replanteo.*

   Estas situaciones que extendieron el desarrollo del contrato en el tiempo, trajeron como consecuencias unos sobre costos al contratista en gastos de administración como lo es el equipo de trabajo, impuestos, arriendos, nómina etc. de aproximadamente $210.000.000, por lo cual se solicita se evalúe esta situación y se tenga en cuenta en la liquidación final, para efectos que le sea reconocido este valor a favor del contratista".

Por su parte, los acuerdos o conclusiones establecidas para el desarrollo de la referida prueba técnico – financiara, los cuales fueron debidamente comunicados a la Secretaría de Minas y Energía de Bolívar mediante correo electrónico del 13 de septiembre de 2019, fueron los siguientes:

> *"EN CUANTO AL PUNTO 1: Se realizará visita al municipio de Simiti para la verificación en zona sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar donde acaeció el desbordamiento del rio y con ello la pérdida de los postes".*

Es ilógico que el interventor hoy concluya que "se ratifica en el inventario de obra ejecutada presentado en el informe final", cuando en su informe final de interventoría en la página 27 ha expresado "Adicionalmente en el proyecto de Simití como consecuencia de la ola invernal, presentada en el primer semestre de 2017, un brazo del rio magdalena se desbordó en el sitio denominado Vereda Tierra Linda, Puerto la Coquera y Vereda Nueva Esperanza, superando el jarillón, llevándose 167 poste de 12 metros".

El contratista ha argumentado que el total de postes extraviados en dicho evento de fuerza mayor fueron 261, causal eximente de responsabilidad así previsto textualmente en el artículo 15 del respectivo contrato de obra, alegado desde el comienzo y que al parecer aún no se revisa por el interventor, sin embargo no se puede adoptar una negativa tajante de 0 postes reconocidos al decir por la misma personal que se ratifica en el inventario presentado en el informe final de interventoría, ello es absolutamente incongruente, y por supuesto que los postes almacenados estaban bajo el control y administración de Electroenergizar Ltda en la zona de ejecución de obras, pues de no ser así no se podría estar alegando su reconocimiento, así como también es lógico que los postes no estaban hincados, pues de ser así el río no se los hubiera llevado.

Al respecto se reitera que en el acta No.1 se reconocieron unas cantidades mayores que en inventario final presentado por la interventoría, esa cantidad del acta No.1 fue reconocida por que existía en sitio antes de la ola invernal esa cantidad de postes. Ver archivo adjunto "1. ACTA DE AVANCE 3 CONTRATO 2427 JUNIO 29 2018", En este archivo están las cantidades reconocidas en las actas pagadas y la proyectada No. 3 (ver columna T con fila 14,15 y 80, resaltadas en rojo). Se adjuntan nuevamente en la presenta actuación los soportes probatorios provenientes en su momento de la misma interventoría.

Finalmente, de la sola lectura del Anexo 3 se observa que no puede ser de recibo probatorio ni argumentativo válido basarse en una conversación de oídas de una tercera persona ajena al marco contractual (José Menco) para negar de plano lo que el mismo interventor ya ha reconocido mas no restado económicamente en su informe final de interventoría. Violación flagrante del debido proceso, congruencia probatoria, derecho de defensa y contradicción del contratista.

EN CUANTO AL PUNTO 2: Se determina no requerirse visita a los municipios de Simití y San Martín de Loba, por cuanto es un hecho cierto que se requiere transportar los postes por vía fluvial para llegar al sitio de las obras.

Aceptó textualmente el interventor que "es un hecho cierto que se requiere transportar los postes por vía fluvial para llegar al sitio de las obras", sin embargo NADA SE CONCLUYÓ AL RESPECTO en el informe resultado de la mesa técnica". Violación flagrante del debido proceso, congruencia probatoria, derecho de defensa y contradicción del contratista.

EN CUANTO AL PUNTO 3: Se determina no requerirse visita a los municipios de Santa Rosa y San Martín por cuanto es un hecho cierto y reconocido la actividad de las adecuaciones de vía fueron ejecutadas en el desarrollo de las obras y en cuanto a las excavaciones en roca, no es factible verificar esta actividad ya que las perforaciones ya fueron ejecutadas y cimentadas quedando ocultas las posibles evidencias.

Aceptó textualmente el interventor que "es un hecho cierto y reconocido la actividad de las adecuaciones de vía fueron ejecutadas en el desarrollo de las obras y en cuanto a las excavaciones en roca", sin embargo NADA SE CONCLUYÓ AL RESPECTO en el informe resultado de la mesa técnica". Violación flagrante del debido proceso, congruencia probatoria, derecho de defensa y contradicción del contratista.

> *EN CUANTO AL PUNTO 4: Se determina no requerirse visita a los municipios por determinarse que la reclamación de la diferencia del IVA en el año 2017 es un tema eminentemente financiero, el cual será referenciado en el informe del interventor para que sea la Gobernación la que determine su reconocimiento.*

Aceptó textualmente el interventor que "es un tema eminentemente financiero" el cual "sería referenciado en el informe del interventor para que sea la Gobernación la que determine su reconocimiento", sin embargo NADA SE CONCLUYÓ AL RESPECTO en el informe resultado de la mesa técnica". Violación flagrante del debido proceso, congruencia probatoria, derecho de defensa y contradicción del contratista.

> *EN CUANTO AL PUNTO 5: Se realizará visita al municipio de Santa Rosa para determinar la existencia del material adquirido por el contratista para efectos de la obra, el cual reposa en una bodega ubicada en el mismo municipio. En cuanto al material adquirido por el contratista para igual finalidad y que reposa en la sede principal de este ubicado en la ciudad de Popayán en el departamento del Cauca, la interventoría manifiesta que no será inspeccionada ya este no es el sitio de las obras.*

Si bien el interventor acepta la existencia de material de propiedad del contratista en espacios físicos previstos por el mismo para el desarrollo de la obra contratada, la información es incongruente al punto que no permite valoración de ninguna naturaleza, pues dedicó más la visita a establecer las presuntas deudas expresadas por personal que manifiesta ser acreedor de servicios personales brindados a la firma contratista, más sin embargo hasta la fecha no probados en debida forma por los mismos acreedores ni por su representante judicial con la que hasta el momento se ha sostenido conversaciones de probables acuerdos de pago por suma que no supera los 40 millones de pesos siempre y cuando se alleguen las pruebas que demuestren los conceptos alegados, es decir a través de los respectivos contratos laborales o de prestación de servicios personales o en su defecto facturas de bienes y servicios, entre otros, lo cual difiere ostensiblemente de los valores detallados por el interventor, sin embargo este aspecto que no era el objeto principal de la prueba decretada por la Secretaría de Minas y Energía del Departamento de Bolívar ni la solicitada por el suscrito apoderado judicial de la parte de la firma

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

contratista ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA. Violación flagrante del debido proceso, congruencia probatoria, derecho de defensa y contradicción del contratista.

> *EN CUANTO AL PUNTO 6: Se determina no requerirse visita a los municipios por cuanto la interventoría revisará los descuentos de impuestos, estampillas, pólizas y autoretenciones de la Dian realizados al contratista por la entidad contratante y conforme a ello los incluirá en su respectivo informe.*

Aceptó textualmente el interventor que "los incluiría en su respectivo informe final", sin embargo NADA SE CONCLUYÓ AL RESPECTO en el informe resultado de la mesa técnica". Violación flagrante del debido proceso, congruencia probatoria, derecho de defensa y contradicción del contratista.

> *EN CUANTO AL PUNTO 7: Se determina no requerirse visita a los municipios por cuanto la actualización de los precios con el IPC 2017 y 2018 con el objetivo de balancear los costos adicionales que se tuvieron con la compra de los materiales instalados y verificados por el interventor en su inventario final es un tema eminentemente financiero, el cual será referenciado en el informe del interventor para que sea la Gobernación la que determine su reconocimiento, previo aporte de facturas respectivas de compra de materiales.*

Igualmente NADA SE CONCLUYÓ AL RESPECTO en el informe resultado de la mesa técnica". Violación flagrante del debido proceso, congruencia probatoria, derecho de defensa y contradicción del contratista.

> *EN CUANTO AL PUNTO 8: Se determina no requerirse visita a los municipios por cuanto para el efecto el contratista aportará las facturas respectivas".*

Igualmente NADA SE CONCLUYÓ AL RESPECTO en el informe resultado de la mesa técnica". Violación flagrante del debido proceso, congruencia probatoria, derecho de defensa y contradicción del contratista.

Igual vulneración se presentaría y ello se advierte desde ahora, si el interventor pretende alterar o modificar el informe final de interventoría que ha sido el fundamento exclusivo de convocatoria a la diligencia administrativa de carácter sancionatorio realizada por la Secretaría de Minas y Energía de Bolívar, salvo la aplicación meramente matemática del aumento porcentual total de ejecución que según el mismo pasa del 32.78% al 33.08%.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Así las cosas y expuesto el estado del "INFORME RESULTADO DE LA MESA TÉCNICA" surtido dentro del procedimiento administrativo contractual, carece el mismo de sustento idóneo que permita a la Administración Departamental la adopción de cualquier clase de decisión de contenido sancionatorio, razón por la cual se objeta en su integralidad y en dicho contexto se solicita a la Gobernación se desestime del acervo probatorio, pues en tales condiciones es contraproducente a la defensa material del mismo solicitante de la prueba.

Aunado lo anterior, los argumentos presentados por la Compañía Aseguradora frente al mismo informe, argumentos los cuales se comparten por esta defensa técnica del contratista y en consecuencia se coadyuvan las pretensiones planteada por el garante.

Igualmente se advierte desde ahora, la seria y absoluta responsabilidad del INTERVENTOR en las condiciones negativas de ejecución contractual y por ende del riesgo y daño económico en que ha desencadenado la ejecución contractual del negoción jurídico materia de conocimiento en sede administrativa-sancionatoria, tanto para el contratista como para la misma entidad pública, pues la figura legal de la interventoría, de conformidad con la Ley 1474 de 2011 "por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública", en su capítulo séptimo, establece que es la responsable directa de la dirección, control, conminación del contratista frente a retrasos, la viabilidad de disponer el pago de actas parciales por la correcta ejecución de la obra y por ende su correlativo reconocimiento económico, autorizar o no desembolsos de anticipos, entre otros aspectos.

Sin duda la interventoría ejerce el mecanismo integral del control de la obra pública, sea cual sea su naturaleza, posición desde la cual se tendrá que analizar, bien sea desde la sede de la interventoría o desde la propia entidad contratante ordenadora del gasto público, cómo y por qué se autorizó y se viabilizó un desembolso de un anticipo equivalente al 40% del valor total del contrato sin la interacción controlada y por avances de obra de la FIDUCIA exigida por la normatividad legal colombiana, tratándose de una contratación bajo la modalidad de licitación pública, puesto que si ello no hubiese ocurrido así, hoy en día no nos encontráramos en la compleja situación contractual en la que la misma interventoría pretende a toda costa inducir a la Administración Pública a inculpar exclusivamente al contratista por los porcentajes no satisfactorios de ejecución con los recursos a él entregados, cuando ha sido el mismo contratista, debido a la falta de planeación contractual de la Gobernación de Bolívar, el que se ha tenido que ver obligado a sostener una ejecución contractual desde el año 2015, es decir por más de tres (3) años, cuando su proyección totalmente errada en la fase de planeación no pasaba de 150 días, sumando a ello una contratación surgida con precios de mercado del año 2013, sin diseños de obra acertados desde la fase precontractual y con la inexistencia de requisitos legales para la

instalación de las redes eléctricas contratadas, entre otras falencias administrativas contractuales no imputables en su integralidad al contratista.

En estas condiciones irregulares de contratación estatal, la misma Administración Pública debe analizar la evidente CONCURRENCIA DE CULPAS y por ende la proporcionalidad en las sanciones que equivocada e infundadamente ha planteado y sostenido el interventor, sumado a ello la responsabilidad en la autorización de la subcontratación de la mano de obra respecto del objeto contractual por el cual hoy en día se pretende inculpar únicamente al contratista ¿dónde estuvo la interventoría cuando iniciaron los retrasos en la mano de obra que autorizó la subcontratación de dicho componente esencial del contrato o por qué no se adoptaron los correctivos desde el inicio años 2015 o 2016 para haber evitado lo que hoy en día se plantea simplemente como no ejecución satisfactoria y se endilga la responsabilidad solo al contratista? Ello sin hablar aun de la responsabilidad de la supervisión contractual.

En estas condiciones lo adecuado es la búsqueda de soluciones bilaterales concertadas dentro del marco de la legalidad, materializables a través de una liquidación definitiva en condiciones justas y no la continuidad de posiciones sesgadas de exclusiva responsabilidad del contratista, sin contextualización integral del propio concepto de responsabilidad, cuando se tiene también cierto grado de responsabilidad en las resultas actuales de la ejecución contractual no satisfactoria, posición en la que insiste la interventoría y sobre la cual induce continuar a la administración departamental.

***Aseguradora**:*

***JORGE MANUEL DELGADO ROCHA**, mayor de edad, vecino de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía Núm. 79.556.308 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 114.851 del Consejo Superior de la Judicatura, quien autoriza expresamente las notificaciones mediante la utilización de mecanismos electrónicos en los correos electrónicos jorge@delgadorocha.com y jorgem.delgadorocha@gmail.com, por medio del presente escrito, en calidad de apoderado especial de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual de la referencia, me permito presentar a usted mis objeciones y reparos a las pruebas trasladadas a los involucrados, mediante mensaje electrónico del 23 de octubre de los corrientes, en los siguientes términos:*

I.- NULIDAD DE LAS PRUEBAS RECAUDADAS POR LA MESA TÉCNICA

Las pruebas recaudadas por la mesa técnica son nulas, en la medida en que fueron practicadas con la participación de la interventoría del contrato 2427 del 17 de julio 2015, cosa que no podía

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

hacer, en la medida en que, como consta en el expediente, a la fecha no hay suficiente claridad sobre las razones que la llevaron a autorizar los desembolsos del anticipo, cuyo manejo hoy se cuestiona en el presente proceso administrativo sancionatorio contractual.

De este modo, tenemos que esa participación de la interventoría en la práctica de la prueba, al igual que en la emisión de conceptos sobre el asunto que nos ocupa, quebranta el principio de imparcialidad que deben observar las entidades públicas, de conformidad con lo estatuido en el numeral 3 del artículo 3 del CPACA, en todas sus actuaciones. Y ello porque, precisamente, el concepto del interventor incide radicalmente en las decisiones adoptadas por la Administración, del cual, bien puede decirse que, en cierto modo, hace parte de esta.

Por otro lado, como bien se sabe, según ordena el artículo 29 de la Constitución Política, "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". En el contexto del proceso administrativo sancionatorio contractual, se entiende que el régimen probatorio debe ajustarse no solo a las reglas especiales que regulan cada medio de prueba, sino a los principios generales establecidos en la Constitución Política y en las leyes de procedimiento, como lo es el ya mencionado principio de imparcialidad.

En el presente caso, como lo mencionamos al comenzar este acápite, tenemos que la Interventoría, dentro del proceso de la referencia, no ha hecho suficiente claridad en lo atinente su papel en las autorizaciones para los desembolsos del anticipo, cuya devolución, más las correspondientes actualizaciones, se pretende obtener hoy en el asunto que nos ocupa. Y no es, pues, ajustado al debido proceso que los conceptos, juicios, valoraciones, visitas, dictámenes, documentos y diligencias por ella realizados, en este marco procesal, por cuanto, de alguna manera, las resultas del mismo pueden afectar sus intereses.

En suma, por lo antedicho bien podemos decir que las pruebas obtenidas en la mesa técnica con participación de la interventoría son nulas, por cuanto esta, al tener presunto interés en el caso de autos, no garantiza el debido proceso administrativo sancionatorio contractual, por vulneración del principio de imparcialidad de la actuación administrativa.

Así las cosas, habiendo quedado demostrada la violación del debido proceso de mi prohijada por quebrantamiento del principio de imparcialidad, las pruebas practicadas por la mesa técnica resultan abiertamente ilegales y, por tanto, conforme al artículo 29 de la Constitución Política, nulas de pleno derecho, razón por la cual usted, doctora ***HERNÁNDEZ PULGAR****, debe declarar la nulidad de las mismas y retirarlas de modo inmediato de la presente actuación administrativa.*

II.- DESCONOCIMIENTO DEL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR EN LA PÉRDIDA DE MATERIALES Y EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA.

RESOLUCION No. 95 05 MAR. 2020

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

A pesar de que hay suficiente evidencia probatoria de la pérdida de materiales (postes) por causa del desbordamiento del río Magdalena, como consta en el acta de visita del 20 de septiembre de 2019, el informe descarta, sin mayor análisis los volúmenes de postes arrastrados por el río, y ello incide en la determinación de la entidad sobre los montos realmente invertidos por el contratista, que, para el caso, dependen más de la subjetividad de quien los hizo que de la realidad de los hechos.

No hay, entonces, pruebas fehacientes que acrediten las observaciones contenidas en el informe sobre este punto y, por ende, tales conclusiones carecen de fundamento.

Desde luego, ello supone descartar el evidente impacto de la ola invernal como factor determinante en la supuesta inejecución de las obras objeto del contrato 2427 del 17 de julio 2015, y, por lo tanto, la existencia de una eximente de responsabilidad que claramente favorece al contratista y, por ende, implica desafectar a mi prohijada del caso de autos.

II.- PETICIÓN

1. *Se tenga por contestado el traslado del informe en tiempo y forma.*
2. *Se declare la nulidad del informe.*
3. *Que se desestime de plano ese informe como prueba, en el presente proceso administrativo sancionatorio contractual.*

Que, en la oportunidad prevista para ello, la administración departamental, a través de la secretaria de minas y energía, determinó la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba solicitada por el apoderado del contratista, coadyuvada por la compañía de seguros y tal como se informó en acápites anteriores, decretó la misma según lo establecido en el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que por lo anterior y dadas las solicitudes de nulidad presentadas por los citados, fue necesario otorgar la siguiente respuesta:

Es menester traer a colación, lo manifestado por el H. Consejo de Estado, en el sentido de diferenciar *"entre los conceptos de conducencia y pertinencia de la prueba.":*

*"**La conducencia es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho.** Es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de que, con la comparación que se haga se pueda saber si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de este medio probatorio. **La pertinencia es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso.**" Es decir, que la conducencia es la aptitud legal del medio probatorio para probar el hecho que se investiga, y que requiere de dos requisitos esenciales, que son: que el medio probatorio respectivo este autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley; y que ese medio probatorio solicitado no esté, prohibido en particular para el hecho que con él se pretende probar. En tanto que la pertinencia se refiera a que el medio probatorio guarde relación con los hechos que se pretenden demostrar."*[17]

(...) ***previo a tomar cualquier decisión respecto a las pruebas, el juez deberá analizar si aquel es conducente, pertinente y útil.*** *Lo anterior, porque según el tenor del artículo 168 del Código General del Proceso se deben rechazar aquellos medios de convicción que no satisfagan las citadas características. La doctrina ha entendido que la pertinencia de la prueba hace alusión a la relación del medio de convicción y el objeto del proceso y significa que las pruebas "deben versar sobre hechos que conciernan al debate, porque si en nada tienen que ver con el mismo entran en el campo de la impertinencia". Bajo la misma línea argumental el profesor Hernán Fabio López Blanco, sostiene que la prueba impertinente es aquella que nada aporta a la Litis, pues busca probar un hecho inocuo para los fines perseguidos dentro del proceso."*[18]

[17] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". CP.: Bertha Lucia Ramírez de Páez, Bogotá D.C., Rad.:25000-23-25-000-2007-00460-02(0071-09

18 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: ALBERTO YEPES BARREIRO (E). Bogotá D.C., (2015). Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00111-00.

Al analizar la solicitud de nulidad resulta de suma relevancia, como primera medida, consultar el régimen probatorio aplicable al procedimiento administrativo, el cual por expresa remisión normativa, del artículo 211- CPACA19, corresponde al Capítulo I, del Titulo único de la Sección Tercera de la ley 1564 de 2012-CGP-, particularmente el artículo 236 y siguientes, referentes a la inspección judicial.

Es necesario aclarar que, en este caso se ha denominado mesa técnica, pero que por su naturaleza y alcance podría asimilarse al medio probatorio - inspección judicial -, según se estableció en el artículo 165 de la precitada norma.

De la prueba decretada por el despacho, se emitió un informe de la verificación del sitio y de los elementos objeto de inspección, luego de haberse practicado la misma, pues así lo dispone el artículo 238 de la referida norma, expresándose en él, los hechos examinados, los resultados percibidos y las constancias que las partes hayan dejado en su desarrollo.

Sin embargo, salta a la vista que el informe está suscrito por el señor representante legal de la interventoría Ingeniero James Martínez, tal como lo manifiesta el apoderado de la compañía de seguros, quien afirma que con ello se configura una evidente nulidad de la prueba por violación al debido proceso, consistente en la falta de imparcialidad del contenido del informe.

Sobre la imparcialidad, tenemos que, es una garantía que se deriva de la igualdad de las personas ante la ley[20] e implica una serie de exigencias para el juez, en el caso judicial (artículo 229 de la Constitución), y para el procedimiento, que apuntan al desinteresamiento y objetividad al momento de desarrollar el proceso y adoptar la decisión. Literalmente la imparcialidad significa ausencia de partido o de posición frente al asunto. Tradicionalmente se ha entendido que la autoridad cumple la exigencia de

[19] Artículo 211. Régimen probatorio. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil.
[20] Corte Constitucional, Sentencia C-600-11.

imparcialidad, cuando pone de presente las circunstancias personales que podrían favorecer o desfavorecer, conscientemente o de manera inconsciente, a una de las partes y esto le permite separarse del asunto (impedimentos) o, si no lo hace, que sean las partes los que controviertan su imparcialidad, a través de las recusaciones. Pero la imparcialidad es un mandato mucho más amplio y no se refiere exclusivamente a la imparcialidad de la autoridad, en este caso, el juez, sino también a la imparcialidad institucional y del proceso.[21] (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Lo anterior, entendiendo que para efectos del procedimiento administrativo la administración equivale a la figura del juez y por lo tanto al practicar la prueba se contó con la presencia no solo de un representante de la administración departamental. en cabeza de la Secretaría de Minas y Energía sino de todos los solicitantes, existe en este sentido, absoluta imparcialidad no obstante quien haya emitido el informe una vez practicada la inspección del sitio, en este caso sea el interventor.

No puede perderse de vista que la administración es la única responsable del contenido del informe en comento, sin embargo, al verificar que quienes solicitan la desestimación de la prueba, fueron en su momento quienes pidieron su práctica, se considera procedente aceptar este requerimiento y no tener en cuenta el resultado de la prueba para efectos de tomar la decisión que proceda, una vez se concluya la recepción de los descargos por parte de la compañía de seguros.

Se concluye entonces, que es posible asimilar la situación puesta de presente por la compañía de seguros y el contratista a una irregularidad en el informe que se originó como consecuencia de la practica de la inspección, por ello y considerando la garantía máxima del debido proceso como principio rector[22] de este procedimiento, se procede

[21] Corte Constitucional, Sentencia C-205/16
[22] Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

a abordar y corregir la anomalía en el procedimiento, antes de continuar con el desarrollo de las etapas siguientes.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 41 del CPACA[23], esta entidad procede a la corrección de la irregularidad antes identificada, teniendo la prueba como no practicada, restableciendo así el equilibrio y la imparcialidad del trámite que se adelanta.

En este entendido, la entidad atenderá las cantidades informadas por la interventoría, de tal suerte que, el monto que a titulo de perjuicios determine la entidad al momento de adoptar la decisión en el trámite que nos ocupa, será aquel que no haya sido desvirtuado por los citados en el debate.

Que, la reanudación de la diligencia, se programó para el 16 de diciembre y se postergó para el 17 de diciembre por solicitud de la aseguradora, formulada en los siguientes términos:

> ***JORGE MANUEL DELGADO ROCHA,*** *mayor, vecino y residente del Distrito Capital de Bogotá, identificado con cedula de ciudadanía No. 79.556.308 de Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional No. 114.851 del Consejo Superior de la Judicatura actuando en mi calidad de apoderado especial de* ***SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A****, mediante el presente escrito, me permito efectuar* ***SOLICITUD DE APLAZAMIENTO DE LA AUDIENCIA PROGRAMADA PARA EL 16 DE DICIEMBRE DE 2019,*** *teniendo en cuenta los siguientes motivos:*
>
> ***SOLICITUD APLAZAMIENTO DE AUDIENCIA***
>
> *Esta petición la fundamento debido a que el suscrito, obra como apoderado de Seguros dentro de los siguientes procesos:*

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.
1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción. (...)
[23] Artículo 41. Corrección de irregularidades en la actuación administrativa. La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla.

• AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI contra AUTOPISTAS DEL NORDESTE S.A.S. por el presunto incumplimiento del Contrato de Obra No. 009-2014 actuación que se llevará a cabo el 16 de diciembre de 2019 a las 09:30 am.
• GOBERNACIÓN DE CASANARE contra CONSORCIO AGUAS DE PAZ DE ARIPORO por el presunto incumplimiento del Contrato de Consultoría No. 2426/2018 actuación que se llevará a cabo el 16 de diciembre de 2019 a las
10:00 am. (Fecha fijada en Estrados)
• JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ contra INVERSIONES Y SUMINISTROS LM S.A.SDE ORIENTE S.A.S por el presunto incumplimiento del Contrato de Suministro 187 de 2019 actuación que se llevará a cabo el 16 de diciembre de 2019 a las 03:00 pm. (Fecha fijada en Estrados)
Así las cosas, teniendo en cuenta que el suscrito, deberá acudir a las diferentes audiencias programadas, se hace imposible la asistencia de este último, a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por razones de tiempo y movilidad.
Por su parte, la H. Corte Constitucional ha expuesto los derechos que este comprende, en sentencia T-051/2016 manifestó lo siguiente,
"(...)
DERECHO AL DEBIDO PROCESO-*Derechos que comprende*

La Corte Constitucional ha manifestado que el debido proceso comprende:
"a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo. b) El derecho al juez natural, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley. c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, ***el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa****; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso. d) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables. e) El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo. f) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios*

anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas. (...)" (subrayado y negrilla fuera del texto).
Por lo anteriormente expuesto y en virtud del derecho fundamental al debido proceso, solicito a su Despacho el aplazamiento de la audiencia programada para el día 16 de diciembre de 2019 a las 03:00 pm, que permita que el apoderado principal de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. pueda asistir a la audiencia programada con el fin de presentar la defensa técnica de la aseguradora mencionada, y se fije una fecha en un plazo razonable.

AUTORIZACIÓN EXPRESA

Igualmente, en términos del numeral 13 del Articulo 3, Articulo 56, y numeral 1o. del artículo 67 de la Ley 1437 de 2011, autorizo expresamente a la ***GOBERNACIÓN DE BOLIVAR*** *para realizar toda comunicación, citación, notificación, conocimiento de auto o providencia que se profiera dentro de la Actuación Administrativa de la referencia, mediante la utilización de mecanismos electrónicos, así como para dar conocimiento del contenido de las actuaciones que se surtan, en los siguientes correos electrónicos:*
jmd@delgadorocha.com
jmdrocha@hotmail.com

Que la administración programó la reanudación para el día veintiséis (26) de diciembre de 2019, informándolo por los medios autorizados por los citados.

Que llegada la fecha y hora programada, se reanudó la diligencia prevista, dejándose expresa constancia de la concurrencia por medios electrónicos del apoderado de la compañía de seguros, según fue solicitado y aceptado por la delegada contractual, disponiendo para tales fines la conexión vía Skype.

Una vez otorgado el uso de la palabra al apoderado del contratista disciplinado, este procedió a presentar recusación contra las siguientes personas: Verónica Mendoza Coley; Carlos Rosales Andrade y James Martínez Gallego.

El fundamento de la recusación, alegado por el abogado fue el siguiente:

RECUSADO	CAUSAL	FUNDAMENTO FÁCTICO	FUNDAMENTO JURÍDICO	PRUEBAS

RESOLUCION No. 95 (e) **05 MAR. 2020**

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

VERÓNICA MENDOZA COLEY	Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.	La abogada es materialmente la directora del proceso, pese a que no está claro su vínculo con el Departamento, ha sido quien materialmente ha dirigido el proceso, es quien toma las decisiones, aunque no las firme. Es un hecho cierto e irrefutable que ha actuado en los dos procesos administrativos anteriores y adicional a ello con la misma preponderancia e injerencia.	Art. 11 de la Ley 1437 de 2011 numeral 2, leído en armonía con el concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública No. 175581 de 2016, en el que se expresa, que los contratistas eventualmente pueden desarrollar funciones propias de un cargo administrativo en forma material, razón que obliga a revisar la actuación del contratista en cada caso concreto	Audios y videos de las audiencia, así como el testimonio de los suscritos y del apoderado de la Aseguradora Suramericana Dr. Jorge Manuel Delgado Rocha.
CARLOS ROSALES ANDRADE	Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las	Haber participado en las dos diligencias anteriores al interior del proceso, conceptualizando y aportando su punto de vista técnico frente a los cargos impuestos en los procesos anteriores y en el presente.	Art. 11 Nunerales 2 y 11 de la Ley 1437 de 2011.	Audios y videos de las audiencia así como el testimonio de los suscritos y del apoderado de la Aseguradora Suramericana Dr. Jorge Manuel Delgado Rocha.

	referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.			
JAMES MARTÍNEZ GALLEGO	Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración	El recusado es el interventor de la obra, que en vez de ser enjuiciado dentro del proceso bajo estudio, por ser el interventor y quien firmó el pago de los desembolsos a favor de INGELET LTDA, a sabiendas que dicha empresa no cumplía los requisitos y condiciones equivalentes a Electroenergizar, tal como lo dispone textualmente el contrato y sin verificar, o más bien, habiendo verificado la inejecución del contrato por parte de este subcontratista, firmó y autorizó el pago del resto del desembolso, hoy es quien presenta la plena prueba en contra de Electroenergizar en la audiencia.	Art. 11 de la Ley 1437 de 2011 numeral 2, leído en armonía con el concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública No. 175581 de 2016, en el que se expresa, que los contratistas eventualmente pueden desarrollar funciones propias de un cargo administrativo en forma material, razón que obliga a revisar la actuación del contratista en cada caso concreto	Audios y videos de las audiencias así como el testimonio de los suscritos y del apoderado de la Aseguradora Suramericana Dr. Jorge Manuel Delgado Rocha. Actas, informes de interventoría – AIU de la empresa INGELET LTDA, certificado de cámara de comercio de la empresa INGELET LTDA.

El abogado apoderado del contratista manifestó que, de manera reiterada, solicitó por escrito y en forma verbal, que le fuera entregada copia del contrato de la abogada VERÓNICA MENDOZA COLEY,, donde se evidenciaran las actividades para las cuales se encuentra vinculada, o en su defecto copia del acto administrativo de nombramiento, acta de posesión y copia de la ficha del empleo donde se evidencien las funciones que desempeña la Abogada VERÓNICA MENDOZA, quien ejerce desde el comienzo de la

presente actuación administrativa con fines sancionatorios, la sustanciación, trámite y comunicación de las decisiones en todas las reuniones surtidas en el marco de la misma. Lo anterior con el fin de verificar el alcance legal de la actuación predominante en la presente diligencia de carácter sancionatoria.

Que en este punto, la administración suspendió la diligencia para analizar de fondo lo solicitado por el apoderado del contratista citado.

Que, reanudada la diligencia, se manifestó de inmediato al apoderado del contratista, la improcedencia de lo solicitado, entendiendo que la solicitud de recusación no se dirigió contra el delegado del señor Gobernador, que es quien ostenta la facultad sancionadora en la aludida oportunidad. La respuesta fue otorgada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, de acuerdo con las disposiciones de la ley 1437 de 2011 CPACA., y en atención a lo consagrado por el Código General del Proceso. -CGP- frente al particular.

Se reiteró en ese punto, que siendo la secretaria de minas y energía del departamento la única funcionaria en la diligencia, con la posibilidad de ser recusada, era necesario rechazar de inmediato la solicitud impetrada.

En tratándose de la información relativa al contrato de la abogada Verónica Mendoza se aclaró al solicitante que, la profesional mencionada, no era la delegada para tomar decisiones en la diligencia y que, además, para el particular al no existir la figura de la sustanciación, no se configuraban los supuestos de la norma.

La petición relativa a la información sobre el contrato de la precitada profesional, contrato, fue trasladada al **DIRECTOR DE FUNCION PUBLICA DE LA GOBERNACIÓN DE BOLIVAR**, delegado por el señor Gobernador para todo lo

relacionado con los contratos de prestación de servicios profesionales que celebra la entidad.

Que, no obstante la respuesta otorgada por la secretaria de minas y energía, el apoderado del contratista insistió en lo alegado y se determinó procedente suspende la diligencia, señalando que se reanudaría el día veintisiete (27) de diciembre, en las instalaciones de la sede de Gobierno de la Gobernación de Bolívar a las 8:00am.

Que, la reanudación de la audiencia programada para el día veintisiete (27) de diciembre de 2019, no pudo ser efectuada por incapacidad del delegado contractual (ANEXO INCAPACIDAD).

Que se informó por los medios autorizados para ello, que la reanudación de la diligencia se llevaría a cabo el día treinta (30) de diciembre.

Que, en la fecha, hora y lugar dispuestos para ellos, se reanudó la diligencia, y la doctora ETHEL HERNANDEZ PULGAR tomó el uso de la palabra, dejando expresa constancia de la concurrencia del apoderado de la compañía de seguros, del supervisor del contrato y del representante legal de la interventoría por conexión telefónica.

Procedió luego, a otorgar respuesta a la solicitud de recusación presentada en sesión anterior de la audiencia, manifestando expresamente que acogía en su totalidad el concepto que sobre el particular le fue remitido por la secretaría jurídica departamental, así:

Con fundamento en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en lo aplicable de la ley 1437 de 2011 (en adelante CPACA), y de la ley 1564 de 2012, la recusación presentada, no procede, por las razones que se exponen a continuación:

"Para resolver la procedencia de la recusación presentada por el apoderado del contratista disciplinado contra Verónica Mendoza, Carlos Rosales y James Martínez, debemos remitirnos en primera instancia a las causales de impedimento y recusación contempladas en el artículo 11 del CPACA, pues la norma especial no lo contempla y es además el artículo citado por el solicitante.

El artículo 11 antes mencionado, dispone la condición de los servidores públicos que podrán ser sujetos de recusación dentro de un trámite administrativo: Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por: (...)"

Los numerales 2 y 11 del artículo 11, corresponden a las causales señaladas por el solicitante de la recusación, como sustento del impedimento, pero estas deberán ser analizadas desde las facultades de los servidores públicos.

Por ello se analizará cada una de las personas recusadas desde sus condiciones particulares: 1. Verónica Mendoza asesora externa de la Secretaría Jurídica, el vinculo jurídico de la misma se encuentra soportado en la existencia de uno o varios contratos de prestación de servicios profesionales, en virtud de los cuales le ha sido asignada por la secretaria jurídica departamental, la labor de realizar el acompañamiento en varios de los procesos sancionatorios contractuales que adelantan las diferentes secretarías del departamento. Dicho esto, queda claro que no existe un traslado de las funciones de dirigir la audiencia o tomar decisiones en la misma y mucho menos una delegación de la facultad sancionadora, ni en esta actuación, ni en ninguna otra que se haya adelantado en estos mismos términos, pues como ha sido reiterado por la jurisprudencia del Consejo de Estado y en el mismo sentido por la Corte Constitucional, el contratista es un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato,

para la realización de actividades en pro del cumplimiento de los fines del estado, pero no por ello, de manera directa adquiere a condición de servidor público.

La asesora jurídica externa, arriba citada, al no tener la condición de servidor público, no es sujeto de recusación dentro del procedimiento administrativo que se adelanta por esta secretaría.

La facultad de instalar, reanudar, suspender la diligencia, decretar pruebas y en general adoptar las decisiones que correspondan en el desarrollo de la audiencia, siendo la más importante, la de proferir el acto administrativo que contenga esa decisión, reside de manera exclusiva en el cargo que ostento, y que por expresa prohibición legal, no puedo delegar.

Frente la recusación presentada contra el señor James Martínez representante legal de PROINGES S.A.S., interventoría que ejerce de acuerdo con el contrato No. 2451 de septiembre 15 de 2015, no procede la misma, en tanto por expresa disposición del articulo 86 de la ley 1474 de 2011, es en el informe de la interventoría en el cual soporta la administración el procedimiento administrativo contra el contratista que se disciplina, por ello no se entiende configurado un interés indebido, pues es un colaborador de la entidad, que en virtud de sus obligaciones legales y contractuales ejerce la labor encomendada.

Por ello, se rechaza de plano por improcedente la solicitud de recusación que se ha formulado contra el contratista de interventoría.

Frente a la recusación presentada contra Carlos Rosales en su calidad de Asesor Código (02) Grado (219) supervisor designado del contrato, es preciso manifestar que este profesional universitario únicamente ha desplegado el ejercicio de sus labores de supervisor, no existe mérito alguno para declarar probados los fundamentos del impedimento, pues no tiene facultades las

> *facultades que señala la norma. En este sentido, se rechaza de plazo esta solicitud de recusación y continuar el trámite correspondiente."*

Que una vez concluida la anterior respuesta, es decir resuelta la recusación impetrada por el apoderado del contratista y coadyuvada por el garante, manifestó la delegada del señor Gobernador, que la diligencia se suspendía y sería reanudada el día 21 de enero de 2020.

Se dejó constancia además en acta, que la respuesta otorgada en esa sesión de la diligencia, por la delegada contractual, fue enviada vía correo electrónico a los citados. El correo electrónico antes mencionado, hace parte integral del presente acto administrativo, como prueba de la comunicación de la decisión adoptada por la secretaria de minas frente al particular.

Que, a través de decreto 10 de enero 8 de 2020, fue nombrado por el señor gobernador de Bolívar VICENTE BLEL SCAFF, el señor WADY WADI ROMANO JACOME como Asesor Código 020, Grado 04, asignado a la Secretaría de Minas y Energía Departamental.

Que, la Gobernación de Bolívar-Secretaría de Minas y Energía, fue notificada por el JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CARTAGENA, sobre la admisión de la acción de tutela presentada por los señores EVER ANTONIO DORADO y CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GÚZMAN.

Dentro de la precitada acción constitucional, a la que le correspondió el Rad. 249-2019, los demandantes solicitaron la tutela del derecho al debido proceso, el cual consideraron desconocido por la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR por presuntamente no

otorgar el debido trámite a las recusaciones presentadas en curso del procedimiento administrativo sancionatorio contractual.

Que, no obstante haber otorgado las explicaciones requeridas, el señor Juez de la república, en uso de sus facultades constitucionales, resolvió **TUTELAR** el derecho constitucional al debido proceso de ELECTROENERGIZAR LTDA, el cual consideró fue vulnerado por LA GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR- SECRETARIA DE MINAS Y ENERGÍA, y por ello ORDENÓ a LA GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR- SECRETARIA DE MINAS Y ENERGÍA, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del fallo, se procediera a darle el trámite legal correspondiente a las recusaciones presentadas en contra de los señores CARLOS ROSALES ANDRADE, JAMES MARTÍNEZ GALLEGO Y VERÓNICA MENDOZA COLEY, de acuerdo a lo establecido en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 y así mismo ORDENÓ decretar la nulidad de todo lo actuado desde la diligencia del 26 de diciembre de 2019 hasta la fecha y suspender la actuación administrativa hasta tanto la autoridad competente, según el caso, decidiera sobre las recusaciones presentadas.

En cumplimiento de lo ordenado en el fallo de tutela, la Secretaría de Minas y Energía, convocó la reanudación de la diligencia para el día veinticinco (25) de febrero de 2020.

Que, frente a la convocatoria realizada por la administración para la reanudación de la diligencia suspendida, los citados presentaron las siguientes solicitudes de aplazamiento:

ASEGURADORA:

Doctor
WADI ROMANO JACOME
Secretario de Minas y Energía
GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR
E. S. D.

RESOLUCION No. 95 **05 MAR 2020**

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

REF: SOLICITUD DE APLAZAMIENTO
CITACIÓN AUDIENCIA PRESUNTO
INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL ARTÍCULO 86 LEY 1474 DE 2011-
DEBIDO PROCESO
Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015
CONTRATISTA: ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA
ASEGURADORA: SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

JORGE MANUEL DELGADO ROCHA, mayor, vecino y residente del Distrito Capital de Bogotá, identificado con cedula de ciudadanía No. 79.556.308 de Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional No. 114.851 del Consejo Superior de la Judicatura actuando en mi calidad de apoderado especial de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A**, mediante el presente escrito, me permito efectuar **SOLICITUD DE APLAZAMIENTO DE LA AUDIENCIA PROGRAMADA PARA EL 25 DE FEBRERO DE 2020,** teniendo en cuenta los siguientes motivos:

SOLICITUD APLAZAMIENTO DE AUDIENCIA

Esta petición la fundamento debido a que el suscrito, obra como apoderado de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., dentro del procedimiento Administrativo Sancionatorio adelantado por la GOBERNACIÓN DE ARAUCA, por el presunto incumplimiento del Contrato No. 720 de 2018 a las 3:00 pm., audiencia que se efectuará el 25 de febrero de 2020 a las 3:00 pm, en la Gobernación del Arauca, ubicada en la Carrera 21 No. 16-67 de la ciudad de Arauca.

Cabe anotar, que la audiencia mencionada anteriormente fue programada y notificada por la Gobernación de Arauca, mediante oficio que se adjuntará al presente documento, por el cual, es imposible que el apoderado de la aseguradora acuda a las dos audiencias programadas por entidades diferentes por razones de tiempo y movilidad.

Por lo anteriormente expuesto y en virtud del derecho fundamental al debido proceso, solicito a su Despacho el aplazamiento de la audiencia programada para el día 25 de febrero de 2020 a las 3:00 pm, que permita que el apoderado principal de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. pueda asistir a la audiencia programada con el fin de presentar la defensa técnica de la aseguradora mencionada, y se fije una fecha en un plazo razonable que permita el serio estudio y análisis del pliego de cargos a fin de preparar los argumentos jurídicos que sustentaran la debida defensa de la aseguradora.

RESOLUCION No. 95 05 MAR 2020

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

AUTORIZACIÓN EXPRESA

Igualmente, en términos del numeral 13 del Artículo 3, Artículo 56, y numeral 1°. del artículo 67 de la Ley 1437 de 2011, autorizo expresamente a la **GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR,** para realizar toda comunicación, citación, notificación, conocimiento de auto o providencia que se profiera dentro de la Actuación Administrativa de la referencia, mediante la utilización de mecanismos electrónicos, así como para dar conocimiento del contenido de las actuaciones que se surtan, en los siguientes correos electrónicos: jmd@delgadorocha.com

- **jmdrocha@hotmail.com**

- **lfc@delgadorocha.co**

De: Ana María Osorio Monsalve <amosorio@sura.com.co>
Enviado el: lunes, 24 de febrero de 2020 10.34 a. m
Para: Adelaida Pedraza Carrera <adelpeca@dinamicalps.com.co>, Diego Andres Avendaño Castillo <davendano@sura.com.co>
Asunto: CITACION AUDIENCIA Póliza Cumplimiento 2255042 / Siniestro 9200000268367 - DEPARTAMENTO DE ARAUCA / CONSORCIO COMEDORES 2016

Hola Adelaida / Diego

En relación a la citación a audiencia programada para mañana martes 25 de febrero de 2020 a las 3.00 pm en la Gobernación de Arauca por el presunto incumplimiento de CONSORCIO COMEDORES 2018 solicitamos su colaboración con la designación de un abogado que represente a Sura en la diligencia.

NOTA:

- Inicialmente fuimos citados para audiencia el 14 de febrero, a la cual no pudimos asistir, ya que la citación fue recibida en la Prom. Cúcula el 17 de febrero. Como el Afianzado solicitó aplazamiento, fue reprogramada para mañana, pero la notificación fue recibida en dicha promotora sólo hasta el viernes 21 de febrero.

- Como antecedente les compartimos la comunicación que recibimos en noviembre de 2019, donde la Supervisión de la GOBERNACION DE ARAUCA, le refiera al CONSORCIO COMEDORES 2018, hacer entrega de la documentación solicitada en el mes de octubre de 2019

- Adjuntos enviamos la citación, la póliza, el contrato, la suspensión y el clausulado.

Contacto Afianzado: FM SOLUTIONS SAS
RL. DEGNA VANESSA JIMENEZ SARMIENTO
Tel (7) 885 74 01 - 885 02 50 – 316 402 53 13, Arauca
e-mail [illegible]

Cordialmente,

JORGE MANUEL DELGADO ROCHA
C.C. No. 79.556.308 de Bogotá

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

T.P. No. 114.851 del C.S.J.

Anexo:

-Citación a audiencia expedida por la Gobernación de Arauca para el 25 de febrero de 2020 a las 3:00 pm.

Cordial saludo,

JORGE MANUEL DELGADO ROCHA
Celular: (57) 315-2298763
Fijo: (57+1) 7968003
Carrera 12 No 79-32 Of. 302
Skype Empresarial: jmd@delgadorocha.com
Bogotá D.C. - Colombia
www.delgadorocha.com

CONTRATISTA:

Señores
SECRETARÍA DE MINAS Y ENERGÍA DE BOLÍVAR
Gobernación de Bolívar

Cordial saludo.

***EVER ANTONIO DORADO**, en mi condición de representante de **ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA,** comedidamente me permito manifestar que el pasado viernes la empresa se enteró de la citación electrónica efectuada la entidad para acudir el día de mañana a la diligencia convocada. En la presente fecha y una vez puesta la situación en conocimiento de Doctor **CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GUZMÁN**, abogado de confianza con el cual he actuado desde el inicio de la convocatoria al procedimiento administrativo de carácter sancionatorio y quien conoce a plenitud del desarrollo del mismo, me informa que no le es posible desplazarse hasta la ciudad de Cartagena en la hora señalada, por cuanto se encuentra previamente citado desde el 17 de febrero del año en curso, según Resolución No. 11 del 2020 emanada por la Asamblea Departamental del Cauca, para presentar el día 25 de febrero, justamente el mismo*

día de la citación efectuada en fecha posterior por la Gobernación de Bolívar, la prueba escrita en el procedimiento de elección del Contralor Departamental del Cauca para el cual se encuentra postulado.

El doctor Bolaños ha allegado a la empresa como soportes de su situación planteada, los siguientes archivos, que a su vez exponen ante la Gobernación.

Teniendo en cuenta la situación antes descrita, comedidamente me permito exponer al Señor Secretario de Minas y Energía del Departamento de Bolívar, que el suscrito ciudadano y representante de la firma jurídica convocada, no puedo, en esta ocasión, asistir al trámite administrativo sancionatorio contractual citado por su parte sin la presencia y la asistencia técnica de mi representante jurídico, pues carezco de los conocimientos legales inherentes al ámbito del derecho para asistir a dicha diligencia, es decir, sin defensa técnica jurídica máxime cuando se encuentran en curso aspectos eminentemente jurídicos por debatirse, por lo tanto, solicito que por favor se re programe la diligencia para la próxima semana, fecha a partir de la cual mi abogado de confianza cuenta con la disponibilidad de mi asistencia y representación jurídica en el asunto de la referencia así como también el suscrito, pues en la presente semana no es viable efectuar el desplazamiento desde la ciudad de Popayán hasta la ciudad de Cartagena o la sede de Turbaco.

Agradeciendo de antemano la comprensión en la situación expuesta y por ende la colaboración solicitada.

Atentamente,

EVER ANTONIO DORADO

Que, estando en disposición para la reanudación de la diligencia, en la hora y lugar previstos, la misma debió ser aplazada, pues la administración aun no estando de acuerdo con las excusas formuladas debió ponderar ambas circunstancias y determinó dar prevalencia a las garantías sustanciales de los citados, frente a su potestad de continuar con el desarrollo de la diligencia.

Empero, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), se previno a los citados sobre la naturaleza de la convocatoria que les era realizada,

pues, contiene la expresa condición de ser de OBLIGATORIA ASISTENCIA, no pudiendo esgrimirse excusas, superfluas o improcedentes, para no hacerse presentes.

La renuencia a atender las citaciones que se formulen con ocasión del procedimiento, que adelanta la administración contra ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., conociendose de antemano, las obligaciones que le asisten a los citados, constituye una auto-sustracción del derecho de defensa, de contradicción, de dejar constancias y de verse representado en la actuación administrativa. Por tal razón y habiéndose constatado la notificación efectiva de la citación y la ausencia del citado, la entidad entendería que se consiente la realización de la misma y que no se objeta en manera alguna, las anotaciones o decisiones que en desarrollo de la misma se adopten y por ende la llevará a cabo, aun sin su presencia.

La posibilidad de concurrir a través de medios electrónicos en los términos de la legislación vigente, como se manifestó en reiteradas oportunidades, es extensiva para todos los citados.

Que, el día cinco (5) de marzo de 2020, en el lugar y hora previstos, el secretario de minas y energía WADI ROMANO JACOME, según decreto 10 de enero 8 de 2020, de acuerdo con las facultades delegadas por el señor Gobernador en decreto No. 26 de enero 20 de 2020, en especial las dispuestas en el literal t)., del articulo 2º, procedió a la reanudación de la audiencia dentro del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, contra ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.

Que, atendiendo a las objeciones que manifestaron los citados sobre facultades sancionatorias de los delegados del señor gobernador, se dio traslado en audiencia del decreto 10 de enero 8 de 2020 y del acta de posesión No. Xx enero de 2020 que sustenta el nombramiento del señor WADI ROMANO JACOME, como secretario de Minas y Energía departamental.

Aunado a lo anterior, se da traslado del Decreto No. 26 de enero 20 de 2020, "a través del cual se delegan unas competencias contractuales y se dictan otras disposiciones", y se señala especialmente lo dispuestos en el literal t)., del articulo 2°, como soporte de las facultades que ostenta el director de esta diligencia.

Que se dejó expresa constancia, del envío vía correo electrónico, de los documentos antes mencionados, al doctor JORGE MANUEL DELGADO ROCHA, apoderado del garante, quien concurrió por medios electrónicos.

Que una vez verificada la asistencia de los demás participes de la diligencia, se procedió de inmediato, a la comunicación del trámite otorgado a la recusación presentada por el apoderado del contratista y coadyuvada por el garante, en los siguientes términos:

Del presente procedimiento administrativo sancionatorio contractual, con ocasión de la ejecución del Contrato de Obra No. 2427 de julio 17 de 2015, se dio inicio el día 10 de junio de 2019, previo envío de la citación correspondiente al contratista-ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., y su garante – Seguros SURAMERICANA-.

El procedimiento administrativo sancionatorio contractual, reposa sobre un mandato constitucional de inexcusable atención, consistente en la obligación de garantizar el cumplimiento de los fines del estado, así como la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

La ley 80 de 1993 en su artículo 3º, y los numerales 1, 2 y 6 del artículo 4º, concreta esa obligación en los siguientes términos:

> *ARTICULO 3°. DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos,* ***las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.*** *(...). (Negrillas fuera del texto original)*
>
> *ARTICULO 4°. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*
>
> *1°.* ***Exigirán*** *del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.*
>
> *2°.* ***Adelantarán*** *las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.*
>
> *(...)*
>
> *6°.* ***Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños*** *que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado. (Negrillas fuera del texto original)*

En virtud de lo anterior, el legislador desarrolló el procedimiento sancionatorio contractual para el ejercicio del poder sancionatorio del estado en materia de contratación pública y como limite a la exorbitancia de este mismo poder, estableciendo un debido proceso y un espacio de garantía para los derechos de contradicción y de defensa de quienes fueran requeridos en su ejecución.

El Consejo de Estado ha destacado en sus pronunciamientos, la introducción positiva, en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, del debido proceso (Articulo 29 constitucional)

como principio rector de la contratación estatal, "su propósito fue el de afirmar lo que constitucionalmente es indiscutible, pero que materialmente ofrece dificultades"[24].

> ***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. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*
>
> *Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

El proceso que nos ocupa, se rige entonces, como ya se ha manifestado en oportunidades anteriores, por lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011[25]*, pero que además le son de aplicación directa las disposiciones de la ley 1437 de 2011 CPACA., es decir que, los principios consagrados en el artículo 3° de esta norma deben ser atendidos en todo el desarrollo de la actuación, así como la reglamentación del procedimiento administrativo sancionatorio general, contenido en el artículo 47 y*

---

[24] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección "c". C.P: Olga Melida Valle de De La Hoz. Rad. 20279 (6217) - 2011

[25] Por expresa disposición del parágrafo del artículo 47 de la ley 1474 de 2011: **Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio.** Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.
(...) Parágrafo. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.

siguientes, en lo no previsto por la norma especial, mientras que para el régimen probatorio se atenderá lo consagrado por el Código General del Proceso. -CGP-[26]

Es necesario en este punto, hacer precisión sobre la facultad sancionadora en el proceso especifico que nos corresponde. En primer lugar, es de recibo afirmar que la misma se encuentra en cabeza del señor gobernador de Bolívar, pues es el representante legal de la entidad contratante. Dicho funcionario, realizó a través de la expedición de un acto administrativo - Decreto 05 de enero de 2018- la delegación de sus facultades contractuales y ellos se desarrolla en los siguientes términos:

El honorable magistrado Alejandro Martínez Caballero, en Sentencia T-024 de 1996 definió la delegación y vale agregar, que ha sido esta definición y la indicación de los elementos que la configuran, los que a partir de ese momento han ilustrado las decisiones siguientes de la corporación:

> ***La delegación** desde un punto de vista jurídico y administrativo **es la modalidad de transformación de funciones administrativas en virtud de la cual, y en los supuestos permitidos por la Ley se faculta a un sujeto u órgano que hace transferencia.** Todo lo anterior nos lleva a determinar los elementos constitutivos de la Delegación: **1. La transferencia de funciones** de un órgano a otro. **2. La transferencia de funciones, se realiza por el órgano titular de la función. 3. La necesidad de la existencia previa de autorización legal.** 4. El órgano que confiere la Delegación **puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia.** En virtud de la Delegación, las funciones delegadas, conservan su naturaleza y régimen originario. Es decir que la función se tiene por cumplida por quien ha hecho la delegación. Los efectos jurídicos administrativos de la delegación implican, que en la media que el delegatario ocupa la posición del delegante, normalmente los recursos que caben, son los*

[26] Por expresa remisión normativa del articulo 211 del CPACA: **Artículo 211. Régimen probatorio.** En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil.

> *procedentes, como si el acto hubiera sido expedido por el delegante. (Negrillas fuera del texto original)*

Posteriormente, en sentencia C-561 de 1999, magistrado ponente Doctor Alfredo Beltrán Sierra, acotó lo siguiente: la desconcentración de funciones se realiza (hace y deshace) mediante la ley, ***en tanto, que la delegación se realiza y revoca por la autoridad administrativa titular de la atribución.*** *Bien se trate de desconcentración o de delegación de funciones, lo que se busca con estas figuras, es el mismo fin: descongestionar los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y, facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales." (Negrillas fuera del texto original)*

Estas consideraciones introductorias sirven de sustento para la consecuente afirmación de que la doctora ETHEL HERNÁNDEZ PULGAR Asesor Código 020, Grado 04, asignada a la Secretaría de Minas y Energía Departamental[27]*, para el momento de la presentación de la recusación, en virtud de la delegación realizada por el señor gobernador de Bolívar DUMEK TURBAY PAZ en el artículo 5º del Decreto 05 de enero de 2019, y hoy el doctor WADI ROMANO JACOME*[28] *Asesor Código 020, Grado 04, asignado a la Secretaría de Minas y Energía Departamental, en virtud de la delegación realizada por el señor gobernador de Bolívar VICENTE BLEL SCAFF, en uso de las facultades legales y constitucionales, contenidas en el artículo 2º del Decreto 26 de enero de 2020, son cada uno durante la vigencia de su nombramiento, el único funcionario que posee facultades para tramitar e imponer las sanciones en materia contractual proceda sobre el Contrato de Obra No. 2427 de julio 17 de 2015, pues corresponde a su dependencia.*

---

[27] Nombrada por el señor gobernador de Bolívar, por medio del Decreto 043 de 28 de febrero de 2019.

[28] Nombrado por el señor gobernador de Bolívar, por medio del Decreto 10 de enero 8 de 2020.

RESOLUCION No. 95 05 MAR. 2020

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

El Decreto No. 05 de enero de 2019 en su tenor literal dispuso:

> *_ARTÍCULO 5: Deléguese en los Secretarios de Despacho Código 020 Grado 04, en el Director Administrativo Código 009 Grado 02 asignado a la Dirección Función Pública y a los Jefes de Oficina Código 006 Grado 02 asignados a la Oficina de Gestión Social y Oficina Gestión del Riesgo de Desastres la facultad de comprometer contractualmente al Departamento de Bolívar frente a cualquier modalidad contractual que implique la celebración de contratos y convenios, con cargo a la unidad ejecutora de funcionamiento o inversión que se determine según la estructura del presupuesto de gastos de la Gobernación de Bolívar, específicamente en lo que respecta a los procesos que guarden Nación con la misión y las funciones asignadas a cada una de las dependencias a las que se encuentren vinculados según el caso; y en aquellos donde se reciba financiación de entidades públicas o privadas, sin límite de cuantía.*
>
> *En ejercicio de la facultad delegada, les corresponderá dentro de la actividad contractual que desarrollen, adelantar las actuaciones contractuales correspondientes a la etapa precontractual, contractual y pos contractual; y que comprende, entre otras, las actividades de:*
>
> *(...) o) tramitar e imponer las sanciones en materia contractual de los contratos de su dependencia conforme a los procedimientos establecidos en la ley 86 de la ley 1474 de 2012 y decreto 1510 de 2013.*

Mientras que, el Decreto No. 26 de enero de 2020 hoy vigente, dispone:

> *ARTICULO SEGUNDO: Deléguese a los Secretarios de Despacho Código 020 Grado 04, a los Directores Administrativos Código 009 Grado 02 asignados a la Dirección Función Pública y Dirección Logística; la responsabilidad dentro de la actividad contractual de la entidad, de adelantar las siguientes actuaciones contractuales correspondientes a la etapa precontractual, contractual y postcontractual en forma especifica de los procesos que guarden relación con la misión y las funciones asignadas a cada una de las dependencias a las que se encuentren vinculados según el caso:*

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

T) Adelantar trámites necesarios para la imposición de sanciones en materia contractual de los contratos de su dependencia, conforme a los procedimientos establecidos en el articulo 86 de la

U) Ley 1474 de 2011 y el Decreto 1082 de 2015

No hay asomo de duda al señalar que, el secretario de Minas y Energía del departamento de bolívar al ostentar el cargo de Asesor Código 020, Grado 04, tiene las facultades suficientes para expedir la citación, instalar, suspender y reanudar y en general presidir la audiencia, decretar pruebas y adoptar las decisiones que correspondan en el desarrollo de esta, siendo la más importante, la de proferir el acto administrativo que contenga esa decisión.

Así las cosas, el día 30 de diciembre de 2019, la Asesora Código 020, Grado 04 doctora ETHEL HERNÁNDEZ PULGAR, asignada a la Secretaría de Minas y Energía Departamental, otorgó respuesta a la recusación presentada por el señor CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GUZMÁN, contra los señores CARLOS ROSALES - supervisor del contrato, el señor JAMES MARTÍNEZ representante legal de la interventoría y la contratista de la Secretaría Jurídica VERÓNICA MENDOZA, en audiencia dentro del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, acogiendo el concepto emitido por la secretaría jurídica departamental, en los siguientes términos:

Considerando la recusación que fue presentada contra el funcionario Carlos Rosales - supervisor del contrato, el señor James Martínez representante legal de la interventoría y la contratista de la Secretaría Jurídica Verónica Mendoza en el curso de la reanudación de la diligencia, que tuvo lugar el día 26 de diciembre de 2019, según había sido programado por despacho, es dable manifestar que, con fundamento en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 – norma especial que rige el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, artículos 11, 130, 306 de la ley 1437 de 2011 (en adelante

CPACA), y articulo 142 de la ley 1564 de 2012 (En adelante CGP), la misma no procede, por las razones que se exponen a continuación:

Establece el parágrafo único del artículo 47 del CPACA., en su tenor literal que: Parágrafo. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.

Es por ello que en el trámite de todos los procedimientos que adelante la administración en contra de sus contratistas, en uso de sus facultades, con miras a imponer sanciones y/o declarar el incumplimiento de los mismos, se regirá por lo establecido en el articulo 86 de la ley 1474 de 2011- procedimiento administrativo sancionatorio contractual, por tratarse de la norma especial expedida para la materia y en lo no previsto por las disposiciones del CPACA.

Por esto último, es menester remitirnos a lo dispuesto expresamente en los artículos 211 y 306 del CPACA, los cuales se citan a continuación:

> *Artículo 211. Régimen probatorio. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil[29].*
>
> *Artículo 306. Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil[30] en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

En resumen, la regulación del proceso que nos ocupa, se encuentra contenida en el 86 de la ley 1474 de 2011, mientras que los aspectos no regulados serán llenados con las

[29] Hoy Código General del Proceso- ley 1564 de 2012
[30] Hoy Código General del Proceso- ley 1564 de 2012

disposiciones del CPACA, y lo relativo al régimen probatorio y otros aspectos puntuales y compatibles con la naturaleza del proceso, no previsto allí, con el CGP.

Ahora bien, puntualmente sobre la recusación presentada por el apoderado del contratista disciplinado contra las personas señaladas en acápite anterior, debemos remitirnos en primera instancia a las causales de impedimento y recusación contempladas en el artículo 11 del CPACA, y el procedimiento a seguir, pues el procedimiento administrativo contenido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, no contempla este aspecto.

El artículo 11 antes mencionado, en su tenor literal dispone cual es la condición de los servidores públicos que podrán ser sujetos de recusación dentro de un trámite administrativo: Todo servidor público que ***deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento*** *por:*

En este entendido, los numerales 2 y 11 del artículo alegados por el solicitante de la recusación, deberán analizados desde las facultades de los servidores públicos, pues no tendría sentido alguno separar del trámite a aquellos participes que no tienen incidencia, dirección o disposición sobre el asunto, por un mero capricho del solicitante y así lo ha previsto la norma.

Frente al caso particular de Verónica Mendoza asesora externa de la Secretaría Jurídica, es necesario analizar que, el vinculo jurídico de la misma se encuentra soportado en la existencia de uno o varios contratos de prestación de servicios profesionales, en virtud de los cuales le ha sido asignada por la secretaria jurídica departamental, la labor de realizar el acompañamiento en varios de los procesos sancionatorios contractuales que adelantan las diferentes secretarías del departamento. Dicho esto, queda claro que no existe un traslado de las funciones de dirigir la audiencia o tomar decisiones en la misma y mucho menos una delegación de

la facultad sancionadora, ni en esta actuación, ni en ninguna otra que se haya adelantado en estos mismos términos, pues como ha sido reiterado por la jurisprudencia del Consejo de Estado y en el mismo sentido por la Corte Constitucional, el contratista es un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato, para la realización de actividades en pro del cumplimiento de los fines del estado, pero no por ello, de manera directa adquiere a condición de servidor público.

Particularmente el Consejo de Estado mediante pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil[31] *conceptuó lo siguiente:*

> *"**La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales.** En efecto, el de prestación se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente -Sentencia C-280/96, (...)"*

La Corte Constitucional, en la sentencia citada por el Consejo de Estado, consideró lo siguiente:

> *"Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.*
>
> *Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. (...)"*[32]

---

[31] dSala de Consulta y Servicio Civil, Mayo 10 de 2001, Radicación No.1.344, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.
[32] Corte Constitucional, Sentencia C-280 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Estas consideraciones fueron recogidas en Concepto 74771 de 2016 del Departamento Administrativo de la Función Pública, en el cual concluyó lo siguiente:

> *"(...) Como puede observarse de las normas anteriormente señaladas, los contratos de prestación de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, no obstante, no tienen la calidad de empleados públicos.*
>
> *De acuerdo con el Consejo de estado, de los presupuestos de la definición legal y de los elementos analizados, se concluye que particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos."*

Dicho lo anterior, queda claro y más allá de toda duda, que la asesora externa arriba citada, al no tener la condición de servidor público, no es sujeto de recusación dentro del procedimiento administrativo que se adelanta, máxime cuando en el trámite del mismo, no procede la figura de la delegación de la función de presidir y adoptar decisiones en su curso, pues, la delegación[33] que ha realizado el señor Gobernador en el asesor código 020, grado 04, para adelantar esa actuación, como ha sido manifestado en anteriores ocasiones, es indivisible e indelegable.

La facultad de instalar, reanudar, suspender la diligencia, decretar pruebas y en general adoptar las decisiones que correspondan en el desarrollo de la audiencia, siendo la más importante, la de proferir el acto administrativo que contenga esa decisión, reside de manera exclusiva en el secretaria de minas, quien tiene expresamente prohibido, según lo dispuesto en el numeral 2, del articulo 11 de la ley 489 de 1998[34], delegarlo o subdelegarlo en cualquier otro funcionario o colaborador de la administración.

---

[33] Decreto departamental No. 05 de enero 5 de 2018, artículo 5°, literal o).
[34] Artículo 11. Funciones que no se pueden delegar. Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:
1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.

Para atender, circunstancialmente las necesidades de la diligencia y del desarrollo del procedimiento en general, este despacho le suministró apoyo jurídico, entre otras actividades en la proyección de las comunicaciones y del borrador del acta, así como en la lectura de está en cada sesión. El acompañamiento y apoyo prestados, desde ningún punto de vista puede considerarse como un acto de delegación y mucho menos como la designación, como erradamente lo señala el solicitante de la recusación. ***Por ello, es procedente rechazar de plano por improcedente la solicitud de recusación que se ha formulado contra la profesional arriba señalada.***

En tratándose de la solicitud de copia o certificación de los contratos de la asesora externa y su vigencia, elevada por el apoderado del contratista, se le sugiere dar traslado de dicha petición al Dirección de Función Publica para su respuesta en los términos establecidos en la ley, pues es a quien por delegación[35] expresa del señor Gobernador le corresponde suscribir los contratos de prestación de servicios profesionales y certificar los aspectos con ellos relacionados y no a este despacho.

Frente la recusación presentada contra el señor James Martínez representante legal de PROINGES S.A.S., quien en virtud del contrato No. 2451 de septiembre 15 de 2015 adelanta la interventoría del contrato señalado en la referencia, es preciso manifestar que, no le asiste razón al solicitante, en tanto por expresa disposición del articulo 86 de la ley 1474 de 2011, es en el informe de la interventoría en el cual soporta la administración el procedimiento administrativo contra el contratista que se disciplina.

No es posible entonces, tener como configurado un interés indebido, en un colaborador de la entidad, que en virtud de sus obligaciones legales y contractuales ejerce la labor encomendada.

---

2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.
3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

[35] Decreto departamental No. 05 de enero 5 de 2018

Los demás aspectos relacionados con el actuar del interventor frente a la ejecución del contrato de interventoría, la autorización de desembolsos, entre otras actividades, podrá si así lo considera su despacho, objeto de análisis en actuación administrativa posterior. No estando previsto en el presente trámite la vinculación de ningún otro actor, pues al procedimiento únicamente concurre el contratista y su garante para el ejercicio del derecho de contradicción y de defensa, en el marco del debido proceso, tal como se ha adelantado hasta la fecha.

Por ello, es procedente rechazar de plano por improcedente la solicitud de recusación que se ha formulado contra el contratista de interventoría.

Por último, frente a la recusación presentada contra Carlos Rosales en su calidad de Asesor Código (02) Grado (219) supervisor designado del contrato, entendiendo que este profesional sí ostenta la condición de servidor público, es menester analizar si se encuentra prevista su actuación, en los supuestos de la norma contentiva de las causales de impedimento y recusación:

En este entendido, el servidor público, para ser objeto de recusación debe encontrarse en facultad legal o funcional de realizar en este procedimiento las siguientes actividades:

> ***adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas***.

Entendiendo entonces que el Asesor Código (02) Grado (219) supervisor designado del contrato, no tiene delegación expresa del señor Gobernador para adelantar la actuación administrativa sancionatoria contractual y que, en el marco del procedimiento, el señor Rosales únicamente ha desplegado el ejercicio de sus labores de supervisor, no existe mérito alguno para declarar probados los fundamentos del impedimento. En este sentido, es procedente rechazar de plazo esta solicitud de recusación y continuar el trámite correspondiente.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

De la anterior respuesta, además, la secretaría de Minas y Energía, dio traslado vía correo electrónico, de acuerdo con la autorización realizada por los citados respecto de las notificaciones electrónicas. Para constancia de ello, se deja constancia del correo electrónico antes mencionado, y se trae a colación el contenido del mismo, así:

"EVER ANTONIO DORADO
Representante Legal
ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.

SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
Atte.: JORGE MANUEL DELGADO ROCHA
Apoderado Seguros Generales Suramericana

JAMES MARTÍNEZ GALLEGO
Representante Legal
Proinges S.A.S

Cordial saludo,

Cumpliendo lo anunciado durante la audiencia del día de hoy lunes 30 de diciembre de 2019, en consideración a las recusaciones presentadas el día jueves 26 de Diciembre de 2019 por el apoderado del contratista Electroenergizar, coadyuvadas por el apoderado de la aseguradora Jorge Delgado; ésta secretaría se permite pronunciarse en el siguiente sentido:

1.- Acoger en todas sus partes el concepto jurídico esbozado por la secretaría jurídica de la gobernación de Bolívar, doctora Adriana Trucco, en relacionado con nuestra consulta sobre la recusaciones presentadas por el abogado Carlos Andrés Bolaño apoderado de la firma Electroenergizar en cesión de audiencia celebrada el jueves 26 dic de 2019, coadyuvada por el abogado de la aseguradora el doctor Jorge Manuel delgado; sobre cuya pertinencia la Dra Trucco se pronuncia, como ya se dijo, previa solicitud nuestra.

2.- El Dr Carlos Bolaños, se manifiesta recusando a la doctora Verónica Mendoza Coley como secretaria de la audiencia, al ingeniero James Martínez como interventor y al Ingeniero Carlos Rosales como supervisor del contrato 2427, cuyo Contratista es la firma Electroenergizar.

3.- Las consideraciones para dichas recusaciones constan en el Acta respectiva.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

En atención a ello, tal como viene dicho en audiencia, esta Secretaría se pronuncia por escrito al respeto, acogiendo en todas sus partes el concepto. Considerando además, que los recusados están en cumplimiento de sus obligaciones contractuales (los contratistas) y laborales para el caso del P.U de minas Ing. Carlos Rosales quien funge como Supervisor del contrato.

4.- Que una vez revisada las normas pertinentes en la materia y las que regulan el presente proceso sancionatorio, así como el concepto aludido, emitido por la Dra. Adriana Trucco, Secretaria Jurídica de la Gobernación de Bolívar, se concluye que:

a.- Las personas recusadas no son sujeto de recusación por cuanto no les asiente la capacidad de decisión dentro del presente proceso sancionatorio.

b.- En consecuencia se deberá seguir con la actuación administrativa tal cual viene ordenado anteriormente.

En el anterior sentido se entienden tramitadas y resueltas las recusaciones presentadas por el apoderado de la firma Contratista Electroenergizar, Dr. Carlos Bolaños.

Anexos:

Se anexa para conocimiento de las partes el aludido concepto jurídico soporte de la presente decisión.

(ORIGINAL FIRMADO)

ETHEL HERNÁNDEZ PULGAR
Secretaría de Minas y Energía

Ahora, concluido el recuento, y en tratándose del procedimiento aplicado por este despacho, al trámite de la recusación presentada por el apoderado del contratista, es menester que nos remitamos a lo dispuesto en el artículo 12 del CPACA, en cual, en su tenor literal dispone:

Artículo 12. Trámite de los impedimentos y recusaciones. *En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector*

> *administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.*
>
> *La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.*
>
> ***Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.***
>
> ***La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el cómputo de los términos para que proceda el silencio administrativo se reiniciará una vez vencidos los plazos a que hace referencia el inciso 1 de este artículo.***

Entendiendo que la recusación no fue presentada contra el delegado contractual en la presente diligencia, el trámite antes citado no es de aplicación, pues no le asiste la posibilidad de pronunciar si acepta o no una causal que no se formula contra su persona.

De igual forma, los contratistas y el funcionario efectivamente recusados, al no ostentar unos la condición de servidores públicos y en general de delegados dentro de la actuación, no les resulta aplicables las causales previstas, pues no poseen las calidades contempladas en el artículo 11 del CPACA.

Con todo lo antes relatado, es posible concluir, sin atisbo de duda, que la doctora ETHEL HERNÁNDEZ PULGAR, en pleno uso de las facultades delegadas por el señor

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Gobernador de Bolívar, en especial la contenida en el literal o)., del artículo 5º del Decreto 05 de enero de 2018, dio aplicación al articulo 12 con respecto al procedimiento aplicable y ***otorgó*** *respuesta a la recusación presentada por el apoderado del contratista, en el desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y de la misma respuesta dio traslado vía correo electrónico a los citados, en virtud de la autorización por ellos emitida.*

Que, por aplicación del fallo de tutela proferido por Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cartagena, de fecha 29 de enero de 2020, se entiende por no tramitada la recusación.

Que, considerando que el gobierno Bolívar Primero inició el día 1 de enero de 2020, se informó a los presentes que, la decisión adoptada de rechazar las recusaciones presentadas por el apoderado del contratista y coadyuvada por la compañía de seguros, en calidad de garante del contrato de obra, una vez revisado el trámite establecido en el artículo 12 del CPACA, fue retomada y reiterada en su totalidad por secretario de minas y energía doctor WADI ROMANO JACOME, pues los supuestos de hecho y las condiciones de los recusados se mantienen, así como la normatividad aplicable al caso.

Por lo anterior, el secretario de Minas y Energía del departamento, nombrado en Decreto 10 de enero 8 de 2020, actuando de acuerdo con las facultades delegadas por el señor Gobernador de Bolívar en Decreto No. 26 de enero de 2020, decidió rechazar de plano las recusaciones presentadas por el apoderado del contratista y coadyuvada por la compañía de seguros, contra los señores VERÓNICA MENDOZA COLEY, JAMES MARTÍNEZ y CARLOS ROSALES, por las razones expuestas y una vez otorgado el trámite establecido en el artículo 12 del CPACA., en tanto las causales alegadas por el solicitante no se encontraban dirigidas contra él, quien es el único servidor público presente en la diligencia, con posibilidades de ser recusado, aunado a que a los efectivamente recusados no es posible encuadrarlos en el supuesto de la norma, pues no son servidores públicos los dos primeros y el segundo si bien es

servidor público, no cuenta con delegación para realizar las acciones señaladas en el articulo 11 del CPACA.

Que, en atención a lo dispuesto en la ley 1437 de 2011 y ley 1564 de 2012, contra la decisión proferida no proceden recursos.

Que, se informó a los presentes que, de lo acontecido en esa sesión de la audiencia que, se adelanta con ocasión del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, se enviaría constancia al señor Juez Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento, para acreditar el cumplimiento del fallo de 29 de enero de 2020, emitido dentro de la acción de tutela Rad. 249-2019.

Que, el apoderado del contratista manifestó su inconformidad con la respuesta otorgada y en el mismo sentido el apoderado de la compañía de seguros, pues a su buen entender, era necesario que la entidad otorgara a esa solicitud el trámite de incidente y el pronunciamiento de la decisión se hiciera en acto administrativo escrito, es decir una resolución, frente a la que pudieran ejercitar los recursos de ley.

Que, conforme a lo alegado por los citados, el señor secretario reiteró su decisión, explicó que la misma al ser una declaración expresa de la administración, derivada del ejercicio de las facultades que le han sido delegadas, es en sí mismo un acto administrativo, que se expide en audiencia pública y en ella se notifica y contra el que no caben recursos, por expresa disposición legal.

Que, se trae a colación lo dispuesto frente al trámite de las recusaciones, aquello que se considera aplicable, tanto del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Artículo 132), Código General del Proceso (Artículo 143), para reafirmar que, el acto administrativo expedido por el señor secretario de minas y energía, no es susceptible de la interposición de recursos

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Que, el H. la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en reiteradas decisiones ha señalado sobre los impedimentos y recusaciones que, son contemplados por la ley como *"mecanismo jurídico para preservar el derecho a la imparcialidad de los funcionarios, a quienes corresponde apartarse del proceso de su conocimiento cuando se tipifica en su caso específico alguna de las causales que se encuentran expresamente descritas en la ley."*

Que, una vez agotado el trámite anterior, se procedió a resolver las peticiones presentadas vía correo electrónico, por el señor apoderado del contratista, en las cuales solicitó que se adelantara de manera previa al procedimiento administrativo sancionatorio contractual, la liquidación bilateral del contrato, en los siguientes términos:

> *CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GUZMAN, obrando en condición de apoderado judicial de la empresa ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA, comedidamente me permito reiterar a Usted, actual Secretario de Minas y Energía del Departamento de Bolívar, que mediante comunicaciones expresas de fechas 18 y 30 de diciembre de 2019 presentadas a la anterior Secretaria de Despacho Doctora ETHEL HERNÁNDEZ PULGAR, las cuales son de su conocimiento en atención a que mediante correo electrónico del pasado 17 de febrero del año en curso le solicité directamente a Usted, y le reenvié las dos solicitudes antes referidas, por favor se sirviera ATENDER nuestro reiterado expuesto interés directo en que* ***se surta el procedimiento legal previsto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 al establecer que los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación, etapa en la cual las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar y en el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo, en concordancia con lo reglado en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007****. Abordar la fase de liquidación bilateral, no implica obligatoriamente para la Administración Departamental cerrar el procedimiento administrativo sancionatorio que se viene surtiendo, pues en dicha etapa y conforme a los acuerdos, conciliaciones y/o transacciones a que pudiesen llegar las partes, como lo indica la ley, ello permitiría a su vez poner fin a las divergencias presentadas, entre ellas las que han motivado el desarrollo de la referida audiencia de presunto incumplimiento contractual. Esta fase reiterada en su aplicabilidad, es de ley y no puede obviarse, razón por la cual nuevamente se solicita de forma respetuosa, se SUSPENDA el trámite de la audiencia de presunto incumplimiento contractual en curso y en su lugar de disponga formalmente el inicio de*

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

la fase de LIQUIDACIÓN BILATERAL, si surtido éste último procedimiento no se logra un acuerdo para proceder a la liquidación bilateral, podrá continuarse con el trámite de la audiencia suspendida.

De otro lado, así mismo me permito reiterar que el día 04 de febrero del 2020 fuimos notificados del fallo de tutela emanado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena en el cual se tutela el derecho constitucional al debido proceso reclamado por nuestra parte ante el Juez Constitucional y en consecuencia se dispuso la nulidad de todo lo actuado desde la diligencia del pasado 26 de diciembre y la suspensión de la actuación administrativa hasta tanto la autoridad competente decida sobre las recusaciones presentadas de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, lo cual hasta la fecha no se ha dado estricto cumplimiento.

En dicho sentido, la administración departamental, deberá surtir algunas actuaciones administrativas en el estricto orden legal previsto por la señalada norma y por ende hasta tanto no se culmine dicho procedimiento, consideramos no es viable reanudar la diligencia convocatoria por la entidad pública.

Atentamente,

CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GUZMÁN
Apoderado Electroenergizar Ingeniería Ltda.

--------- Forwarded message ---------
De: ***ANDRÉS BOLAÑOS*** *<cabg2017@gmail.com>*
Date: vie., 7 feb. 2020 a las 7:28
Subject: Fwd: PROPUESTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL EN ATENCIÓN A QUE NO SE OBTUVO RESPUESTA DE LA ENTIDAD AL RESPECTO
To: Secretaria de Minas y Energia <Proyectosenergiagobol@hotmail.com>, Jorge Delgado Rocha <jmd@delgadorocha.com>, ELECTROENERGIZAR ING. LTDA. <electroenergizar@hotmail.com>

Reenvío el correo referido en la otra comunicación del presente día.

CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GUZMÁN
Apoderado Electroenergizar Ingeniería Ltda.

RESOLUCION No. 95 05 MAR. 2020

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

---------- Forwarded message ---------
De: ***ANDRÉS BOLAÑOS*** *<cabg2017@gmail.com>*
Date: lun., 30 dic. 2019 a las 9:47
Subject: PROPUESTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL EN ATENCIÓN A QUE NO SE OBTUVO RESPUESTA DE LA ENTIDAD AL RESPECTO
To: Secretaria de Minas y Energia <Proyectosenergiagobol@hotmail.com>, Jorge Delgado Rocha <jmd@delgadorocha.com>, ELECTROENERGIZAR ING. LTDA. <electroenergizar@hotmail.com>

Cordial saludo Doctora Ethel Hernández Pulgar, Secretaria de Minas y Energía del Departamento de Bolívar

Mediante correo electrónico del 18 de diciembre del año en curso se plantearon por mi parte situaciones alusivas al trámite legal que prevee la ley para abordar la liquidación bilateral, pues reitero fui yo quien mediante comunicación del 13 de noviembre de 2019 propuse que entraramos en fase de discución de los términos de una muy probable liquidación bilateral y nuevamente el 18 de diciembre así lo solicité, actuaciones frente a las cuales no se ha obtenido respuesta alguna.

En el curso de la audiencia del mismo 18 de diciembre se informó al suscrito que se había enviado un correo por la entidad invitando a la liquidación bilateral, sin embargo se manifestó no haberse recibido dicha comunicación, razón por la cual inmediatamente me pronuncie al respecto en la misma fecha mediante el correo anexo.

Al respecto, ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en expediente STC1134-2017 Radicación 11001-02-03-000-2017-00124-00 del 01 de febrero de 2017 que ***"En efecto, de acuerdo al primer canon citado, cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la comunicación podrá remitirse por el secretario o el interesado por medio de correo electrónico. Se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación cuando el iniciador recepcione acuse de recibido. En este caso, de dejará constancia de ello en el expediente y adjuntará una impresión del mensaje de datos, requisito que también se halla previsto en los artículos 10o 3 y 11o4 del aludido acuerdo, del cual, como antes se indicó, no existe constancia en el expediente del trámite de tutela reseñado, por lo que, sin lugar a dudas, el acto procesal de notificación por medio electrónico al que se ha hecho referencia, carece de validez y por tanto, no debió ser tenido en cuenta por la Corporación acusada en momento"****.*

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que la entidad no ha probado en debida forma como lo expone el Artículo 291 numeral 3 último inciso del CGP, mediante lo cual se desvirtúe mi afirmación, comedidamente solicito que se de inicio a la fase de liquidación bilateral que he solicitado a iniciativa propia en dos ocasiones y que en la suspensión obligatoria de la diligencia y mientras se superan las causas, se pueda analizar la propuesta de liquidación bilateral que se presenta a la entidad y que se establezca una fecha posterior para analizar en conjunto las propuestas de ambas partes y poder agotar la fase de discusión o negociación de los probables contenidos de la liquidación, como así lo establece la ley.

En tal sentido se aporta la propuesta mencionada, para estudio de la entidad.

CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GUZMÁN
Abogado apoderado Electroenergizar Ltda.

---------- Forwarded message ---------
De: ***ANDRÉS BOLAÑOS*** *<cabg2017@gmail.com>*
Date: mié., 18 dic. 2019 a las 10:59
Subject: RESPUESTA A CONVOCATORIA PARA LIQUIDACIÓN BILATERAL
To: Secretaria de Minas y Energia <Proyectosenergiagobol@hotmail.com>, <jorge@delgadorocha.com>

Cordial saludo, señores Secretaría de Minas y Energía del Departamento.

En la diligencia surtida en el día precedente, se nos informó la existencia del envió de un correo electrónico de fecha 15 de noviembre del año en curso por el cual se convoca a la empresa ELECTROENERGIZAR LTDA, comunicación que bajo la gravedad del juramento señalo no haber tenido conocimiento de la misma así como también consultada la empresa en el desarrollo de la misma audiencia en comunicación en alta voz se nos confirmó no registrarse la recepción del referido correo, a pesar de lo expuesto por la entidad en dicho momento sobre el envió del correo.

En mi intervención del pasado 13 de noviembre, por la cual efectúe "pronunciamiento de objeción y contradicción frente al documento denominado "Informe Resultado Mesa Técnica" presentado por la firma interventora PROINGES SAS en relación con la ejecución del Contrato de Obra No. 2427 de julio 17 de 2005 siendo contratista ELECTROENEGIZAR INGENIERÍA LTDA., en el marco de la citación a audiencia administrativa por presunto incumplimiento de las obligaciones a su cargo", fue precisamente el suscrito apoderado quien en representación del contratista

planteo la posibilidad y la clara intención de buscar una opción final al proceso liquidatorio en el entendido de acudir a una liquidación bilateral definitiva, así:

"En estas condiciones lo adecuado es la búsqueda de soluciones bilaterales concertadas dentro del marco de la legalidad, materializables a través de una liquidación definitiva en condiciones justas y no la continuidad de posiciones sesgadas de exclusiva responsabilidad del contratista, sin contextualización integral del propio concepto de responsabilidad, cuando se tiene también cierto grado de responsabilidad en las resultas actuales de la ejecución contractual no satisfactoria, posición en la que insiste la interventoría y sobre la cual induce continuar a la administración departamental".

Lo anterior, se reitera, no conociéndose el referido correo electrónico de la entidad que convocaba a dicho espacio de análisis conjunto en miras a una liquidación bilateral.

En tal sentido, y siendo clara la voluntad del contratista ELECTROENERGIZAR LTDA de plantar propuestas para la suscripción de una liquidación bilateral, me permito solicitar se SUSPENDA el desarrollo de la continuidad de la audiencia prevista para la presente fecha y en su lugar se disponga el espacio conjunto para la búsqueda y consolidación de alternativas de una liquidación bilateral respecto del contrato de la referencia, pues se encuentra en la órbita de la funcionaria delegada para la fase post contractual o liquidatoria, dentro de la cual se desarrolla la diligencia de carácter administrativo contractual en curso, poder cesar el procedimiento cuando se evidencien haberse superado las causas que motivaron su convocatoria a audiencia de presunto incumplimiento contractual, pues de consolidarse una liquidación bilateral claramente expuesta su intención de búsqueda por ambas partes contratantes, encontraría fundamento para la no continuidad del referido trámite en curso.

La respuesta a la presente solicitud por favor comunicarla al correo electrónico de la empresa y en adelante igualmente al suscrito a la dirección cabg2017@gmail.com

Que, ante lo requerido por el apoderado del contratista disciplinado, es preciso manifestar que, por expresa disposición legal, el término para efectuar la liquidación bilateral y así mismo la unilateral, del contrato se encuentra vigente, sin embargo, no es procedente lo solicitado, pues el presente proceso sancionatorio tendrá necesariamente efectos sobre la liquidación y por ello es necesario concluir en primera medida el trámite en curso, previa liquidación del contrato.

Y se agrega, la oportunidad que tiene la Gobernación de Bolívar como entidad contratante, a través de su secretaría de Minas y Energía, para imponer sanciones, que en el caso que nos ocupa, corresponde a la efectivización de la cláusula penal pecuniaria, por el de las obligaciones contractuales, se apoya en dos supuestos, el primero, que la actuación se adelanta **después** de vencido el plazo de ejecución, y el segundo, que subsistieron obligaciones pendientes de cumplimiento, a cargo del contratista.

Es dable afirmar entonces, que de manera obligatoria, deben encontrarse presentes ambos supuestos, para la procedencia de la acción sancionatoria que se adelanta, es decir, si se hubieren cumplido las obligaciones, no sería procedente iniciar el procedimiento de imposición de la sanción por carencia de sustento y si el contrato se encontrara liquidado, como pretende el solicitante, al cesar la obligatoriedad de la prestación debida, por extinción del vinculo contractual, se pierden por completo las facultades para adelantar actuación alguna.

En este entendido, si se efectuase liquidación, como lo ha solicitado el contratista disciplinado, la entidad ya no podrá hacer efectivo su poder sancionatorio sobre el contratista incumplido, toda vez que la liquidación finiquita la relación jurídico negocial de las partes.

Que, como una garantía máxima de los derechos de contradicción y de defensa, la administración consideró procedente conceder un término adicional, para las intervenciones finales de los citados y presentación de sus consideraciones de conclusión, previo al desarrollo del punto del orden del día respuesta de la entidad a las intervenciones realizadas en audiencia.

El término se consideró adicional, pues ambos citados contaron con tiempo suficiente y la oportunidad prevista para ello y algunas más, realizaron la presentación de sus descargos, la acreditación de pruebas y la controversia de las obrantes en el proceso, embargo, la entidad consideró que por la extensión del proceso y la complejidad de los

aspectos debatidos, resulta procedente otorgar un espacio para las conclusiones finales de los citados.

Que, las intervenciones del contratista disciplinado y del garante del contrato de obra, se centraron en reiterar su desacuerdo por la no procedencia de la suspensión del procedimiento, para adelantar la liquidación bilateral del contrato; la reiteración de otorgarle un trámite incidental a la solicitud de recusación; y la existencia de u presunto desequilibrio contractual.

Que, previo en el orden del día, la administración procedió a dotar de absoluta claridad la decisión que tomó, sobre el trámite de la recusación presentada por el apoderado del contratista y coadyuvada por el apoderado de la compañía de seguros, contra Verónica Mendoza, Carlos Rosales Andrade y James Martínez Gallego, dada la insistencia sobre el particular, de los citados.

El proceso administrativo, tal como se manifestó en reiteradas ocasiones se rige de manera preferente por lo establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, es decir el procedimiento especial previsto por el legislado, de tal suerte que, la totalidad del trámite previsto se adelanta y agota en audiencia pública.

Ahora bien, dada la naturaleza complementaria del CPACA y del CGP, frente a aquellas situaciones no contempladas en la norma especial, se procede a la aplicación de los artículos 11 y 12 del primero, para resolver la solicitud de revocatoria impetrada por el contratista citado.

Tenemos que, la recusación no fue presentada contra el delegado contractual, es decir contra el secretario de minas, quien ocupa el cargo desde el 10 de enero 8 de 2020, por lo que el trámite previsto en el artículo 12 del CPACA, no es de aplicación, pues no le asiste la posibilidad de pronunciar si se acepta o no la causal que no se formula contra su persona.

No obstante el hecho antes indicado, la administración en cabeza del señor secretario, ha sustentado de fondo la improcedencia de las causales de impedimento contra Verónica Mendoza, Carlos Rosales Andrade y James Martínez Gallego, alegadas por el solicitante, sin que la interposición errada de la recusación haya sido el único fundamento de la negativa sobre su procedencia.

La justificación de la improcedencia de la recusación, reside en que los contratistas y el funcionario efectivamente recusados, al no ostentar unos la condición de servidores públicos y en general de delegados dentro de la actuación, no les resulta aplicables las causales previstas, pues no poseen las calidades contempladas en el artículo 11 del CPACA.

En tratándose de otorgar un trámite incidental a la solicitud de recusación, es claro para la administración que este tipo de actuaciones no proceden en el proceso administrativo sancionatorio, primero, porque está previsto para procesos judiciales y en segundo porque aun al darle una aplicación analógica, tanto el artículo 209 del CPACA[36], como el artículo 127 del CGP[37], disponen que solo se tramitarán por incidente, aquellos asuntos para los que la ley expresamente lo prevea.

Que, por lo anterior, el secretario de Minas y Energía del departamento, nombrado en Decreto10 de enero 8 de 2020, actuando de acuerdo con las facultades delegadas por el señor Gobernador de Bolívar en Decreto No. 26 de enero de 2020, reitera que su decisión, que es en si misma un acto administrativo, es rechazar de plano las

[36] Artículo 209. Incidentes. Solo se tramitarán como incidente los siguientes asuntos:
1. Las nulidades del proceso.
2. La tacha de falsedad de documentos en el proceso ejecutivo sin formulación de excepciones y las demás situaciones previstas en el Código de Procedimiento Civil para ese proces3. La regulación de honorarios de abogado, del apoderado o sustituto al que se le revocó el poder o la sustitución.
4. La liquidación de condenas en abstracto.
5. La adición de la sentencia en concreto cuando entre la fecha definitiva y la entrega de los bienes se hayan causado frutos o perjuicios reconocidos en la sentencia, en los términos del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.
6. La liquidación o fijación del valor de las mejoras en caso de reconocimiento del derecho de retención.
7. La oposición a la restitución del bien por el tercero poseedor.
8. Los consagrados en el capítulo de medidas cautelares en este Código.
9. Los incidentes previstos en normas especiales que establezcan procesos que conozca la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

[37] Artículo 127. Incidentes y otras cuestiones accesorias. Solo se tramitarán como incidente los asuntos que la ley expresamente señale; los demás se resolverán de plano y si hubiere hechos que probar, a la petición se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos.

recusaciones presentadas por el apoderado del contratista y coadyuvada por la compañía de seguros, contra los señores VERÓNICA MENDOZA COLEY, JAMES MARTÍNEZ y CARLOS ROSALES, verificado el trámite contenido en el artículo 12 del CPACA., en tanto las causales alegadas por el solicitante no se encontraban dirigidas contra él, quien es el único servidor público presente en la diligencia, con posibilidades de ser recusado, aunado a que a los efectivamente recusados no es posible encuadrarlos en el supuesto de la norma, pues no son servidores públicos los dos primeros y el segundo si bien es servidor público, no cuenta con delegación para realizar las acciones señaladas en el articulo 11 del CPACA. En atención a lo dispuesto en la ley 1437 de 2011 y ley 1564 de 2012, contra la decisión proferida en audiencia y en ella notificada al solicitante y su coadyuvante, no proceden recursos.

Que, una vez agotado lo anterior se procedió con el agotamiento del punto 6 del orden del día, consistente en la respuesta de la entidad a las intervenciones realizadas por los citados ELECTROENERGIZAR LTDA., y SEGUROS SURAMERICANA S.A., en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio contractual adelantado por la Secretaría de Minas y Energía del Departamento de Bolívar, en los siguientes términos:

1. **DE LA FACULTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO.**
2. **SOBRE LAS PRUEBAS.**
3. **CARGOS VS. DESCARGOS.**
4. **DECISIÓN SOBRE CADA CARGO**

1. **DE LA FACULTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO.**

Es menester en primer lugar que la entidad realice una sucinta referencia a la facultad que le asiste constitucional y legalmente, de requerir al contratista y su garante por el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales y la consecuente potestad de imponer la sanción que corresponda. Para ello, se trae a colación lo manifestado al respecto por la H. Corte Constitucional así:

> *"El derecho administrativo sancionador, en términos de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, supone una ruptura del principio clásico de la tridivisión de poderes, en la medida en que la represión de los ilícitos ya no corresponde de manera exclusiva al poder judicial, y más concretamente a la justicia penal. En efecto, el modelo absoluto de separación de funciones del poder público, se reveló como insuficiente ante el incremento de deberes y obligaciones de los particulares, como de funciones públicas de los servidores del Estado, que ante su incumplimiento merecían la imposición de una sanción. Sin embargo, no todas las infracciones eran susceptibles del mismo tratamiento, pues en atención a los intereses que se pretendían proteger con cada una las disciplinas del derecho punitivo del Estado, se distinguieron aquellas que serían objeto de sanción directa por la Administración, y aquellas otras que se reservarían para la justicia penal.*
>
> *En la actualidad, es innegable que* ***a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo****. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas*[38] *(Negrillas y subrayas fuera del texto original)*

La doctrina, citada en numerosas sentencias del máximo órgano constitucional, al referirse a la materia, se ha pronunciado sobre la necesidad que le asiste al estado de contar con herramientas y poderes que le permitan actuar frente a los particulares infractores, como garantía de la primacía del interés general y la salvaguarda de los recursos públicos, en

[38] Corte Constitucional. Sentencia C- 0818 de 2005. M.P.: Rodrigo Escobar Gil

palabras del profesor REYES ECHANDIA, citado por la Corte en la sentencia antes referida, *"el derecho penal administrativo es "el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre la Administración pública y los sujetos subordinados y cuya violación trae como consecuencia una pena. // La sanción prevista en el derecho penal administrativo se distingue de la del derecho penal ordinario o común por el órgano que la aplica; aquella es generalmente impuesta por funcionarios de la rama ejecutiva del poder público y esta, por funcionarios de la rama jurisdiccional"*[39]

Y continúa la sentencia en cita al respecto:

La doctrina ius publicista reconoce que la potestad sancionadora de la Administración forma parte de las competencias de gestión que constitucionalmente se le atribuyen, ***pues es indudable que si un órgano tiene la facultad jurídica para imponer una obligación o para regular una conducta con miras a lograr la realización del interés general, el incumplimiento de ese mandato correlativamente debe implicar la asignación de atribuciones sancionatorias bien sea al mismo órgano que impuso la obligación o a otro distinto, con el propósito de asegurar la vigencia del orden jurídico mediante la imposición de los castigos correspondientes****. Sobre la materia, esta Corpo-ración ha establecido que:*

> *"[La] potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues (...) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos (...)"*[40]*(Negrillas y subrayas fuera del texto original)*

El presente procedimiento administrativo sancionatorio contractual reposa entonces, en primer lugar, sobre un mandato constitucional de inexcusable atención, consistente en la obligación de

[39] Cita de la sentencia C- 0818 de 2005. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Doctor Alfonso Reyes Echandia. Derecho Penal. Parte General. 5ª Reimpresión de la Undécima Edición. Temis. 1996. Pág. 6). En idéntico sentido, se puede consultar a OSSA ARBELÁEZ. Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. 1° Edición. Legis. 2000. Págs. 167-170.

[40] Corte Constitucional. Sentencia C-214 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

garantizar el cumplimiento de los fines del estado, así como la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

La ley 80 de 1993 en su artículo 3, y los numerales 1, 2 y 6 del artículo 4, concreta esa obligación en los siguientes términos:

> *ARTICULO 3°. DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos,* ***las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.*** *(...). (Negrillas fuera del texto original)*
>
> *ARTICULO 4°. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*
>
> *1°.* ***Exigirán*** *del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.*
>
> *2°.* ***Adelantarán*** *las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.*
>
> *(...)*
>
> *6°.* ***Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños*** *que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado. (Negrillas fuera del texto original)*

En virtud de lo anterior, el legislador desarrolló el procedimiento sancionatorio contractual para el ejercicio del poder sancionatorio del estado en materia de contratación pública y como limite a la exorbitancia de este mismo poder, estableciendo un debido proceso y un espacio de

garantía para los derechos de contradicción y de defensa de quienes fueran requeridos en su ejecución.

El Consejo de Estado ha destacado en sus pronunciamientos, la introducción positiva, en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, del debido proceso (Artículo 29 constitucional) como principio rector de la contratación estatal, *"su propósito fue el de afirmar lo que constitucionalmente es indiscutible, pero que materialmente ofrece dificultades"*[41].

> ***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. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*
>
> *Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

El proceso que nos ocupa, se rige, como ya se ha manifestado en oportunidades anteriores, por lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011[42], pero que además le son de aplicación

---

[41] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección "c". C.P: Olga Melida Valle de De La Hoz. Rad. 20279 (6217) - 2011

[42] Por expresa disposición del parágrafo del artículo 47 de la ley 1474 de 2011: **Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio.** Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

directa las disposiciones de la ley 1437 de 2011 CPACA., es decir que, los principios consagrados en el artículo 3° de esta norma deben ser atendidos en todo el desarrollo de la actuación, así como la reglamentación del procedimiento administrativo sancionatorio general, contenido en el artículo 47 y siguientes, en lo no previsto por la norma especial, mientras que para el régimen probatorio se atenderá lo consagrado por el Código General del Proceso. -CGP-[43]

Considerando que tanto el apoderado del contratista, como el apoderado de la compañía de seguros garante del Contrato de Obra No. 2427 de julio 17 de 2015, han cuestionado la facultad que por delegación expresa le asiste a la secretaria de minas y energía del departamento, resulta indispensable volver sobre este aspecto, aunque ya resuelto en oportunidad anterior, pues de él se deriva la legalidad de este procedimiento.

Sobre este particular abordaremos las definiciones jurisprudenciales que de vieja data han ilustrado el funcionamiento de los diferentes órganos del estado, frente a las figuras de la delegación y la desconcentración, en lo que nos atañe, así:

En primer lugar, el honorable magistrado Alejandro Martínez Caballero, en Sentencia T-024 de 1996 definió la delegación en los términos que se exponen a continuación y vale agregar, que ha sido esta a definición y la indicación de los elementos que la configuran, los que a partir de ese momento han ilustrado las decisiones siguientes de la corporación:

> ***La delegación*** *desde un punto de vista jurídico y administrativo* ***es la modalidad de transformación de funciones administrativas en virtud de la cual, y en los supuestos permitidos por la Ley se faculta a un sujeto u órgano que hace transferencia.*** *Todo lo anterior nos lleva a determinar los elementos constitutivos de la Delegación:* ***1. La transferencia de funciones*** *de un órgano a otro.* ***2. La transferencia de funciones, se realiza por el órgano titular de la función. 3. La necesidad de la existencia previa de autorización legal.*** *4. El órgano que confiere la Delegación* ***puede***

(...) Parágrafo. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.

[43] Por expresa remisión normativa del artículo 211 del CPACA: **Artículo 211. Régimen probatorio.** En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil.

> ***siempre y en cualquier momento reasumir la competencia****. En virtud de la Delegación, las funciones delegadas, conservan su naturaleza y régimen originario. Es decir que la función se tiene por cumplida por quien ha hecho la delegación. Los efectos jurídicos administrativos de la delegación implican que en la media que el delegatario ocupa la posición del delegante, normalmente los recursos que caben, son los procedentes, como si el acto hubiera sido expedido por el delegante. (Negrillas fuera del texto original)*

Posteriormente, en sentencia C-561 de 1999, magistrado ponente Doctor Alfredo Beltrán Sierra, acotó lo siguiente: *la desconcentración de funciones se realiza (hace y deshace) mediante la ley,* ***en tanto, que la delegación se realiza y revoca por la autoridad administrativa titular de la atribución.*** *Bien se trate de desconcentración o de delegación de funciones, lo que se busca con estas figuras, es el mismo fin: descongestionar los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y, facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales." (Negrillas fuera del texto original).*

Estas consideraciones introductorias sirven de sustento para la consecuente afirmación de que la doctora **ETHEL HERNÁNDEZ PULGAR**, quien inició la actuación, Asesor Código 020, Grado 04, asignada a la Secretaría de Minas y Energía Departamental[44], en virtud de la delegación realizada por el señor gobernador de Bolívar Dumek Turbay Paz, en uso de sus facultades legales y constitucionales, a través del artículo 5º del Decreto 05 de enero de 2018, poseía, en ese momento, facultades para tramitar e imponer las sanciones que en materia contractual procedan sobre los contratos de su dependencia.

El precitado acto administrativo en su tenor literal dispone:

> *_ARTÍCULO 5: Deléguese en los Secretarios de Despacho Código 020 Grado 04, en el Director Administrativo Código 009 Grado 02 asignado a la Dirección Función Pública y*

[44] Nombrada por el señor gobernador de Bolívar, por medio del Decreto 043 de 28 de febrero de 2019.

> *a los Jefes de Oficina Código 006 Grado 02 asignados a la Oficina de Gestión Social y Oficina Gestión del Riesgo de Desastres la facultad de comprometer contractualmente al Departamento de Bolívar frente a cualquier modalidad contractual que implique la celebración de contratos y convenios, con cargo a la unidad ejecutora de funcionamiento o inversión que se determine según la estructura del presupuesto de gastos de la Gobernación de Bolívar, específicamente en lo que respecta a los procesos que guarden Nación con la misión y las funciones asignadas a cada una de las dependencias a las que se encuentren vinculados según el caso; y en aquellos donde se reciba financiación de entidades públicas o privadas, sin límite de cuantía.*
>
> *En ejercicio de la facultad delegada, les corresponderá dentro de la actividad contractual que desarrollen, adelantar las actuaciones contractuales correspondientes a la etapa precontractual, contractual y pos contractual; y que comprende, entre otras, las actividades de:*
>
> *(...) o) tramitar e imponer las sanciones en materia contractual de los contratos de su dependencia conforme a los procedimientos establecidos en la ley 86 de la ley 1474 de 2012 y decreto 1510 de 2013.*

En tanto que, a la fecha, esta diligencia es presidida por el doctor WADI ROMANO JACOME[45] Asesor Código 020, Grado 04, asignado a la Secretaría de Minas y Energía Departamental, en virtud de la delegación realizada por el señor gobernador de Bolívar VICENTE BLEL SCAFF, en uso de las facultades legales y constitucionales, contenidas en el artículo 2° del Decreto 26 de enero de 2020:

> *ARTICULO SEGUNDO: Deléguese a los Secretarios de Despacho Código 020 Grado 04, a los Directores Administrativos Código 009 Grado 02 asignados a la Dirección Función Pública y Dirección Logística; la responsabilidad dentro de la actividad contractual de la entidad, de adelantar las siguientes actuaciones contractuales correspondientes a la etapa precontractual, contractual y postcontractual en forma*

[45] Nombrado por el señor gobernador de Bolívar, por medio del Decreto 10 de enero 8 de 2020.

especifica de los procesos que guarden relación con la misión y las funciones asignadas a cada una de las dependencias a las que se encuentren vinculados según el caso:

T) Adelantar trámites necesarios para la imposición de sanciones en materia contractual de los contratos de su dependencia, conforme a los procedimientos establecidos en el articulo 86 de la

U) Ley 1474 de 2011 y el Decreto 1082 de 2015

No hay asomo de duda al señalar que, el secretario de Minas y Energía del departamento de bolívar al ostentar el cargo de Asesor Código 020, Grado 04, tiene las facultades suficientes para expedir la citación, instalar, suspender y reanudar y en general presidir la audiencia, decretar pruebas y adoptar las decisiones que correspondan en el desarrollo de esta, siendo la más importante, la de proferir el acto administrativo que contenga esa decisión.

SOLICITUD DE SANEAMIENTO Y RESPUESTA DE LA ENTIDAD

En aplicación estricta de lo dispuesto en el artículo 41 del CPACA., y ante la posibilidad de que existieran irregularidades o vicios en el procedimiento que se adelanta, la entidad procedió a dar respuesta en la oportunidad en que fueron presentada, de las solicitudes de saneamiento formuladas por el apoderado del contratista y por el apoderado de la compañía, las cuales versaron sobre los siguientes aspectos:

1. POSIBILIDAD DE QUE EXISTA UNA DESATENCIÓN AL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

PROCESO ANTERIOR	PROCESO ACTUAL
NORMAS Y/O CLAUSULAS POSIBLEMENTE VIOLADAS De acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, las normas y/o cláusulas posiblemente violadas son las siguientes:	**NORMAS Y/O CLAUSULAS POSIBLEMENTE VIOLADAS** De acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, las normas y/o cláusulas posiblemente violadas son las siguientes:

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

"SEGUNDA: ALCANCE DEL OBJETO.- *(...) Responsabilidad del Contratista: El contratista será responsable de la* ***ejecución idónea y oportuna*** *del mismo. El contratista y la interventoría llevarán un registro diario (bitácora de obra), de cada una de las actividades que se adelanten de acuerdo con el programa de obra, (...), las siguientes funciones (...)(Negrillas y subrayas fuera del texto)* ***LITERAL G):*** *"Coordinar el oportuno suministro y manejo de materiales destinados a las obras del proyecto, los procesos de elaboración de los materiales y presentar los certificados de garantía de calidad que avalen el cumplimiento la calidad especificada".* ***LITERAL J):*** *"Colocar a disposición de la obra a especialistas técnicos cuando la complejidad de la obra lo amerite"* **LITERAL L en concordancia con el LITERAL Q:** *"(...) L) Preparar y presentar mensualmente informes técnicos – financieros, y de programación, en los cuales se analice el programa de ejecución de los trabajos, las documentaciones de los cambios, las inversiones realizadas, los recursos de personal (incluyendo los empleos directos e indirectos, los equipos utilizados y todos los demás aspectos que permiten el adecuado seguimiento y control de las obras). (...) Q) Elaborar planes de contingencia para atender eventos imprevistos que puedan afectar la seguridad, calidad, costo o plazo de las obras, de manera que se eviten o mitiguen las implicaciones de tales eventos.* **LITERAL M):** *"Mantener personal calificado y competente en número suficiente según las dedicaciones definidas en la propuesta para una adecuada y oportuna ejecución de la obra".* Se hace especial énfasis en que la implementación de un plan de contingencia se erige como obligación expresa derivada de las consideraciones del reinicio en contrato. **LITERAL P):** *Presentar informes sobre aspectos específicos, bien sea técnicos, financieros o administrativos, cada vez que la interventoría y/o la SECRETARIA DE MINAS Y ENERGIA de LA GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR lo solicite."*	Normas: (iv) Código Civil, articulos 1602 y 160 *Artículo 1602.—****Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes,*** *y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.* (Negrillas y subrayas fuera del texto original) *Artículo 1603.—Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.* Al respecto el Consejo de Estado se ha pronunciado en su jurisprudencia en los siguientes términos: *(...)* ***es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna***[46]*, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del co-contratante, según el caso y los términos del contrato).* *En efecto,* ***el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda",*** *consagrado en el artículo 1602 del Código Civil,* ***según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes*** *y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe*

[46] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia de 3 de julio de 1963: "La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad, dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada; y la oportunidad alude al tiempo convenido".

	y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. (v) Ley 80 de 1993 Artículo 3º, inciso segundo. **Ley 80 de 1993.** *ARTICULO 3º. DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.* ***Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.*** *"* (Negrillas y subrayas fuera del texto original) (vi) Ley 80 de 1993 Artículo 5º, numeral 2. **Ley 80 de 1993.** *ARTICULO 5º. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º . de esta ley, los contratistas:* *(...)* *2º.* ***Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla*** *y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las ordenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general,* ***obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse.*** (Negrillas y subrayas fuera del texto) Clausulas contractuales: ***"PRIMERA: OBJETO.-*** *El objeto del presente contrato es la de* ***CONSTRUCCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA***

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

	ELECTRICA EN LOS MUNICIPIOS DE SANTA ROSA, SAN MARTÍN DE LOBA, TIQUISIO Y SIMITÍ, EN EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR (...) *Las obras a ejecutar deberán cumplir las especificaciones técnicas del proyecto CONSTRUCCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA ELECTRICA EN LOS MUNICIPIOS DE SANTA ROSA, SAN MARTÍN DE LOBA, TIQUISIO Y SIMITÍ, EN EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, el cual hace parte integral del presente contrato cuyo código BPIN es 2013000020121 y de acuerdo con la propuesta presentada por el Contratista.* *"SEGUNDA: ALCANCE DEL OBJETO.- (...) El contratista deberá asegurar que la ejecución del proyecto cumpla con los objetivos propuestos, garantizando la calidad de los materiales a utilizar, su adecuado suministro y la correcta ejecución de las actividades, vigilando la aplicación de los recursos financieros, donde primen la eficiencia, la economía, la celeridad y la calidad en la prestación del servicio, (...). Funciones Generales: En forma coordinada **el contratista garantizará el cumplimiento de sus obligaciones y el buen éxito de sus labores tendientes a la realización de las obras dentro del plazo estipulado y con óptima calidad**. El contratista será responsable de la **ejecución idónea y oportuna** del mismo. El contratista y la interventoría llevarán un registro diario (bitácora de obra), de cada una de las actividades que se adelanten de acuerdo con el programa de obra, (...), las siguientes funciones (...)(Negrillas y subrayas fuera del texto)* *"CUARTA: FORMA DE PAGO.- a) (...) Debido a que los dineros que se entreguen al Contratista a título de anticipo son de propiedad del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR éste exige que se constituya una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato, como lo determina el artículo 91 de la ley 1474 de 2012. (...). El anticipo se amortizará mediante deducciones que se aplicará a las cuentas de cobro mensuales debidamente legalizadas con base en las actas parciales de entrega en las que se descontará el porcentaje correspondiente al anticipo, hasta que el valor quede totalmente amortizado.* *"SEGUNDA: ALCANCE DEL OBJETO.- (...)El contratista (...)Para cumplir con la ejecución del contrato el contratista deberá ejecutar correctamente además de las definidas en la Constitución Política, en la ley y el Manual de Contratación del*

	*Departamento las siguientes funciones: (K) Cumplir los programas de trabajo, **el Programa de Inversión del anticipo,** y (...)"(Negrillas y subrayas fuera del texto*

Como apoyo de la presente respuesta, se trae a consideración, la definición que realiza la Corte Constitucional en sentencia C-214 de 1994, en los siguientes términos:

"(...) conceptualmente el principio non bis in ídem consagra la prohibición de que a nadie se le podrá sancionar dos veces por el mismo hecho. Como se deduce del aparte final del inciso 4 del referido artículo 29, ***el principio es de corte rigurosamente penal porque la norma lo enuncia cuando establece los derechos del sindicado. No obstante la prohibición también tiene aplicación y debe observarse por la administración cuando quiera que se coloque en trance de sancionar a sus servidores o a los particulares. Referido a la potestad sancionadora de la administración, podría decirse que el principio non bis in ídem constituye una garantía política en cuanto se proscribe por mandato constitucional el juzgamiento y la imposición de mas de una sanción por un mismo hecho;*** *pero igualmente tiende a garantizar la seguridad jurídica, a través de la intangibilidad o inalterabilidad de las decisiones de la administración que han definido una situación jurídica favorable o desfavorable al administrado. Es decir, que definida por la administración una situación jurídica particular, salvo la posibilidad excepcional de la revocación directa del acto administrativo, no le es permitido a ésta volver de nuevo sobre la cuestión que ha sido decidida.*

Como se manifestó en oportunidad anterior, la entidad en todas sus actuaciones, frente al contratista citado y los demás actores, ha dado un cumplimiento estricto del principio *non bis in ídem,* pues del proceso al cual hace alusión el apoderado de la compañía de seguros, se dio inicio en 26 de noviembre de 2018 y concluyó con la expedición del acto administrativo No. 098 de febrero 6 de 2019, el cual hará parte integral de la presente acta.

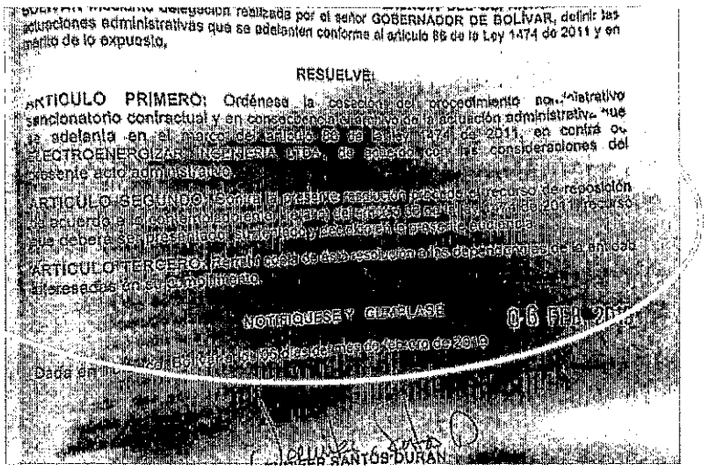
En la referida oportunidad, el contratista fue llamado por la mora o el incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales, con miras a la imposición de la multa de apremio consagrada en el contrato celebrado entre las partes. Así, la administración, en ejercicio de las facultades conminatorias y de apremio requirió al contratista, empero durante el desarrollo del mismo, acaeció el fenecimiento del plazo contractual, el cual tuvo lugar el día 9 de diciembre de 2018, y con ello se consideró que la entidad había perdido las facultades legales y contractuales para

RESOLUCION No. 95 05 MAR. 2020

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

imponer multas y declarar la caducidad del Contrato, por lo cual, procedió la aplicación del literal d), del artículo 86 - Ley 1474 de 2011, expidiendo el acto administrativo arriba mencionado.

A continuación, la decisión administrativa debidamente motivada, de ordenar la cesación del procedimiento en comento y el archivo de la actuación administrativa.


delegación realizada por el señor GOBERNADOR DE BOLÍVAR, definir las actuaciones administrativas que se adelanten conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y en mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Ordénese la cesación del procedimiento administrativo sancionatorio contractual y en consecuencia archívese la actuación administrativa que se adelanta en el marco del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en contra de ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., de acuerdo con las consideraciones del presente acto administrativo.

ARTICULO SEGUNDO: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición

ARTICULO TERCERO:

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

06 FEB

Dada en

[illegible] SANTOS DURAN

Se dejó expresamente sentado en la parte motiva del precitado acto que, si bien frente al procedimiento administrativo sancionatorio contractual adelantado por la entidad en esa oportunidad, no fue posible proceder con la imposición de una multa como medida conminatoria o declarar la caducidad del contrato por su resultado inocuo frente a la satisfacción de la necesidad que se pretendía con la ejecución del mismo, ello no implicaba en si mismo que se hubiere superado el incumplimiento, máxime cuando se tenía – y se tiene hoy como fundamento de la actuación que se adelanta– , como comprobado, que a la fecha de fenecimiento del plazo de ejecución no se recibió satisfactoriamente el objeto contractual.

Así las cosas, los hechos puestos de presente por la interventoría son objeto, en esta oportunidad de un nuevo procedimiento administrativo – y se hace énfasis en que corresponde a un proceso distinto del antes mencionado – el cual una vez agotado llevará a la administración

departamental a determinar la declaratoria o no del incumplimiento y la consecuente aplicación o imposición de las penalidades a que haya lugar.

En el primer caso, se trataba un retraso en el cronograma de obra, un abandono de los frentes de obra y la no entrega de los informes periódicos requeridos por la interventoría. Mientras que, en el presente procedimiento, considera la administración se encuentran presentes los elementos para imputar al contratista el incumplimiento total y grave del contrato, generándose para la entidad un daño antijurídico que no está en la obligación de soportar y que deberá entonces asumir el contratista en virtud de su responsabilidad contractual, una vez agotado el procedimiento y vencido en el mismo.

Así las cosas, tenemos entonces que si bien, las cláusulas presuntamente incumplidas en uno y otro pliego de cargos son las mismas, pues el contenido del contrato no ha variado entre una actuación y otra, no se configura una violación al principio de *non bis in ídem* como lo alega el solicitante, y es pudiera incluso tratarse de los mismos hechos – aunque para el caso que nos ocupa no es así –, pero lo cierto es que la finalidad del procedimiento es evidentemente distinta y de ello hay claridad en los motivos expuestos en la citación que hoy nos convoca.

2. DELEGACIÓN Y FACULTADES DE QUIEN PRESIDE LA AUDIENCIA

Este aspecto quedó resuelto y aclarado en su totalidad.

No existe entonces, asomo de duda al señalar que, quien ostente el cargo de secretario de Minas y Energía del departamento de bolívar como Asesor Código 020, Grado 04, tiene las facultades suficientes para expedir la citación, instalar, suspender y reanudar y en general presidir la audiencia, decretar pruebas y adoptar las decisiones que correspondan en el desarrollo de la audiencia, siendo la más importante, la de proferir el acto administrativo que contenga esa decisión.

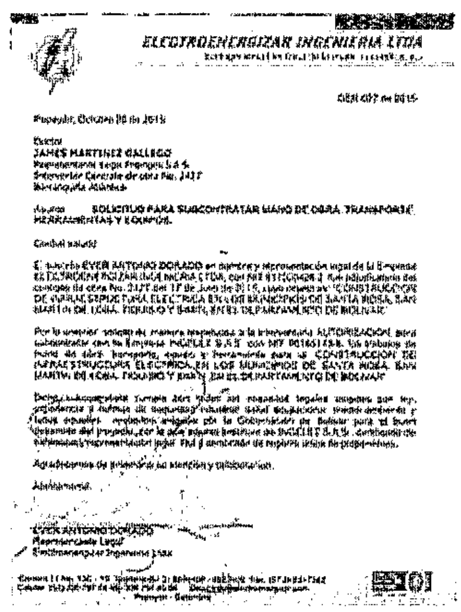
3. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Formuló el apoderado del contratista la siguiente solicitud:

> *"(...) la Gobernación de Bolívar y la interventoría indujeron involuntariamente en error al contratista ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA al aprobar la subcontratación con la firma INGELET LTDA., le pagó directamente al subcontratista bajo la modalidad de cesión de crédito las actas parciales que se hicieron efectivas en el desarrollo de la ejecución, inclusive hasta la tercera acta que no se alcanzó a pagar, razón por la cual era de su pleno conocimiento y aceptación expresa la intervención en la obra pública de un tercero ejecutor de los componentes de mano de obra, transporte, herramientas y equipos, a pesar de existir prohibición expresa y legal para la entidad territorial de así haber procedido en materia de su contratación pública, razón por la cual, y en aras de garantizar el derecho al debido proceso de defensa y contradicción de los cargos que actualmente se le imputan al contratista ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA en el marco del presente procedimiento sancionatorio contractual, se manifiesta a la Secretaría de Minas y Energía del Departamento que antes de continuar con el desarrollo del mismo, se llame en garantía y se vincule formalmente a la presente actuación administrativa al subcontratista autorizado por la Gobernación de Bolívar INGELET LTDA con el fin de que solidariamente responda por las eventuales e hipotéticas sanciones que pudiese adoptar la entidad en el curso del presente trámite y en las sucesivas actuaciones, así como también para que coadyuven el ejercicio de contradicción desplegado por el contratista ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA convocado a trámite sancionatorio y para que su vez igualmente hagan uso de su derecho de defensa y contradicción por las responsabilidades en que pueda verse inmiscuido con las decisiones de la entidad.*

Sobre el llamamiento en garantía realizado frente a la empresa INGELET S.A.S., la entidad manifestó que el conocimiento que se tiene de la relación jurídica existente entre INGELET S.A.S., y el contratista ELECTROENERGIZAR LTDA., se reduce exclusivamente a la solicitud de sub-contrato presentada en octubre 20 de 2015 por el representante legal de

ELECTROENERGIZAR LTDA., y la cual fue admitida por la administración, indicándose claro, la validación que debía realizar la interventoría, de tal actuación:

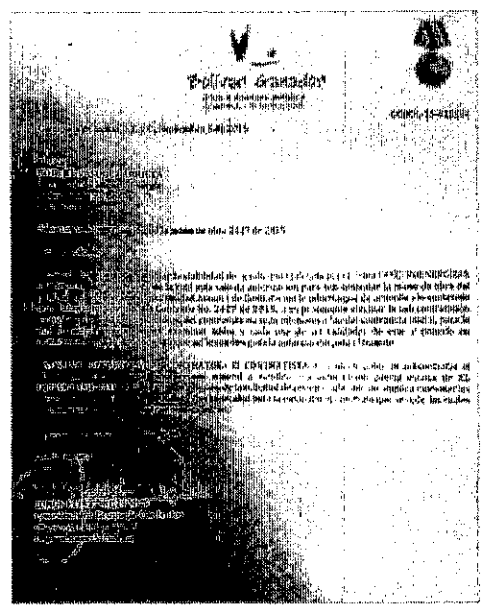


ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA

JAMES MARTINEZ GALLEGO

SOLICITUD PARA SUBCONTRATAR MANO DE OBRA, TRANSPORTE, HERRAMIENTAS Y EQUIPOS.

Cordial saludo



En este orden de ideas es preciso manifestar que la persona jurídica a quien el contratista citado pretende hacer parte de esta actuación no tiene un vinculo jurídico directo con la administración departamental, no media contrato con el departamento, ni autorización de cesión del CONTRATO DE OBRA No. 2427 de julio 17 de 2015, pues lo que se acredita es la autorización de la administración para suscribir el subcontrato de obra, en los términos de la cláusula novena, que en ningún caso hace extensivas las obligaciones del contrato de obra principal al tercero – INGELET S.A.S.- pues estas se limitan a vincular a quien ha sido citado.

Las obligaciones que surgen del contrato estatal de obra pública solo son exigibles entre las partes, pues en su naturaleza se trata de un negocio jurídico tipificado de conformidad con lo establecido en el artículo 32 ley 80 de 1993, como un contrato de contenido económico,

principal, oneroso, solemne, sinalagmático y conmutativo, en el cual una de sus partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley.

Se negó la vinculación de la empresa INGELET S.A.S., por las razones antes expuestas y en esta decisión se mantiene la entidad aun ante la insistencia del contratista, pues en primer lugar y por expresa disposición legal el único tercero cuya vinculación procede es el garante del contrato, aunado a que, las facultades convocatorias y sancionatorias del estado se limitan a su co-contrante, siéndole totalmente ajeno el negocio jurídico comercial particular que manifiestan existe o existió entre INGELET S.A.S., y ELECTROENERGIZAR LTDA.

2. SOBRE LAS PRUEBAS

Las pruebas que acompañaron la citación en la cual se formulan los cargos y se le informa al contratista y su garante de las consecuencias a las que podrían hacerse merecedores como resultado del presente proceso, son las siguientes:

- Informe de interventoría y sus anexos.
- Informe de supervisión y sus anexos.
- Expediente del contrato, comprende las etapas pre contractual y de ejecución contractual.

En la oportunidad dispuesta para la presentación de los descargos los citados **ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.**, y su garante **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas allegadas con la citación y presentar las pruebas que desvirtuasen los cargos en ella contenidos.

Aunado a lo anterior, los citados solicitaron se tuvieran como pruebas las siguientes:

CONTRATISTA:

CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GUZMÁN, *de condiciones personales y profesionales ya conocidas en el marco de la presente actuación administrativa, encontrándonos convocados por la Secretaria de Minas y Energía del Departamento de Bolívar para la continuidad de la*

audiencia en curso, comedidamente me permito solicitar las siguientes pruebas que en nuestro criterio pueden determinar técnicamente, desde un ejercicio bilateral con el personal del contratista, y por supuesto con el acompañamiento de la interventoría, un reflejo acertado de la inversión de los recursos económicos percibidos por el contratista en el desarrollo financiero del referido contrato y por ende el reflejo real del avance porcentual de ejecución de la obra contratada, con lo cual probablemente puedan modificarse las percepciones que han motivado a la Administración Departamental a convocar la presente actuación administrativa para una eventual declaratoria de incumplimiento con fines de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y sus demás efectos sancionatorios, así:

1. *En el informe presentado por la interventoría PROINGES mediante archivo* ***"informe final Gob. de bolivar20190401_11541918_0270 (1) james", pagina 27;*** *se confirmó que por culpa de la ola invernal se desbordó un brazo del Río Magdalena llevándose 167 postes de mt del proyecto para el municipio de Simití.*

Sin embargo el número total de postes destruidos no fueron 167 sino 261 como se muestra en la siguiente tabla:

	ACTA No. 1	INVENTARIO FINAL	DIFERENCIA
POSTE DE HORMIGON PRETENSADO VIBRADO 12 X 1050 KGF	74	14	60
POSTE DE HORMIGON PRETENSADO VIBRADO 12 X 750 KGF	197	94	103
POSTE DE HORMIGON PRETENSADO VIBRADO 9 X 510 KGF	98	0	98
TOTAL POSTES EXTRAVIADOS			261

Es así que en el acta parcial de pago No.1 se reconocieron unas cantidades mayores que en inventario final presentado por la interventoría, esa cantidad del acta No.1 fue reconocida porque existía en sitio antes de la ola invernal esa cantidad de postes, como consta en el archivo adjunto "1. ACTA DE AVANCE 3 CONTRATO 2427 JUNIO 29 2018", En este archivo se

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427. *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

evidencian las cantidades reconocidas en las actas pagadas y la proyectada No.3. No obstante, en el inventario final de la interventoría solo reconocieron lo instalado.

En el siguiente cuadro se hace una relación del costo contractual de los postes extraviados (solo se refleja costo material y transporte al sitio).

	CANTIDAD	VR.CONTRACTUAL	COSTO DIRECTO
POSTE DE HORMIGON PRETENSADO VIBRADO 12 X 1050 KGF	60	$ 1,313.218	$ 78.793.080
POSTE DE HORMIGON PRETENSADO VIBRADO 12 X 750 KGF	103	$ 1.109.788	$ 114.308.164
POSTE DE HORMIGON PRETENSADO VIBRADO 9 X 510 KGF	98	$ 521.208	$ 51.078.384
TOTAL COSTOS DIRECTOS			**$ 244.179.628**
COSTOS INDIRECTOS		**27%**	**$ 65.928.500**
TOTAL COSTOS TRANSPORTE+MATERIAL POSTES EXTRAVIADOS			**$ 310.108.128**

En vista de lo anterior, se solicita como medio de prueba para la configuración a nuestro favor de este ítem que se verifique el acta No.1 firmada por las partes del contrato y en ella constatar la cantidad reconocida y pagada el total de los postes extraviados, amparándonos en la cláusula 15 del contrato 2427.

Para esta misma finalidad, se solicita se tenga como plena prueba las afirmaciones realizadas por el interventor en su informe final (pág. 27) donde él mismo certifica la configuración de las circunstancias de fuerza mayor atribuibles a hechos inesperados e imprevisibles de la naturaleza – desbordamiento del Río Magdalena, y en consecuencia, conforme lo expuesto en el párrafo anterior, se reconozca el impacto negativo por la totalidad de los postes que se justifican y no por el número señalado por el interventor en dicho informe.

Bolívar primero

RESOLUCION No. 95 05 MAR 2020

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

2. *En el momento en que se inició la ejecución del contrato, se tuvo que transportar materiales a través del Rio Magdalena desde el municipio de Simití, exactamente desde Cerro Burgos a los diferentes puntos donde se iban a desarrollar las actividades de instalación en cada de poste, ese transporte de Cerro Burgos implicaba un cruce por el rio que no se tuvo en cuenta en el contrato inicial ni en el replanteo, lo cual generó costos adicionales para el contratista.*

   Por lo anterior, se solicita la verificación en el sitio, especialmente en los municipios de Simití y San Martin y constatar que era necesario realizar dicho transporte fluvial adicional, omitido en el contrato inicial, cuyos costos adicionales, se presenta en la siguiente tabla que no han sido incluidos en el inventario final presentado por la interventoría: (ver anexo –2.Registro fotográfico-Transporte fluvial, 3.INFORME DE REPLANTEO SUR DE BOLÍVAR FINAL y 3.1 - INT - GOB - BOL 035).

COSTOS	
MT	BT
$ 749.22	$ 946.03

Usuario de Windows: INCLUYE 163 POSTES QUE SE LLEVO EL RIO

Usuario de Windows: incluye 98 que pago en el acta n0.1

Usuario de Windows: cerro burgos a cda una de las veredas simiti y san martin

	CANT APOYOS		COSTO FLUVIAL	
MUNICIPIO	MT	BT	MT	BT
SAN MARTIN	114	98	$ 8.281.758	$ 5.913.908
SIMITI	271	98	$ 19.687.337	$ 5.913.908
SUBTOTAL (1)	385	196	$ 27.969.095	$ 11.827.816
	SUBTOTAL (2)		$	39.796.911
	AIU	27%	$	10.745.166
	TOTAL		$	50.542.077

3. *En varios puntos de ejecución era necesario realizar actividades de a) ADECUACIÓN DE VÍAS y b) EXCAVACIONES EN ROCA que no estaban contemplados en el contrato inicial, ni en su replanteo, pero que inevitablemente debían llevarse a cabo para poder lograr la finalidad contractual de hincada y aplomada de postes, estas actuaciones o actividades necesarias fueron asumidas por el contratista, lo cual hace necesario que se realice la verificación en el sitio, especialmente en los municipios de Santa Rosa y San Martin con el fin de constatar que dichas situaciones nos generó un sobre costo como se presenta en la siguiente tabla, lo cual no ha sido incluido en el inventario final presentado por la interventoría:*

COSTOS	
EXCAVACION (UN)	ADECUACION (ML)
$ 435.570	$ 41.372

MUNICIPIO	AV-ER	AIU	SUBTOTAL
SANTA ROSA	$ 144.239.603	$ 38.944.693	$ 183.184.296
SAN MARTIN	$ 87.966.964	$ 23.751.080	$ 111.718.044
TOTAL	$ 232.206.567	$ 62.695.773	$ 294.902.340

Lo expuesto anteriormente se puede constatar en el informe final de replanteo elaborado el 08 de julio de 2016 "int-gob-bol 035" y recibido por la Gobernación el 14 de julio de 2016 así como en el acta de reunión de diciembre 02- 2015, y en el acta de reunión de febrero 18 de 2016, por medio de las cuales se menciona y se comenta que la accesibilidad para transportar los postes y la maquinaria hasta estas zonas del proyecto es muy compleja por lo cual, era necesario desarrollar estas actividades para la correcta ejecución contractual. (Ver anexo –4.Registro fotográfico-adecuación de vías, a 6.ACTA DIC 02-15, 5.ACTA FEB 08-16 y Relación Adecuación y escava).

4. *Inicialmente el contrato contaba con un costo de IVA del 16%, sin embargo para el año 2017 por reforma tributaria este impuesto aumento en 3 puntos, es decir al 19%, por lo cual y debido a que la ejecución contractual seguía vigente en dicho año pedimos sea tenido en cuenta este incremento del impuesto, debido a que dicha situación por fuera de cualquier imprevisto nos generó sobrecostos en la compra de materiales.*

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Este costo se explica detalladamente en el archivo "Anexo 7.INCREMENTO 3% IVA".

Resumen:

SAN MARTIN:

DIFERENCIA	$	**8.966.282,37**
AIU	$	**2.420.896,24**
INCREMENTO 3%	$	**11.387.178,61**

SANTA ROSA Y SIMITI: (Incluyendo los postes extraviados de Simití)

TOTAL DIFERENCIA	$	**33.896.705,94**
AIU	$	9.152.111
INCREMENTO 3%	$	**43.048.816,54**

5. *Durante el desarrollo de las actividades del contrato, se realizaron una serie de compras de materiales que no se llegaron a utilizar y los mismos reposan en unas bodegas ubicadas en los municipios de Santa Rosa y Popayán, por tal situación se requiere que la Administración Departamental tenga en cuenta los señalados costos de estos materiales en caso de llegar a una liquidación bilateral entre las partes del contrato, por lo tanto se hace necesario la verificación en el sitio donde estos se encuentran. Ver archivo anexo "8. Relación material en bodega".*

Resumen:

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

ITEM	DESCRIPCION	COSTO
1	Material el bodega contractual	869.117.965
2	Material en bodega no contrac.	45.552.582
TOTAL		**914.670.547**

6. *Dentro del informe final que presenta la interventoría, en el cuadro donde indica el valor total a devolver por el contratista del punto "4) estado financiero del contrato", no contempla los descuentos que se hicieron en cada acta referente a los impuestos tales como estampillas, seguridad democrática, etc., en este sentido, se solicita sean tenidos en cuenta estos valores y se resten de lo que el contratista debe devolver según lo indicado por interventoría, toda vez que no es dinero que pasó a ser parte del patrimonio del contratista.*

   A continuación, se expone un cuadro referente a esos impuestos con sus costos por factura:

DISCRIMINACION DESCUENTOS IMPUESTOS

TOTAL FACTURA	FACT 11357	FACT 11410	TOTALES
RETEFUENTE 2%	44.813.078	12.013.808	56.826.886
INDUSTRIA Y COMERCIO 8/1.000	17.925.231	4.805.523	22.730.754
SEGURIDAD DEMOCRATICA 5%	112.032.695	30.034.519	142.067.214
ESTAMPILLAS 8%	179.252.312	48.055.232	227.307.544
PAGO POLIZAS	0	0	37.786.881
TOTAL DESCUENTOS	**354.023.316**	**94.909.082**	**486.719.279**
AUTORETENCIONES DIAN	17.925.231	4.805.523	22.730.754
TOTAL IMPUESTOS Y GASTOS			509.450.033
TOTAL IMPUESTOS Y GASTOS SIN RETEFUENTE			**452.623.148**

7. *Los precios de material del contrato nunca se actualizaron, estos precios corresponden a cotizaciones realizadas en el año 2013 con vigencia hasta el año 2016 fecha en la cual se presentó el proyecto para su aprobación. Por lo tanto, se solicita que se nos tenga en cuenta la actualización de los precios con el IPC 2017 y 2018 con el objetivo de balancear los costos*

adicionales que se tuvieron con la compra de los materiales instalados y verificados por el interventor en su inventario final.

De la misma forma se requiere que se verifiquen las actas de suspensión y modificatorios que tuvo el contrato, con el fin de constatar que en el 2017 y 2018 se realizaron actividades contractuales.

A continuación, se detalla un resumen relacionando el costo IPC SOLICITADO

COSTO MATERIAL LIQUIDADO (IVA 16)		$	**1.456.679.253,35**
IPC-2017	4,9%	$	71.377.283,41
IPC-2018	3,1%	$	45.157.056,85
COSTO PROYECTADO		$	**116.534.340,27**
AIU	27,0%	$	**31.464.271,87**
TOTAL		$	**147.998.612,14**

8. *Como se puede observar en las actas de suspensión, el contrato se extendió en tiempo mucho más de lo esperado, estas prórrogas realizadas al plazo contractual se llevaron a cabo por no contar con las servidumbres y los planos aprobados como parte de las obligaciones a cargo del contratante, adicionalmente por la demora de la Gobernación de Bolívar en aprobar el informe de replanteo.*

   Estas situaciones que extendieron el desarrollo del contrato en el tiempo, trajeron como consecuencias unos sobre costos al contratista en gastos de administración como lo es el equipo de trabajo, impuestos, arriendos, nómina etc. de aproximadamente $210.000.000, por lo cual se solicita se evalúe esta situación y se tenga en cuenta en la liquidación final, para efectos que le sea reconocido este valor a favor del contratista.

9. *Las demás pruebas que en el desarrollo de las anteriores, las partes consideren necesarias surtirse en pro del esclarecimiento de todos los aspectos técnicos y financieros que han rodeado la ejecución contractual.*

El contratista solicito en posterior oportunidad, la siguiente prueba: Se certifique si se la gobernación de Bolívar giró recursos del contrato a **INGELET S.A.S.**, o a **ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.**, y en que fecha.

Por parte de la aseguradora:

- Clausulado general de la póliza No. 1341967-3
- Citación al representante legal de INGELET S.A.S.
- Citación a quienes aprobaron la subcontratación
- Documento en el cual se dio traslado a la aseguradora del subcontrato

El análisis de cada una de las pruebas aportadas y de las pruebas solicitadas se realizará bajo los parámetros establecidos, en el Código General del Proceso, es decir la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba con miras a satisfacer algunos elementos que den cuenta material de la realidad procesal, en ese orden de ideas, procederemos entonces manifestar lo siguiente:

Se decretó la realización de la inspección al lugar de las obras, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 211- CPACA., la práctica de la misma se llevó a cabo conforme al Capítulo I, del Titulo único de la Sección Tercera de la ley 1564 de 2012-CGP-, particularmente el artículo 236 y siguientes, referentes a la inspección judicial.

De la prueba decretada, se emitió un informe de la verificación del sitio y de los elementos objeto de inspección, luego de haberse practicado la misma, según lo dispone el artículo 238 de la referida norma, expresándose en él, los hechos examinados, los resultados percibidos y las constancias que las partes hayan dejado en su desarrollo, el mencionado informe fue

suscrito por el representante legal de la interventoría y las actas de visita a cada uno de los frentes de obra se encuentran suscritas por todos los participantes. Las mencionadas actas hacen parte del informe de la practica de la prueba.

La práctica de esta prueba se inició el día 9 de septiembre y se llevó a cabo hasta el 20 de septiembre, considerando que son varias las veredas en las cuales se debía ejecutar las actividades.

PRUEBAS DOCUMENTALES

Se tendrán como pruebas documentales atendiendo a su conducencia, pertinencia y utilidad, las siguientes:

- Informe de interventoría y sus anexos.
- Informe de supervisión y sus anexos.
- Expediente precontractual y de ejecución contractual que reposa en la secretaría de Minas y Energía y el cual estuvo a disposición de los citados durante todo el desarrollo del procedimiento.
- Manual de contratación del departamento- Decreto 216 de 2014
- Decreto departamental No. 05 de enero 5 de 2018
- Decreto departamental No. 43 de febrero 28 de 2019
- Decreto departamental No. 26 de enero 20 de 2020.
- Acta de posesión de marzo 2 de 2019 Secretaría de Minas y Energía
- Decreto 10 de 8 de enero de 2020
- Acta de posesión de 9 de enero de 2020.
- Informe de abonos por proveedor.
- Comprobantes de causación emitidos por la Secretaría de Hacienda departamental, en tres (3) folios útiles y escritos.
- Acta de Inicio, Suspensiones y Modificatorios.
- Póliza de Seguro de Cumplimiento otorgada por la Empresa de seguros **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, garantía identificada con el número 1341967-3.
- Informe final de Replanteo.

- Relación de comunicaciones y reuniones con **ELECTROENERGIZAR LTDA.,** presentada anexa a informe final de interventoría.
- Relación de informes periódicos presentados por la Interventoría.
- Acta procedimiento administrativo sancionatorio contractual cerrado en febrero 6 de 2018.
- Acta procedimiento administrativo sancionatorio contractual cerrado en febrero 6 de 2019 y Resolución No. 98 de febrero 6 de 2019.
- Actas de Pago.

OBJECIONES A LA PRUEBA- MESA TÉCNICA

I.- NULIDAD DE LAS PRUEBAS RECAUDADAS POR LA MESA TÉCNICA Las pruebas recaudadas por la mesa técnica son nulas, en la medida en que fueron practicadas con la participación de la interventoría del contrato 2427 del 17 de julio 2015, cosa que no podía hacer, en la medida en que, como consta en el expediente, a la fecha no hay suficiente claridad sobre las razones que la llevaron a autorizar los desembolsos del anticipo, cuyo manejo hoy se cuestiona en el presente proceso administrativo sancionatorio contractual. De este modo, tenemos que esa participación de la interventoría en la práctica de la prueba, al igual que en la emisión de conceptos sobre el asunto que nos ocupa, quebranta el principio de imparcialidad que deben observar las entidades públicas, de conformidad con lo estatuido en el numeral 3 del artículo 3 del CPACA, en todas sus actuaciones. Y ello porque, precisamente, el concepto del interventor incide radicalmente en las decisiones adoptadas por la Administración, del cual, bien puede decirse que, en cierto modo, hace parte de esta. Por otro lado, como bien se sabe, según ordena el artículo 29 de la Constitución Política, "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". En el contexto del proceso administrativo sancionatorio contractual, se entiende que el régimen probatorio debe ajustarse no solo a las reglas especiales que regulan cada medio de prueba, sino a los principios generales establecidos en la Constitución Política y en las leyes de procedimiento, como lo es el ya mencionado principio de imparcialidad. En el presente caso, como lo mencionamos al comenzar este acápite, tenemos que la Interventoría, dentro del proceso de la referencia, no ha hecho suficiente claridad en lo atinente su papel en las autorizaciones para los desembolsos del anticipo, cuya devolución, más las correspondientes actualizaciones, se pretende obtener hoy en el asunto

que nos ocupa. Y no es, pues, ajustado al debido proceso que los conceptos, juicios, valoraciones, visitas, dictámenes, documentos y diligencias por ella realizados, en este marco procesal, por cuanto, de alguna manera, las resultas del mismo pueden afectar sus intereses. En suma, por lo antedicho bien podemos decir que las pruebas obtenidas en la mesa técnica con participación de la interventoría son nulas, por cuanto esta, al tener presunto interés en el caso de autos, no garantiza el debido proceso administrativo sancionatorio contractual, por vulneración del principio de imparcialidad de la actuación administrativa. Así las cosas, habiendo quedado demostrada la violación del debido proceso de mi prohijada por quebrantamiento del principio de imparcialidad, las pruebas practicadas por la mesa técnica resultan abiertamente ilegales y, por tanto, conforme al artículo 29 de la Constitución Política, nulas de pleno derecho, razón por la cual usted, doctora HERNÁNDEZ PULGAR, debe declarar la nulidad de las mismas y retirarlas de modo inmediato de la presente actuación administrativa.

II.- DESCONOCIMIENTO DEL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR EN LA PÉRDIDA DE MATERIALES Y EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA A pesar de que hay suficiente evidencia probatoria de la pérdida de materiales (postes) por causa del desbordamiento del río Magdalena, como consta en el acta de visita del 20 de septiembre de 2019, el informe descarta, sin mayor análisis los volúmenes de postes arrastrados por el río, y ello incide en la determinación de la entidad sobre los montos realmente invertidos por el contratista, que, para el caso, dependen más de la subjetividad de quien los hizo que de la realidad de los hechos. No hay, entonces, pruebas fehacientes que acrediten las observaciones contenidas en el informe sobre este punto y, por ende, tales conclusiones carecen de fundamento. Desde luego, ello supone descartar el evidente impacto de la ola invernal como factor determinante en la supuesta inejecución de las obras objeto del contrato 2427 del 17 de julio 2015, y, por lo tanto, la existencia de una eximente de responsabilidad que claramente favorece al contratista y, por ende, implica desafectar a mi prohijada del caso de autos.

II.- PETICIÓN 1. Se tenga por contestado el traslado del informe en tiempo y forma. 2. Se declare la nulidad del informe. 3. Que se desestime de plano ese informe como prueba, en el presente proceso administrativo sancionatorio contractual.

ASEGURADORA:

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

NULIDAD PROCESAL ANTE EL VICIO DE LAS PRUEBAS RECAUDADAS POR LA MESA TÉCNICA

Las pruebas recaudadas por la mesa técnica son nulas, en la medida en que fueron practicadas con la participación de la interventoría del contrato 2427 del 17 de julio 2015, cosa que no podía hacer, en la medida en que, como consta en el expediente, a la fecha no hay suficiente claridad sobre las razones que la llevaron a autorizar los desembolsos del anticipo, y mucho menos a un tercero del cual desconocemos su procedencia, bajo el nombre se denomina INGETEC S.A.S., cuyo manejo hoy INCIDE en el presente proceso administrativo sancionatorio contractual.

De este modo, tenemos que esa participación de la interventoría en prácticas irregulares, así como de funcionarios de la entidad, amerita la intervención de organismos de control, pues además, la interventoría repercute drásticamente en la obtención de la prueba, es más, la contamina, toda vez que emite conceptos insidiosos sobre el asunto que nos ocupa, quebranta el principio de imparcialidad que deben observar las entidades públicas, de conformidad con lo estatuido en el numeral 3 del artículo 3 del CPACA, en todas sus actuaciones. Y ello porque, precisamente, el concepto del interventor incide radicalmente en las decisiones adoptadas por la Administración, del cual, bien puede decirse que, en cierto modo, hace parte de esta.

Por otro lado, como bien se sabe, según ordena el artículo 29 de la Constitución Política, "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". En el contexto del proceso administrativo sancionatorio contractual, se entiende que el régimen probatorio debe ajustarse no solo a las reglas especiales que regulan cada medio de prueba, sino a los principios generales establecidos en la Constitución Política y en las leyes de procedimiento, como lo es el ya mencionado principio de imparcialidad.

En el presente caso, como lo mencionamos al comenzar este acápite, tenemos que la Interventoría, dentro del proceso de la referencia, no ha hecho suficiente claridad en lo atinente su papel en las autorizaciones para los desembolsos del anticipo, cuya devolución, más las correspondientes actualizaciones, se pretende obtener hoy en el asunto que nos ocupa. Y no es, pues, ajustado al debido proceso que los conceptos, juicios, valoraciones, visitas,

dictámenes, documentos y diligencias por ella realizados, en este marco procesal, por cuanto, de alguna manera, las resultas del mismo pueden afectar sus intereses.

En suma: por lo antedicho bien podemos decir que las pruebas obtenidas en la mesa técnica con participación de la interventoría son nulas, por cuanto esta, al tener presunto interés en el caso de autos, no garantiza el debido proceso administrativo sancionatorio contractual, por vulneración del principio de imparcialidad de la actuación administrativa.

Así las cosas, tal como se advirtió en su momento, habiendo quedado demostrada la violación del debido proceso de mi prohijada por quebrantamiento del principio de imparcialidad, las pruebas practicadas por la mesa técnica resultan abiertamente ilegales y, por tanto, conforme al artículo 29 de la Constitución Política, nulas de pleno derecho, razón por la cual usted, doctora ***HERNÁNDEZ PULGAR****, debe declarar la nulidad de las mismas y retirarlas de modo inmediato de la presente actuación administrativa.*

RESPUESTA DE LA ENTIDAD A LA SOLICITUD DE NULIDAD DE LA PRUEBA-INSPECCION -MESA TÉCNICA.

En la oportunidad prevista para ello, la administración departamental determinó la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba solicitada por el apoderado del contratista, coadyuvada por la compañía de seguros y conforme al análisis anterior decretó la misma según lo establecido en el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Al respecto, resulta menester traer a colación lo manifestado por el H. Consejo de Estado, en el sentido de diferenciar *"entre los conceptos de conducencia y pertinencia de la prueba.":*

> *"**La conducencia es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho.** Es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de que, con la comparación que se haga se pueda saber si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de este medio probatorio. **La pertinencia es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso.**" Es decir, que la conducencia es la aptitud legal del medio probatorio para probar el hecho*

que se investiga, y que requiere de dos requisitos esenciales, que son: que el medio probatorio respectivo este autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley; y que ese medio probatorio solicitado no esté, prohibido en particular para el hecho que con él se pretende probar. En tanto que la pertinencia se refiera a que el medio probatorio guarde relación con los hechos que se pretenden demostrar."[47]

(...) ***previo a tomar cualquier decisión respecto a las pruebas, el juez deberá analizar si aquel es conducente, pertinente y útil.*** *Lo anterior, porque según el tenor del artículo 168 del Código General del Proceso se deben rechazar aquellos medios de convicción que no satisfagan las citadas características. La doctrina ha entendido que la pertinencia de la prueba hace alusión a la relación del medio de convicción y el objeto del proceso y significa que las pruebas "deben versar sobre hechos que conciernan al debate, porque si en nada tienen que ver con el mismo entran en el campo de la impertinencia". Bajo la misma línea argumental el profesor Hernán Fabio López Blanco, sostiene que la prueba impertinente es aquella que nada aporta a la Litis, pues busca probar un hecho inocuo para los fines perseguidos dentro del proceso."*[48]

Al analizar la solicitud de nulidad resulta de suma relevancia, como primera medida, consultar el régimen probatorio aplicable al procedimiento administrativo, el cual por expresa remisión normativa, del artículo 211- CPACA[49], corresponde al Capítulo I, del Titulo único de la Sección Tercera de la ley 1564 de 2012-CGP-, particularmente el artículo 236 y siguientes, referentes a la inspección judicial.

Es necesario aclarar que, en este caso se ha denominado mesa técnica, pero que por su naturaleza y alcance podría asimilarse al medio probatorio - inspección judicial -, según se estableció en el artículo 165 de la precitada norma.

De la prueba decretada por el despacho, se emitió un informe de la verificación del sitio y de los elementos objeto de inspección, luego de haberse practicado la misma, pues así lo dispone

---

[47] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". CP.: Bertha Lucia Ramirez de Páez, Bogotá D.C., Rad.:25000-23-25-000-2007-00460-02(0071-09

48 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: ALBERTO YEPES BARREIRO (E). Bogotá D.C., (2015). Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00111-00.

[49] Artículo 211. Régimen probatorio. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil.

el artículo 238 de la referida norma, expresándose en él, los hechos examinados, los resultados percibidos y las constancias que las partes hayan dejado en su desarrollo.

Sin embargo, salta a la vista que el informe está suscrito por el señor representante legal de la interventoría Ingeniero James Martínez, tal como lo manifiesta el apoderado de la compañía de seguros, quien afirma que con ello se configura una evidente nulidad de la prueba por violación al debido proceso, consistente en la falta de imparcialidad del contenido del informe.

Sobre la imparcialidad, tenemos que, es una garantía que se deriva de la igualdad de las personas ante la ley[50] e implica una serie de exigencias para el juez, en el caso judicial (artículo 229 de la Constitución), y para el procedimiento, que apuntan al desinteresamiento y objetividad al momento de desarrollar el proceso y adoptar la decisión. Literalmente la imparcialidad significa ausencia de partido o de posición frente al asunto. Tradicionalmente se ha entendido que la autoridad cumple la exigencia de imparcialidad, cuando pone de presente las circunstancias personales que podrían favorecer o desfavorecer, conscientemente o de manera inconsciente, a una de las partes y esto le permite separarse del asunto (impedimentos) o, si no lo hace, que sean las partes los que controviertan su imparcialidad, a través de las recusaciones. Pero la imparcialidad es un mandato mucho más amplio y no se refiere exclusivamente a la imparcialidad de la autoridad, en este caso, el juez, sino también a la imparcialidad institucional y del proceso.[51] (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Lo anterior, entendiendo que para efectos del procedimiento administrativo la administración equivale a la figura del juez y por lo tanto al practicar la prueba se contó con la presencia no solo de un representante de la administración departamental. en cabeza de la Secretaría de Minas y Energía sino de todos los solicitantes, existe en este sentido, absoluta imparcialidad no obstante quien haya emitido el informe una vez practicada la inspección del sitio, en este caso sea el interventor.

No puede perderse de vista que la administración es la única responsable del contenido del informe en comento, sin embargo, al verificar que quienes solicitan la desestimación de la prueba, fueron en su momento quienes pidieron su práctica, se considera procedente aceptar este requerimiento y no tener en cuenta el resultado de la prueba para efectos de tomar la

[50] Corte Constitucional, Sentencia C-600-11.
[51] Corte Constitucional, Sentencia C-205/16

decisión que proceda, una vez se concluya la recepción de los descargos por parte de la compañía de seguros.

Se concluye entonces, que es posible asimilar la situación puesta de presente por la compañía de seguros y el contratista a una irregularidad en el informe que se originó como consecuencia de la practica de la inspección, por ello y considerando la garantía máxima del debido proceso como principio rector[52] de este procedimiento, se procede a abordar y corregir la anomalía en el procedimiento, antes de continuar con el desarrollo de las etapas siguientes.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 41 del CPACA[53], esta entidad procede a la corrección de la irregularidad antes identificada, teniendo la prueba como no practicada, restableciendo así el equilibrio y la imparcialidad del trámite que se adelanta.

En este entendido, la entidad atenderá las cantidades informadas por la interventoría, de tal suerte que, el monto que a titulo de perjuicios determine la entidad al momento de adoptar la decisión en el trámite que nos ocupa, será aquel que no haya sido desvirtuado por los citados en el debate.

3. CARGOS VS. DESCARGOS.

CONTRATISTA

Los descargos del contratista fueron leídos y sustentados en audiencia - sesión de 17 de diciembre de 2019- y en general en todas las intervenciones realizadas en desarrollo de la misma. Constan en documento en formato PDF., anexo a la presente resolución, en treinta y dos (32) folios útiles y escritos.

---

[52] Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.
Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.
1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción. (...)

[53] Artículo 41. Corrección de irregularidades en la actuación administrativa. La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla.

RESOLUCION No. 95 05 MAR 2020

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

ASEGURADORA:

Bogotá D.C., diciembre 17 de 2019

Doctora
ETHEL HERNÁNDEZ PULGAR
Secretaría de Minas y Energía
GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR
E. S. D.

REF: *AUDIENCIA ART. 86 LEY 1474 DE 2011 – DEBIDO PROCESO*
Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015
CONTRATISTA: *ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA.*
ASEGURADORA: *SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.*
PÓLIZA Núm. 1341967-3
DESCARGOS

JORGE MANUEL DELGADO ROCHA*, mayor de edad, vecino y residente de Bogotá D.C. en la Carrera 12 Núm. 79-32 Oficina 302, identificado con cédula de ciudadanía Núm. 79.556.308 de Bogotá, abogado en ejercicio, portadora de la T.P. Núm. 114.851 del C. S. J., en calidad de apoderado de* ***SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.****, mediante el presente escrito, dentro del término legal, me permito presentar* ***DESCARGOS****, dentro de la actuación administrativa de la referencia, en los siguientes términos:*

I. NULIDADES POR VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

De acuerdo con la Corte Constitucional, "(ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley",[54] es componente esencial del derecho al debido proceso, al igual que las formas propias de cada juicio, el derecho de defensa y el derecho a la jurisdicción, entre otros.

De acuerdo con el tratadista Bernardo Carvajal, el debido proceso debe entenderse desde tres perspectivas complementarias: 1) como norma de rango constitucional (desde el punto de vista

[54] Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 2014.M.P.: Mauricio González.

formal), 2) como principio normativo (desde el punto de vista de su estructura normativa), y 3) como derecho fundamental (desde el punto de vista material y sustancial).[55]

Siguiendo a Carvajal, el proceso será debido, siempre y cuando, por una parte, las leyes y reglamentos que regulan las diversas clases de procesos se ajusten, jerárquicamente, a los mandatos del artículo 29 de la Constitución Política; por otra, toda vez que las actuaciones procesales (judiciales o administrativas) se desarrollen en estricto cumplimiento de ese mandato constitucional, y, finalmente, cuando quiera que los procedimientos de la Administración o de la Jurisdicción no vulneran los derechos del individuo durante el respectivo trámite.

En síntesis, el debido proceso se cumpliría, si a lo largo del proceso administrativo, además de darse todas las formas propias del mismo, las etapas procesales a que hubiere lugar, la comparecencia del administrado, su derecho de defensa y a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, entre otros, la entidad o el funcionario que lo tramitaren tuviera la competencia, es decir, el conjunto de atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias que lo facultaren para hacerlo. Veamos, en el caso concreto, cómo se produce la violación del debido proceso de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.:

1.1. NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA DE LA ENTIDAD PARA ADELANTAR EL TRÁMITE ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRACTUAL

Digamos de una vez que la Gobernación de Bolívar no puede continuar con el proceso administrativo que hoy nos ocupa, por cuanto carece de las facultades para hacerlo, en la medida en que, de acuerdo con la Cláusula Vigésima del Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015, tal atribución corresponde bien a un amigable componedor, bien a un conciliador, que, en consecuencia, es el juez natural del contrato, en el caso de que se presenten controversias o diferencias relativas al mismo, entre las partes, tal como se establece en la normatividad, respecto a los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Una breve digresión sobre el principio del juez natural, antes de continuar. El principio del juez natural, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, hace referencia al funcionario, en principio solamente judicial, que, conforme a la Constitución y la Ley tiene facultades para conocer y resolver los casos, asuntos o procesos que se pongan a su consideración. Desde luego, tal principio también aplica a los funcionarios de la Administración, ya centralizada, ya descentralizada, que deban fungir como directores de procesos administrativos que impliquen "juzgamiento" de la conducta de los administrados, como en los procesos de responsabilidad

[55] CARVAJAL, Bernardo. "Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo", en Revista Digital de Derecho Administrativo, Núm. 4, Segundo Semestre de 2010. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 7-21.

fiscal, los procesos disciplinarios o los procesos administrativos sancionatorios por incumplimiento de contrato, entre otros. Así, el director, jefe o presidente de la entidad descentralizada de que se trate, según sea el caso, es el juez natural de los asuntos cuyo conocimiento le correspondan, con acatamiento de las competencias que al efecto le hayan sido atribuidas por la Constitución, la Ley o los reglamentos.

Cuando se trata de procesos administrativos sancionatorios, el juez natural que debe conocer de ellos es el representante legal de la entidad estatal de que se trate o quien este haya delegado, con arreglo a la Constitución, la Ley y los Reglamentos para tal fin, en la medida en que son los mismos facultados, respectivamente, por el literal b) del numeral 3 del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, y por el artículo 12 de la misma norma, para celebrar contratos, todo ello siempre y cuando la entidad no haya pactado Cláusula de Solución de Conflictos, en cuyo caso la Administración deja de ser el juez natural del contrato, función que, en tal caso, pasa a corresponder al amigable componedor, conciliador o, en fin, al titular de la jurisdicción establecida por las partes como mecanismo alternativo de solución de conflictos, tal como se expresó en la Cláusula Vigésima, al determinar la utilización de mecanismos de solución previstos para la solución de conflictos.

De lo anterior se sigue, como se ha dicho, que la Gobernación de Bolívar debe abstenerse de continuar con la diligencia que nos ocupa y disponer su archivo inmediato, por causa de que esta última y el contratista acordaron, en la Cláusula Vigésima del Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015 que resolverían todas sus diferencias o diferencias surgidas en la ejecución del contrato mediante los mecanismos allí indicados, y, por tal razón, la entidad carece de toda competencia para hacerlo, pues debe acudir a lo dispuesto en la normatividad, respecto a los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

En ese orden de ideas, queda suficientemente probado que no es la Gobernación de Bolívar la autoridad competente para imponer la Cláusula Penal, y muhco maneos para declarar el incumplimiento del Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015, sino que deberá acudirse a los mecanismos de solución previstos en la ley, tales como conciliación, amigable composición y transacción, y que el desconocimiento de la Cláusula Vigésima del Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015, por parte de la Administración, quebranta no solo el debido proceso del Administrado, sino también los principios de planeación e igualdad precontractual, así como el propio contrato, esto es, estaría incumpliendo sus obligaciones contractuales.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

En mérito de lo expuesto, es forzoso concluir que la Gobernación de Bolívar, al adelantar el presente trámite, está violando el derecho de ***SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.****, compañía a la cual represento en esta diligencia, pues quebranta el debido proceso por violación al principio constitucional del juez natural del contrato, puesto que, en virtud de las estipulaciones contenidas el Cláusula Vigésima del Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015, las controversias surgidas entre las diferencias y discrepancias con ocasión de este deberán dirimirse ante un conciliador, amigable componedor o mediante transacción.*

En consecuencia, usted, señor funcionario, debe dar por terminado inmediatamente el presente proceso administrativo sancionatorio, debido a que usted carece de toda competencia para tramitarlo.

1.2. NULIDAD POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

Es de suprema importancia, traer a colación este principio que, si bien encuentra sus bases en el derecho penal, también se aplica en materia de derecho administrativo y aún más cuando se trata de este tipo de procedimientos administrativos sancionatorios, toda vez que, para el presente caso, en su oportunidad esa Secretaría adelantó dos (2) actuaciones administrativas teniendo como base los mismo hechos y fundamentos de la presente actuación.

En efecto, la Gobernación de Bolívar con este procedimiento ha adelantado tres (3) actuaciones administrativas en dos (2) años, absolviendo incluso al contratista, asunto que riñe con la teoría de los actos propios, siendo incoherente, ambigua e indeterminada esa entidad en su permanente actuar, no profirió una decisión tendiente a la declaratoria del siniestro hasta el día de hoy, todo lo contrario, cerró una primera actuación administrativa mediante Acta de Audiencia de Proceso Sancionatorio el día 6 de febrero de 2018, y en una segunda oportunidad, mediante Resolución Núm. 98 del 6 de febrero de 2019, asunto que raya con una permanente violación al principio de la Confianza Legítima, Buena Fe Contractual y Seguridad Jurídica, pero lo grave, es que, este tipo de conducta a todas luces resulta violatorio de principios constitucionales.

Sustentamos nuestro alegato en virtud de los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, y en particular, de acuerdo a la sentencia C-870/02, en la cual se expresó:

> *"La jurisprudencia constitucional ha extendido el principio non bis in idem a un ámbito diferente al penal, puesto que ha estimado que éste forma parte del debido proceso*

> *sancionador. De tal manera que cuando la finalidad de un régimen es regular las condiciones en que un individuo puede ser sancionado personalmente en razón a su conducta contraria a derecho, este principio es aplicable."*

Es de tanta importancia, que la Constitución Política en su artículo 29, inciso 4 establece que: "Quien sea sindicado tiene derecho a (...), ***no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.***

De esta forma, la citada sentencia nos menciona:

> *"El principio non bis in idem prohíbe que una persona, por el mismo hecho, (i) sea sometida a juicios sucesivos o (ii) le sean impuestas varias sanciones en el mismo juicio, salvo que una sea tan solo accesoria a la otra."*

Encontramos que el principio de non bis in ídem, no se refiere únicamente a una doble sanción, sino que también se puede ver como la prohibición que una persona soporte juicios sucesivos por el mismo hecho.

Para el caso en particular, encontramos que la Gobernación de Bolívar impone un nuevo proceso administrativo sancionatorio con base en los mismos hechos utilizados para las actuaciones administrativas que dieron con el Acta de Audiencia de Proceso Sancionatorio el día 6 de febrero de 2018, y en una segunda oportunidad, mediante Resolución Núm. 98 del 6 de febrero de 2019. En este sentido, la Gobernación busca someter al contratista y a la aseguradora que represento a juicios sucesivos, y para la misma formalidad, y por ell, acudimos a la sentencia T-537 de 2002, la Corte sostuvo que:

> *"Este principio implica que el Estado se halla legitimado para imponer, luego de los procedimientos legales respectivos, sanciones penales o disciplinarias cuando demuestre la ocurrencia de delitos o de faltas y concurra prueba que acredite la responsabilidad de quienes en ellos intervinieron pero que una vez tomada una decisión definitiva sobre el hecho constitutivo del delito o de la falta y sobre la responsabilidad o inocencia del implicado, no puede retomar nuevamente ese hecho para someterlo a una nueva valoración y decisión. (subrayado fuera del texto)*

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

De igual forma encontramos que, si lo que pretende la Secretaría de Minas y Energía, por medio de la presente actuación administrativa, y por tanot, estaría configurando la aplicación de este principio y la violación del debido proceso.

Dihco lo anterio solicitamos muy respetuosamente proceder al archivo de la actuación administrativa, toda vez que la actuacuión administrativa que aquí nos ocupa, ha sido objeto de pronunciamiento por parte de sa entidad para otros procesos administraivos sancionatorios.

1.3. NULIDAD PROCESAL ANTE EL VICIO DE LAS PRUEBAS RECAUDADAS POR LA MESA TÉCNICA.

Las pruebas recaudadas por la mesa técnica son nulas, en la medida en que fueron practicadas con la participación de la interventoría del contrato 2427 del 17 de julio 2015, cosa que no podía hacer, en la medida en que, como consta en el expediente, a la fecha no hay suficiente claridad sobre las razones que la llevaron a autorizar los desembolsos del anticipo, y mucho menos a un tercero del cual desconocemos su procedencia, bajo el nombre se denomina INGETEC S.A.S., cuyo manejo hoy INCIDE en el presente proceso administrativo sancionatorio contractual.

De este modo, tenemos que esa participación de la interventoría en prácticas irregulares, así como de funcionarios de la entidad, amerita la intervención de organismos de control, pues además, la interventoría repercute drásticamente en la obtención de la prueba, es más, la contamina, toda vez que emite conceptos insidiosos sobre el asunto que nos ocupa, quebranta el principio de imparcialidad que deben observar las entidades públicas, de conformidad con lo estatuido en el numeral 3 del artículo 3 del CPACA, en todas sus actuaciones. Y ello porque, precisamente, el concepto del interventor incide radicalmente en las decisiones adoptadas por la Administración, del cual, bien puede decirse que, en cierto modo, hace parte de esta.

Por otro lado, como bien se sabe, según ordena el artículo 29 de la Constitución Política, "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". En el contexto del proceso administrativo sancionatorio contractual, se entiende que el régimen probatorio debe ajustarse no solo a las reglas especiales que regulan cada medio de prueba, sino a los principios generales establecidos en la Constitución Política y en las leyes de procedimiento, como lo es el ya mencionado principio de imparcialidad.

En el presente caso, como lo mencionamos al comenzar este acápite, tenemos que la Interventoría, dentro del proceso de la referencia, no ha hecho suficiente claridad en lo atinente

su papel en las autorizaciones para los desembolsos del anticipo, cuya devolución, más las correspondientes actualizaciones, se pretende obtener hoy en el asunto que nos ocupa. Y no es, pues, ajustado al debido proceso que los conceptos, juicios, valoraciones, visitas, dictámenes, documentos y diligencias por ella realizados, en este marco procesal, por cuanto, de alguna manera, las resultas del mismo pueden afectar sus intereses.

En suma: por lo antedicho bien podemos decir que las pruebas obtenidas en la mesa técnica con participación de la interventoría son nulas, por cuanto esta, al tener presunto interés en el caso de autos, no garantiza el debido proceso administrativo sancionatorio contractual, por vulneración del principio de imparcialidad de la actuación administrativa.

Así las cosas, tal como se advirtió en su momento, habiendo quedado demostrada la violación del debido proceso de mi prohijada por quebrantamiento del principio de imparcialidad, las pruebas practicadas por la mesa técnica resultan abiertamente ilegales y, por tanto, conforme al artículo 29 de la Constitución Política, nulas de pleno derecho, razón por la cual usted, doctora ***HERNÁNDEZ PULGAR****, debe declarar la nulidad de las mismas y retirarlas de modo inmediato de la presente actuación administrativa.*

II. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

El debido proceso es una garantía fundamental de los derechos a la seguridad, a la igualdad, a la personería jurídica y a la libertad que tienen todos los asociados. Por tal motivo, cuando se violenta, se produce un ataque directo al sujeto y a la sociedad, por cuanto un acto de esta índole enerva la realización de los fines naturales del hombre – que el derecho garantiza -, y, al mismo tiempo, afecta el bien común, que es, precisamente, uno de los principales valores jurídicos en que se funda el Estado de Derecho, que, como es sabido, se caracteriza porque sus competencias son regladas, es decir, están definidas, ya en la Constitución, ya en las leyes, ya en los reglamentos, y, por ello, ha sido entendido, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, como "el sistema de principios y reglas procesales según los cuales se crea y perfecciona el ordenamiento jurídico, se limita y controla el poder estatal y se protegen y realizan los derechos del individuo, por disposición de una norma".[56]

En este marco, el término "proceso" significa conjunto sistemático, coherente y sucesivo de acciones encaminadas a regular las relaciones jurídicas entre el órgano judicial o administrativo y los demás sujetos procesales, así como a garantizar la realización de los derechos materiales

[56] Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T 591-92, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

y la efectividad de las garantías fundamentales de aquéllos. Por eso, es comprensible que, dada la trascendencia de las relaciones jurídicas reguladas por conducto del proceso, este tenga un carácter necesariamente reglado y que, por lo mismo, envuelva unas claras limitaciones a los poderes del Estado. En estas condiciones, el proceso será "debido" siempre que la actuación judicial o la administrativa se ajuste rigurosamente a las normas que lo rigen (incluyendo el principio non bis in ídem, entre otros); en caso contrario, esto es, cuando no se sujete a aquellas, cuando se violen esas directrices, el proceso no será "debido"; es más: ni siquiera será proceso, sino apenas un simulacro de él.

Las violaciones al debido proceso pueden deberse, ya a la acción, ya a la omisión, como cuando no se respetan las formas propias de cada juicio, el funcionario no hace una aplicación razonada y lógica de la norma, o se dejan vacíos, ora en la toma de la decisión, ora en la ejecución de esta, relacionados con el establecimiento de situaciones esenciales para el cumplimiento de las normas constitucionales y legales.

En este sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T-795 de 1998, consideró que:

> *El debido proceso, según la doctrina, es todo el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le asegura a lo largo del mismo, la recta y cumplida de administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho; es además, el derecho que tiene toda persona a la recta administración de justicia lo que además implica la correcta y adecuada aplicación de la Constitución y las leyes al caso particular. Resulta contrario a derecho que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan sobre los derechos subjetivos proceda conforme a su voluntad.*[57]

Veamos cómo se produce la violación del derecho al debido proceso de ***SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.****, como consecuencia de la haber iniciado la Secretaría de Minas y Energía la presente actuación administrativa sin cumplir con las ritualidades que tanto la Constitución Política como la Ley demanda para tal efecto.*

De acuerdo con el tratadista Bernardo Carvajal, el debido proceso debe entenderse desde tres perspectivas complementarias: 1) como norma de rango constitucional (desde el punto de vista

[57] Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-795 de 1998, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara.

formal), 2) como principio normativo (desde el punto de vista de su estructura normativa), y 3) como derecho fundamental (desde el punto de vista material y sustancial).[58]

Siguiendo a Carvajal, el proceso será debido, siempre y cuando, por una parte, las leyes y reglamentos que regulan las diversas clases de procesos se ajusten, jerárquicamente, a los mandatos del artículo 29 de la Constitución Política; por otra, toda vez que las actuaciones procesales (judiciales o administrativas) se desarrollen en estricto cumplimiento de ese mandato constitucional, y, finalmente, cuando quiera que los procedimientos de la Administración o de la Jurisdicción no vulneran los derechos del individuo durante el respectivo trámite.

En síntesis, el debido proceso se cumpliría, si a lo largo del proceso administrativo, además de darse todas las formas propias del mismo, las etapas procesales a que hubiere lugar, la comparecencia del administrado, su derecho de defensa y a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, entre otros, la entidad o el funcionario que lo tramitaren tuviera la competencia, es decir, el conjunto de atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias que lo facultaren para hacerlo. Veamos, en el caso concreto, cómo se produce la violación del debido proceso de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Por lo pronto, conviene señalar desde este momento, que la presente actuación administrativa sancionatoria debe ser terminada y archivada de manera inmediata, en la medida en que viola el debido proceso de mi mandante y de ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA, al transtornarse la normal ejecución del contrato en cuatro aspectos fundamentales, a saber: ***1).*** *Falta de Competencia Temporal de la Señora Secretaria de Minas para declrar la ocurrenia del siniestro;* ***2).*** *La entidad pretende declarar unilateralmente la imposición de una Sanción Pecuniaria, que valga decirlo, al dia de hoy no se conoce a ciencia cierta de cuál se trata, es decir, no sabemos si la defensa está encaminada contra un incumplimiento parcial o definivo, pues la imposición de cláusula penal, está definida en la CLÁUSULA PRIMERA del Contrato 2427 de 17 de julio de 2017 solamente para el caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total, o si de otra parte, la entidad está encaminada a afectar el amparo de anticipo, etc., asunto que resulta lesivo a la legítima defensa cuando la propio interventor y la entidad ordeno el giro a un tercero que no está afianzado por la Póliza Núm. 1341967-3;* ***3).*** *La entidad apunta a desestimar unilateralmente, como hecho enervador de la actuación administrativa, la presencia de un tercero (INGELEC S.A.S.), quien recibió los recursos autorizados por el Interventor (PROINGES S.A.S.), y avalados por la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR, hecho que resulta inoponioble a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., pues la entidad ha violado de manera flagrante la publicidad de las actuaciones contractuales,*

[58] CARVAJAL, Bernardo. "Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo", en Revista Digital de Derecho Administrativo, Núm. 4, Segundo Semestre de 2010. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 7-21.

así como las directrices dadas por la Agencia Nacional para la Contratación Colombia Compra Eficiente; ***4).*** *No existe suficiente claridad en el informe de Interventoría ni en el Pliego de cargos sobre las razones que llevaron al Interventor a autorizar desembolsos de anticipo a terceros que no están amparados por la Póliza de Cumplimiento emitida por Seguros Generales Suramericana S.A., y* ***5).*** *La entidad desconoce el principio de responsabilidad subjetiva como fundamento de la imputación por el presento incumplimiento del contrato, tal como se viene a comprobar:*

2.1. FALTA DE COMPETENCIA TEMPORAL DE LA SECRETARIA DE MINAS PARA DECLARAR LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO

Digamos de una vez que la presente actuación administrativa debe ser archivada frente a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., por cuanto ese despacho carece de competencia temporal no solo para adelantar este proceso administrativo sancionatorio contractual, sino también para emitir el acto administrativo que declare la ocurrencia del siniestro frente a mi prohijada. Así, la entidad quebranta no solo la Constitución y la Ley, sino que también, se aparta de los derroteros jurisprudenciales que, sobre esta materia, ha trazado el Consejo de Estado. Veamos por qué.

La entidad, ha persistido en adelantar diferentes audiencias que tiene la misma causa eficiente dada desde la comunicación INT-GOB-BOL-87 de 11 de noviembre de 2011, así como de los oficios INT-GOB-BNOL-88 de 14 de noviembre de 2017 y la INT-GOB-BOL-91 del 15 de diciembre de 2017, mediante las cuales, esa entidad manifestó tener conocimiento de hechos que a su modo de ver constituían el presunto incumplimietno del Contrato Núm. 2427 de 17 de julio de 2015. Sobre este punto, reiteramos, la Gobernación de Bolívar ha sido complaciente con circunstancias completamente anómalas dentro de la normal ejecucion del contrato, tanto así, que hasta avaló el ejercicio contratual de un tercero (INGELEC S.A.S.) de manera privativa, sin cumplir con la debida publicación ni inclusión que ordenan la directrices de contratación para la Página del SECOP, pues precisamente se trata de aquella plataforma en la cual las Entidades Estatales deben publicar los Documentos del Proceso, desde la planeación del contrato hasta su liquidación, toda vez que permite a las Entidades Estatales tener una comunicación abierta y reglada sobre los Procesos de Contratación, asunto que, dihco sea de paso, ha sido plenamente desconocido por los funcionarios de esa entidad, y por la interventoría, tal como se ha previsto en la diferente normatividad, así como en directrices de la Agencia Nacional para la Contratación Estatal Colombia Compra Eficiente, tal como se viene a citar:

Decreto 1510 de 2013

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

CAPÍTULO VII

Publicidad. Artículo 19. Publicidad en el Secop. *La Entidad Estatal está obligada a publicar en el Secop los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el Secop.*

La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el Secop para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 23 del presente decreto.
Ley 1150 de 2007

ARTÍCULO 3o. DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA. *De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno*
Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.
Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual:
a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2o de la presente ley según lo defina el reglamento;
b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;
c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;
d) Integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.

Circular Externa No. 20 de 27 de agosto de 2015
- Colombia Compra Eficiente -

> *"Publicidad de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios que en su actividad comercial están en situación de competencia"*

Las entidades destinatarias de la presente Circular Externa pueden utilizar sus sistemas de información propios para efectos de la publicidad de la actividad contractual cuando estos permitan hacer el proceso de contratación en línea, además de permitir a los proveedores y al público en general tener acceso oportuno, permanente e ininterrumpido a la información de su actividad contractual. La información de la actividad contractual debe cumplir los plazos y requerimientos de las normas aplicables en materia de contratación y de acceso a la información, respetando la información y documentos reservados de acuerdo con la normativa aplicable.

Las entidades destinatarias de la presente Circular Externa deben disponer de un hipervínculo que comunique al SECOP con los sistemas de información de las entidades mencionadas antes del 30 de noviembre de 2015, no obstante, las entidades cuyos sistemas de información propios no cumplan las condiciones señaladas, deben publicar su actividad contractual en el SECOP utilizando la clasificación "régimen especial".

Circular Externa No. 23 del 16 de marzo de 2017
- Colombia Compra Eficiente –

> *"Complementa la Circular Externa 1 de 2013 para establecer las condiciones de calidad y oportunidad en las cuales las Entidades Estatales que ejecutan recursos públicos en sus procesos de abastecimiento o contratación (en adelante las "Entidades"") deben poner a disposición la información de sus Procesos de Contratación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-."*

Las Entidades deben poner a disposición la información de sus Procesos de Contratación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP.

El SECOP tiene tres (3) plataformas para registrar la actividad contractual: (i) SECOP I; (ii) SECOP II; y (iii) la Tienda Virtual del Estado Colombiano. El SECOP I es una plataforma exclusivamente de publicidad. El SECOP II y la Tienda Virtual del Estado Colombiano son plataformas transaccionales.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Las Entidades deben publicar además del contrato suscrito con la aseguradora, las pólizas adquiridas o un documento en formato Excel que indique el ramo, la vigencia de la póliza, la prima, la suma asegurada y el. deducible de cada póliza adquirida. Este documento debe estar publicado en el SECOP I como documentos adicionales dentro del Proceso de Contratación y en SECOP II en el módulo de documentos del contrato. Este documento no es necesario cuando la Entidad Estatal compra la póliza en la Tienda Virtual del Estado Colombiano.

No obstante lo anterior. En efecto, lo claro es, que la entidad no solo ha acarreado un sin número de situaciones irregulares, sino que además, ha sido complaciente con todas las deficiencias que fueron reportadas desde la comunicación INT-GOB-BOL-87 de 11 de noviembre de 2011, así como de los oficios INT-GOB-BNOL-88 de 14 de noviembre de 2017 y la INT-GOB-BOL-91 del 15 de diciembre de 2017, y es claro, que desde esta última fecha, han pasado más de dos (2) años sin que existe acto administrativo ejecutoriado, luego de haber tenido conocimiento de los hechos, y claramente, se ha vencido el término consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio, que dispone que:

> ***Artículo 1081. Prescripción de acciones***
> *La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*
>
> *La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.*
>
> *La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.*
>
> *Estos términos no pueden ser modificados por las partes.*

Sobre este punto, en Sentencia del Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A, M.P. HERNAN ANDRADE RINCÓN, expediente Núm. 27098, enfatiza claramente sobre el término de dos años con el cual cuenta la entidad para declarar la ocurrencia del riesgo amparado, en virtud de las garantías que han sido otorgadas en su favor, así:

> *"**8.2. Competencia temporal de la entidad para la declaratoria de ocurrencia del siniestro.***
> *(...)*

Tal como ha sido expuesto por la Jurisprudencia de la Sala, la declaratoria del siniestro a través de un acto administrativo deberá efectuarse por la Administración, a más tardar, dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de su ocurrencia, lo cual debe suceder durante la vigencia del seguro, aunque su declaración se produzca después de su vencimiento.

Se reitera en esta ocasión que si bien el artículo 1081 del Código de Comercio consagró un término de dos años para la prescripción ordinaria y uno de cinco años para la extraordinaria y que, asimismo, según lo han reiterado la doctrina y la jurisprudencia[59]*, los términos corren simultáneamente, es decir que, "dentro del plazo de los cinco años puede operar el término de los dos años"*[60]*, sin que el interesado pueda acogerse, según su conveniencia, a una de tales prescripciones "toda vez que aquella que primero se agote está llamada a producir el efecto extintivo de la obligación o del derecho correlativo"* [61].

Asimismo (sic) se precisa que para declarar el siniestro no es necesario que el contrato y la póliza se encuentren vigentes, lo importante es que los hechos constitutivos del siniestro hubieren ocurrido en vigencia de la póliza.

De otro lado, también se reitera que, de conformidad con el artículo 68 numeral 5 del C.C.A., las pólizas de seguro y demás garantías expedidas a favor de entidades estatales, junto con el acto administrativo que declaró la ocurrencia del siniestro y el respectivo contrato, conforman un título ejecutivo complejo, el cual para hacerse efectivo, en esa época, debía demandarse en acción ejecutiva ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, durante el término de caducidad de cinco años.

En este caso, la nulidad de las resoluciones demandadas no deviene del hecho de haberse expedido después del vencimiento de la póliza, sino del hecho de que la entidad tuvo noticia de los problemas de calidad de los equipos desde hacía más de dos años, según se desprende del contenido de los citados oficios de julio 31 de 1995, julio 18 de 1997 y de 6 de octubre de 1997, correspondientes a comunicaciones internas de la entidad demandada, entre otros."

---

[59] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 22 de 2009. Expediente 14.667. C.P. Miryam Guerrero de Escobar.
[60] Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: "LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación dentro del contrato de seguro. Revista Fasecolda, No. 9".
[61] Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: "OSSA, Efrén, Teoría del contrato de Seguro, Segunda Edición. Editorial Temis, 1991. Bogotá, Colombia, pág. 443."

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Con fundamento en lo anterior, en el caso concreto, en todo caso, el contrato expiró el 9 de diciembre de 2018, y ha contado con una dilación injustificada de la entidad para resolver las supuestas inconformidades que fueron manifestadas desde la comunicación INT-GOB-BOL-87 de 11 de noviembre de 2011, y lo cierto es, que, en definitiva, los hechos que supuestamente configuraron el siniestro, en teoría, a pesar no tener el suficiente asidero fáctico, quedaron plenamente evidenciados a más tardar el día 15 de diciembre de 2017, es decir, hace más de dos (2) años, y por tanto la entidad ha perdido competencia temporal para declarar la ocurrencia del siniestro, en la medida en que el Consejo de Estado lo ha determinado así, y por tanto, la funcionaria de la Secretaría de Minas persistiría en desconocer lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, en el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, en este caso del Consejo de Estado.

Por tanto, a pesar de conocer la entidad los hechos que han motivado el presunto incumplimiento del contratista, pese a estar enterada desde la comunicación INT-GOB-BOL-87 de 11 de noviembre de 2011, de las inconformidades contractuales, y ante los comunicados que dieron cuenta de presuntos hechos por parte de la interventoría, la entidad no hizo nada a lo largo de dos (2) años para remediar la situación o para determinar una supuesta responsabilidad al contratista, tal como lo establece el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 -para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales-, la entidad NO INSTÓ al contratista para cumplir con el contrato 2757 de 2016 ni tampoco declaró el siniestro dentro de los dos (2) años subsiguientes al momento de conocer los hechos (15 de diciembre de 2017); incluso, lo que es peor, inició variadas actuaciones administrativas sobre la base de hechos similares o que guardan identidad, adelantando en total tres (3) actuaciones administrativas en dos (2) años, absolviendo incluso al contratista, asunto que riñe con la teoría de los actos propios, siendo incoherente, ambigua e indeterminada la entidad en su constante actuar, no profirió una decisión tendiente a la declaratoria del siniestro hasta el día 15 de diciembre de 2019, todo lo contrario, cerró una primera actuación administrativa mediante Acta de Audiencia de Proceso Sancionatorio el día 6 de febrero de 2018, y en una segunda oportunidad, mediante Resolución Núm. 98 del 6 de febrero de 2019, nuevamente afirma algo distinto, asunto que raya con una permanente violación al principio de la Confianza Legítima, Buena Fe Contractual y Seguridad Jurídica, pero lo grave, es que se ha dado lugar a la operancia de la prescripción de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, y, por ende, a la pérdida de competencia de ese Secretaría para declarar la ocurrencia del siniestro en los términos de ley, tal como lo ha definido, ratificado y expuesto el Consejo de Estado en variada y pacífica jurisprudencia.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Así, por ejemplo, lo decide la sentencia del 1° de febrero de 2018 de la Sección Primera del Consejo de Estado, M.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, Radicación 25000-23-24-000-2010-00239-01, señaló lo siguiente:

"TESIS

El acto administrativo que declare el incumplimiento de la obligación asegurada y ordena hacer efectiva la póliza, en seguro de cumplimiento, ***debe dictarse dentro de los 2 años siguientes a la fecha en que la administración tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo, de la existencia del riesgo asegurado.***
[...]

INTERPRETACIÓN JURÍDICA

De conformidad con el artículo 68 No. 5 del Código Contencioso Administrativo ***cuando se constituye una garantía en favor de una entidad pública, es condición que se declare (sic) el acto administrativo que declare el incumplimiento, el cual ejecutoriado y junto con la póliza integran el título que presta mérito ejecutivo.***

Ahora bien para establecer el término dentro del cual se debe dictar el acto administrativo por parte de la Administración, ***el Consejo de Estado ha indicado que en este aspecto las normas de Código de Comercio son de aplicación al seguro de cumplimiento, por lo cual debe tenerse en cuenta el artículo 1081 del Código de Comercio en relación con la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen,*** *tal y como se infiere de las jurisprudencias que se citan a continuación.*

Debe tenerse en cuenta que uno es el término durante el cual se cubre el riesgo, que corresponde al período de duración del contrato de seguro, ***y otro el término dentro del cual es exigible el cumplimiento de la obligación de indemnizar mediante la acción del asegurado o beneficiario del seguro.***

[...] en jurisprudencia del 30 de abril de 1991 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Exp. R 087, hace un análisis de lo que ocurría antes del Decreto 01 de 1984 y lo que procede a partir de dicha norma en que se diferencia el término de prescripción de la obligación y el término de prescripción del derecho que emana del contrato de seguro, ***determinando que la prescripción del derecho***

> ***se rige por el artículo 1081, en tanto que el término de prescripción de la acción ejecutiva está regulada por el artículo 66 No. 3 del Código Contencioso Administrativo, lo anterior para aclarar el término dentro del cual la administración debe proferir el acto que declare el incumplimiento a efectos de constituir el título ejecutivo, concluyendo lo siguiente:***
>
> > *"[...]* ***De manera que si el título ejecutivo no se conforma dentro de los 2 años señalados por la norma primeramente citada, (haciendo referencia al artículo 1081 del Código de Comercio) no será viable el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de la obligación derivada del contrato de seguro, en razón a que la obligación y el derecho ya se encuentran prescritos*** *[...]".*
>
> *Posteriormente, el Consejo de Estado mediante sentencia del 20 de agosto de 1998, retornando lo indicado a su vez en sentencia del 14 de diciembre de 1992, M.P. Dr. Yesid Rojas Serrano,* ***hace referencia nuevamente al momento en el cual debe expedirse el acto administrativo que se declare el incumplimiento de la obligación asegurada mediante seguro de cumplimiento manifestando lo siguiente:***
>
> > *"[...] Es preciso dentro de una elemental lógica, que el beneficiario del seguro, en este caso la Administración, ante el conocimiento del siniestro, no solamente a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de dicho incumplimiento, como lo previenen las condiciones generales estipuladas en el cuerpo de las pólizas,* ***sino que debe dictar la resolución administrativa que declare su ocurrencia dentro de su vigencia, que sería lo más lógico e indicado o, si no, dentro de los dos años subsiguientes a la fecha en que tuvo conocimiento, o razonablemente pudo tenerlo, de la existencia del riesgo asegurado, para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción, tal y como se encuentra consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio*** *[...]".*

En mérito de lo expuesto, es forzoso concluir que la Gobernación de Bolívar, por iniciar el presente proceso administrativo sancionatorio viola la Constición (Art. 29), y la Ley (Art. 10 CPACA), pasando por alto derechos fundamentales como la legítima defensa, los derechos de ***SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.****, compañía a la cual represento en esta diligencia, pues quebranta el debido proceso por falta de competencia temporal del funcionario para declarar la ocurrencia del siniestro, toda vez que, como quedó visto, operó el fenómeno*

jurídico de la prescripción de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, en virtud de las estipulaciones de ley, así como de la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado.

En consecuencia, usted, Señora Secretaria de Minas y Energía, debe archivar inmdiatamente la actuación que se surte en contra de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., y en consecuencia, dar por terminado inmediatamente el presente proceso administrativo sancionatorio frente a la aseguradora, debido a que usted carece de toda competencia para tramitar la declaratoria del siniestro frente a mi prohijada, y de cara a la Constitución Política de Colombia, la Ley y jurisprudencia, y deberá proceder a absolver a mi representada.

2.2. DE LA EXCLUSIÓN DE RIESGOS EN LA PÓLIZA QUE COMPRENDE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA (ASEGURADO), ASÍ COMO DE LOS ACTOS INASEGURABLES (CULPA GRAVE Y DOLO)

Sea lo primero advertir, que la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales, se rige tanto por las normas del Código de Comercio, como por las condiciones generales, que se entregan al contratista al momento de celebrar el contrato de seguros, estas constituyen las cláusulas bajo las cuales queda sometido el acuerdo entre el contratista y la aseguradora, razón por la cual ni los terceros ni la entidad asegurada, pueden desconocer su contenido, ni pretender modificarlo e interpretarlo.

Dichas condiciones generales, como ya se dijo, regulan los elementos esenciales que deben tenerse en cuenta en la ejecución del contrato, es así como, dentro de las condiciones generales que garantizaron el cumplimiento del Contrato de Obra Núm. 2427 de 17 de Julio de 2015, suscrito entre la Gobernación de Bolívar y Electroenergizar Ingeniería Ltda., en la cual se presentó la Póliza Núm. 1341967-3, que entre otras establece que el amparo tiene lugar siempre y cuando los perjuicios derivados por el supuesto incumplimiento le sean imputables ***AL CONTRATISTA GARANTIZADO****, pero, se encuentra en este caso, que la responsabilidad se deriva por la decisión de la entidad, así como de la Interventoría de Subcontratar a INGELEC S.A.S., bajo su propia cuenta y riesgo, sin que se haya traslado los riesgos de dicha situación, y en actos que resultan inoponibles a la aseguradora por la falta de publicidad de l dicha actuación, y por tanto, se infiere Culpa de la Víctima, en este caso la entidad asegurada, tratándose igualmente de una Exclusión, pues la aseguradora no puede responder ante las decisiones de la entidad que causaron un grave perjuicio, y es claro, que las condiciones generales de la póliza contempla como* ***exclusión LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA (EL ASEGURADO).***

De las cláusulas que se mencionan en el contrato de seguro, para efectos del análisis del riesgo, de la debida motivación de los actos administrtaivos, es necesario referirnos a la necesidad de verificar que los incumplimientos ***SEAN IMPUTABLES AL CONTRATISTA****, toda vez que, para el caso objeto de estudio, encontramos que existieron ciertas circunstancias que se pueden derivar en una responsabilidad de la entidad en el presunto incumplimiento del contrato de obra Núm. 2427 de 17 de julio de 2019, y que de esta forma hacen que la entidad sea la primera incumpliente dentro del contrato citado, toda vez que ha incurrido en actos inasegurables.*

Al respecto nos explicamos.

En el seguro de cumplimiento, a diferencia de los demás contratos de seguros, existe una limitación a la autonomía de la voluntad en cuanto a la estipulación de las exclusiones admisibles y que pueden invocarse a la entidad estatal asegurada, como exoneración de la responsabilidad condicional del asegurador. De este modo, las exclusiones admisibles se encuentran expresamente establecidas en el artículo 2.2.1.2.3.2.3 del Decreto 1082 de 2015, cuyo texto es el siguiente:

> *"Artículo 2.2.1.2.3.2.3.[62] Exclusiones. La Entidad Estatal solamente admitirá las siguientes exclusiones, en el contrato de seguro que ampara el cumplimiento de los contratos que suscriba, y cualquier otra estipulación que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a estas, no producirá efecto alguno:*
>
> *"1. Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o* ***la culpa exclusiva de la víctima****.*
>
> *"2. Daños causados por el contratista a los bienes de la Entidad Estatal no destinados al contrato.*
>
> *"3. Uso indebido o inadecuado o falta de mantenimiento preventivo al que está obligada la Entidad Estatal.*
>
> *"4. El deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado como consecuencia del transcurso del tiempo".*

---

[62] *Decreto 1510 de 2013, artículo 131*

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Ahora bien, el seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales evidenciado en la Póliza Núm. 1341967-3 garantiza el cumplimiento del Contrato de Obra Núm. 2427 de 17 de julio de 2015, cuyo titular es ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA., pero NO a INGELEC S.A.S., pues, en calidad de garantizado, se expidió la Pólzia bajo el supuesto del contratista afianzado es el que está plasmado en la Carátula de la Póliza no otro. El afianzado en dicho seguro de cumplimiento es ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA., , y por tanto, la normatividad también soporta dicha perspectiva desde el proceso prcontractual.

De esa manera, la actuación administrativa adquiere una descontextualización ligera, y se advierte de manera clara el atropello e improvisación del cual ha sido objeto el proceso contractual, sobre todo por la sistemática presencia de presuntos hechos anómalos al interior de la Gobernación y de la Interventoría si se quiere, no sólo en el trámite proceso administrativo sancionatorio, sino también, desde mucho tiempo atrás, en la propia concepción del Contrato de Obra Núm. 2427 de 17 de julio de 2015, y de la intervención de un tercero, en este oaso INGETEC S.A.S., sin que se le haya otorgado aseguramiento a este último por parte de Seguros Generales Suramericana S.A., mediante Póliza de Cumplimietno a Favor de Entidades Estatales.

En ese orden de ideas, frente a la acusación de incumplimiento formulada por la Gobernación de Bolívar, debe decirse de manera clara que, constituyen per se, al mismo tiempo, exclusiones que las aseguradoras está facultada para invocar, en las modalidades de culpa exclusiva de la víctima, y de actos que son plenamente inasegurables por parte de mi prohijada.

2.2.1. Exclusión por culpa exclusiva de la víctima

La culpa exclusiva de la víctima es una de las exclusiones del contrato de seguro de cumplimiento consagrada en el artículo 131 del Decreto 1510 de 2013, así como por el artículo 2.2.1.2.3.2.3 del Decreto 1082 de 2015. En el contexto de este tipo de coberturas, la "víctima" es la propia entidad asegurada —en este caso, la Gobernación de Bolívar - cuando su propia conducta, activa u omisiva, constituye la causa efectiva y eficiente del incumplimiento del contrato garantizado.

La revisión de los hechos cuestionados judicialmente por la autoridad competente que dieron con el Contrato de Obra Núm. 2427 de 17 de julio de 2015, resultan ser eventos eximentes de responsabilidad, pues la mayoría de ellos son atribuibles a una pésima gestión de la entidad dentro del proceso contractual, que de ninguna manera pueden constituir un aseguramiento dentro de la Póliza de Cumplimiento Núm. 1341967-3, pues, en efecto, como consecuencia de dichas circunstancias, se dio con un tercero, en este caso INGELEC S.A.S., a quien la entidad direccionó todo el peso de la ejecución del Contrato de Obra Núm. 2427 de 17 de julio de 2015, sin acudir a las directrices que la Ley trae a efectos de un proceso contractual debidamente

concebido, así como del debido aseguramiento de las actividades del Subcontratista INGELEC S.A.S., a quien la entidad a protegido económica y jurídicamente.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado el alcance de la culpa de la víctima como causal eximente de la responsabilidad, señalando que su efecto liberatorio no depende de que la conducta de la víctima (en este caso, la Gobernación de Bolívar) revista las características de imprevisibilidad e irresistibilidad de la fuerza mayor, sino que basta con demostrar que la conducta, o los actos culposos de la víctima, constituyeron en la causa real y efectiva del incumplimiento del contrato y no son imputados al obligado.

En tal sentido, el Consejo de Estado dijo:

"Desde la perspectiva general, es claro que el hecho de la víctima a efectos de que sea valorado como causal eximente de responsabilidad no necesariamente debe revestir, en relación con el demandado, las condiciones de irresistibilidad e imprevisibilidad de la fuerza mayor, ***comoquiera que no existe disposición jurídica que radique en cabeza del tercero a quien se le imputa del daño la obligación de precaver los hechos de la víctima y, más aún, de evitarlos".***

"En efecto, el demandado sólo se encuentra obligado a evitar los daños padecidos por la víctima en aquellos eventos en que se encuentre en posición de garante[1] frente a aquélla, casos en los cuales, a efectos de enervar la acción indemnizatoria debe acreditar la imprevisibilidad e irresistibilidad de la conducta que origina el daño, con miras a exonerarse de la responsabilidad que se le endilga. A contrario sensu, en las demás circunstancias, el demandado se libera si logra acreditar que fue la consecuencia del comportamiento de la propia persona que sufrió el daño".

"En ese sentido, la Sala debe precisar y desarrollar la posición jurisprudencial vigente, comoquiera que en reciente oportunidad se señaló:

"En este caso, la entidad demandada y las llamadas en garantía alegaron como eximente de responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima. Advierte la Sala que el hecho de la víctima, como causa extraña y exclusiva, impone la prueba de que se trató de un acontecimiento que le era imprevisible e irresistible para la Administración. De no ser así, de tratarse de un hecho o acto previsible o resistible para la entidad, se revela una falla del servicio en el entendido de que dicha entidad teniendo un deber legal, no previno o resistió el suceso, pues como lo advierte la doctrina 'sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor.[1]

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

"El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva 'consigo la absolución completa' cuando 'el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima"[1].[1](Destaca la Sala)".

"Sobre el particular, debe advertirse que los propios hermanos Mazeaud rectificaron la doctrina que sobre el particular habían trazado en su obra "Lecciones de Derecho Civil" (1960), cuando en su tratado de "Responsabilidad Civil" (1963), en relación con la materia objeto de análisis manifestaron:

***"1462. ¿Debe ser imprevisible e irresistible el hecho de la víctima?** – La irresistibilidad y la imprevisibilidad son, por lo general, consideradas como necesarias para que haya fuerza mayor; pero no para que el hecho de la víctima sea una causa liberatoria. Desde el momento en que el hecho no es imputable al demandado, eso basta. No cabría obligar al demandado, según se dice, a precaverse contra los hechos de la víctima, como no cabe obligarse a que se prevenga en contra de los acontecimientos naturales'.*

"(...)"[1] (Negrillas de la Sala).

"Lo anterior no quiere significar en modo alguno, que el hecho de la víctima en ocasiones pueda ser total o parcial, en cuanto se refiere a la materialización del resultado dañoso, motivo por el cual será el juez quien en cada caso concreto el que valorará el curso o cursos causales existentes, para determinar la imputación fáctica del daño antijurídico, lo que permitirá establecer si operó una causa única o si existió una concausa, situación ésta en la que habrá que fijar proporcionalmente, según el grado de participación de cada sujeto, el monto del perjuicio padecido".

"Ahora bien, no significa lo anterior que toda conducta de la víctima tenga la suficiente dimensión o entidad para excluir o enervar la imputación frente al presunto responsable; el comportamiento de aquella para poder operar como causal exonerativa de responsabilidad debe ostentar una magnitud, de tal forma que sea evidente que su comportamiento fue el que influyó, de manera decisiva, en la generación del daño.

"El principio de confianza conlleva implícito la tranquilidad que tienen las personas que integran la sociedad, de que el Estado prestará adecuadamente sus servicios públicos,

por lo que, no cualquier tipo de participación de la víctima, en una actividad riesgosa, reviste el estatus necesario para excluir la responsabilidad de la administración.

"En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, ***sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño;*** *incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación.*

"Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis" (negrita propia de la cita).[1]

En el contexto del contrato de seguro de cumplimiento, para el presente caso, las conductas dadas al interior de la entidad contratante, que guardan una relación de causalidad directa con la inejecución de las obras, configuran la culpa exclusiva de la víctima, esto es, de los funcionarios de la Gobernación de Bolívar, en su condición de asegurado en la Póliza Núm. 1341967-3, que excluyen de responsabilidad a la Compañía Aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A.

Con base en los argumentos expuestos y su soporte legal, respetuosamente nos permitimos solicitar se sirva Señora Secretaria de Minas y Energía, exonerar de responsabilidad a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., toda vez que se ha constituido una exclusión por culpa exclusiva de la víctima, en términos tanto de las normas comerciales como del contrato de seguro.

2.2.2. De los Actos Inasegurables

Además de lo visto, resulta oportuno resaltar igualmente aquellas actividades que se excluyen del riesgo asegurado por la Póliza de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales, pues, además de los hechos ciertos, imposibles o que dependen exclusivamente de la voluntad de uno cualquiera de los componentes de la parte asegurada, también se excluye del aseguramiento, como es obvio, de aquellos hechos que se concretan en el dolo o culpa grave de la parte asegurada.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

En este aspecto, para el caso concreto, tenemos que el sustento fáctico que se invoca por parte de la entidad tiene mucho que ver con la medida tomada por la GOBERNACIÓN DE BOLÑIVAR en trasladar la responsabilidad del contrato 2427 de 2015 en la firma INGELEC S.A.S, que no contó con la debida formalización, publicidad y legalidad, y que debe ser revisada por los organismos de control, desde la elaboración de los estudios previos, pasando por la estructuración del pliego de condiciones de la licitación pública, y hasta la propia adjudicación del Contrato de Obra Núm. 2427 de 17 de julio de 2015 a un tercero, en este caso INGELEC S.A.S.

Luego, es claro que, por disposición expresa de la ley está prohibido asegurar el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del asegurado, salvo los casos expresamente exceptuados por la misma.[63]

En efecto, el artículo 1055 del Código de Comercio dispone que el dolo y la culpa grave del asegurado son actos inasegurables. El texto de esta norma es el siguiente:

> *"Artículo 1055.- El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno; tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo".*

Ocurre que, la Gobernación de Bolivar, en efecto, además de incurrir en culpa grave (que equivale a dolo en la legislación civil) omitió lo señalado en los principios consagrados en el estatuto de Contratación Estatal, así como en las normas complementarias, eventualmente los funcionarios de la entidad contratante incurrieron en fallas, y todo ello, ineludiblemente, desembocó en total desgreño administrativo para las obras contratadas.

Estas circunstancias que fueron producto de la eventual culpa grave de funcionarios de la entidad estatal, así como del interventor de la obra, y que vienen a constituir, como ya se dijo, en factor totalmente determinantes en la inejecución del objeto del contrato de obra Núm. 2427 de 17 de julio de 2015, y según lo dispuesto en el artículo 1055 del Código de Comercio, son completamente inasegurables.

De hecho, respecto de la inasegurabilidad del dolo y la culpa grave del asegurado, ha dicho la doctrina:

---

[63] Como es el caso de la excepción prevista en el artículo 1127 del Código de Comercio respecto de los seguros de responsabilidad civil en los que se puede asegurar la culpa grave.

> *"**1. El dolo y la culpa grave.** a) Del asegurado: El esfuerzo intelectual de la doctrina enderezado a comunicar a la noción de riesgo y, con ella, a la de seguro, un más amplio contenido jurídico, no pudo, no podía superar la natural resistencia que ofrece el dolo del interesado, el cual es de orden moral y social más que de orden técnico. Es repugnante al orden jurídico, a la moral y las buenas costumbres que, a la sombra del contrato de seguro, el tomador, el asegurado o el beneficiario, o uno solo de ellos, sea quien fuere, pueda, así sea eventualmente, menos aún real, efectivamente, derivar prestación alguna que encuentre su causa inmediata en un siniestro que deba su origen a la actividad dolosa de cualquiera de tales interesados del contrato.*
>
> *"E igual razonamiento puede formularse a la luz del derecho colombiano, en relación con el siniestro imputable a la culpa grave del as mismas personas no solo por ser tal el designio expreso de la ley, sino por que 'la culpa grave', 'la negligencia grave', 'la culpa lata', que consisten en 'no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios'. 'en materias civiles' equivalen al dolo (C.C. art 63, inc. 2°).*
>
> *"El fundamento de la inasegurabilidad del dolo (y podríamos agregar la culpa grave) radica, según A. DONATI en que 'el presupuesto del evento es neutralizado por un contemporáneo hecho impeditivo' que nos pone 'en presencia de una delimitación causal del evento establecida inderogablemente por la ley' y en que esta causal de exclusión no tiene otro sustento que la moral y el orden público, conceptos entrañables a la validez de los contratos. 'Asegurar el dolo significa trasferir a otros las consecuencias del propio comportamiento doloso, estipular un pacto que equivale al de ne dolus praestetur en el campo de la inejecución de las obligaciones, declarado nulo por la ley (art. 1229); reconocer licitud al seguro del evento doloso significaría dar vía libre a los siniestros dolosos abiertamente inmorales y perturbadores del orden público'".*[64]

De modo, que la culpa grave de la Gobernación de Bolívar, según lo dispuesto en las normas civiles (art. 1502 C.C.), no es asegurable, lo cual conduce a la inevitable ineficacia del contrato de seguro para el presente caso.

Con base en los argumentos expuestos y su soporte legal, respetuosamente nos permitimos solicitar se sirva Señora Secretaría de Minas y Energía exonerar de responsabilidad a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., toda vez que se ha constituido actos inasegurables, en términos tanto de las normas comerciales como del contrato de seguro.

---

[64] J. Efren Ossa G., *Teoría General del Seguro – El contrato*, Segunda Edición, Editorial Temis, 1991, Bogotá, Colombia, pág 102 y 103

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

2.3. VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO POR DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO CON BASE EN EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA, POR FALTA DE APLICACIÓN DEL LITERAL C) DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011, DEL INCISO SEGUNDO DEL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 3 DEL CPACA, Y DEL ARTÍCULO 50 DE LA MISMA NORMATIVIDAD

Sea lo primero advertir que la citación no cumple con el lleno de los requisitos del artículo 86 literal a) de la ley 1474 de 2011, con respecto al garante, norma que a la letra dispone:

> *"Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido.* ***En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.*** *En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;" (Subrayado fuera e texto).*

Pues bien, como puede apreciarse en el texto resaltado en la norma, la actuación administrativa de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en primer término, debe cumplirse debidamente con la legalidad de los pliegos al hacer mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación, asunto que para el presente caso no se ha dado, pues se encuentra lo siguiente:

2.3.1. La entidad no solo debe acompañar el informe del interventor haciendo mención expresa y detallada de los hechos que la soportan (toda vez que resultan necesarios para atender la defensa tanto del contratista como de la Aseguradora), sino también a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y señalar el grado de culpabilidad que presuntamente le es deducible al contratista, así como motivar debidamente el acto de citación, cosa que en manera alguna se vislumbra en este caso.

Además de todo lo anterior, es necesario valorar en su conjunto otras pruebas, pues el solo pliego construido por la entidad no puede constituirse en el único medio legal para dar por demostrada la supuesta falta contractual, máxime cuando el informe de

interventoría en que se soporta el pliego de cargos, al igual que la citación, da por sentados los supuestos incumplimientos de ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA, en vez de presumirlos, que es lo que ordenan la Constitución y la Ley.

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, señala que se acompañará el informe del interventor con el pliego de cargos, que deberá controvertirse debidamente, e incluso, tanto el contratista como la aseguradora podrán hacer referencia a otras pruebas y podrán desvirtuar lo plasmado en dicho informe dentro del respectivo traslado, para esclarecer lo sucedido. Sobre este punto, el Consejo de Estado, manifestó:

> *"Además, si la bitácora de obra o las comunicaciones que la interventoría afirma le envío al contratista, estuvieran demostradas, en todo caso no serían suficientes para satisfacer el debido proceso del artículo 29 C.P.; aun así se habría omitido exhortarlo a defenderse en un término señalado para que expresara su posición, es decir, no se sabría si realizó gestiones y trabajos para resolver el problema y en caso positivo si cumplieron o no el efecto deseado. De allí que una comunicación dando cuenta de un problema de esa índole no significa por sí mismo el incumplimiento de obligaciones contractuales"*[65]

En ese orden de ideas, el pliego, debe advertirse, no solo debe edificarse con el informe de interventoría, pues es indispensable acompañar no solo la póliza, sino también motivar en debida forma la afectación de la misma (cosa que aquí no ocurre), así como las demás pruebas que soportan la imputación del supuesto incumplimiento contractual y las que lo desvirtúan. Por este aspecto, es importante destacar que, para el Consejo de Estado66, es una falla protuberante imponer sanción al contratista con base únicamente en los informes de interventoría, lo mismo que dar por sentado que lo que en él se dice es la verdad absoluta, sin otra consideración (como ocurrió en el presente caso).

Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido:

> *"La Sala encuentra como consecuencia del defecto analizado en el acápite anterior, que las falencias en materia probatoria son protuberantes, porque la decisión inicial del municipio se soportó exclusivamente en una comunicación de la interventoría –la de 24 de*

[65] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", Sentencia del 29 de agosto de 2012, Expediente 21.430, C.P. Enrique Gil Botero.
[66] Ibidem.

marzo de 1995- donde señaló que el contratista incumplió con el plazo de entrega y la calidad del trabajo"

Adicionalmente, debe señalarse que los informes de interventoría en los que la Gobernación de Bolívar sustenta la apertura de la presente actuación administrativa apuntan, con toda claridad, a un quebrantamiento del principio de presunción de inocencia, por cuanto en ellos se expresa categóricamente que el contratista ha incumplido sus obligaciones contractuales, en vez de indicar que hay presuntos incumplimientos que motivan la solicitud de iniciación del trámite administrativo sancionatorio, como era su deber.

Será entonces necesario, para el presente caso, que la entidad no solo allegue, junto al pliego de cargos, el informe del interventor debidamente suscrito, sino que, además de ello, haya valorado otras pruebas (particularmente las aportadas por el contratista antes de la citación) con base en cuya valoración conjunta y conforme a las reglas de la sana crítica se sustenten, por una parte, la imputación del presunto incumplimiento contractual, y, por otra, la propia citación.

2.3.2. La administración debe indicar con absoluta claridad cuáles son los hechos constitutivos del presunto incumplimiento, las pruebas que la llevan a valorar la conducta del presunto infractor, es decir, si obró con culpa o dolo.[67]

Por su parte, el artículo 86[68] *de la Ley 1474 de 2011 reguló integralmente el procedimiento para imponer sanciones al contratista, sujeto, en todo caso, a que se hayan pactado expresamente en el contrato estatal –las faltas y la sanción*[69]*- y se acrediten los supuestos para imponer la sanción, esto es, que se pruebe la culpa del contratista y que, además, incurrió en un incumplimiento contractual de alguna obligación estipulada en el contrato. No basta entonces con demostrar el incumplimiento por acción u omisión, sino que es menester probar la culpa del contratista. Precisamente, la Corte Constitucional*[70]*, se ha ocupado de estudiar el tema en materia sancionatoria administrativa, para sostener lo siguiente:*

[67] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", Sentencia de 22 de octubre de 2012, Expediente 20.738, C.P. Enrique Gil Botero.
[68] El Consejo de Estado, apuntó frente a la vigencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, lo siguiente: "En estos términos, por fin cumplió el Congreso con la exigencia de la reserva de ley que el procedimiento sancionatorio impone para aplicar una medida de esta naturaleza, la cual hasta la expedición de la Ley 1474 se toma directamente del Código Contencioso Administrativo, a falta de norma legal especial" Sección Tercera, Subsección "C", Sentencia de 29 de agosto de 2012, Expediente 21.430, C.P. Enrique Gil Botero.
[69] El Consejo de Estado, sostuvo que si las faltas y la sanción no están contempladas en el contrato estatal, la administración, no podrá imponer multa alguna al contratista. En ese sentido, la corporación, sostuvo: "En tal caso, el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual- contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la administración no puede imponer sancionaes, so pena de violar el debido proceso". Sección Tercera, Subsección "C", Sentencia del 25 de julio de 2011, Expediente 20.279, C.P. Olga Valle de Dela Hoz.
[70] Sentencia C-545 del 18 de julio de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

> *"La exigencia de que en materia sancionatoria deba tenerse en cuenta siempre la conducta del justiciable* ***implica que la imposición de la sanción sólo es posible si el sujeto activo ha cometido falta con dolo o culpa, esto es, con conocimiento y voluntad positiva en la obtención de los resultados de su comportamiento, o con simple conocimiento del mismo, pero en inobservancia de un "deber de cuidado y diligencia"****.*
>
> *En otros términos, para imponer la sanción penal, disciplinaria* ***o administrativa no basta con que el actor ejecute el comportamiento reprochable: es requisito sine qua non que la autoridad sancionatoria verifique las condiciones en que se produjo la falta y examine el grado de conocimiento y voluntad que intervinieron en la configuración del comportamiento****. Por ello la Corte ha dicho que la culpa es supuesto "ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga". En esta línea, la corriente contemporánea del derecho sancionatorio ha propugnado la consolidación de la culpabilidad como elemento protagónico del derecho de la sanción, llegando incluso a elevarla a rango de principio fundante constitucional de tal disciplina. (...)*
>
> ***Ciertamente, la proscripción de la responsabilidad objetiva que acoge el régimen jurídico colombiano impone la restricción de sancionar la conducta por el sólo hecho de la ocurrencia del resultado y exige, en cambio, verificar la finalidad dolosa o culposa en la ejecución de la acción que se investiga"*** *(Negrilla y subrayado fuera de texto)*

Y es que, en este aspecto, es evidente que se pretende deducir una responsabilidad objetiva a ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA, por cuanto las imputaciones realizadas por el interventor del Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015, aunadas a la percepción de la entidad, quien manifestó previo a la audiencia que "el contratista incumplió". Este tipo de manifestaciones, en efecto, tienen ese carácter violatorio del debido proceso, declaran objetivamente el incumplimiento del contratista, sin respeto del principio de presunción de inocencia ni del de culpabilidad, lo que permite establecer, junto con las evidencias del pliego de cargos, que la decisión por adoptar en el asunto que nos ocupa es previsible y fundada exclusivamente en la ocurrencia objetiva de los hechos que la modo de ver del interventor y de la entidad son constitutivos de plano en un incumplimiento, sin

considerar su aspecto subjetivo, elemento indispensable para poder deducirle responsabilidad al contratista.

Conforme con lo anterior, la entidad no menciona las causas del incumplimiento. En este caso, simplemente se menciona algunas actividades que supuestamente se le endilgan como cargos en contra del contratista, pero no se dice expresamente la manera como se le determinan ni establece de manera motivada cuáles son las fallas a él atribuibles a título de culpa o dolo, ni se indica de manera cierta si, respecto de los requerimientos previos o a citatorios que eventualmente pudieron darse dentro de la ejecución del contrato, el contratista ha justificado su situación. De ahí que resulte claro que de ninguna manera puede la entidad mediante actuaciones administrativas hacer imputaciones caprichosas o arbitrarias, sino que deben guardar sus actuaciones el fundamento legal y contractual, desechando cualquier posibilidad de imponer una sanción bajo el supuesto de una responsabilidad objetiva, la cual, como ya se dijo, se encuentra proscrita del ordenamiento jurídico colombiano.

En consecuencia, usted, señor funcionario, por cuanto la imputación realizada a ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA es claramente objetiva, y por tanto ilegítima en tanto viola preceptos constitucionales que la han proscrito, y en ese sentido, la entidad debe dar por terminada la presente actuación administrativa y ordenar su archivo inmediato.

2.4. FALTA DE TIPICIDAD DE LA SANCIÓN

En este punto debe decirse que, el artículo 29 de la Constitución Política consagra el debido proceso como un derecho fundamental que debe aplicarse en todas las actuaciones judiciales o administrativas que adelanten las autoridades competentes. En este sentido, la norma constitucional establece lo siguiente:

"ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

> *Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*
>
> *Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". (Negrilla y subraya fuera de texto)*

Para el caso presente, debemos resaltar, que el debido proceso no sólo es un derecho fundamental que le asiste a todas las personas, sino que, además, es un principio rector que debe guiar todas las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas en todas sus etapas.

Acompasado con la norma constitucional, el Alto Tribunal de lo administrativo, por su parte, ha sostenido que, en todas las actuaciones contractuales, el debido proceso debe observarse desde la fase en la que se forma la voluntad de contratar hasta que finaliza la relación contractual entre las partes.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

> *"En este escenario, la Sala estima indispensable que se realice un debido proceso jurídico integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, que imputa cargos al contratista, donde también indique qué hechos lo originan, qué sanción podría imponerse –de las tantas que puede contener el contrato-, y qué pruebas de ello tiene la administración –art. 28 CCA.-, para que él pueda, a su vez, definir a qué se atiene en este aspecto y de qué manera asumirá su defensa frente a los hechos que le imputan." (Negrilla y subraya fuera de texto)*

En relación con lo anterior, la Corte Constitucional, por su parte, ha establecido que la infracción imputada y la sanción que pretende imponer la autoridad administrativa en desarrollo de un proceso sancionatorio, deben estar consagradas expresamente en la ley o en el correspondiente contrato. Lo anterior significa que la infracción debe cumplir con el principio de tipicidad, que opera como garantía del derecho fundamental al debido proceso. En este sentido, la citada corporación ha dicho:

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

> *"En lo que concierne al principio de legalidad, éste exige que la conducta que se va sancionar, así como las sanciones, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición, deben estar expresa y claramente definidos por la ley, y ello con carácter previo a la aplicación e imposición de estas medidas. De conformidad con este principio, no es posible adelantar válidamente un proceso, bien sea penal, disciplinario o de naturaleza sancionadora, si el precepto -praeceptum legis- y su correspondiente consecuencia jurídica -sanctio legis- no se encuentran previamente definidos de manera clara y expresa en la ley"*[71]*. (Negrilla y subraya fuera de texto)*
>
> *Dada la transcendencia de lo manifestado por la Corte Constitucional respecto del principio de tipicidad en los procesos sancionatorios administrativos, esta entidad ha subrayado que dicho principio funciona como vehículo para garantizar el debido proceso y que, por tanto, es un elemento esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta.*

Atendiendo a lo anterior, la mencionada corporación ha establecido cuáles son los elementos que constituyen el aludido principio, con el fin de que se pueda verificar su cumplimiento en cualquier procedimiento administrativo sancionatorio. En efecto, en sentencia C-343 de 2006, la Corte señaló lo siguiente:

> *"Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la "exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras."*

Para que se pueda predicar el cumplimiento del contenido del principio de tipicidad, se habrán de reunir tres elementos, a saber:

(i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas;

(ii) Que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la ley;

(iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción"

[71] Corte Constitucional Sentencias C-796 de 2004 y C-818 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

De la misma manera, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 preceptúa que "(...) las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento..." (Negrilla y subraya fuera de texto de texto).

Con base en lo hasta acá expuesto, se concluye que la Gobernación de Bolívar ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA, y el Principio de Tipicidad, como quiera que:

a) *La citación realizada por la Gobernación de Bolívar no relaciona los claramente fundamentos fácticos que darían lugar al presunto incumplimiento del Contratista ni motiva en debida forma la actuación administrativa.*

b) *El oficio de citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, viola el derecho fundamental al debido proceso que le asiste a ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA, por cuanto en la mismo Gobernación de Bolívar no señala, de manera expresa y exhaustiva, cuáles son los hechos que dan origen al supuesto incumplimiento que se le imputa al Contratista, y además resultan inconsistentes los cargos, pues en este caso, no se permite conocer las respuestas dadas por el contratista ante la interventoría, pues de entrada el interventor afirma que el contratista incumplió, y por otra parte, para el presente caso tampoco se conoce a ciencia cierta cuál es la sanción a imponer, y en ese sentido, la entidad no ha demostrado el supuesto daño, y si el mismo es real, o está cuantificado de alguna manera.*

c) *No existe nexo causal entre los hechos que dan origen al supuesto incumplimiento que se le imputa al contratista, y la sanción que se le pretende imponer, pues, en efecto, la Gobernación de Bolívar señala ligeramente que ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA incumplió supuestamente con algunas obligaciones, pero la entidad no tiene en cuenta que el 14 de junio de 2018 el señor Julián Parra, Coordinador nacional del contrato por parte del contratista, dio respuesta al comunicado emitido por la interventoría, con los siguientes argumentos:*

- ***Responsabilidad de la entidad en la inejecución del Contrato**: El contratista respondió a cada una de las inconsistencias reportadas por la interventoría. Entre los aspectos mencionados, se informa que esto ya había sido respondido oportunamente por ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA en oficios anteriores.*

En consecuencia, usted, señor funcionario, por cuanto la imputación realizada a ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA es claramente objetiva, y por tanto ilegítima en tanto viola preceptos constitucionales que la han proscrito, y en ese sentido, la entidad debe dar por terminada la presente actuación administrativa y ordenar su archivo inmediato.

2.5. INDEBIDA DETERMINACIÓN DE PERJUICIOS

Corresponde a la entidad demostrar de forma clara y precisa la presencia del supuesto daño; pero, en este caso, en el pliego de cargos ello no ocurre, en primer término, porque, sin presentar los correspondientes cálculos matemáticos y financieros, la Gobernación de Bolívar fija la suma de ***$2.227.591.500,oo****, por la supuesta afectación del anticipo, sin tener en ceunta las inversiones realizadas por el contratista, y además, por los supuestos perjuicios acumula la suma de* ***$1.470.675.232,oo*** *más otros conceptos que supuestamente pretende la entidad dentro de la cuantificación de perjucios por la suma de* ***$796.516.971,20****, asunto que resulta todo un despropósito, al tratarse de sumas absolutamente desproporcionadas, pues no tiene en cuenta las actividades e inversiones realizadas por ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA, ni mucho menos las compensaciones a que esta tiene derecho y que deberían ser deducidas de ese cálculo presentado por la Gobernación de Bolívar en el pliego de cargos.*

Y, lo que es más grave: esta sanción pecuniaria, conforme a lo dispuesto en la CLÁUSULA NOVENA del Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015, es acumulable con la reclamación de perjuicios a que haya lugar, cosa que no se aprecia en el pliego de cargos y que, con toda certeza será liquidada, en caso de ser declarada la supuesta falta del contratista, en clara violación del artículo 1600 del Código Civil, que a la sazón dispone:

> *"ART 1600.* ***PENA E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS****. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena."*

Por otra parte, la entidad tampoco incluye en el pliego de cargos -cosa que debió haber hecho-, como lo ordena la Ley y el contrato- la tasación de los perjuicios a que eventualmente hubiere lugar (dado que son acumulables con la cláusula penal pecuniaria antes mencionada) y ello da lugar a una absoluta indeterminación de la cuantía de la que, llegado el caso, serían responsables eventualmente tanto ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA como la aseguradora que

represento, lo que francamente constituye una violación adicional al debido proceso de una y otra.

Finalmente, el aludido pliego de cargos no establece en modo alguno la forma en que se afecta la póliza de seguros, el valor asegurado, los riesgos amparados ni mucho menos el grado de afectación pecuniaria de mi prohijada y es que, por este aspecto, la corresponde a la entidad demostrar de forma clara y precisa los perjuicios sufridos y amparados por la póliza afectada, pues sería completamente perverso, que el asegurado pretendiera sumas no constitutivas de perjuicio. Esta premisa es plenamente aplicable no solo a los contratos de seguro celebrados entre particulares, sino también a aquellos en que es parte una entidad estatal.

Y, sobre este mismo punto, la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha reiterado que, cuando una entidad estatal pretende afectar una póliza de cumplimiento como consecuencia de los perjuicios sufridos por el presunto incumplimiento del contratista, dicho perjuicio no puede ser supuesto, sino que debe ser plenamente determinado, probado y tasado, toda vez que, este tipo de pólizas tienen un carácter indemnizatorio y no un carácter enriquecedor, y en tal sentido, de no ser determinado el daño se estaría en presencia de un enriquecimiento sin justa causa.

En tal sentido se expresó la Honorable Corporación, al establecer:

> *"Es así como, se reiteró una vez más que las entidades estatales no están obligadas a acudir al juez del contrato para que declare los siniestros, ya que gozan de potestad para hacerlo unilateralmente. Incluso, la jurisprudencia se ha referido al término con que cuenta la administración para declararlo, luego de la ocurrencia del hecho que lo origina" Sección Primera, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp. 7840; Sección cuarta, sentencia de 31 de octubre de 1994, Exp. 5759; Sección Primera, sentencia de 21 de septiembre de 2000, Exp. 5796]. En los anteriores términos, la Sala reiterará la tesis consolidada hasta ahora, en el sentido de que las entidades públicas pueden declarar el siniestro de 5 las pólizas de seguros constituidas a su favor. Incluso pueden -mejor sería decir que deben-, cuantificar el perjuicio, para determinar qué monto asegurado es el que debe pagar la compañía de seguros y/o el contratista. De allí que, tampoco tiene razón el apelante al cuestionar la decisión del tribunal, porque en su criterio la cuantía del daño sólo podrá determinarse en un proceso judicial, cuando es claro –como lo ha sostenido la Sala- que para hacer efectiva la póliza debe entenderse incluida la facultad de la administración de determinar el monto del daño, previo debido*

proceso, y con soporte en pruebas del hecho. De no ser así, carecería de sentido práctico y jurídico sostener que se puede declarar el siniestro, pero que no es posible indicar el monto que se debe pagar al beneficiario. Por razones obvias esta decisión incluye: i) la determinación del amparo o amparos siniestrados –cuando son varios los que cubre la póliza-, ii) las personas a cuyo cargo queda la deuda – aseguradora y/o contratista- y iii) el monto del daño, que no podrá exceder del valor asegurado en la póliza, cuando se le pretende cobrar a la compañía. En estos términos, perfectamente el perjuicio puede ser inferior al monto asegurado, caso en el cual la entidad estatal no podrá ordenar el pago del límite del amparo, como quiera que su perjuicio no alcanzó esa cuantía. Y en el evento de que exceda el valor asegurado, no podrá perseguir de la compañía de seguros más de lo que ésta aseguró, quedando exclusivamente por cuenta del contratista la suma que exceda lo cubierto con la póliza." (Negrillas fuera de texto original) Ahora bien, en relación con las pólizas de cumplimiento, el H. Consejo de Estado, en sentencia de 22 de abril de 2009 exp. 14.667 manifestó: "(…) Así pues, a la luz del mencionado artículo 1088 del Código de Comercio, el seguro de cumplimiento tiene las siguientes características generales: (i) es una especie del seguro de daños patrimoniales; (ii) dada la naturaleza meramente indemnizatoria de los seguros de daños, no basta para la efectividad del seguro que el hecho constitutivo del siniestro haya acaecido, sino que resulta indispensable que este haya causado un daño al patrimonio del acreedor, pues es obvio que si no hay daño en el patrimonio del beneficiario no se abre paso la indemnización; (iii) por ser un seguro de mera indemnización y no de indemnización pena, el monto a indemnizar por parte del asegurador no necesariamente debe corresponder al valor asegurado, sino que debe ser aquel que resulte del daño o perjuicio efectivamente ocasionado al patrimonio del acreedor, sin que el valor a indemnizar pueda ser mayor a la suma asegurada mediante la póliza de garantía, razón por la cual ***el seguro de cumplimiento no puede constituir fuente de enriquecimiento para el asegurado o beneficiario****."(negrillas fuera de texto original). En el caso de autos no se establece como se determinó el daño, simplemente se solicita hacer efectiva la póliza expedida por la aseguradora afectando el amparo de cumplimiento en su máximo valor, sin indicar las pruebas que conducen a 6 determinar que el daño asciende a dicho monto. Por lo tanto, no se podrá afectar la póliza en su integridad, teniendo en cuenta que no obra material probatorio, dentro del expediente, que permita establecer que el perjuicio sufrido por la entidad es igual o superior al valor total de la póliza, simplemente se hacen manifestaciones arbitrarias y caprichosas,*

> *por parte del interventor del contrato, sin prueba alguna que sustente el valor del daño ocasionado. Por lo anterior, al no obrar prueba con la cual se pueda determinar de forma fehaciente el valor o cuantía del daño ocasionado a la entidad, si se afectara la póliza en su valor asegurado total, se estaría configurando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad contratante lo cual es contrario a los postulados de nuestro ordenamiento jurídico y a lo contemplado en la póliza de seguros No. 3000314."*

Tampoco, pues, hay determinación ni cálculo ni análisis sobre este punto en el mencionado documento, por lo cual y, como en el caso anterior, se presenta una violación adicional al debido proceso del contratista y de la aseguradora.

Refuerza el anterior planteamiento el hecho de que no se vislumbra en el pliego de cargos la relación de inversiones realizadas por el contratista hasta la fecha y que, eventualmente, serían deducibles de la sanción pecuniaria por imponer, ni mucho menos los costos adicionales en que aquel ha incurrido, como consecuencia del desequilibrio de la ecuación contractual, que también serían deducibles de la pena impuesta.

En suma, el pliego de cargos es abierto, completamente indeterminado, en relación con la obligada determinación de los perjuicios y las sumas por las que eventualmente habría de responder la aseguradora que represento, como también en lo que tiene que ver con la indicación del modo en que se afecta la póliza de seguros, señalar los riesgos amparados por ella y el siniestro presuntamente ocurrido, entre otros aspectos, motivo por el cual es manifiestamente ilegal, en lo que hace a la citación del garante, en cuanto no se ajusta a los parámetros del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Por este motivo, el señor funcionario debe disponer el archivo de las presentes diligencias y ordenar la desvinculación inmediata de la aseguradora que represento; pero, en el evento de que resuelva usted imponer una sanción al contratista, conforme con los términos del contrato estatal y de las condiciones generales de la póliza, le solicito, respetuosamente, proceda a la compensación de los saldos que resulten a favor del contratista, y que, al momento de efectuar el pago se descuenten las sumas que correspondan al valor de la sanción impuesta.

Y es que si la entidad estatal contratante asegurada, al momento de tener conocimiento del incumplimiento o en cualquier momento posterior a dicho conocimiento y anterior al pago de la indemnización, fuere deudora del contratista garantizado por cualquier concepto, la indemnización se disminuirá en el monto de las acreencias, siempre y cuando estas sean

compensables según la ley, de conformidad con lo señalado en los artículos 1714 y ss. del Código Civil, y por lo tanto, los montos compensados se disminuirán del valor de la indemnización. Esta solicitud se realiza teniendo en cuenta que, en el avance de las obras ejecutadas, se establece que al contratista se le deben sumas de dinero por la ejecución del contrato. Por lo tanto, solicito se dé aplicación a esta figura y con el acompañamiento de peritos externos imparciales se establezca el avance de las obras.

2.6. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Digamos de una vez que la presente actuación administrativa debe ser terminada y archivada de manera inmediata, por cuanto la Gobernación de Bolívar, desconoció arbitrariamente la existencia de una cláusula que compromete a la entidad a solucionar de manera directa cualquier tipo de controversia contractual, y que está plasmada en el Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015, y teniendo bajo premisa está situación, y al haber incumplido la entidad con sus obligaciones contractuales, la Gobernación de Bolívar ha configurado la excepción de contrato no cumplido de que trata el Código Civil. Argumentemos nuestro aserto, no sin antes realizar una breve digresión acerca de la excepción de contrato no cumplido.

La excepción de contrato no cumplido se encuentra en nuestra legislación en el artículo 1609 del Código Civil, pues de conformidad con dicha normatividad "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", disposición que aplica no solo a los contratos civiles y comerciales, sino también a los estatales.

En materia de contratación estatal, esta excepción ha sido desarrollada ampliamente por nuestra jurisprudencia y se han definido y establecido los parámetros para su procedencia, como puede apreciarse en la sentencia del 13 de septiembre de 2001, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia de la consejera María Elena Giraldo Gómez del 13 de septiembre de 2001, que se refirió al tema que nos ocupa de la siguiente manera:

> *(...) "La excepción de contrato no cumplido respecto de los contratos estatales desarrolla los principios de equidad y de buena fe que orientan las relaciones jurídicas que de estos se derivan; también se deduce que su aplicación está condicionada al cumplimiento de los siguientes supuestos:*
>
> *a) **Que exista un contrato sinalagmático**, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas; condición esta que se justifica porque "La esencia de los contratos sinalagmáticos es la interdependencia de*

las obligaciones recíprocas. Esto es, 'la obligación asumida por uno de los contratantes constituye la causa de la obligación impuesta al otro contratante, de donde se deduce que uno está obligado con el otro porque éste está obligado con el primero'. Y es la existencia de obligaciones recíprocas e interdependientes la que permite contemplar sanciones distintas de la condena a daños y perjuicios en caso de inejecución de sus obligaciones por uno de los contratantes. 'Admitir que uno de los contratantes está obligado a ejecutar, mientras que el otro no ejecuta, sería romper la interdependencia de las obligaciones que es la esencia del contrato sinalagmático' y por ello se autoriza la aplicación de prerrogativas como la de la resolución del contrato o la Exceptio non adimpleti contractus[72]". (73).

b) ***Que el no cumplimiento sea cierto y real de obligaciones a cargo de las dos partes contratantes,*** *porque a nadie le es permitido escudarse en la excepción de contrato no cumplido con base en el supuesto de que la otra parte, posible o eventualmente, le va a incumplir en el futuro, si se tiene en cuenta que esta forma de incumplimiento conduce a un daño futuro meramente hipotético y por ende, no indemnizable. (74)*

c) ***Que el incumplimiento de la Administración sea grave, determinante y de gran significación;*** *debe traducirse en una razonable imposibilidad de cumplir para el contratista (75). Al respecto ha dicho el Consejo de Estado que "es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la*

[72] CFR. CHRISTIAN LARROUMET, Op. Cit. Pag.137.
[73] Sentencia del 13 de abril de 1999, Exp. 10.131.
[74] Así lo precisó la Sala en sentencia proferida el 21 de febrero de 1992, expediente 5857.
[75] A este supuesto se refirió la Sala en sentencia del 17 de octubre de 1995, Exp. 8790.

incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual ([76]).

d) ***Que quien invoca la excepción no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo,*** *puesto que no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento cuando su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo. ([77]).*

e) ***La excepción de contrato no cumplido en relación con el ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración.*** *La Administración tiene la facultad de ejercitar los poderes exorbitantes que le concede la ley, cuando se cumplen los supuestos previstos al efecto; el incumplimiento del contratista es supuesto del ejercicio de unos de esos poderes.*

En el evento de que se prueben las condiciones que configuran la excepción de contrato no cumplido a favor del contratista, se desdibuja el incumplimiento del contratista que justifica el ejercicio de algunos de los poderes exorbitantes, como lo son la declaratoria de incumplimiento, la caducidad del contrato, la imposición de multas, etc.; toda vez que, conforme lo establece el artículo 1609 del C.C., el contratista no está obligado a ejecutar sus prestaciones cuando la otra parte incumplió las propias. (...)

Conviene ahora examinar los supuestos fácticos relacionados con la ejecución contractual por parte de la Gobernación de Bolívar, contrastándolos con los criterios jurisprudenciales que acabamos de transcribir, con el propósito de establecer, si, en efecto, se configura el incumplimiento las obligaciones contractuales por parte de la entidad, y, por lo mismo, la excepción de contrato no cumplido que esta no quiso declarar.

Lo primero que destaca la aseguradora que represento sobre este punto en particular es que, obvio es decirlo, todas las gestiones que se ahn dado frente a la Gobernación de Bolívar han estado encaminadas a solucionar las dificultades presentadas.

Acreditado el incumplimiento del Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015 por parte de la Gobernación de Bolívar, pasemos determinar si hay lugar –siguiendo los derroteros

[76] Sentencia proferida el 14 de septiembre de 2000, expediente 13530.
[77] Así lo precisó la Sala en sentencia proferida el 16 de febrero de 1984, Exp. 2509. Actor: Cadavid Herrera Limitada.

jurisprudenciales que transcribimos unas líneas más atrás- a la excepción de contrato no cumplido que hemos acabado de demostrar, dentro del trámite administrativo sancionatorio que nos ocupa y en el cual la entidad pretende declarar, el incumplimiento del mencionado contrato, imponer y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la ocurrencia del siniestro y ordenar la afectación de la póliza de seguros expedida por ***SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.****, en su calidad de aseguradora, en contra de esta.*

El Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015, en efecto, es un contrato bilateral o, conforme a la jurisprudencia transcrita, sinalagmático, es decir, un acuerdo de voluntades del que surgen obligaciones correlativas para ambas partes (la Gobernación de Bolívar, como ***CONTRATANTE****, y la ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA).*

Como se trata de obligaciones correlativas, es evidente que ambas partes deben ejecutar las prestaciones a las que se han obligado, para considerar que han cumplido con sus obligaciones, que han respetado lo pactado en el contrato. Por ello, pretender no realizar las propias prestaciones y, al mismo tiempo, exigir que la otra parte ejecute las suyas, supone quebrantar la esencia del contrato bilateral, esto es, la reciprocidad de las prestaciones. Este es el fundamento la resolución del contrato y de excepción de contrato no cumplido.

De acuerdo con nuestros argumentos previos, la Gobernación de Bolívar tenía, por una parte, la obligación de dar aplicación al compromiso estipulado en Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015, para darle solución Directa a las Controversias Contractuales, y por otra, el haber entregado los diseños y las respectivas licencias dentro del térmnino estipulado, asunto que el día de hoy nunca se dio.

Pero aún hay más: el incumplimiento de esa estipulación ha sido reiterado por parte de la entidad, a lo largo de la ejecución del contrato, tal como se acreditará dentro de la presente actuación administrativa, y en cualquier escenario judicial que resulte necesario: 1) La entidad tuvo desde la adjudicación del contrato una mora en la constitución de servidumbres: 2) El contratista se ha encontrado en situación de insolvencia, toda vez que no ha contado con la debida aprobar la facturación, asunto que ha creando una situación desventaja para el contratista en la normal ejecución de las actividades, acudiendo incluso a recursos propios, así como a créditos financieros para poder solventar la situación; 3) La entidad ha inducido la existencia del quebrantamiento del equilibrio contractual, atribuido en la necesidad de realizxar gestiones que no corresponden a un conrato de obra, y de esa manera presentó las memorias de cálculo y los planos correspondientes, que constituye de esa manera circunstancias imprevisibles, inevitables

y ajenas al contratista, que encajan perfectamente dentro del concepto de evento eximentes de responsabilidad 3) La ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA, al día de hoy ha ejecutado todas las actividades que se encuentran a su alcance; sin embargo, la Gobernación de Bolívar ha incurrido sistemáticamente en mora para la constituciòn de servidumbres, a pesar de haberse presentado los planos y diseños que deben ser objeto de trámite ante el operador de red, y que resulta a cargo de la propia Gobernación de Bolívar, y en general, existe sin número de tareas en las cuales la entidad no ha realizado el trámite oportuno, y que pueden ser perfectamente demostradas dentro del presente expediente.

Así, comoquiera que la ***ENTIDAD CONTRATANTE*** *incumplió con sus obligaciones contractuales, no puede exigir ahora al* ***CONTRATISTA*** *el cumplimiento de las suyas ni mucho menos pretender sancionarlo por ello, mediante el trámite administrativo sancionatorio de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pues, claramente, se configuró la excepción de contrato no cumplido, en lo atinente a este punto.*

De acuerdo con el segundo criterio de la jurisprudencia transcrita, es evidente que tanto la Gobernación de Bolívar como la ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA incumplieron (el contratista ha sustentado ese hecho varias veces a la entidad en diversos documentos) de manera cierta y real dentro del Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015, aunque el incumplimiento por parte del contratista no es imputable a él, sino a la entidad aquí demandada, al caso fortuito o fuerza mayor y al quebrantamiento de la ecuación contractual, como quedó expuesto en otro lugar de esta intervención. Por ello, hay lugar a decretar la excepción de contrato no cumplido, dentro del presente trámite administrativo.

En tercer lugar, el incumplimiento de la Gobernación de Bolívar es grave, determinante y de gran significación, en la medida en que la sustracción injustificada al no constituir debidamente las servidumbres; en la falta de gestión ante el operador de redes; al desconocer eventos eximentes de responsabilidad y negar la existencia de la ruptura de la ecuación contractual, durante la ejecución del Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015, dificultó en grado sumo la realización de las prestaciones por parte del contratista. Por tal motivo, el incumplimiento del ***CONTRATANTE*** *hizo imposible (aunado a las exigencias arbitrarias y caprichosas de la interventoría) que ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA ejecutara actividades más allá de los términos pactados en ese acuerdo de voluntades, que de ninguna manera pueden inferirse como consultoría ante la falta de diseños. Por ello, hay lugar a decretar la excepción de contrato no cumplido, dentro de la presente actuación administrativa.*

En cuarto lugar, como se desprende de los argumentos que llevamos expuestos, las obligaciones correlativas de ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA, es decir, la construcción de la obra contratada en los términos pactados en el Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015, de sus anexos y otrosíes, dependían, para su cumplimiento, de que la Gobernación de Bolívar hubiera aceptado por mutuo acuerdo con el contratista o, en su defecto, acudido a los mecanismos alternativos de solución de conflictos pactados por ella en el citado acuerdo de voluntades, para determinar la presencia de diferentes factores que hacen imposible la ejecución del contrato tal como están las cosas, y en el desequilibrio contractual; es decir, las prestaciones de ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA no debían ejecutarse primero en el tiempo, pues dependían, para ello, de que la entidad realizar ***PRIMERO*** *que ella las prestaciones de su cargo. De hecho, ha sido la ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA el* ***PRIMERO*** *en acudir ante la entidad en aras de solucionar las dificultades, o de alguna manera resolver las mencionadas controversias contractuales.*

Finalmente, por razón del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Gobernación de Bolívar, resulta evidente que no puede, como lo está haciendo, adelantar el presente trámite administrativo sancionatorio, por cuanto, de conformidad con la jurisprudencia citada y lo estipulado en el artículo 1609 del Código Civil, el contratista no está obligado a ejecutar sus prestaciones cuando la otra parte incumplió las propias. Por lo demás, debemos indicar que esa actitud de la entidad de imputar incumplimientos al contratista, cuando ella misma ha incumplido sus obligaciones contractuales, no solo es reprochable por sí misma sino también en cuanto supone desconocer los principios de buena fe contractual y de confianza legítima, a los que está necesariamente sujeta la actuación de todas las entidades estatales, entre las cuales se cuenta precisamente la Gobernación de Bolívar.

En mérito de lo expuesto, es forzoso concluir, estando probado el incumplimiento contractual de la Gobernación de Bolívar, la presente actuación administrativa es manifiestamente ilegal y, por lo tanto, debe ser terminada y archivada de manera inmediata.

2.7. VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE CONTRACTUAL Y DE CONFIANZA LEGÍTIMA

El principio de buena fe en materia de contratación contractual se encuentra consagrado expresamente en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, que al respecto dispone:

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

> *Artículo. 28.- En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley,* ***los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos*** *(las negrillas son nuestras).*

Como es natural, esta previsión no solo aplica para los efectos en ella indicados, sino también al cumplimiento de estos por parte de la Administración. Pacta sunt servanda, como reza el aforismo latino. Y es que, como dice la Corte Constitucional, C-892 de 2001 el régimen de contratación del estatal:

> *(…) no se nutre únicamente de las orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular.*[78] .

Adicionalmente, conforme a la misma providencia judicial, son cinco los principios que integran el régimen de contratación estatal, a saber: 1) autonomía de la voluntad, 2) prevalencia del interés general, 3) reciprocidad de prestaciones, y 4) buena fe, ***"que obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos"***[79] *las negrillas son nuestras).*

Es evidente, entonces, que la buena fe, entendida como la confianza, la seguridad, la lealtad, honorabilidad, la certeza de que se ha de honrar la palabra empeñada, es uno de los derroteros conforme a los cuales debe regirse el cumplimiento de las prestaciones que corresponden a la Administración como parte de un contrato estatal, que se extienden no solo a "la obligación para la Administración Pública de reconocerle al contratista los mayores costos y las pérdidas que haya podido sufrir, como consecuencia del surgimiento de algunas contingencias extraordinarias o anormales que alteran la ecuación financiera

[78] M.P. Rodrigo Escobar Gil.
[79] Ibídem.

prevista en el acuerdo de voluntades"[80]*, como enseña la Corte Constitucional, sino la de satisfacer, en su integridad, todas y cada una de las prestaciones de su cargo, incluidas las establecidas en el contrato para dirimir las controversias que, eventualmente, surgieren entre aquella y el contratista en relación con el cumplimiento del contrato, por parte de aquel.*

Como corolario del principio de buena fe, según lo ha entendido la Corte Constitucional, emerge el de confianza legítima, que consiste en que el administrado siempre esperará que las actuaciones de la Administración, tanto en materia contractual como en el giro ordinario de su gestión y en sus actuaciones administrativas, en la medida en que:

> *(...) La aplicación del principio de la buena fe en el escenario contractual permite al administrado tener la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines que se persiguen. Y en que no le va a ser exigido en la forma más inadecuada y gravosa en atención a sus condiciones personales y a las propias de la administración pública. Confianza legítima en que no se le va a imponer una obligación que ni aún (sic) superando dificultades extraordinarias puede cumplir. Confianza, en fin, en que la administración no va a adoptar una conducta inesperada y contraevidente que sólo sirve para eludirla.*[81]

Por otra parte, como dice el tratadista Andrés Fernando Mesa Valencia en su obra El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima, hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia:

> *La realidad administrativa, en la práctica se presenta escindida en dos mundos distintos, netamente diferenciados y rígidamente separados: las administraciones públicas y los administrados, los que detentan el poder y los que lo sufren, los que mandan y los que obedecen. Dos mundos, como bien lo expresa López Mesa,18 entre los que existe hasta una barrera material de separación: la ventanilla. No hay diálogo, sino actitud de subordinación para la obtención de un servicio, generalmente pagado. Las relaciones con la administración se presentan a este nivel como una dialéctica del señor y del esclavo.*

---

[80] Ibídem.
[81] González Pérez Jesús, "El principio General de la buena fe en el derecho administrativo". Editorial Civitas.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

> *De aquí la especial importancia en el derecho administrativo de un principio que constituye cauce para la integración de todo el ordenamiento, conforme a la idea de creencia, lealtad y confianza. Si la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas.*
>
> *Administración pública y administrado han de adoptar un comportamiento leal en todas las fases de constitución de las relaciones hasta el perfeccionamiento del acto que les dé vida, y en las reacciones frente a los posibles defectos del acto. Han de adoptar un comportamiento leal en el desenvolvimiento de las relaciones en las dos direcciones en que se verifican: derechos y deberes. Y han de comportarse lealmente en el momento de extinción: al ejercer las potestades de revisión y anulación, y al soportar los efectos de la extinción, así como en el ejercicio de las acciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa.*[82]

Sintetizando los conceptos jurisprudenciales y doctrinales que acabamos de citar, encontramos que el principio de buena fe y la confianza legítima, su corolario, son exigibles y esperables de la Administración en sus relaciones contractuales con los administrados, como también en el giro ordinario de sus actividades y actuaciones administrativas, según dijimos hace un momento. Así, si la conducta de la Administración se ajustará a tales previsiones, siempre que cumpla cabalmente con sus obligaciones contractuales y se allane a restablecer la ecuación contractual, cuandoquiera que esta se vea afectada y haya sido puesta en su conocimiento, por parte del contratista, en la oportunidad y en la forma establecida en el contrato; de lo contrario, se apartará de ellas y obrará con violación de los principios de buena fe y de confianza legítima, derivado del anterior.

Pasemos ahora al caso concreto. Sobre este punto, podemos decir que la Gobernación de Bolívar ha quebrantado los principios de buena fe y confianza legítima, durante la ejecución del Contrato de Obra Núm. 2427 de julio 17 de 2015, así como en las actuaciones administrativas previas a la diligencia en la que nos encontramos hoy, en tres aspectos fundamentales, a saber: 1) La entidad tuvo conocimiento desde el 15 de diciembre de 2019 de los hechos que infieren supuestamente el presunto incumplimiento, lo exonero en dos (2) oportunidades, y no instó al contratista para el debido cumplimiento

[82] MESA VALENCIA, ANDRÉS FERNANDO, *El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima, hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia*, Universidad de Antioquia. Medellín, 2013.

hasta la fecha de terminación del contrao de obra; 2) La interventoría y la propia entidad coincideron en trasladar las obligaciones contratuales en un tercero, sin haber cumplidos co las directrices que la Ley trae para tal efecto;, y 3) La entidad pretende afectar la póliza de cumplimiento Núm. 1341967-3, teniendo como su supuesto la actividad de INGELEC S.A.S., que de ninguna manera aparece como afianzado de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A,.

2.8. DESCONOCIMIENTO DEL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR EN LA PÉRDIDA DE MATERIALES Y EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA

A pesar de que hay suficiente evidencia probatoria de la pérdida de materiales (postes) por causa del desbordamiento del río Magdalena, como consta en el acta de visita del 20 de septiembre de 2019, el informe descarta, sin mayor análisis los volúmenes de postes arrastrados por el río, y ello incide en la determinación de la entidad sobre los montos realmente invertidos por el contratista, que, para el caso, dependen más de la subjetividad de quien los hizo que de la realidad de los hechos.

No hay, entonces, pruebas fehacientes que acrediten las observaciones contenidas en el informe sobre este punto y, por ende, tales conclusiones carecen de fundamento.

Desde luego, ello supone descartar el evidente impacto de la ola invernal como factor determinante en la supuesta inejecución de las obras objeto del contrato 2427 del 17 de julio 2015, y, por lo tanto, la existencia de una eximente de responsabilidad que claramente favorece al contratista y, por ende, implica desafectar a mi prohijada del caso de autos.

2.9. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR PARTE DE SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Para el presente caso, solito atentamente a ese despacho exonerar de responsabilidad a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., por los hechos objeto de la presente actuación administrativa, toda vez que el amparo dado por la aseguradora tuvo alcance hasta el día 28 de agosto de 2018, tal como puede verificar en la carátula la Póliza Núm. 1341967-3.

Al respecto, el Consejo de Estado, desde Sentencia de 31 de octubre de 1994, expediente No. 5759, Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chaín Lizcano, ha informado que: "La vigencia de la póliza es ni más ni menos que la del contrato de seguro, consagrada como uno de los contenidos del mismo en el artículo 1041, numeral 6, del Código de Comercio, y se entiende que es el tiempo

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

dentro del cual surte sus efectos y, por ende, en el que los riesgos corren por cuenta del asegurador, por consiguiente, una vez vencido el período de vigencia antes de que acontezca el siniestro, ***desaparece el correspondiente amparo respecto del mismo, luego no cabe pretenderlo en relación con un evento ocurrido cuando no hay contrato de seguro vigente****" (subrayado fuera de texto)*

En ese orden de ideas, al haberse constituido hechos por fuera de vigencia de la citada, y al no existir ninguna responsabilidad ni obligación que se derive de la Póliza Núm. 1341967-3, solitamos respetuosamente exonerar de responsabilidad a mi prohijada, y archivar la actuación administrativa que cursa en contra SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

2.10. COMPENSACIÓN

Solicito respetuosamente a la entidad que, en el evento de imponer una sanción al contratista, en los términos del contrato estatal y de las condiciones generales de la póliza, que se proceda a la compensación de los saldos que resulten a favor del contratista, y que al momento de efectuar pago al contratista se descuente las sumas que correspondan al valor de la sanción impuesta.

En efecto, la entidad estatal contratante asegurada al momento de tener conocimiento del incumplimiento o en cualquier momento posterior a dicho conocimiento y anterior al pago de la indemnización, si fuere deudor del contratista garantizado por cualquier concepto, la indemnización se disminuirá en el monto de las acreencias, siempre y cuando estas sean compensables según la ley, de conformidad con lo señalado en los artículos 1714 y ss. del Código Civil, y por lo tanto, los montos aquí compensados se disminuirán del valor de la indemnización.

De la anterior manera doy por rendidos los descargos dentro del asunto de la referencia.

De la Señora Secretaria de Minas y Energía,

Cordialmente,

JORGE MANUEL DELGADO ROCHA
C.C. Núm. 79.556.308 de Bogotá
T.P. Núm. 114.851 del C.S.J.
SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Los descargos del contratista y su garante se han agrupado atendiendo a que corresponden a los mismos aspectos, de tal suerte que se responderá de manera general a los argumentos presentados por ambos citados así:

OPORTUNIDAD Y LIMITE TEMPORAL PARA DECLARAR EL INCUMPLIMINETO

Ha manifestado en reiterada jurisprudencia, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que, *si vencido el plazo de ejecución el contratista no cumple, la obligación no se extingue, pues de acuerdo con el Código Civil el vencimiento del plazo contractual no es un modo de extinguir las obligaciones, salvo pacto en ese sentido, por lo que la obligación continuará pendiente y el contratista estará en mora de cumplir por no haberlo hecho en el plazo acordado. Esto indica que lo que terminó fue el plazo de ejecución, pero la obligación todavía está pendiente de cumplimiento y el contratista podrá hacerlo tardíamente con las consecuencias que esto conlleva. No obstante, la entidad es la que debe, dependiendo de su necesidad, determinar si inclusive con el cumplimiento tardío del contratista aún se satisface el interés público.*

Surge entonces para la administración, más que un derecho de ejercer sus facultades sancionatorias, una obligación de adelantar la actuación administrativa que le permita la salvaguarda del interés general, la conservación de los recursos e intereses públicos y el resarcimiento de los perjuicios que se le hubieren causado al estado.

Ahora bien, frente a la oportunidad en la que la administración adelanta el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, es preciso acudir previamente a la distinción entre terminación y liquidación, el Consejo de Estado ha sostenido que entre la primera y la segunda "existen marcadas diferencias que impiden que dichas figuras puedan confundirse entre sí. Dentro de un orden lógico y secuencial, la liquidación, cuando a ella hay lugar, debe seguir a la terminación del correspondiente vínculo contractual"[83] En una oportunidad posterior, precisó que, la liquidación del contrato "es una actuación administrativa posterior a la culminación de su plazo de ejecución o a la declaratoria de terminación unilateral o caducidad

[83] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 15.239, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

(artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993), que tiene por objeto definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes"[84]

La oportunidad que tiene la Gobernación de Bolívar como entidad contratante, a través de su Secretaría de Minas y Energía, para imponer sanciones, que en el caso que nos ocupa, corresponde a la efectivización de la cláusula penal pecuniaria, por el de las obligaciones contractuales, se apoya en dos supuestos, el primero, que la actuación se adelanta **después** de vencido el plazo de ejecución, y el segundo, que subsistieron obligaciones pendientes de cumplimiento, a cargo del contratista.

En consonancia con lo anterior y actuando de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1081 del Código de Comercio, es dable afirmar que la administración departamental actúa en tiempo al adelantar la presente actuación administrativa, pues el hecho constitutivo del incumplimiento, corresponde al acaecimiento de la fecha de finalización del contrato, sin que se entregara a satisfacción por el contratista el objeto del contrato. **En tal sentido es procedente emitir el acto administrativo que declara el incumplimiento del contratista ELECTROENERGIZAR INGENIERÍA LTDA., constitutivo además del siniestro de la Garantía Única de Cumplimiento, pues nos encontramos dentro del termino legal de los dos (2) años siguientes, contados a partir del momento en que se tuvo conocimiento de ello.**

Sobre este aspecto nos ilustra la H. Consejera de Estado Miryam Guerrero de Escobar, citada en providencia de agosto 19 de 2009[85],así:

> *"Cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento. Lo*

[84] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Reiterada en: Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2013, exp. 25.199, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En esta última ocasión se dijo: "19. Es decir que la liquidación del contrato corresponde a una etapa posterior a su terminación cuya finalidad es la de establecer el resultado final de la ejecución de las prestaciones a cargo de las partes y determinar el estado económico final de la relación negocial, definiendo en últimas, quién le debe a quién y cuánto".

[85] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Rad.: 21432-2009

> *anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081[86] del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado".*[87]

En tal sentido, queda desvirtuada la excepción presentada por la compañía de seguros según la cual existía una falta de competencia temporal de la Secretaría de Minas para adelantar la presente actuación. Con lo anterior se hace énfasis, además, en que no se trata esta de una continuación de los procedimientos administrativos sancionatorios que se adelantaron en anteriores oportunidades, con ocasión de la ejecución del mismo contrato, pero con finalidades diversas. Así las cosas, el conocimiento del incumplimiento total y grave del contratista, se tiene en el momento en que finaliza su plazo de ejecución y no en los eventos anteriores en que fue efectivamente requerido por la administración frente a su retraso o incumplimientos parciales.

Difiere la administración, de lo manifestado por el apoderado de la compañía de seguros en sus descargos, pues de concederle la razón, se entendería que está prácticamente obligada la entidad a declarar el incumplimiento grave y total, desde el primer retraso del contratista en su ejecución, so pena de perder la facultad de declararlo más adelante frente a cualquier otra situación.

En la oportunidad que nos convoca, la situación fáctica es la finalización del plazo del plazo de ejecución sin que el contratista **ELECTROENERGIZAR LTDA.,** hubiere entregado a satisfacción, a la entidad, el objeto del contrato de obra garantizado por la compañía de seguros **SURAMERICANA SEGUROS GENERALES S.A.,** situación de la que se tuvo conocimiento a partir del día 9 de diciembre de 2019. Por ello, se encuentra la corporación en pleno uso de sus facultades para adelantar la actuación administrativa y declarar el correspondiente incumplimiento, con las consecuencias legales y contractuales que de ello se deriva.

---

[86] Nota original de la sentencia del 22 de abril de 2009, expediente No. 14667: Artículo 1081.- La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.
La prescripción ordinaria será de dos (2) años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.
La prescripción extraordinaria será de cinco (5) años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

[87] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C.P.: HERNAN ANDRADE RINCON. Rad.: 27721-2014

Sobre la manifestación de **inexistencia de la obligación**, alegada por la compañía de seguros SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., es menester afirmar que, la misma es improcedente, pues, tal como se ha manifestado en apartes anteriores, a la reanudación del contrato efectuada el día 6 de noviembre de 2018 - última actuación contractual que requirió ajuste de las garantías -, concurrió el garante, quien se vio representado por el señor CARLOS ANDRÉS BARBOSA BONILLA, identificado con C.C. 1.019.024.615, en calidad de apoderado, de acuerdo con el poder otorgado por el señor JORGE MANUEL DELGADO ROCHA como apoderado general de la mencionada. Aunado a lo anterior, la entidad requirió en varias oportunidades que fuera remitido el soporte de modificación de las garantías, en los términos del reinicio, considerando que la aseguradora tenía pleno conocimiento de esta actuación contractual y asumiendo, de haberlo, el pago de la prima, por el mencionado ajuste.

De acuerdo con lo anterior, es dable afirmar, que las garantías se encontraban vigentes para el día 9 de diciembre de 2018, fecha de fenecimiento del plazo contractual y por seis (6) meses adicionales, en los términos requeridos por el pliego de condiciones, el contrato garantizado y las pólizas expedidas y aprobadas por la entidad. Luego, no hay duda alguna sobre la existencia de la obligación, contenida en la póliza No.1341967-3.

CUMPLIMIENTO DEL CONTRATANTE- *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

El primer aspecto a considerar, una vez resueltas las objeciones sobre las facultades sancionatorias de la entidad y demás asuntos procedimentales, es la posibilidad, frente al contrato en particular, de que sea declarado el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Según se deduce de una lectura armónica del régimen general de las obligaciones y contratos a la contratación estatal, estás podrán ser implementadas siempre que no se desconozca la prevalencia especial de las disposiciones del EGP., de manera tal que se aplican de manera más rigurosa cuando se encuentra en juego el interés general que orienta todas las actuaciones de la contratación estatal.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

El Consejo de Estado ha desarrollado la aplicación de la figura y la ha circunscrito a la existencia de cuatro requisitos indispensables: **(i)** que exista un contrato **sinalagmático** entre las partes, es decir que la obligación asumida por uno de los contratantes constituya la causa de la obligación del otro; **(ii) que el incumplimiento sea cierto y real de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes**, es decir que no puede invocarse por un posible o eventual escenario de incumplimiento; **(iii) que el incumplimiento sea serio, grave y determinante** y que, si se trata de la Administración, coloque al contratista en razonable imposibilidad de cumplir; y **(iv) que quien invoca la excepción debe ser la parte que no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo.**

Se concluye de lo anterior que, es posible declarar el incumplimiento en el caso que nos ocupa, en tanto el contrato de obra No. 2427 de julio 17 de 2015 es un contrato sinalagmático, en el cual se probó el incumplimiento cierto, real, grave y determinante de las obligaciones contractuales a cargo del contratista ELECTROENERGIZAR LTDA., pues fenecido el plazo de ejecución del contrato, la obra no fue entregada concluida y en funcionamiento, sin que se hubiere alegado fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un tercero que provocare ello, y sin que la Gobernación de Bolívar hubiere incumplido a su vez, las obligaciones que le asistían.

En este punto, es importante declarar que LA GOBERNACIÓN en su calidad de entidad contratante-, cumplió a cabalidad las obligaciones a su cargo y efectuó el pago oportuno de las actas de avance parcial de obra, radicadas y aprobadas, tal como se expone a continuación, de tal suerte que garantizó en todo momento y de acuerdo con las condiciones acordadas por las partes, el flujo de los recursos, de lo cual da cuenta, el siguiente cuadro, ilustrativo de la ejecución financiera del contrato:

DESCRIPCIÓN	FECHA	VALOR ACTA	AMORTIZACION ANTICIPO	VALOR PAGADO	%	ESTADO
ACTA No 1	19-09-2016	2.240.653.897	896.261.559	1.344392.338	24.52	CANCELADA
ACTA No 2	27-02-2018	600.690.389	240.276.155	360.414.233	6.57	CANCELADA

TOTAL		2.841.344.286	1.136537.714	1.704.806.561	31.1	

El contratista solicitó además, que la Gobernación de Bolívar certificara si se giraron recursos del contrato a **INGELET S.A.S.**, o a **ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.**, y en que fecha y que tuviera dicha información como prueba dentro del proceso.

Al respecto, la Secretaría de Minas y Energía solicitó a Tesorería departamental la constancia de los pagos realizados y en tal sentido fue remitido documento denominado INFORME DE ABONOS, el cual obra como anexo de la presente resolución y en el que consta que los pagos efectuados por la Gobernación de Bolívar con ocasión de la ejecución del contrato de obra No. 2427 de 2015 se realizaron a INGELET S.A.S., por cesión de derechos económicos realizada en cada oportunidad por el contratista de obra ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.

La información reportada por la Tesorería Departamental es consistente con los soportes de las cesiones de créditos, de fecha (i) octubre 10 de 2016 y (ii) noviembre 3 de 2017. (Estos documentos, aportados por el contratista, hacen parte integral del presente acto administrativo)

Aunado a lo anterior, se aportó al presente proceso por parte del contratista, documento de cesión de crédito de fecha abril 10 de 2018, sobre un pago que no fue efectuado por la Gobernación de Bolívar.

Los giros que se realizaron a favor de INGELET S.A.S., cuentan con el soporte del contrato de cesión de créditos, es decir, que la actuación no comprende una irregularidad o arbitrariedad de la administración, por el contrario, obedecen a una orden del contratista, como disposición de sus derechos económicos sobre los pagos que se derivan de las actas parciales aprobadas.

Se rechazan por improcedentes las alegaciones referentes a la atipicidad de la sanción, pues la facultad de declarar el incumplimiento del contrato es una facultad de derivación constitucional y legal que ostenta la entidad contratante y la posibilidad de efectivizar la clausula penal por incumplimiento es una disposición contractual, y como bien lo manifestó el contratista disciplinado, **el contrato es ley para las partes**.

FUERZA MAYOR[88], CASO FORTUITO O INTERVENCIÓN DE UN TERCERO

Se analizó por la administración la ocurrencia de las causales antes enunciadas, como eximentes de responsabilidad del contratista, encontrando en primer lugar, que no existen los elementos de configuración de las precitadas figuras y por otra parte, que en los descargos presentados por ambos citados (contratista y garante) no se allegaron pruebas de la ocurrencia de hechos o situaciones que impidieran la ejecución de las obligaciones contractuales, o que desplazara la responsabilidad de la inejecución a la actuación de un tercero.

La administración luego de un análisis general de los 18 meses (plazo final) por los que se extendió el precitado contrato encontró lo siguiente:

El plazo inicial del contrato, es decir, las condiciones en las cuales se celebró el negocio jurídico entre ELECTROENERGIZAR LTDA., y LA GOBERNACIÓN fue establecido en 101 días (3.3 meses). Este calculo se realiza teniendo en cuenta que el contrato fue celebrado el día 17 de julio de 2015. Mientras que el inicio, una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución se dio el 21 de septiembre de 2015, extendiéndose hasta el 31 de diciembre de 2015, según lo dispuesto en la cláusula sexta del contrato.

El plazo final del contrato, según las prorrogas solicitadas por el contratista, avaladas por el interventor, ascendió a 18 meses, es decir, al contratista contó con un plazo mucho mayor al previamente establecido para la ejecución del objeto contractual, sin que fuera ampliado el alcance del mismo. Por el contrario, tenemos que, el resultado del replanteo, aclaró el real alcance del contrato, según se estableció en el modificatorio No. 03, encontrándose un número menor de viviendas beneficiarias del proyecto, situación que fue informada y explicada en diversas oportunidades a los entes de control.

No obstante lo anterior, la interventoría informa que, de los 18 meses de plazo final del contrato, el contratista mostró una inejecución total durante 196 días y un rendimiento mínimo en los restantes. Aunado a esto, el contratista no acreditó la implementación de los planes de contingencia requeridos por la entidad y solicitados en múltiples oportunidades por la

[88] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá D.C. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00448-01(14392)

interventoría, para superar su situación de retraso. En esa posición negligente y con ese nivel de rendimiento, era prácticamente imposible que el contratista concluyera satisfactoriamente la ejecución del objeto contractual, dentro del plazo previsto.

En todas las oportunidades en las que acaecieron situaciones que de manera **transitoria** impidieron la ejecución del contrato, de mutuo acuerdo - contratista y contratante -, previo aval del interventor, suspendieron el contrato, supeditando su reinicio a la cesación de las causas que le dieron origen o estableciendo una fecha para ello.

Al respecto, se trae a colación lo manifestado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de julio 5 de 2016, radicado 2278:

> *Sea pues lo primero advertir que, en estricto sentido,* ***el contrato no cesa con la suspensión, sino que sigue vigente, en estado potencial o de latencia, pues mientras la terminación de un contrato afecta como es obvio su subsistencia misma, la suspensión afecta las obligaciones que a las partes les resulta temporalmente imposible de cumplir.***
>
> *Una vez se ha aclarado que la suspensión no perturba el vínculo contractual sino solamente las obligaciones que de él emanan, también debe señalarse que dependiendo de la magnitud de la causa que la origine puede ser total o parcial. Es decir, puede imposibilitar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones de las partes o, puede impedir a los contratantes honrar solo algunas de estas pudiendo continuar con la ejecución de las demás.*
>
> *Por consiguiente en este concepto las referencias a la suspensión del contrato deberán entenderse hechas a la suspensión temporal de la ejecución de las obligaciones que, según el caso, les resulte a las partes temporalmente imposible cumplir"*

Y continúa este pronunciamiento en el siguiente sentido:

> *Ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado que la suspensión es una "parálisis transitoria del contrato", con algunos efectos. Al respecto indicó:*

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

> ***"Se ha entendido la suspensión como la "parálisis transitoria del contrato", que tiene lugar cuando no es "posible continuar con su ejecución por circunstancias imputables a la Administración o por hechos externos"; así mismo, que si ante tales circunstancias no se acude a la suspensión del contrato, el contratista se vería afectado "por el acortamiento del plazo contractual.*** [89]

Respecto de la suspensión del contrato también se ha dicho que:

> *"permite legalizar fácil y rápidamente la suspensión del cumplimiento del objeto de un contrato, originada en circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito (...). El beneficio de esta medida de la suspensión del plazo a través de un acta es tangible, ya que se evitan trámites posteriores más complejos y costosos como son la elaboración y la suscripción de un contrato adicional de plazo..."*[90]
>
> *Así las cosas, la suspensión materialmente constituye un intervalo pasivo en la dinámica del contrato cuando el cumplimiento de una, de varias o de todas las obligaciones a que están obligadas las partes resultan imposibles de ejecutar.*
>
> *Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido la eficacia, existencia y validez de la suspensión en el negocio jurídico cuando las partes la utilizan como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de procura del interés público -que de forma suficiente y justificada le dan fundamento -, y hacen constar esas circunstancias y sus efectos por escrito con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual."*

Y agrega, sobre la intención de las partes al suspender el contrato que:

"No tiene discusión alguna que un contrato en curso puede suspenderse por la ocurrencia de diversas circunstancias o por la voluntad de las partes y que uno de los efectos de la suspensión del contrato es la suspensión de las actividades del contratista. En tanto la suspensión sea provisional o temporal es porque el contrato se reiniciará cuando las partes así lo determinen;

---

[89] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de mayo de 2011, radicado: 18.446.
[90] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de julio de 2008, radicado: 16.344.

el caso es que estando el contrato en ejecución o suspendido con la intención de reiniciarlo, subsiste el vínculo contractual."[91]

A continuación, se abordarán cada uno de los aspectos puntualmente considerados:

SEVIDUMBRES (FUERZA MAYOR)

Se difiere de lo manifestado sobre la constitución de las servidumbres, como causal de FUERZA MAYOR DETERMINANTE DEL INCUMPLIMIENTO, pues, si bien es cierto que este aspecto se empleó como circunstancia motivante de la suspensión, también lo es que, se resaltó su condición de ser temporal y transitoria.

En la reunión citada para la reanudación del contrato, tal como se estableció en el acta de reinicio, se pusieron previamente de presente las comunicaciones y soportes del avance en la constitución de las servidumbres, como prueba de la superación de las causas que dieron origen a la suspensión del contrato. Es decir que, si bien la actividad era ajena a las partes, la entidad no fue indiferente y constató la información enviada por los alcaldes de los municipios, quienes se encontraban a cargo de dicha actividad, solicitando los soportes de los hechos.

En este sentido, es dable afirmar, primero que la constitución de las servidumbres es un trámite legal que no impacta directamente el avance de la ejecución de las obras, con ello no se pierde de vista que deba realizarse tal gestión. Segundo que, el contratista no alegó esta situación como un hecho imprevisible e irresistible (elementos configurativos de la fuerza mayor), que determinaran la inejecución de las obligaciones.

Se trataba simplemente de una gestión legal a cargo de un tercero (los municipios), que debía ser adelantado, de manera simultánea al avance material de las obras.

En aquella oportunidad, el contratista alegó un supuesta "ola invernal" que aquejaba a varios de los municipios objeto de las obras, sin embargo, LA GOBERNACION dejó constancia que,

[91] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de mayo de 2003, radicado: 14.945.

se trataba de una situación que difería de la información publicada por el IDEAM para ese momento, pues por el contrario se pronosticaron tiempos secos para la zona.

Ante la insistencia del contratista en la imposibilidad para trabajar en los frentes de trabajo ubicados en los municipios de Tiquisio y Simití por presuntas inundaciones, en la reunión de reinicio, la GOBERNACION le solicitó el soporte debido, el cual nunca fue allegado, y le solicitó además, considerar tal situación en la formulación de la programación de obra y el plan de contingencia, a fin de superar el impase, pues lo alegado no se constituía en motivo suficiente para mantener suspendido el contrato de obra.

Aunado a lo anterior y atendiendo a la condición de garante del Contrato No.2427 de 2015 la compañía de seguros SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., fue debidamente citada a la diligencia de reanudación y concurrió a través del señor CARLOS ANDRES BARBOSA BONILLA, por poder otorgado por el señor JORGE MANUEL DELGADO ROCHA como apoderado de la mencionada.

Frente a este ultimo aspecto, se debe agregar además que, la compañía de seguros SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., no obstante haber participado en la reanudación del contrato y haber sido requerida en varias oportunidades, a la fecha no ha aportado la modificación de las garantías según se dispuso en acta de reinicio No. 03 de noviembre 6 de 2018.

PROVEEDOR INGELET S.A.S. (INTERVENCIÓN DE UN TERCERO)

Frente a este punto, es preciso reiterar la no procedencia de la vinculación de INGELET S.A.S., a proceso, pues las razones que ahora esgrime el contratista y su garante, supuestamente relacionadas con un actuar negligente del subcontratista, lo único que pone en evidencia es que ELECTROENERGIZAR LTDA., como contratista de obra, frente al actuar de su proveedor, debió actuar con prontitud, superando y definiendo aquellos aspectos que hubieren sido necesarios para dar cumplimiento al contrato, y no esperar, hasta este escenario, fenecido el plazo de ejecución y ante inminente declaratoria de incumplimiento.

Ha dicho el Consejo de Estado, en la sentencia arriba en cita que las condiciones de existencia que supone la fuerza mayor o el caso fortuito deben ser externas al manejo que el contratista puede y debe hacer de sus proveedores, pues en este tipo de casos, él mantiene la posibilidad, jurídica y material, de adoptar medidas, bien contractuales, bien de política administrativa de su empresa, para lograr que exista una perfecta coordinación entre sus necesidades y obligaciones y las que otros adquieren con él.

Como se ha manifestado en apartes anteriores, las obligaciones que surgen del contrato estatal de obra pública solo son exigibles entre las partes, pues en su naturaleza se trata de un negocio jurídico tipificado de conformidad con lo establecido en el artículo 32 ley 80 de 1993, como un contrato de contenido económico, principal, oneroso, solemne, sinalagmático y conmutativo, en el cual una de sus partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley.

Frente a la obligación de darle publicidad al subcontrato celebrado entre ELECTROENERGIZAR e INGELET S.A.S., y/o de notificar la aceptación del mismo a la aseguradora, considera este despacho, que no le asiste razón a la Compañía de Seguros, en la objeción que propone, pues en caso de existir tal obligación, a quien le correspondía informar, en virtud del contrato de seguros es al tomador de la póliza, quien ante la administración solo somete a consideración la celebración del contrato, en tanto mantiene su autonomía frente a la relación contractual, su alcance y el traslado del riesgo según se haya pactado. En todo caso y aunque por disposición legal y contractual, deba mediar la aprobación de la GOBERNACIÓN como entidad contratante, lo cierto es que los términos de ejecución del subcontrato le son ajenos y por ello no le asiste responsabilidad ante el garante.

Cualquier situación o reclamación que se derive, o pudiere llegar a derivarse de la relación jurídica entre INGELET y ELECTROENERGIZAR con ocasión del subcontrato, se encuentra por fuera del objeto de la presente actuación administrativa y por ello se sugiere a las partes acudir a las autoridades judiciales competentes a fin de que sea dirimido.

La culpa exclusiva de la victima alegada por el apoderado de la compañía de seguros, carece de todo sustento, pues la entidad dio cabal cumplimiento a las disposiciones contenidas en el

EGCP., de tal suerte que a través de la interventoría y de la supervisión se realizaron las actuaciones tendientes a impulsar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, tales como procedimientos administrativos sancionatorios con miras a la imposición de multa de apremio, solicitud de planes de contingencia y mesas de trabajo, sin obtener respuesta alguna por parte de ELECTROENERGIZAR.

Se desestima por improcedente lo alegado frente a la responsabilidad del interventor en la aprobación del desembolso del anticipo, en principio, porque es una actuación derivada de sus obligaciones contractuales y los recursos que fueron dispuestos por la administración como anticipo, se manejaron a través de la constitución de un encargo fiduciario, es decir, que para el desembolso de los recursos, no solo se requirió la aprobación del interventor, sino además la comprobación de los requisitos de la entidad fiduciaria.

Aunado a lo anterior, considera la administración que se encuentra frente a un claro ejemplo de una persona que pretende alegar su propio error y descargar la responsabilidad en un tercero, lo que como ya se manifestó es abiertamente improcedente. En este punto, se trae a colación lo manifestado por la H. Corte constitucional[92], frente a la aplicación del principio del derecho *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* -Nadie puede alegar a su favor su propia culpa, dicho principio, que si bien no tiene una formulación explícita en el ordenamiento jurídico, según esa corporación *"hace parte del ordenamiento jurídico y resulta compatible con los postulados previstos en la Constitución de 1991, en la medida que, tiene por fin imposibilitar el acceso a ventajas que se consideran indebidas o inmerecidas jurídicamente. Así, existe el deber de negar toda pretensión cuya fuente sea el propio error, dolo o culpa"*[93]

---

[92] Sentencia T-630 de 1997 y Sentencia C-258 de 2013. [E]sta Corporación ha considerado que la regla general del derecho de que no se escucha a quien alega su propia culpa guarda compatibilidad con los postulados previstos en la Constitución de 1991, en particular, con el "deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios" consagrado en el artículo 95 de la Carta Política. Por una parte, porque la Norma Superior define con claridad que la actuación de un individuo no puede servir para dañar, de forma injusta e ilegítima, los derechos que el Estado ha otorgado a favor de todos los habitantes del territorio nacional. Es decir, en sí mismo los derechos tienen un límite sustancial, según el cual, para la primacía de un orden justo se requiere el ejercicio simultáneo de los derechos propios y ajenos. Y, por otra parte, en razón a que la Carta Política establece la obligación de ejercer los derechos constitucionales y legales en consonancia con el espíritu, fin y sentido que le son propios. Así, las personas tienen el deber de actuar de forma justa, lo que significa que no pueden desvirtuar el objetivo que persigue la norma, llevándola a resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico vigente.

[93] Sentencia T-213 de 2008.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

CANTIDADES DE OBRA EJECUTADAS

Frente a las cantidades de obra ejecutadas y recibidas por la interventoría en los términos del contrato, el contratista únicamente pudo acreditar una mayor ejecución en el frente de obra SANTA ROSA DEL SUR, en el cual varió el porcentaje en el siguiente sentido:

Porcentaje de ejecución informado por la interventoría: 21,94%

Porcentaje de ejecución acreditado por el contratista en sus descargos: 22,24%

POSTES

El contratista no logró acreditar en sus descargos, el número de postes que instaló y que fueron arrastrados por el río en el frente de obra ubicado en el municipio de Simití, por lo tanto, la entidad se mantiene en el número de postes recibidos por la interventoría y serán estos los únicos tenidos en cuenta para la cuantificación de las cantidades de obra ejecutadas en ese frente de obra.

DESCUENTOS

El contratista ha manifestado que le deben ser descontados los valores correspondientes a estampillas, impuestos y demás cargos sobre los valores pagados.

Empero, se probó que sobre el desembolso del anticipo **no** se efectuó descuento alguno, pues sobre él naturalmente no proceden al no tratarse de un pago a favor del contratista.

Por otra parte, no procede la devolución de los valores que por tasas, impuestos, contribuciones y primas, fueron efectuados sobre los pagos parciales, que por expresa disposición normativa

truibutaria debían ser realizados, por lo dispuesto en el numeral 3.2., del Pliego de condiciones qu rigió para el proceso de selección del contratista, hoy disciplinado:

> 3.2. MARCO TRIBUTARIO DEPARTAMENTAL APLICABLE
>
> Todos los impuestos, tasas y contribuciones que hayan de causarse y pagarse para la ejecución del presente contrato **corren por cuenta del adjudicatario y no habrá lugar a reclamar ningún pago adicional a los precios pactados.**
>
> EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR aplicará las retenciones a que haya lugar dependiendo del objeto del contrato y la calidad del contribuyente principalmente:
> ESTAMPILLA PRODESARROLLO: 2% sobre el valor del contrato.
> ESTAMPILLA PROCULTURA: 2% sobre el valor del contrato.
> ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA: 1% sobre el valor del contrato. ESTAMPILLA PRODEPORTE: 1% sobre el valor del contrato.
> ESTAMPILLA PROANCIANATO: 1% sobre el valor del contrato.RETEICA: de acuerdo al marco tributario del municipio y/o distrito donde se ejecuten las obras (este valor podrá no ser retenido por la entidad, pero será responsabilidad del proponente su pago). (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

4. DECISIÓN

Sobre el primer cargo

Quedó probado en el proceso que, el contratista recibió el 100% del anticipo por valor de: $ 3.654.858.980

De la suma enunciada, el contratista no logró acreditar la amortización de: $2.518.321.266.

Entendiendo que el anticipo es una suma otorgada al contratista, destinada al apalancamiento de la ejecución del objeto del contrato y considerando que Electroenergizar Ltda., nunca estuvo en situación de cumplimiento frente al cronograma de obra aprobado e incorporado al contrato, en sus diferentes etapas, es procedente declarar probado el cargo de **MAL MANEJO DEL**

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

ANTICIPO, toda vez que no cumplió con la finalidad del mismo, la cual es favorecer la ejecución fluida y oportuna de las actividades, a través de la disposición de los recursos, pues la obra encomendada no se ejecutó en su totalidad, mientras que lo ejecutado es inoperante.

El permanente retraso en el cronograma de actividades, la no implementación completa y oportuna de los planes de contingencia sugeridos por la administración; y la insatisfacción del objeto contractual al fenecimiento del plazo contractual, aunado a que se trata de recursos de propiedad del Departamento, constituyen el fundamento para declarar el incumplimiento, y solicitar la devolución del saldo de los recursos entregados a titulo de anticipo que no fueron amortizados, suma que asciende a **DOS MIL QUINIENTOS DIECIOCHO MILLONES TRESCIENTOS VENTINUN MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS ($ 2.518.321.266).**

Indexando la suma a la fecha en que se toma la decisión, la administración determina que el contratista deberá reintegrar la suma de: **TRES MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS VEINTITRES (3.169.658.623).**

Sobre el segundo cargo

El contratista y su garante, en la oportunidad prevista para los descargos, no lograron desvirtuar el cargo de incumplimiento, no acreditaron la ocurrencia de eventos de fuerza mayor, caso fortuito o intervencion de un tercero como eximentes de responsabilidad.

La defensa del contratista y así la de su garante, estuvieron centradas en la ausencia de facultad sancionadora en la secretaria de minas y energía del departamento y otros aspectos procedimentales. Pero no aportaron pruebas del cumplimiento del contrato o de la imposibilidad absoluta de cumplirlo como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del contratante.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Por lo anterior, se encuentran configurados todos los elementos para declarar que el contratista **ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.,** le asiste la responsabilidad derivada del incumplimiento total y grave del CONTRATO DE OBRA No. 2427 de julio 17 de 2015 cuyo objeto consiste en la CONSTRUCCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA ELECTRICA EN LOS MUNICIPIOS DE SANTA ROSA, SAN MARTÍN DE LOBA, TIQUISIO Y SIMITÍ, EN EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, pues a la fecha de fenecimiento del plazo el contratante no concluyó las obras encomendadas, las ejecutadas no son funcionales, pues no es posible prestar el servicio de distribución de energía domiciliaria, para atender a los beneficiario rurales del proyecto globalmente considerado, así como tampoco es posible energizar conectando la red instalada a la red local de distribución existente operada por Electricaribe SA.

Por lo tanto se declara que no ejecutaron satisfactoriamente el objeto contractual. Las principales obras no ejecutadas por municipio-frente de trabajo son las siguientes:

OBRA NO EJECUTADA					
	VEREDA				
ACTIVIDAD	SANTA ROSA	SIMITI	TIQUISIO	SAN MARTIN	TOTAL
MEDIA TENSIÓN					
POSTES	62	187	257	26	532
RETENIDAS	143	204	47	30	424
ARMADOS	0	305	263	75	643
TENDIDO	16.732	35.838	28503,42	18.399	99.473
SPT	231	288	257	91	867
BAJA TENSIÓN					
POSTES	173	71	72	22	338
RETENIDAS	243	50	50	40	383
ARMADOS	514	148	103	167	932
TENDIDO	23.562	7.008	4628,41	7.304	42.502
SPT	104	29	25	24	182
CENTROS DE TRANSFORMACIÓN					
TRANSFORMADORES	72	14	9	13	108

El H. Consejo de Estado ha dado claridad sobre la delimitación del concepto incumplimiento, así:

> *"[E]l incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial,* ***infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas*** *o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.*
>
> *Cabe agregar* ***que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico.***
>
> *Así mismo, tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación estatal y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral*[94] (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Frente a lo afirmado, la H. Corte Constitucional en Sentencia C-713/09 a bien dispuso: *"El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos "instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado."*

[94] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Rad. No. 22.947 22 de 2013, citada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Rad. No. 51341 de 2016

Resultó entonces imperioso para la administración departamental garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales de los habitantes de las veredas y en ese sentido se concluye entonces que al no haberse agotado el objeto contractual, quedando pendientes la ejecución de una cantidad significativa del porcentaje total de la obra (66,92%) y siendo inoperante la fracción del proyecto efectivamente construida, se encuentran presentes los elementos para declarar el incumplimiento total y grave del contrato, generándose para la entidad un daño antijurídico que deberá entonces asumir el contratista en virtud de su responsabilidad contractual y de lo dispuesto en la cláusula penal pecuniaria como tasación anticipada de perjuicios.

5. TASACION

Teniendo en cuenta que el contratista recibió el 100% del anticipo por valor de $ 3.654.858.980 al estar en situación de incumplimiento el contratista debe devolver a la Gobernación de Bolívar la suma de **TRES MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS VEINTITRES (3.169.658.623)** los cuales no han sido amortizados.

De acuerdo al inventario final de obra ejecutada, el cumplimiento del contrato fue del 33,08 %, por valor de $ 3.022.903.067, dejando por ejecutar el 66,92% por valor de $6.114.819.616 debido a las razones ampliamente expuestas en el proceso sancionatorio.

No obstante, existe una tasación anticipada de los perjuicios en la cláusula décima, a continuación, la entidad acredita los perjuicios:

PERJUICIOS OCASIONADOS POR CAMBIO DE VIGENCIA PARA LA CELEBRACION DE UN NUEVO CONTRATO.

Teniendo en cuenta que Electroenergizar Ltda, durante la vigencia del contrato 2427 presento un avance final fue del 33,08 % al 9 de diciembre del 2018, la Gobernación de Bolívar deberá adelantar una nueva contratación con el objeto de cumplir con el programa de electrificación rural en beneficio de las comunidades rurales de los 4 municipios.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

La nueva contratación tendiente a la construcción de la obra faltante por ejecutar y la posterior legalización ante el Operador de Red, tendrían que ejecutarse en el año 2019, por un valor de $7.406.663.549, generándose unos perjuicios para la Gobernación de Bolívar en forma directa por cambio de vigencia por la suma de $1.298.634.676, tal como se describe en la siguiente tabla:

AÑO	VALOR CONTRATO	VALOR OBRA EJECUTADA	VALOR OBRA NO EJECUTADA
PRECIOS 2015	$ 9.130.931.939,35	$ 3.022.903.067,14	$ 6.108.028.872
PRECIOS 2019			$ 7.406.663.549
DIFERENCIA			$ 1.298.634.676

CUANTIFICACION DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS EN RAZON A LA CONTRATACION DE UN INTERVENTOR

Teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011, la Gobernación de Bolívar tendrá la obligación de contratar nuevamente una interventoría para controlar técnica, administrativa, ambiental y financieramente el nuevo contrato de obra para la ejecución de las obras no ejecutadas, la cual tendrá un costo adicional de $ 296.266.542, suma que se establece en atención a lo establecido en el contrato de interventoría 2451, que tiene por objeto realizar la interventoría integral a la ejecución de la totalidad de las obras.

Término de 9 meses, se calcula un valor de total de perjuicio por este concepto por la suma de $ 296.266.542 tal y como se muestra en la siguiente tabla:

CONCEPTO	MESES	VALOR

INTERVENTORIA TECNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA Y AMBIENTAL	9	$ 296.266.542
TOTAL		$ 296.266.542

CUANTIFICACIÓN DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS ACTIVIDADES EJECUTADAS QUE ACTUALMENTE NO SON FUNCIONALES.

En virtud de que los proyectos de electrificación rural para los municipios de Santa Rosa del Sur, Simití, San Martin de Loba y Tiquisio, no se terminaron y que se pagaron las actividades de Despeje de Zona; Replanteo y Estaquillado, habiéndose ejecutado solamente el 33,08% de avance de las obras. Debido a que las obras parciales ejecutadas no son funcionales, se requiere nuevamente la ejecución de estas actividades una vez se contrate por parte de la Gobernación de Bolívar. El monto del perjuicio por este concepto a precios del 2019 es de $ 217.445.412, detallado en la siguiente tabla:

AÑO	ACTIVIDAD	VALOR PERJUICIO	% DE AVANCE	VALOR PERJUICIO
2015	DESPEJE DE ZONA Y REPLANTEO	$ 267.961.733	33,08%	$ 179.319.992
2019	DESPEJE DE ZONA Y REPLANTEO			$ 217.445.412

CUANTIFICACION CONSOLIDADA DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS COMO CONSECUENCIA DE LA NO TERMINACION DE LAS OBRAS POR PARTE DE ELECTROENERGIZAR LTDA EN EL PLAZO CONTRACTUAL.

Por lo expuesto anteriormente, los perjuicios y reclamaciones a la Gobernación de Bolívar como consecuencia de la no terminación de las obras durante la vigencia del contrato 2427 tienen un valor total de $ 1.812.346.630.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

CONCEPTO	VALOR
DIFERENCIA DEL VALOR ACTUAL DE LAS OBRAS NO EJECUTADAS CON RESPECTO EL 2015	$ 1.298.634.676
INTERVENTORIA	$ 296.266.542
ACTIVIDADES QUE A LA FECHA NO SON FUNCIONALES	$ 217.445,412
TOTAL PERJUICIOS CAUSADOS	$ 1.812.346.630

En la anterior valoración de los perjuicios no se incluyen los valores correspondientes a las reclamaciones hechas por los empleados de Electroenergizar Ltda., ya que estas se incluirán como contingencia en la liquidación del contrato según proceda.

TASACION DE CLAUSULA PENAL PECUNIARIA

El valor de la pena pecuniaria es de $1.827.435.067, según se estableció como tasación anticipada de perjuicios por incumplimiento en la clausula décima primera del contrato celebrado entre la **GOBERNACION DE BOLIVAR** y **ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.**

En virtud de todo lo anterior expuesto **LA SECRETARIA DE MINAS Y ENERGÍA DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR,** en uso de las facultades delegadas por el Señor Gobernador,

RESUELVE:

RESOLUCION No. 95 05 MAR. 2020

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento del Contrato de obra No. 2427, celebrado entre **LA GOBERNACIÓN DE BOLIVAR** y **ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.,** identificada con NIT. 817.000.428-2, representado legalmente por EVER ANTONIO DORADO, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.585.118. Contratación cuyo objeto consistió en la **CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA EN COMUNIDADES RURALES DE LOS MUNICIPIOS DE SAN MARTIN DE LOBA, SANTA ROSA DEL SUR, SIMITÍ Y TIQUISIO EN EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**, por las razones expuestas en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar la ocurrencia del siniestro amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, contenida en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3., otorgada por la aseguradora **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.,** de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar la devolución de la suma de **TRES MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS VEINTITRES (3.169.658.623)**, de lo entregado como anticipo al contratista **ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.,** para la ejecución del contrato de obra No. 2427 de 2015 y que no fue amortizado.

ARTÍCULO CUARTO: Descontar la suma de **TRES MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS VEINTITRES (3.169.658.623)**, cuya devolución se ordena en el artículo tercero de este acto administrativo, de los saldos adeudados por **LA GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR** al contratista **ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.,** por razón de la ejecución del contrato obra No. 2427 de 2015.

RESOLUCION No. 95 05 MAR. 2020

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

PARÁGRAFO: En caso de que no existan saldos, o los mismos resulten insuficientes para cubrir el valor señalado, dicho valor deberá ser cubierto por el Garante, esto es la compañía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**

ARTÍCULO QUINTO: Hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria consagrada en la cláusula décima primera del contrato de obra No. 2427 de 2015, en favor de LA GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR en un monto de $1.827.435.067.

ARTÍCULO QUINTO: Declarar la ocurrencia del siniestro amparado en la garantía de cumplimiento, contenida en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3., otorgada por la aseguradora **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.,** de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEXTO: Descontar la suma de $1.827.435.067, a titulo de penalidad, según lo consagrado en la cláusula décima primera del contrato de obra No. 2427 de 2015, de los saldos adeudados por **LA GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR** al contratista **ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.,** por razón de la ejecución del contrato obra No. 2427 de 2015.

PARÁGRAFO: En caso de que no existan saldos, o los mismos resulten insuficientes para cubrir el valor de la penalidad liquidada, dicho valor deberá ser cubierto por el Garante, esto es la compañía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**

ARTÍCULO SÉPTIMO: Notifíquese el presente acto administrativo según lo disponen los artículos 66 y 67 de la ley 1437 de 2011, a: (i) **ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.,** identificada con NIT. 817.000.428-2 y (ii) **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.,** compañía identificada con NIT 890.903.407–9.

RESOLUCION No. 95 05 MAR 2020

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

ARTÍCULO OCTAVO: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición, según lo dispone el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, el cual deberá ser interpuesto, sustentado y decidido en la misma audiencia.

ARTÍCULO NOVENO: Una vez ejecutoriado, el presente acto administrativo presta mérito para su cobro coactivo, según lo dispuesto en el artículo 99 de la ley 1437 de 2011, o ante autoridad judicial.

ARTÍCULO DÉCIMO: Ordenar la publicación del presente acto administrativo, una vez en firme, en la página web de la entidad y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública-SECOP. De igual manera se deberá remitir copia del mismo a la Cámara de comercio donde se encuentre inscrito **ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.,** identificada con NIT. 817.000.428-2, representado legalmente por **EVER ANTONIO DORADO,** identificado con cédula de ciudadanía No. 10.585.118 y a la Procuraduría General de la Nación, en los términos del artículo 31 de la ley 80 de 1993 modificado por el artículo 218 del decreto 019 de 2012.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: Remitir a la Oficina de Cobro Coactivo del Departamento, a la Secretaría Jurídica Departamental y demás dependencias de la entidad, interesadas en su cumplimiento, para que se realicen todas las acciones a que haya lugar.

La presente Resolución rige a partir de su ejecutoria.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Bolívar Primero

RESOLUCION No. 95

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, la ocurrencia de los siniestros de amparado en la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y de cumplimiento, contenidos en la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento número 1341967-3, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, consagrada en la cláusula décima primera del* contrato de obra No. 2427 *de julio 17 de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007, y la ley 1474 de 2011.*

Dada en Turbaco – Bolívar, a los cinco (5) días del mes de marzo de 2020.

05 MAR. 2020

WADI ROMANO JACOME
Secretario de Minas y Energía
GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Con facultades delegadas mediante Decreto 26 de enero 20 de 2020