



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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,

CONSIDERANDO:

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, Tiquisio 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.



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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, concurren 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 modificadorio 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.



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 *"eminente 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 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 prórroga 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

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 Ibidem





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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, de las actividades contractuales.

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.



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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.

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.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Que en virtud de lo anterior se procedió en los términos del artículo 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, encontrándose aún pendiente la decisión frente al trámite 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, 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*





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 mismo³, 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"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)



^{3[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.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 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. (...)"* ⁴
(Negritas 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***

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)



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 párrafo 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 administrativas⁵. 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:

*"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*

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de marzo de 2010. Rad 18.394-





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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**⁶. 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"*⁷ (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 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.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-149 de 2002.

⁷ 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)





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 PULGAR⁸, en su calidad de Asesor Código 020, Grado 04, asignada a la Secretaría de Minas y Energía Departamental, delegada por el señor Gobernador Dumeck 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)

Que, en la oportunidad prevista para ello, la administración departamental, escuchó los descargos de los citados y determinó la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas solicitadas, tanto por el apoderado del contratista, como por el apoderado de la compañía de seguros y decretando las que correspondían, en los términos establecidos en el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

⁸ Nombrada por el señor gobernador de Bolívar, por medio del Decreto 043 de 28 de febrero de 2019.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Que, dentro de las pruebas decretados, se incluyó la denominada mesa técnica, consistente en una inspección al sitio de las obras, contando con la presencia de la interventoría, la supervisión, la compañía de seguros, a través de su ajustador de seguros y el contratista disciplinado, según lo establecido 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.

Que, una vez conocido el informe correspondiente a la inspección en sitio, los citados elevaron sendas solicitudes, por lo que fue necesario para la administración 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





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

*tanto que la pertinencia se refiera a que el medio probatorio guarde relación con los hechos que se pretenden demostrar."*⁹

*(...) 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."*¹⁰

Al analizar las solicitudes 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- CPACA11, corresponde al Capítulo I, del Título único de la Sección Tercera de la ley 1564 de 2012-CGP-, particularmente el artículo 236 y siguientes, referentes a la inspección judicial.

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, quién 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.

⁹ 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

¹⁰ 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.

¹¹ 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.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Sobre la imparcialidad, tenemos que, es una garantía que se deriva de la igualdad de las personas ante la ley¹² 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.¹³ (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 concluyó 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

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-600-11

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-205/16





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

como consecuencia de la practica de la inspección, por ello y considerando la garantía máxima del debido proceso como principio rector¹⁴ 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 CPACA¹⁵, 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 título 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, el día veintiséis (26) de diciembre de 2019 se llevó a cabo la reanudación de la diligencia, 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.

Que, estando en curso la diligencia, el apoderado del contratista disciplinado, presentó 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
<u>VERÓNICA MENDOZA COLEY</u>	Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor,	La abogada es materialmente la directora del proceso, pese a que no está claro	Art. 11 de la Ley 1437 de 2011 numeral 2, leído en armonía con el concepto del Departamento	Audios y videos de las audiencias, así como el

¹⁴ Artículo 3º 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. (...)

¹⁵ 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 concluiría.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

	su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.	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.	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	testimonio de los suscritos y del apoderado de la Aseguradora Suramericana Dr. Jorge Manuel Delgado Rocha.
<u>CARLOS ROSALES ANDRADE</u>	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 referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.	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 Numerales 2 y 11 de la Ley 1437 de 2011.	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.
<u>JAMES MARTINEZ GALLEGU</u>	Haber conocido del asunto, en	El recusado es el interventor de la obra,	Art. 11 de la Ley 1437 de 2011 numeral 2, leído en	Audios y videos de las





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

	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	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.	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	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.
--	--	---	---	---

Que, de manera inmediata, se manifestó 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 y la diligencia fue suspendida.

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





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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:

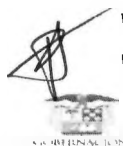
Con fundamento en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en lo aplicable de la ley 1437 de 2011 (en adelante CPACA), y de la ley 1564 de 2012, la recusación presentada, no procede, por las razones que se exponen a continuación:

"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 juridico de la misma se encuentra soportado en la existencia de uno o varios contratos de prestación de servicios profesionales, en virtud de los cuales



GOBIERNO DE BOLIVAR

CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 artículo 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.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 GALLEGUO 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, dadas las solicitudes de aplazamiento presentas por los citados, se dispuso la reanudación de la diligencia para el día cinco (5) de marzo de 2020, en el lugar y hora previstos, por el secretario de minas y energía WADI ROMANO JACOME, según lo dispuesto en decreto 10 de enero 8 de 2020 y 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 artículo 2º.

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 de enero de 2020 que sustenta el nombramiento del señor WADI ROMANO JACOME, como secretario de Minas y Energía departamental.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 artículo 2º, como soporte de las facultades que ostenta el director de esta diligencia.

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 partícipes 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 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.** (...). (Negrillas fuera del texto original)



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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"¹⁶.

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*

¹⁶ 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





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 2011¹⁷, 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 3º 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-¹⁸

Es necesario en este punto, hacer precisión sobre la facultad sancionadora en el proceso específico 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

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 medida 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. (Negritas 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." (Negritas 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 Departamental¹⁹, para el momento de la presentación de la recusación, en virtud de la delegación realizada por el señor

¹⁹ Nombrada por el señor gobernador de Bolívar, por medio del Decreto 043 de 28 de febrero de 2019.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

governador de Bolívar DUMEK TURBAY PAZ en el artículo 5º del Decreto 05 de enero de 2019, y hoy el doctor WADI ROMANO JACOME²⁰ 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.

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.

²⁰ Nombrado por el señor gobernador de Bolívar, por medio del Decreto 10 de enero 8 de 2020.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 específica 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 artículo 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





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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

Establece el párrafo único del artículo 47 del CPACA., en su tenor literal que: Párrafo. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se registrarán 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 registrará por lo establecido en el artículo 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 Civil²¹.

Artículo 306. Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil²² en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

²¹ Hoy Código General del Proceso- ley 1564 de 2012

²² Hoy Código General del Proceso- ley 1564 de 2012





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 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 partícipes 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 vínculo 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



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co * www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 Civil²³ 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. (...)"²⁴

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

²³ dSala de Consulta y Servicio Civil, Mayo 10 de 2001, Radicación No.1.344, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce,

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-280 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

"(...) Como puede observarse de las normas anteriormente señaladas, los contratos 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 delegación²⁵ 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 secretario de minas, quien tiene expresamente prohibido, según lo dispuesto en el numeral 2, del artículo 11 de la ley 489 de 1998²⁶, delegarlo o subdelegarlo en cualquier otro funcionario o colaborador de la administración.

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 ésta en cada sesión. El acompañamiento y apoyo prestados, desde

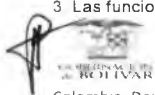
²⁵ Decreto departamental No. 05 de enero 5 de 2018, artículo 5º, literal o)

²⁶ 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.

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.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

*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 delegación²⁷ 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 artículo 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.

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.

²⁷ Decreto departamental No. 05 de enero 5 de 2018





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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.

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





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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.

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.



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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



GOBIERNO DE
BOLÍVAR

CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 Gobernador de Bolívar, en especial la contenida en el literal o)., del artículo 5º del Decreto 05 de enero de 2018, dio aplicación al artículo 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.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 artículo 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.

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



GOBIERNO DEPARTAMENTAL
DE BOLÍVAR

CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

“Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020.”

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

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.”* En el caso en comento, es claro que no se tipifican las causales **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.

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





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 vínculo 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 comercial 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, resultaba 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 un presunto desequilibrio contractual.

EL PRESIDENTE DEL

CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Que, la entidad procedió entonces, al agotamiento del punto 6 del orden del día, consistente en la respuesta a las intervenciones realizadas en audiencia por los citados, las cuales se encuentran en extenso, en la parte motiva del acto administrativo recurrido y en el acta que de la audiencia se elaboró por parte de la administración.

Que, una vez emitida la respuesta de la administración a las intervenciones realizadas en audiencia, se dio lectura de la decisión adoptada, en los siguientes términos:

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 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 título 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)**.



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co * www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 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					
ACTIVIDAD	VEREDA				
	SANTA ROSA	SIMITÍ	TIQUISIO	SAN MARTÍN	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	233	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





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 bilateral²⁸ (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."*

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

²⁸ 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





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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.

Una vez concluida la respuesta de la entidad a las intervenciones realizadas en audiencia por los citados, se procedió a informar la tasación de los perjuicios sufridos por la entidad, se deja constancia que, al tratarse de la pena pecuniaria pactada en la cláusula décima del contrato y entendiendo que esta, corresponde en su naturaleza a una **tasación anticipada de los perjuicios**, la entidad está exenta, como lo ha señalado el Consejo de Estado, en reiteradas decisiones, ante su imposición y cobro, de probar los daños sufridos a raíz del incumplimiento.

Para el caso que nos ocupa, la pena pecuniaria correspondió al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, según está claramente determinado en la cláusula décima primera, modificada en Otrosí #2 de septiembre de 2017 del contrato de obra No. 2427 de julio 17 de 2015.

No obstante lo anterior, se realizó un ejercicio serio y responsable, para la determinación de los perjuicios percibidos por la entidad, derivados del incumplimiento del precitado contrato, irradiado por el principio de proporcionalidad de la pena, así:

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.



GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR

CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co * www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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.

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:



GOBIERNO DE BOLÍVAR

CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

CONCEPTO	MESES	VALOR
INTERVENTORIA TÉCNICA, 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 Martín 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.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 cláusula décima primera del contrato celebrado entre la **GOBERNACION DE BOLIVAR** y **ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.**

Que, concluido lo anterior, la entidad procedió con el punto del orden del día, consistente en la expedición del acto administrativo correspondiente.

En los términos antes indicados, el secretario de minas y energía profirió la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020 "Por medio de la cual se declara el incumplimiento del 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.", y en virtud de lo dispuesto





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

en el numeral 2º, del artículo 67 del CPACA, la decisión, por ser adoptada en audiencia pública, se entiende en la misma notificada.

Que las principales decisiones adoptadas por la entidad, en el mencionado acto administrativo son las siguientes:

- Se declaró 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.
- Se declaró 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.**
- Se ordenó 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.
- Se hizo 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.
- Conforme a lo anterior, se declaró 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.**
- Se ordenó, por último, la publicación del acto administrativo, una vez en firme, en la página web de la entidad y en el Sistema Electrónico para la Contratación





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Pública-SECOP., y la remisión a las autoridades competentes, en los términos del artículo 31 de la ley 80 de 1993 modificado por el artículo 218 del decreto 019 de 2012.

La entidad en su decisión, determinó que los valores cuya devolución se ordenaba y la penalidad impuesta, serían descontados 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 y que, en caso de que no existieran saldos, o los mismos resultara insuficientes, dicho valor pasará a ser cubierto por el Garante, esto es la compañía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**

El secretario de minas y energía, haciendo uso de las facultades a él delegadas, manifestó a los presentes que, contra la arriba citada resolución, únicamente procedía el recurso de reposición, según se dispone en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, el cual debía ser interpuesto, sustentado y decidido en la misma audiencia.

Se dejó expresamente sentado que, una vez ejecutoriada la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020, la misma presta mérito para su cobro coactivo, según lo dispuesto en el artículo 99 de la ley 1437 de 2011, o ante autoridad judicial.

En la oportunidad prevista para ello, los citados -contratista y garante- interpusieron recurso de reposición contra el acto administrativo contenido en la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020, en los siguientes términos:

CARLOS BOLAÑOS ABOGADO DE ELECTROENERGIZAR: Con la aclaración expuesta por la administración departamental y/o en todo caso como agente oficioso por las circunstancias que sean y una vez leído el contenido del acto administrativo sancionatorio.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Manifiesto que se interpongo recurso de reposición y manifiesto que si interpongo recurso de reposición y a si mismo manifiesto de forma expresa en subsidio recurso de apelación.

JORGE DELGADO, ABOGADO ASEGURADORA: Me permito interponer recurso contra la Resolución que ha sido leída el día de hoy y toda vez que no he contado con las respectivas actas para cada una de las audiencias que he asistido y he notado que en la Resolución hace mención a unos supuestos que en definitiva tengo algunas dudas, de algunas afirmaciones que se hacen en el contenido de la Resolución.

Solicito o bien entrega de las actas de las respectivas audiencias en su integridad para toda actuación administrativa o bien en toda su integridad. Presento Derecho de petición de que trata artículo 23 de la constitución política y articulo 3 y siguientes de la ley 1477 de 2011 solicito que se me haga entrega integral de todas y cada una de las audiencias que fueron celebradas dentro de la presente actuación administrativa toda vez que como la ley lo ordena articulo 7 ley 1150 2007 y las normas concordantes complementarias en la cual establece la obligación de la entidad para realizar la grabación de todas las audiencias solicito que se me envíen todas y cada una ya sea en medio magnético o donde disponga la entidad para ser entregadas señalando lugar fecha y hora exacta para retirarlas.

CARLOS BOLAÑOS ABOGADO DE ELECTROENERGIZAR: Aprovechando la presentación verbal del Derecho de Petición igualmente me aúno a esa petición para que copia integral de las audiencias bien sea en forma expresa o audio sea remitidas a ELECTROENERGIZAR.

Que, atendiendo a la petición presentada por los citados, la administración respondió, indicándoles que, tal como se manifestó desde el inicio de la actuación, la audiencia es una sola actuación y por ello no se han levantado actas parciales de lo ocurrido en la misma. Les informó además que, una vez se concluya el procedimiento se entregarían a los partícipes, copia del acta, sus anexos y de los actos administrativos expedidos en audiencia.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

En cuanto a las grabaciones de las sesiones, se les recordó que, la entidad al no contar con lo equipos reglamentarios, no realiza grabaciones oficiales de las mismas.

En este punto, la diligencia fue suspendida, de tal suerte que los recurrentes contarán con tiempo suficiente para la preparación de la sustentación del recurso presentado, fijándose como fecha para su reanudación el lunes 9 de marzo de 2020.

Por solicitud de contratista y aseguradora, se estableció nueva fecha, que fue comunicada mediante oficio GOBOL-20-012007, así como los términos de concurrencia.

Que, a los siete (7) días del mes de abril de dos mil veinte (2020), comparecieron por medio electrónico, a través de la herramienta Microsoft Teams versión 1.3.00.362, el doctor WADI ROMANO JACOME, en su calidad de Secretario de Minas y Energía departamental, según decreto 10 de enero 8 de 2020, Delegado por el señor Gobernador para presidir la presente audiencia y tomar las decisiones que correspondan dentro de la misma; CARLOS RENÉ ROSALES, Asesor Código 219 Grado 02, Profesional Universitario, asignado a la supervisión del contrato, MARITZA GUTIERREZ Profesional Universitario de la Secretaria de Minas y Energía, MAIRA GÓMEZ Asesora Jurídica Externa de la Secretaria de Minas y Energía, y de acuerdo con la solicitud de acompañamiento elevada por la Secretaría de Minas y Energía Departamental asiste Verónica Mendoza Coley Asesora Jurídica Externa de la secretaria Jurídica Departamental.

A los citados, se les proveyó, usuario y contraseña para la conexión y el ingreso a la sala virtual de audiencias.

Que, por ese medio concurrieron: JAMES MARTINEZ GALLEGU Representante Legal de la interventoría, el doctor JORGE MANUEL DELGADO ROCHA, Apoderado General de la compañía de seguros SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Una vez instalada la diligencia, el señor delegado manifestó, que previo al desarrollo del punto del orden del día, en que se había suspendido la audiencia, se realizarían algunas aclaraciones y precisiones, tal como se indica a continuación:





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

SOBRE LA COMPARECENCIA Y LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EMPLEADOS PARA EL DESARROLLO DE LA DILIGENCIA.

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó el brote de Coronavirus (COVID-19) como una pandemia, en tanto que, el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 declaró "la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020" por causa del Coronavirus.

Corresponde por lo anterior, tanto a las instituciones públicas y privadas y a la sociedad civil en general, **coadyuvar** en la implementación de las medidas necesarias que permitan la adopción de una cultura de prevención y la minimización del riesgo.

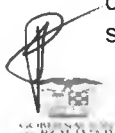
Posteriormente, el Presidente de la República por medio del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, declaró "el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días", con el fin de adoptar todas aquellas medidas necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de los efectos derivados de la pandemia COVID-19.

La declaratoria del Estado de Emergencia autoriza al Presidente de la República, para dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, entre los actos expedidos con ocasión del estado de excepción se encuentra el Decreto 440 de 2020, a través del que, el Presidente de la República adoptó medidas de urgencia, en materia de contratación estatal con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia por la expansión del virus COVID-19.

Específicamente en el artículo 2º, del antes mencionado, se otorgaron instrucciones a las entidades pública, frente a los procedimientos sancionatorios, regulados por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, instándolas a continuar los mismos a través de medios electrónicos, que deberán garantizar el acceso de los contratistas y de los garantes.

Estas medidas han sido implementadas por la administración departamental y a continuación en el presente escrito, se les indicará la herramienta que servirá para el desarrollo de la diligencia, garantizando la efectiva concurrencia del contratista citado, y su garante, tal como lo ha dispuesto la precitada norma.

Por lo antes mencionado, no fue posible acceder a la petición elevada por el apoderado del contratista sobre la concurrencia presencial a la diligencia y en ese mismo sentido se reiteró en comunicación GOBOL-20-012007 de marzo 31 de 2020, que



GOBOL-20-012007

CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., debía disponer de los elementos para la conexión efectiva y estable a la herramienta que será indicada a continuación, para concurrir en los términos de la citación que se le extiende.

Se deja constancia que a través de la herramienta Microsoft Teams versión 1.3.00.362, se adelantará la diligencia. A los asistentes les han sido enviados los respectivos usuarios y contraseñas, para la conexión y le ingreso a la sala virtual de audiencias.

Por este medio concurre, JAMES MARTINEZ GALLEGO Representante Legal de la interventoría, el doctor JORGE MANUEL DELGADO ROCHA, Apoderado General de la compañía de seguros SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Resulta menester entonces que, de manera previa, la entidad se pronuncie sobre las comunicaciones remitidas por el contratista y su garante, el día 19 de marzo de la presente anualidad, ante la convocatoria a la reanudación de la audiencia de que trata la presente.

Los asuntos puestos de presente por el representante legal del contratista citado, su apoderado, los cuales fueron coadyuvados por el apoderado del garante fueron concretados en cinco puntos, y se les otorgó la siguiente respuesta. Se dejan constancia que la misma fue enviada en fecha 30 de marzo de 2020 al señor Juez Primero Penal Municipal de Cartagena, así:

1. Circunstancias de no cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia y trámite del incidente de desacato.

Es menester informar que, en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el despacho del señor Juez Primero Penal Municipal de Cartagena, el día 29 de enero de 2020, dentro de la acción constitucional de la referencia se declaró la nulidad de lo actuado en sesión del 26 de diciembre de 2019 y se proveyó 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 con lo establecido en los artículos 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011, tal como consta en la parte motiva del acto administrativo **RESOLUCIÓN No. 95 DE MARZO 5 DE 2020** *"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del 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."*





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Por lo que, en el fallo, decretó la nulidad de lo actuado en sesión de 26 de diciembre de 2019, y ordenó la suspensión del proceso hasta tanto fuera resuelta la recusación presentada.

En atención a lo anteriormente expuesto la Gobernación de Bolívar- Secretaría de Minas, acató el fallo de tutela, suspendió el procedimiento y reanudó la diligencia hasta el día 5 de marzo de 2020, tal como consta en el expediente que reposa en su despacho, contando con la presencia del apoderado del contratista y su representante legal, así como del apoderado de la compañía de seguros por medios electrónicos, con el objeto de decidir la recusación presentada y proseguir con la actuación administrativa.

En el curso de la audiencia se resolvieron las recusaciones presentadas por el apoderado del contratista y coadyuvadas por la compañía de seguros, en calidad de garante del contrato de obra, las cuales fueron rechazadas de plano ya que las causales alegadas por el solicitante no se encontraban dirigidas contra servidor público sino contra contratistas, y la norma no prevé ese supuesto fáctico. Para poder darle trámite a la recusación debían estar dirigidas contra servidor público y en el caso que nos ocupa, el único servidor público presente en la diligencia era el secretario de minas, Dr. WADI ROMANO JÁCOME, con posibilidades de ser recusado, aunado a que a los supuestos recusados no es posible encuadrarlos en el supuesto de la norma, pues se repite, 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 artículo 11 del CPACA, decisión esta adoptada por el delegado para tal fin en cumplimiento al contenido del artículo segundo literales t); u) del Decreto 26 de 2020.

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

Decisión esta que también fue comunicada al Juez Primero Penal Municipal de Cartagena.

Durante la continuación de la diligencia, 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.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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; olvidando el toqado que al tratarse de una audiencia las decisiones se profieren oralmente y se dejan las constancias de rigor, y al haber asistido a la audiencia tal como se evidencia en el acta de asistencia, estaba enterado en su totalidad de la decisión proferida por la administración, dejando sin piso su argumento de desatención de la orden judicial proferida por el juez de tutela.

2. Manifestó el accionante: "solo hasta el día de ayer, en horas de la tarde se recepcionó en la sede laboral de la referida empresa en la ciudad de Popayán, vía correo certificado a través de la compañía de mensajería SERVIENTREGA, la Resolución No. 95 del 05 de marzo de 2020 contentiva en 225 folios y una gran cantidad de documentos adjuntos sin numeración por la cual se declara el incumplimiento del contratista y se le impone sanción equivalente a 5 mil millones de pesos, circunstancia que por simple lógica de los términos para argumentar su impugnación se ha señalado a la entidad que no es viable para la parte contratista y para el suscrito apoderado realizar comparecencia a la actuación" (SIC)

La RESOLUCIÓN No. 95 DE MARZO 5 DE 2020 fue notificada a los señores ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., en estrado, es decir, según lo disponen los artículos 66 y 67 de la ley 1437 de 2011 – CPACA-, en concordancia con el literal d)., 86 de la Ley 1474 de 2011, el que expresamente establece:

*Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. 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:*

(...)

*c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia **y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento.*** Contra la decisión así





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

(...)"

La administración, no obstante haber notificado en estrados el acto administrativo, decidió en primer lugar suspender la audiencia una vez se interpuso el recurso de reposición, de tal suerte que tanto el contratista como su garante, contaran con tiempo suficiente para preparar la sustentación del mismo; garantizando así los derechos fundamentales de defensa y de contradicción, y como muestra adicional de dicha garantía, la administración decidió reenviar la RESOLUCIÓN No. 95 DE MARZO 5 DE 2020, vía correo electrónico y por correo certificado al domicilio del contratista disciplinado.

Por lo antes manifestado, salta a la vista que, el contratista citado, falta a la verdad en lo puesto de presente al despacho judicial, pues, contrario a lo alegado, para la fecha en que presentó la excusa, conocía hacía más de 12 días la decisión de la administración.

3. Anexos sin detallar.

Los anexos se encuentran detallados en el cuerpo del acto administrativo.

4. Esta situación es solo una irregularidad administrativa más de la entidad convocante y a su vez accionada en sede de tutela, que por su desobedecimiento al respectivo fallo de primera instancia, se ha tenido que acudir al trámite incidental de desacato, razón por la cual se reitera muy comedidamente al despacho se tengan en cuenta las circunstancias expuestas por el suscrito accionante en comunicación enviada a su Despacho el día 13 de los corrientes en relación con la estricta situación de desacato de su orden de amparo tutelar y por lo cual se ha solicitado respetuosamente su intervención en aras de que se disponga a) la nulidad de la diligencia desarrollada el pasado 05 de marzo de 2020, y b) se ordene, en cumplimiento del fallo de tutela, la suspensión de cualquier diligencia de carácter sancionatorio en el referido asunto hasta tanto no se surta el estricto cumplimiento del señalado fallo y en forma concreta y como una medida de protección constitucional en concordancia con el fallo de primera instancia emanado por su despacho señor Juez, la suspensión de la diligencia de continuación de audiencia para la cual hemos sido citados para el día 19 de marzo del año en curso.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

En lo antes señalado, resulta evidente la intención del apoderado del contratista de dilatar la actuación administrativa, en tanto la decisión le fue adversa, obviando que cuenta con todos los mecanismos ordinarios para controvertir la decisión en sede administrativa o judicial, según le parezca, y no a través de la acción de tutela, ya que el mecanismo idóneo para atacar el contenido de los actos administrativos no es esta, dado su carácter residual.

El trámite administrativo se ha llevado a cabo con la atención debida a los preceptos constitucionales y legales, salvaguardando los derechos fundamentales de los citados, sin embargo, ello no implica que la decisión deba satisfacer sus intereses particulares, en detrimento de los interés y recursos públicos, que con el proceso administrativo se pretende recuperar.

Que el contratista citado no esté de acuerdo con la decisión adoptada por el secretario de minas y energía, no encierra una desatención a las disposiciones constitucionales, legales y contractuales que rigen el procedimiento.

En este punto, una vez comunicado lo anterior, sobre la excusa presentada por el apoderado del contratista, sobre la imposibilidad de asistir a la citación antes realizada y otros aspectos, se concede el uso de la palabra a los citados, para la sustentación del recurso presentado

Que, resueltos los aspectos puestos de presente por el apoderado del contratista, sobre la imposibilidad de asistir y otros asuntos, se concedió el uso de la palabra a los citados, para la sustentación del recurso presentado, en los siguientes términos:

Interviene al apoderado del contratista ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., doctor CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GUZMÁN, a quien le ha sido reconocida personería jurídica dentro de esta actuación:

Cordial Saludo,

Quiero manifestarle, al señor Secretario de Minas y Energía, quién dirige la sesión, que el suscrito representante del contratista en la sesión del 5 de marzo del año en curso al igual que lo hizo el representante de la Compañía Aseguradora, presentamos derechos de petición a la administración departamental, en el entendido de que nos fuese suministrado la copia integra de cada una de las actas que se debieron expedir por la administración departamental en el entendido que nos fuese suministrada la copia integra de las actas respecto de cada una de las sesiones que han integrado la presente audiencia, fue presentado por el representante de la compañía de seguro y por el suscrito, en la modalidad expresa de derecho de petición, que es el suministro de unas





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

copias que la administración debe dar y que esas actas tienen información relevante y de suma importancia para que el contratista si bien así lo quiere porque así lo solicito el representante de la compañía de seguros. Información de suma importancia para poder dentro de un proceso administrativo que termina obviamente con una sanción, la fase de defensa, puedan realizar la presentación de recursos que cada quien ha presentado en la audiencia anterior.

Se nos manifestó en la reunión del 5 de marzo que esas solicitudes a través de derecho de petición expreso iban a ser atendidas en el menor tiempo posible como consta en la respectiva grabación de la misma sesión, entonces a hoy 7 de abril y transcurrido los términos que cuenta la administración para responder un derecho de petición de esta naturaleza, la administración no le ha dado respuesta en consecuencia le solicito al señor Secretario de Minas que antes de continuar con el desarrollo de la presente diligencia se nos la respuesta a la petición planteada es decir la entrega de cada una de las actas que se debieron levantar de cada una de las sesiones que integraron la presente diligencia, que deben estar suscritas por el funcionario o funcionaria quien en su momento haya dirigido la audiencia, esa información es un insumo obligatorio, necesario y garantista del derecho del debido proceso, en el marco de la presente diligencia y atendiendo una petición expresa en calidad de derecho de petición presentado el día 05 de marzo del año en curso.

Que, concluida la intervención inicial del apoderado del contratista, procede el apoderado del contratista a solicitar el uso de la palabra, lo que es de inmediato concedido.

Interviene al apoderado de la compañía de seguros SEGUROS GENERALES SURAMERICANA, doctor JORGE MANUEL DELGADO ROCHA a quien le ha sido reconocida personería jurídica dentro de esta actuación:

Muchísimas gracias, buenos días a todos los presentes,

En efecto hago mi comparecencia, JORGE MANUEL DELGADO ROCHA, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía Núm. 79.556.308 de Bogotá, aportador de la T.P. Núm. 114.851 del C.S.J., actúo en nombre y representación de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., en efecto para la audiencia elevada el día 5 de marzo del corriente, en la intervención que tuve luego de haberse dado la lectura de la resolución manifesté unas inconformidades sobretodo en el contenido de unas apreciaciones que encontré en la resolución de las cuales sigo siendo inconforme porque no encuentran sustento fidedigno con lo que se manifestó en diferentes audiencias en lo que hizo relación a las intervenciones de interventoría, en lo que hizo





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

relación a la visita de obra, en lo que hizo relación a algunas de las apreciaciones que se tuvieron como defensa de la aseguradora pero igual encontré también unas inconsistencias algunas de carácter técnico sobretodo las de carácter técnico en las cuales se hizo presentación de algunos argumentos que resultan plenamente validos en la defensa y que ya en la resolución los encontré en otro sentido y completamente desfigurados y por ello solicite atentamente se nos enviara la base que tuvo la entidad para tomar esas apreciaciones que, pues ni mas faltaba, pudo haber sido un error de apreciación técnica o pudo ser cualquier otra digamos que anomalía.

Pero lo cierto es que, era necesario o sigue siendo necesario, contar con las actas que se llevaron porque con esto encontramos una desventaja en aquellos que hacemos nuestro debido proceso y que presentamos los argumento de defensa y la desventaja se encuentra en el sentido que nosotros tenemos que dar prácticamente aquí, esencia de lo que plasma la entidad en sus apreciaciones bien sea mediante una acta o en su defecto en aquellas grabaciones que se hayan adelantado porque de lo contrario estamos sobre el supuesto de unas apreciaciones subjetivas que, riñen con el debido proceso constitucional y, ¿Por qué lo digo así?, porque es que, en todas las audiencias que se adelantan en las entidades estatales, es deber y obligación de la entidad tener registro de las actas y se suscribe por las partes que intervenga, si están de acuerdo o no, están de acuerdo, con lo plasmado en dichas actas, y con lo que de allí se hace. Como eso no existió, en su defecto, con más razón, debió existir una grabación.

Ahora eso es obligación de la entidad, no es nuestra, es una garantía del debido proceso y es una orden que también se da desde la propia ley 1150 de 2007 y de toda la legislación que se desprende para efecto de adelantar estas audiencias y el debido proceso que tienen las partes que están involucradas en una sanción que no es de poca monta, es una sanción que es cuantiosa y que por lo tanto debe ser mucho más garantista, no solamente por el hecho de la garantía que digamos, por el hecho de la cuantía, que en si mismo estas actuaciones deben contar con todas las garantías y una de ellas la cual se nos debe dar garantía y una de ellas es poder suscribir actas para cada una de las audiencias que se adelantan.

Yo reitero, de no existir esas actas, pues, obviamente se nos tienen que dar las herramientas de unas grabaciones que es obligación de la entidad tenerlas. Esto no es una memoria personal de la doctora Hernández, ni de la doctora Verónica, ni de la persona que esté, digamos a cargo de una diligencia, de esta, o la que están presidiendo, es una obligación como memoria institucional, en garantía del debido proceso. Y por ello, reitero la resolución si es anómala porque lo hace sobre unas apreciaciones subjetivas que no están plasmadas en una grabación ni tampoco está en un acta, simplemente lo hacen, a su modo de ver y parecer y eso completamente resulta





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

arbitrario y por ello el debido proceso debe garantizarse y por ello igualmente también presente un derecho de petición el 5 de marzo que al día de hoy no se le ha dado respuesta en los términos que los artículos 14 y siguientes de la ley 1477 que, forma y yo en ese sentido vuelvo y pongo de presente en esta actuación administrativa, ha sido una actuación administrativa defectuosa, ha sido una actuación administrativa en la cual, no se ha tenido una debida trazabilidad, ha sido completamente improvisada y es un tema que no tiene porque soportarla los administrados, porque si hay un defecto aquí, en esta actuación administrativa o si ha habido alguna falencia, ha sido desde el interior de la entidad. Porque, no ha tenido la debida trazabilidad, ni el contrato, ni la actuación administrativa sancionatoria contractual.

Entonces, por esto estamos plagados de una cantidad de circunstancias que ameritan, no solamente tutelas sino nulidades y de todo carácter de reconocimiento jurídico, porque es completamente ilegítima y vuelvo y lo tacho es completamente ilegítima, porque ha sido un poco digamos que improvisada porque no encuentro otro adjetivo.

En definitiva, la entidad tiene que responder, por qué no ha tomado grabaciones o por qué no existen, por qué no se han levantado actas, de las cuales yo hice una solicitud formal en los términos que la ley trae. Yo creo que, esto doctor Wadi Romano, con todo el respeto que usted se merece y doctora Verónica, es una situación que tiene que sanearse, porque resulta más grave para la entidad que, termine después pagando unas demandas que pueden ser cuantiosas, por esta cantidad de defectos y lo que trae la ley, también es que puede existir repetición contra los funcionarios que adelantan estas actuaciones administrativas y hay unas eventuales revisiones también digamos que, deben hacerse por parte de la entidad en ese sentido porque resultaría mas gravoso para el departamento de Bolívar pagar por unas actuaciones administrativas mal hechas que en si traen toda esta cantidad de circunstancias que no tuvo la suficiente atención y la suficiente corrección por eso doctor Wadi creo que estamos en toda la razón de decir que se nos entregue amparado en el artículo 29 de la constitución política se nos entreguen las actas y nos entreguen las grabaciones porque han tomado apreciaciones en esa resolución que usted suscribió y en las diligencias que usted ha adelantado han tomado unas apreciaciones que son equivocadas que no tienen fundamento y que no hay una prueba fehaciente de nuestra defensa ni de lo que se dijo en esas audiencias para haber tomado una resolución como la que estamos en pro de atacar y en pro de legitimar porque como lo dijo el doctor Bolaños es un derecho nuestro y estamos recurriendo simple y llanamente a lo que la constitución nos otorga como derecho y quien mas que nosotros como apoderados de las compañías que están afectadas para poder porque yo he hecho muchas audiencias y nosotros estudiamos derecho no precisamente para que nos lo estén violando y por eso se han presentado las discusiones que hemos tenido



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

acá a lo largo y digamos que en lo profundo en las argumentaciones que han sido serias aquí no estamos especulando ni estamos diciendo nada salido de los cabellos es un tema que tiene todo el asidero factico jurídico para poderlo reclamar ante la entidad y que nos entreguen las actas que se elevaron en las audiencias y las grabaciones entonces por eso insistimos en que se nos conteste ese debido proceso que tenemos porque esta violando no solamente el derecho al debido proceso sino también el derecho a la legitima defensa y el derecho a hacer peticiones respetuosas a la entidad asumo que al día de hoy no ha sido contestada, muchas gracias.

Que, ante la reiteración de las peticiones presentadas por el apoderado de la compañía de seguros y coadyuvadas por el apoderado del contratista, la administración manifestó lo siguiente:

En primer lugar, de lo solicitado se dio respuesta en audiencia, en la misma en la que fueron presentadas las peticiones, además se deben realizar dos precisiones, en primer lugar, por la declaratoria de pandemia, el Gobierno nacional profirió Decreto 491 de 2020²⁹, dentro del cual se ampliaron los términos para el otorgamiento de respuesta a las peticiones que le sean presentadas, sin embargo, se deja se otorgará nuevamente la respuesta en audiencia.

Se deja constancia, además que, se trata de la reiteración de una respuesta que en diferentes oportunidades ha dado la administración sobre los mismos puntos, sobre las grabaciones y sobre las actas parciales que se han levantado de las mismas:

No obstante, al respecto tenemos que:

1. Es una sola audiencia, tal como lo señala la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020, no ha habido una ruptura de la diligencia, que ameritara el levantamiento de actas parciales, por lo cual se les informa a los peticionarios que, la versión final del acta estará lista y se entregará en el momento en que concluya la diligencia. La presentación del recurso de reposición, su sustentación, la respuesta de la entidad

²⁹ Decreto 491 de 2020. Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

(i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción.

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción

Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en el presente artículo expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto en este artículo.

Parágrafo. La presente disposición no aplica a las peticiones relativas a la efectividad de otros derechos fundamentales.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

y la constancia de notificación del acto administrativo que resuelve, quedan incluidas en el acta. Por lo anterior, no es posible entregarles copia de la misma aún. Tal, como se ha manifestado en anteriores oportunidades, no hay actas parciales.

2. Con respecto a las grabaciones, es preciso manifiesta que, desde el inicio y durante el desarrollo de las diferentes sesiones que integran la presente audiencia, se ha dejado expresamente que no hay grabación oficial, ni informales de la diligencia. El fundamento para ello es que, en primer lugar, la entidad no cuenta con los medios técnicos y tecnológicos requeridos según la legislación vigente. Las normas citadas por los peticionarios sobre la utilización de medios electrónicos, contenidas en el CPACA, artículo 53 y siguientes, no son de aplicación directa y obligatoria para el procedimiento que nos ocupa. No se trata este de un acto administrativo electrónico, ni del archivo electrónico del mismo. No se trata esta de una audiencia virtual. En el mismo sentido se aclara que, el expediente de esta actuación no es de carácter electrónico.
3. Se trata esta de una actuación administrativa reglada por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en su naturaleza es presencial y a la cual concurren de manera física los citados y en la que se permite, excepcionalmente y previa solicitud, la concurrencia por medios electrónicos. Y así se ha dejado constancia.

En tal sentido, no son de aplicación las normas del CPACA y del CGP citadas por los peticionarios, para el asunto que nos ocupa.

Si en algún momento se realizaron grabaciones informales, de una o varias sesiones, las mismas, vale aclarar que se solicitó autorización de los presentes en su momento, tenían como único fin, facilitar la transcripción de las intervenciones de los funcionarios de la administración y los citados, por ello la administración no puede garantizar, ni la integridad, ni la trazabilidad de la información que ellas contienen y mucho menos dar traslado de las mismas.

Para cerrar la respuesta a la petición presentada por el apoderado de la compañía de seguros y coadyuvada por el apoderado del contratista, nos permitimos dar lectura del literal c), del artículo 86 de la ley 1474, norma que rige esta audiencia:

Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co * www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: (...)

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

En este sentido, es dable concluir y de manera expresa se reitera a los peticionarios que, la norma antes citada, rige el procedimiento que nos ocupa, que es una norma de carácter especial y que por expresa disposición del CPACA es la disposición normativa de aplicación directa y obligatoria a esta audiencia. Así las cosas, el desarrollo de la audiencia se encuentra contenida, en su totalidad, en la parte motiva del acto administrativo. Todo lo sucedido en las diferentes sesiones se encuentra allí consignado. Si los citados tienen alguna objeción al contenido del acto administrativo contenido en la Resolución No. 95 de marzo 5 de 2020, el cual fue expedido y notificado en audiencia, es precisamente la interposición del recurso de reposición, la oportunidad que la ley les concede para que le hagan ver a la administración las inconformidades y las objeciones que encuentren al contenido del mismo, en todo caso, no habría motivo para dudar del mismo, pues se presume su legalidad.

Reiteramos así que la petición se encuentra resuelta, de modo que, se continuará con el desarrollo de la diligencia en el punto del orden del día en que fue suspendida.

Que, reiterada la respuesta a la petición, se otorgó nuevamente el uso de la palabra, al apoderado del contratista, para la sustentación del recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 95 de marzo 5 de 2020, quien manifestó:

Interviene al apoderado del contratista ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., doctor CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GUZMÁN:

Gracias bueno ante tan evidente violación al derecho fundamental al debido proceso a través del cuál cada día, se reitera más las inobservancias legales que ha dado la Gobernación de Bolívar a la presente diligencia y dejando constancia de no estarse de acuerdo con la respuesta y la expresión dada en esta sesión virtual, por supuesto que





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

corresponde continuar con el desarrollo de las actuaciones que se encuentran a nuestro cargo.

En mi caso, en mi calidad de representante jurídico de la empresa ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., en la sesión del pasado 5 de marzo formule la interposición de los recursos y corresponde en la presente diligencia la sustentación de los mismos, al respecto me permito manifestar que he enviado al correo electrónico del doctor Wadi Romano, secretario de minas y energía el escrito contentivo, de los argumentos de hecho y derecho, en los cuales se sustentan los recursos interpuestos por mi parte en la sesión del pasado 5 de marzo del año en curso, quisiera que por favor me confirmaran la recepción de los argumentos para poder dejar constancia expresa de la presentación y sustentación de los recursos.

En este punto, se dejó expresa constancia en el acta de la audiencia, del envío de un correo electrónico a la dirección xxxxxx, con documento adjunto, contentivo de folios 48 sin verificar.

El documento enviado por el apoderado del contratista, consistente en 48 folios sin verificar, hará parte integral del presente acto administrativo.

El apoderado del contratista deja constancia que, también lo envió al apoderado de la compañía de seguros

Y retoma el uso de la palabra, así: Me permito dejar constancia de la presentación de documentos la empresa ELECTROENERGIZAR a través del suscrito abogado, presenta los argumentos que conllevan a solicitar la revocatoria de la decisión adoptada mediante la Resolución 095 del 05 de marzo del año en curso.

A través de dicha actuación, hago la exposición de los argumentos, a través de los cuales hago la solicitud de la revocatoria de la decisión adoptada mediante Resolución 095 del 05 de marzo, queda en disposición de la entidad contratante para que en fundamento en ello adopte las decisiones que correspondan.

Interviene al apoderado de la compañía de seguros SEGUROS GENERALES SURAMERICANA, doctor JORGE MANUEL DELGADO ROCHA:

En primer término, observando los argumentos que, han sido presentados por el apoderado de la contratista, recordemos que hace una intervención respecto de la violación al debido proceso el *non bis in ídem*, eso es un asunto que de tiempo, atrás ha sido observado por las diferentes cortes. Es un principio que viene siendo de carácter





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

universal, encuentra sus bases incluso en el derecho penal y que también obviamente es aplicable en el derecho administrativo y más aún cuando se trata de procesos administrativos sancionatorios en los cuales se está determinando una sanción pecuniaria y que trae causa de posibles importante no solo para el contratista si no para la aseguradora.

Encontramos que, en este caso la entidad tuvo bastante tiempo para haber conocido del supuesto incumplimiento no es un asunto reciente, es un asunto casi de la propia suscripción del acta de inicio, en el cual, la entidad supuestamente manifestó inconformidad con la ejecución del contrato, incluso llegó a absolver al contratista en dos oportunidades que, doctora Verónica, usted tuvo oportunidad de estar presente y que incluso, fue lo que en últimas tomó el contratista para presentar su recusación.

Encontramos que, la entidad encuentra unos colaboradores privados en este caso la doctora Verónica, es una colaboradora privada, pero no obstante a ello, la entidad se ha soportado en la actuación de la doctora Verónica y vaya y venga, en gracia de discusión, que se haya dicho que por la entidad no valdría ello para una recusación, lo cierto es que, la realidad material del asunto es que, la doctora Verónica estuvo en dos actuaciones administrativas, conoció de la actuación administrativa y no viene siendo coherente lo que se decide en el acto administrativo que aquí se ataca, el hecho de que haya tenido participación en dos actuaciones administrativas de las cuales absolvió al contratista es una clara, digamos que arbitrariedad, el ver que a pesar, de que la entidad encontró insuficiencia en la ejecución que se tuvo para un cronograma de unos requerimientos de carácter técnico que se hicieron incluso por parte del interventor este último haya sido complaciente.

También, en el hecho que, no solamente del tiempo que transcurrió con la inconformidad, si no también con la participación de un subcontratista, en este caso INGELET, yo no entiendo por qué la entidad nunca le requirió, al interventor, si estaba tan inconforme con la obra.

Me parece que, no solamente fue complaciente con el interventor, si no también con las irregularidades que, eso en últimas lo diré en su momento, en una agravación del riesgo que hace que la aseguradora, tampoco gestione indemnizar algo, en el cual la entidad fue causante del daño. Pero ya me referiré a eso en su momento.

Esta situación que, hemos encontrado respecto la ejecución de este contrato con dos actuaciones administrativas previas, pues rayan con el principio de la confianza legítima, de la buena fe contractual y la seguridad jurídica, porque es una conducta que a todas luces resulta violatoria al debido proceso, mucho más cuando la entidad tiene conforme





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

“Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020.”

al artículo 4 y 14 de la ley 80 del 93 la obligación de tener la vigilancia y control de la ejecución del contrato.

Este es un asunto que pasó por alto la entidad y hoy prácticamente está negando su propio error y no solamente digamos que validando una contemplación que tuvo, con el derroche que se venía sino además, tampoco requirió al interventor para que hiciera lo preciso y lo propio pero lo que sí encontramos, al día de hoy, es que al contratista se le ha juzgado más de dos veces y nos encontramos con una tercera actuación administrativa que invalida todo lo que dice el artículo 29 de la constitución política y en su inciso 4º al decirse que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es que, si cotejamos los pliegos y encontramos que para cada uno de las actuaciones administrativas vienen siendo lo mismo, que no se le adelantado el cronograma, que no aparecía reflejado en las obras adelantadas. Si cotejamos esos tres pliegos, venimos encontrando lo mismo, no encontramos una diferencia de cada uno de estas tres audiencias administrativas, pero si resulta reprochable en esta última actuación administrativa, donde si hay una sanción, nos dicen que sí es distinto, ¿Distinto en qué?, se están reprochando las mismas conductas supuestas del contratista y si resulta violatorio el principio de non bis in ídem.

Al respecto, yo sí quiero traer a colación, lo que se ha dicho por parte de la corte constitucional en la violación de este principio y quiero citar la sentencia C-870 de 2012, el cual se expresó por este alto tribunal lo siguiente: La jurisprudencia constitucional a expedido el principio de non bis in ídem a un ámbito diferente al penal puesto que, ha estimado que, este 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 de derecho, este principio es aplicable.

Y continúa más adelante la misma sentencia: El principio non bis in ídem prohíbe que, una persona, por el mismo hecho, sea sometida a juicios sucesivos o les sea impuesta varias sanciones por el mismo, salvo que, una sea tan sola accesoria a la otra. En efecto, tal como tuvo su momento de alegarlo a esta entidad, a su modo de ver y parecer que, esta última actuación fue distinta, pero no acude a la realidad material del asunto y es aquí nos encontramos a una cascada de actuaciones administrativas que están el mismo sentido asunto que resulta violatorio del debido proceso, tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional, la que yo conozco, lo que no sé, es que si no quieren acudir, en lo que aquí se ha dicho, en lo que diferentes fallos, se ha hecho con culpa, porque lo he dicho de varias formas en diferentes argumentos, lo que consolida nuestra defensa, es decir que, en este caso se ha violado el principio de non bis in ídem porque tuvimos una





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

cascada de actuaciones administrativas, dos previas que iban en el mismo sentido, en manifestar las inconformidades que la entidad tenía con unos supuestos atrasos en el cronograma y la no ejecución de algunas actividades, al modo de parecer de la entidad supuestamente se justificaron con unos hechos de fuerza mayor, pero venimos con lo mismo.

Entonces es que yo, tengo un interventor para poderlo coaccionar o contener para que entregara un informe detallado o ¿Qué paso con la entidad y el interventor?, con las supuestas irregularidades que ahora quiere achacar en una sesión que, viene siendo lesivo para la aseguradora en este caso, porque dejaron extender el riesgo es un asunto que está completamente prohibido y es un asunto que resulta plenamente contradictorio, que se han hecho con los principios que se tienen en la indemnización porque si la entidad estaba tan inconforme, ¿Por qué permitió que el daño se agravara?, y por eso esta inconformidad y por eso reiteramos, que en este caso no debe ser condenada la aseguradora porque la entidad fue participe de unos hechos, los cuales también estaba inconforme y permitió una agravación del riesgo y permitió que este al día de hoy fuera mucho más cuantioso.

Por ello nosotros, validamos el sustento legal para decir que, la entidad ha sido participe en este daño, porque permitió que se extendiera, hasta llegar a sus últimas consecuencias, permitió que este tema fuera un derrumbe mucha más grave.

Entonces, reiteramos ante esta Gobernación conforme a las varias sentencias, traigo otra a colación la C-537 de 2002, la cual habla que la corte sostuvo lo siguiente: "este principio implica que el estado se haya legitimado para imponer luego, los procedimientos legales respectivos, sanciones penales o disciplinarias, cuando demuestre la ocurrencia de delitos o de faltas concurra pruebas que acredite la responsabilidad de quienes en ella intervinieron, pero, que una vez tomada una decisión definitiva, hecho constitutivo el delito o de la falta o la responsabilidad o la inocencia del implicado no puede retomar nuevamente ese hecho para someterlo a una nueva valoración y decisión.

Quiero subrayar esta última parte de la sentencia C-537 de 2002 que, no puede retornar nuevamente ese hecho para una nueva valoración, lo subrayo, fuera de texto y lo indico y lo traigo a colación nuevamente por que encontramos aquí posterior a las actuaciones administrativas en esta que atacamos con esta última resolución la entidad tomo nuevamente hechos, para someterlos a una nueva valoración y decisión, cuando ya había absuelto. Entonces conforme a lo que el contratista ha manifestado en los argumentos que han sido de las inconformidades del acto, que aquí se ataca, aclaramos nuestra posición en ese sentido, toda vez que, la entidad precisamente resulta violando

GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR
CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

el principio de non bis in ídem de carácter constitucional y consagrado en la constitución política.

Por ello, usted doctor Wadi Romano, está llamado a reponer la decisión que, resulta violatoria en este aspecto, así como los que además he expuesto para tomar una decisión en derecho y revocar la sanción que ha sido impuesta tanto al contratista como a la aseguradora y en esto el contratista también acudió a la jurisprudencia de la corte constitucional como algunas del doctor Manuel Cepeda 870 de octubre de 2002 y acude a muchas sentencias de la corte que validan nuestra posición y nuestra argumentación, para que, en definitiva la entidad revoque por todas las irregularidades que han existido en esta actuación administrativa que, me daré obviamente la tarea de retomarlas y en lo prudente también resaltarlas.

Hay un asunto, del contratista, en sus argumentos, en sus recursos y que tienen como motivo de su inconformidad es el hecho de no haber citado al subcontratista que fue autorizado por la propia autoridad contratante y en ellos nosotros también tomamos nuestro alegato, en el aseguramiento otorgado por que cuando la aseguradora emite una póliza de seguros para entidades estatales lo hace sobre el supuesto de unos riesgos que, son analizados en una área de suscripción y que decide en virtud del contratista otorgar. Pero si la entidad, toma la decisión de avalar la ejecución del contrato por un tercero, esto constituye un riesgo inaceptable, porque la Aseguradora no emitió una póliza a nombre de INGELET, la aseguradora emitió una póliza a nombre de ELECTROENERGIZAR y si al parecer de la entidad y del propio interventor que también fue el segundón, además de la extensión del riesgo, lo hace sobre la base que ejecute las obras y está autorizado por la propia entidad lo sentimos muchísimo en el alma, SURA es una aseguradora muy seria, pero no tendría porqué indemnizar hechos de terceros que, nunca jamás, fueron afianzados de SURA, por el simple hecho que el contrato es ley para las partes, no solamente el contrato estatal si no también la póliza que fue emitida.

El contrato es ley para las partes y es un principio que, desde las propias aguas de derecho enseña que, prácticamente fueron las primeras lecciones de mi código civil, en el cual se dice que los contratos válidamente celebrados, son ley para las partes y el contrato ley para las partes no solo respecto a la ejecución que tenía ELECTROENERGIZAR frente a la gobernación de Bolívar, si no también que, fue otorgado por SURA respecto de su afianzado ELECTROENERGIZAR, y respecto a la entidad asegurada que en este caso es la Gobernación de Bolívar.

Entonces, no podría la entidad, por pretexto de una póliza obligar a indemnización u obligar al cumplimiento donde, la propia entidad se prestó para asegurar un tercero que,





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

no era parte de la obra, en ese orden de ideas la sanción que sea puesta a la actuación administrativa que se ataca, obedece a legitimidad también, porque el propio contrato de obra 2427 de jul de 2015, en la cláusula décimo primera dice lo siguiente: "decima primera sanciones multas, en caso del incumplimiento parcial de algunas 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 primero de la ley 95 de 1987, el departamento podrá imponer al contratista multas, el valor se liquidará con base del 1% del valor dejado de entregar por cada día de retraso hasta los 15 días".

¿Qué ocurre?, esta sanción está pactada en un contrato respecto a la ejecución del contratista y eso es para lo que nosotros se determinaría un daño directo en la ejecución del contrato y esa es la que nos faltaba, si no la aseguradora estaría dispuesta a indemnizar.

Encontramos que aquí, el daño no ha sido directo, sino ha sido un daño indirecto y conforme a la póliza que, fue emitida, no podría la aseguradora amparar un hecho de un tercero que, en este caso no hace parte del contrato de seguro. Este contrato fue violentado por la entidad, al avalar un contratista, un tercero que, no hizo parte del contrato, que aquí citamos y que además el propio interventor, jugó como infractor también al permitir que un tercero que no hacía parte de la póliza ejecutara algunas actividades contractuales que no hacían parte del contrato que aquí se ejecuta.

Como vemos absolutamente, ese contrato fue determinar unos supuestos incumplimientos pero esos cumplimiento se vienen indemnizar siempre y cuando el daño fuera que, el propio contratista hubiera ejecutado las actividades, pero aquí vemos que la entidad avaló y concertó no sé por quién el origen de dicha decisión, pero permitió que un tercero en este caso INGELET adquiriera esas actividades, asunto que presuntamente resulta irregular conforme a lo que establece la ley 80 de 1993 y entre otras cosas el contratista que, fue oferente y a quién se le otorgó la capacidad, no solamente técnica y financiera del contrato, lo hizo bajo unos supuestos que estaban bien para la aseguradora, unos supuestos de buena fe contractual. Pero, encontramos que aquí, hay unos asuntos irregulares, donde se permitió que un tercero, un jugador, no sé dónde fue escogido, adelantara una obra que, en este caso es INGELET, en últimas fue quien incumplió el contrato y que en reiteradas oportunidades el propio abogado de ELECTROENERGIZAR, en este caso el doctor Bolaños, hizo la suficiente explicación, para poder concluir que podría ser citado este tercero a esta actuación administrativa sancionatoria.



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co

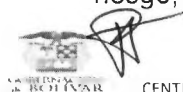


RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Entonces, aquí nos encontramos ante un evento que, también se suma a las diferentes omisiones que fueron dadas por la Gobernación, porque no una objetividad, ni una neutralidad por parte del interventor en esos informes que se presentaron en los cuales supuestamente aduce una responsabilidad del contratista y esto lo vimos en diferentes oficios que, ojala si sean documentos que se verifiquen, por que como ya no contamos con los documentos de las grabaciones por lo menos con el que materialmente si se encuentra que al parecer únicamente son los que tienen en cuenta la entidad y es que un oficio de 28 de octubre de 2015 de trazabilidad INT- GOBOL 006 se hizo una solicitud de subcontratación al contrato 24274 a la construcción de la infraestructura eléctrica de los municipios de Santa Rosa, San Martín de Loba, Tiquisio y Simití, en el departamento de Bolívar, en los cuales el interventor PROINGES S.A.S., después de haber estudiado los documentos y las experiencias de la firma INGELET S.A.S., dieron su aval técnico de la propuesta de la subcontratación de la mano de obra, transportes, herramientas y equipos, del contrato en la referencia con los siguientes datos: El contratista INGELET S.A.S., dirección 143-8 Urbanización La Española, con unas especificaciones Cartagena bolívar representante legal Claudio Marcos Rivas. Y esto tiene una trazabilidad también de Cartagena de indias, donde dirigía el doctor Robert Vásquez Arrieta secretario de minas y energía de la Gobernación de Bolívar, en asunto la subcontratación de la mano de obra del contrato 2427 del 2015 en fin, la gobernación autorizo uno de los componentes de la mano de obra transportes herramientas y equipos y lo digo con toda claridad, aquí es donde está el defecto, donde ocurrió el error en este contrato, es donde se empieza a perder el cauce de la correcta vigilancia de la entidad.

La entidad dejó de cumplir con los mandatos del artículo 4 y art 14 de la ley 80 que establece que tiene el control y la vigilancia aquí la entidad es una abogada importante dentro de esta buena fe contractual, por la cual sura emite una póliza y vemos que no contamos, por la cual SEGUROS SURAMERICANA S.A., emitió una póliza y vemos que no contamos con la obligación de la aseguradora en diferentes aspectos, no contamos con la obligación de mantener el restado de riesgo y damos además de eso permite un tercer jugador que, nunca fue afianzado, de eso se emite una responsabilidad de los funcionarios de la gobernación, yo sé doctor Wadi que, eso es un tema que viene heredando, pero tiene que revisarlo y no solo usted, sino también los organismos de control, porque como me imagino que tiene recursos de planeación y además de lo recursos de departamento, no puede venir ahora a decir que no existió, porque aquí hay una tranquilidad existente y el propio contratista de esto le ha dado las suficientes indicaciones y que ahora estoy aquí obviamente afianzando el punto de vista de mi cliente que en este caso es la aseguradora. Por qué razón la aseguradora, en este caso la gobernación de Bolívar, no cumplió con sus obligaciones, permitió la extensión de riesgo, además fue prácticamente participe del daño.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Entonces, en ese orden de ideas, usted doctor Romano, está llamado a una actuación administrativa que, está viciada, en la cual mucha más gravosa la actuación de la aseguradora, de mi cliente, porque la propia entidad no guardó consideración de su obligación de vigilar el contrato y de controlarlo y más bien lo que hizo fue lesionar la correcta ejecución al permitir un contratista que, es la causa eficiente del daño y el cual condenando no es nuestro afianzado y además de eso dejó correr muchísimo tiempo, con ese tipo de irregularidades para venir a decir el día de hoy, cuando la aseguradora actuó de buena fe, con unas condiciones generales, con una regulación comercial que la respalda y decir que no está llamada a indemnizar a este tipo de lesiones económicas.

No está llamada a indemnizar un daño, el cual la aseguradora no fue causante del daño, en una parte que el contratista también cita y aquí solamente estoy confirmando uno de los argumentos y estoy obviamente haciendo énfasis, también desde mi punto de vista, de la aseguradora, porque nosotros recalcamos todo lo que discutimos en la presentación de los argumentos de defensa y los descargos que tuvimos en su oportunidad. Y es que adicional a lo anterior, yo presenté unas nulidades en su momento y es falta de competencia de la entidad para adelantar el trámite administrativo sancionatorio.

Hemos tenido una actuación administrativa en particular, con una cantidad de defectos que, la verdad podría escribir un libro sobre esto, es que la entidad no tiene competencia para emitir una sanción de esta, conforme a lo propuesto por el artículo, digamos por lo expuesto por el propio contrato y es que la resolución número 95 proferida por su despacho el pasado 5 de marzo del año 2020 fue expedida por el debido proceso en la medida que hemos planteado o que el 20 de mayo de 2019 ese despacho carece de competencia para expedir actos sancionatorios los que hubiese lugar, sean los que sean en relación con la ejecución del contrato de obra 2427 de julio de 2015, la cláusula vigésima de este contrato establece que las controversias entre las partes deberán ser resueltas con un conciliador y precisamos nuestros planteamientos de la siguiente manera: en primer término, es un profundo reproche, el hecho de que el acto civil involucrado, no hace lo más mínimo de referencia a esta circunstancia y me permito repetirlo, fue oportuna y conveniente formulada, en el escrito de mayo de 2019, perdón, en los descargos que fueron expuestos en el pasado mes de diciembre pues, en efecto en ninguna de las 225 páginas Resolución 96 de 05 de marzo de 2020, durante ningún del acápite 3 Cargos vs descargos de ese documento se aprecia que su despacho, se haya detenido si quiera un momento analizar de ese descargo, en particular dicho claramente vulnera el debido proceso practicados en este caso SURA y por supuesto el contratista.



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Dadas esas circunstancias, resulta conveniente retomar lo planteado en el referido escrito de descargos como lo indicamos en su momento, no sé si de manera desafortunada, ligera o porque simplemente desconoció. El contrato de obra 2471 de julio de 2015, tuvo unas imprecisiones en muchos sentidos, pero me parecen antes de traer a colación la cual determina que este tipo de controversia contractuales no tiene competencia en la entidad, para poder determinar una sanción, la cláusula vigésima vigente, solución de conflictos, aquí quiero subrayar: todas las diferencia relacionadas a la ejecución, desarrollo, terminación o liquidación serán solucionando de acuerdo al artículo 68 de la ley 80 del 93 utilizando las partes los mecanismos previstos en la mencionada ley, subrayo todas las diferencias, eso dice la cláusula vigésima, dar estipulación al igual que las del contrato de marras, es ley para las partes y por ende exigible como todo el contrato por lo demás, no es facultativa si no absolutamente obligatoria. Así, poco importa en este caso, en que la ley 80, la ley 1474 y la ley 1150 otorgue facultades a la entidad para adelantar el trámite administrativo sancionatorio actual, que hoy nos ocupa, y que luego la resolución.

Lo que sí es cierto, es que las partes acordaron como resolver las controversias contractuales, en el asunto sí que lo es, se trata ni más ni menos de una divergencia entre las partes, del rompimiento del contrato y sobre el correcto manejo del anticipo que les valida repetirlo la controversia contractual por excelencia por lo demás la cláusula vigente del contrato 2427 del 15 de julio de 2015 no contraviene nada a las disposiciones contenidas en el estatuto general de contratación ante bien sea sustentado las entidades estatales con el art 68 de la ley 80 de 1993 precisamente ubicados a ellas en los siguientes términos cito el art 68, de la utilización de mecanismo de solución directa las controversias contractuales, las entidades a las que se refiere el artículo 2 del presente estatuto y de los contratista buscan solucionar de forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas del artículo contractual, para tal efecto en sus diferencias acudieran a uno de los mecanismos de defensa de solución de controversia contractuales, previstos en esta ley y a la conciliación amigable composición y transacción. Los actos administrativos podrán ser revocados en cualquier tiempo siempre que no haya recaído sentencia ejecutoriada, entonces yo quiero subrayar, unas partes importantes, la que dice el art 68, que dice: y los contratistas buscan solucionar más ágil y rápida las diferencias discrepancia, surgidas de la actividad contractual repito, artículo 68 rápido y conciso las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de esta ley y a la composición.

En el artículo 68 de la ley 80 del 93 que sirve de soporte para los contratos estatales, establecer lo siguiente de la utilización de los mecanismo de solución directa contractuales, entidades en las que se refieren los segundo del presente estatuto y aquí



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

subrayo y los contratistas buscan solución de manera ágil rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de actividad contractual, tales efectos al surgir las diferencias subrayo acudirán al empleo , mecanismo de solución , controversia contractuales previstas en esta ley y en conciliación amigable con posición y transacción. Al respecto qué decimos nosotros, claro después de la situación tratando del artículo recién citado dando vigencia del contrato esperé la búsqueda de soluciones directas rápidas y ágiles a las diferencias, como la utilización de los mecanismos de solución directa de la controversia obligatorias para todas las entidades.

Para todas las entidades estatales que, de pronto se les prohíben o prescriben la utilización de aquellos, así lo describe el artículo 69 de la ley 80 del 83, artículo 69 improcedencia de prohibir los mecanismos de solución directa, las autoridades no podrán establecer prohibiciones a los mecanismos las controversias nacidas en las contrataciones de las entidades estatales. Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromiso para dirigir las diferencias surgidas del contrato, es de entender entonces que, eso en el contrato estatal, se estima el uso de los mecanismo de solución directa para resolver las controversias contractuales, no hay lugar; si no aplicar la estipulación acordada que corresponde en consecuencia a la entidad desconocer este tipo cláusulas contradictorias, sancionatoria, contractual de la ley 1474 del 2011.

Por ultimo, en las precisiones, son facultativas o decir que no pactadas o se haya establecido en algún lugar especializado material para resolver la controversia contractual en el centro de conciliación o arbitraje que dispongan las partes, cuando quiera que se pacte un mecanismo al indicativo de resolución de conflicto en la entidad, sometida al Estatuto General de la Contratación, generar la competencia funcionaria para adelantar el trámite administrativo sancionatorio contractual, está consagrado en la ley 1250 y en la ley 1474 pese a las facultadas ya otorgados por el artículo 4º de la ley 80 del 93.

Llegamos a este punto, en relación a que el asunto que aquí tenemos sin discusión, tenemos que reiterar los dichos descargos de mayo de 2019, reitero, a la secretaria de minas y energía del departamento de Bolívar, como no se tomó el trabajo de las actas que plantee en su momento de defensa y por lo tanto que también ilegítima la decisión que se dio el 5 de la pasada audiencia, 05 de marzo de 2020, por parte esto, es un asunto esencial, la competencia funcional que este caso la tiene el doctor Wadi Romano, es un asunto que fue dictado y no se analizó por la entidad y por lo tanto hay una falta de motivación, porque es un asunto trascendental , porque la cláusula vigésima del contrato 2427 de 2015, como ya lo advertí, establecido que, este tipo de divergencia o este tipo de controversia, por parte del contratista de la entidad debería ser resultado un

CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

mecanismo que el propio contrato estableció y que por tanto, hace que pierda competencia funcional, en este caso el secretario de minas y energía para redimirlos, porque el propio contrato dijo que, la entidad no podía ser juez y parte debía acudir a un tercero. Esto tampoco es un asunto de poca monta, porque ha sido clara la jurisprudencia, no solamente los tribunales de arbitramento, si no también el Consejo de Estado, en lo cual se estableció una competencia que el contrato la asignó y conforme al artículo 68 y 69 de ley 80 que me ha permitido citar, es el contrato es el centro de conciliación y arbitraje del domicilio contractual y no la Gobernación del departamento de Bolívar, como equivocadamente se pretende establecer mediante. una que aquí atacamos, porque no existe como un fundamento factico jurídico que la entidad pueda ser juez y parte en este caso definir un conflicto, que existe, tanto de orden técnico, como jurídico y como hemos tenido tantas discusiones en las cuales decimos que la entidad ha obrado sin sustento legal.

Entonces doctor Romano, acudiendo a su buen criterio, debemos decir que se ha violado el debido proceso de la aseguradora, no solo por todos los motivos que aquí hemos expresado, si no también el hecho que no hemos encontrado en la resolución que aquí se ataca, una debida motivación a nuestros alegatos, en lo que hemos dicho que, la gobernación no es el juez natural de contrato en la medida que desató el caso de autos, conforme a la ley señalada 1150 de 2007 y artículo 87 de la ley 1474 de 2011. Pese a que las normas acordadas por las partes, en la cláusula vigésima del contrato 2427 de 2015 y según lo ordenado por el artículo 68 y 69 de la ley 80 de 1993 disponen otra cosa, disponen que no pueden derogar esta cláusula vigésima, disponen que deben acudirse a lo natural del contrato, entonces en consecuencias usted doctor Romano está llamado a corregir esta irregularidad y revocar la resolución No. 95 del 5 de marzo de 2020, por medio del cual se declara el incumplimiento del contrato de obra número 2427 del 17 jul de 2015, la ocurrencia de los amparos, sí, aquí pues lo digo, como está escrito, de buen manejo y correcta inversión del anticipo de cumplimiento contenidos en la póliza de cumplimiento No. 134196-3 y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria.

La cláusula decima primera del contrato de obra No 2427 de julio de 2015, en los términos establecidos en la ley 1150 de 2007 y la ley 1474 de 2011, en esa parte que contiene la resolución dicho por una jurisprudencia que, hay una igualdad de armas en este caso argumentativas en los cuales, la entidad debe tomar su decisión y es que aquí, en esta audiencia que hemos adelantado, ha sido para que la entidad tenga atención en la defensa que hemos tenido aquí y mucho menos para pasar por alto que debe ser un tercero que debe dirimir este tipo de conflictos, por ello nuevamente llamamos la atención de la entidad para que, el justo derecho y atendiendo a esta cláusula vigésima del contrato se acuda al juez natural.



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Esto, obviamente tendrá debidas discusiones, hay un problema que, hay siempre en estos recursos de reposición, que salvo encontrar funcionarios de buen criterio generalmente confirman las decisiones a pesar de las irregularidades, quisiéramos que no pasara en este caso lo mismo, que el doctor Wadi, se tomara la molestia de leer los argumentos que, aquí estamos presentando precisamente para evitar un descalabro judicial en el tribunal donde acojan lo que aquí estamos discutiendo es un asunto que todavía tenemos como solucionarlo, acudiendo a otro argumento que ha dado el contratista en sus argumentos y del cual hacemos coadyuvancia, nos dirigimos al contenido de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato que se considera como pago definitivo de los presuntos perjuicios que se causen al Departamento de Bolívar esto es, claro está acudiendo al principio que he citado en varias oportunidades por el cual se predica que los contratos son para cumplirlos Pacta sunt servanda esto es un asunto que procede de la primera, perdón, sanción 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 15% del valor total del contrato, la imposición de esta pena pecuniaria se considerará como pago parcial y definitivo de los perjuicios que causa 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 mismo se acredite,

Sin duda alguna, tal como lo dice el contratista, la literalidad de la referida cláusula contractual indica, por una parte, que la imposición de la pena pecuniaria se considera como pago parcial, pero también como pago definitivo y seguidamente dice que, se reserva el derecho de cobrar perjuicios adicionales por encima del monto establecido como cláusula penal pecuniaria, entonces aquí acudimos a la misma pregunta ¿Cuál aplica?, ¿Cómo pago parcial? o ¿Cómo pago definitivo?

Para resolver esa cuestión nos permitimos traer a colación, una vez más lo dicho por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en este caso una sentencia del doctor DANILO ROJAS BETANCUR de diciembre de 10 de marzo de 2011, radicación 52001-23-31000199607742-01 codificado por el tribunal como 15666 que dice: La Corte, el Consejo de Estado, al respecto en el numeral 37, para la sala esa ambigüedad manejada por la entidad en la elaboración de los pliegos de condiciones y en el contrato suscrito con el ingeniero Erasmo Burbano, es un defecto que sin lugar a dudas no puede ser esgrimido, ni utilizado en contra de sus derechos, como reiteradamente lo ha sostenido la sección, toda vez que la administración, es la encargada de efectuar la planeación que precede a la apertura de los procesos de contratación y en consecuencia, no solo le corresponde realizar los estudios análisis y cálculos previos que se requieren, sino que también la elaboración del respectivo pliego de condiciones y el futuro contrato





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

sobre ella pesa una carga de corrección claridad y precisión en la elaboración y redacción de tales documentos de contratación que se traducen en el deber de soportar las consecuencias que se deriven de la buena o mala fe o mala confección perdón de los mismos de manera que los pasajes oscuros, confusos, incompletos y ambiguos que se encuentren en ellos deben ser interpretados en su contra, precisamente por haber sido quien los elaboró, y quien falló en esa tarea en esa misma línea jurisprudencial, en sentencia también de la doctora Ruth Stella Correa, en sentencia del 26 de abril de 2006, también sostuvo lo siguiente: *Se recuerda también que, el numeral 5º del artículo 24 de la ley 80, al cual ya se hizo referencia en la presente providencia, conserve las pautas y parámetros que, en armonía con los principios y otras disposiciones de la citada ley, debe cumplir con estricto rigor, la entidad estatal al elaborar los pliegos de condiciones, so pena de ineficacia, por violación a las mismas y el control de legalidad por parte del Juez, por vía de las acciones correspondientes y además las cláusulas confusas o pobres, serán interpretadas en contra de la administración por ser quien las elaboró.*

No necesito más al respecto, porque el Consejo de Estado, ha sido claro en esa posición, y es que, con el perdón que ustedes me merecen en la entidad, este contrato que aquí nos ocupa en mucha de las cláusulas tuvieron una transcripción desafortunada, pobre o confusa en términos que nos trae el consejo de estado pero ese hecho no permite que sean interpretadas en contra de los que aquí estamos afectados, todo lo contrario esas cláusulas tienen una interpretación que deben ser interpretadas en contra de la administración y es por ello que, ni la cláusula vigésima, que cite anteriormente, ni cláusula décima primera, respecto a las sanciones, ni mucho menos en aquellos casos en los cuales una cláusula de estas debe imponerse, bien sea parcialmente o en forma definitiva, porque aquí lo que vemos es que el daño, para los daños parciales, es un asunto completamente distinto a los definitivo y por eso para el contratista ELECTROENERGIZAR, la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, debe aplicarse en el entendido que debe aplicarse como pago definitivo, en el entendido de los posibles perjuicios que pudieran causarse al departamento.

En tal sentido reiteramos que si hay ambigüedad sobre la función que cumple la cláusula penal, debe tomarse como estimatoria y en dicho, ámbito de obligatoria interpretación se le dan los efectos que le corresponden y en este caso que está interpretada en contra de la administración no en contra del contratista, entonces, yo lo digo con toda honestidad y con todo reparo también, igualmente, siento mucho que la entidad haya interpretado equivocadamente los contenidos de las cláusulas, cuando son claras y si en alguna manera se atreve a interpretarlas no lo puede hacer en defecto o en daño o lesión del contratista, ni de la aseguradora. Entonces, en ese sentido también reitero una vez más y perdonen la insistencia, que debe acudir al contenido del contrato, pero



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

con una interpretación restrictiva respecto del contratista y de la aseguradora, y a que me refiero con restrictiva, que no pueden ser ella la lesionada ni el contratista, ni la aseguradora todo lo contrario debe interpretarse bajo el principio de planeación contractual, en contra de la entidad en este caso la Gobernación de Bolívar.

Además de las muchas falencias encontramos que, la entidad toma a su favor una cantidad de interpretaciones que, no habría lugar a ello y por eso lo defectuoso de este acto administrativo que atacamos el día hoy, en el cual no solamente atacamos la falta de motivación, sino que en otros casos creemos que resulta ilegítima, en contra de las partes hay otro aspecto que también cita el contratista respecto a la admisión de la valoración probatoria que, fue solicitada en su momento.

Es un asunto que, desestimó la entidad en su resolución, es más salió al paso de estas pruebas que nosotros hemos también coadyuvado, por ello se determinó una visita por parte del área técnica de la aseguradora, con unos ajustadores que se tomaron la tarea de ir hasta las obras en un sitio que es hasta de difícil acceso en el sur de Bolívar, con unas condiciones de falta de acceso incluso y esa tarea la hicimos, para nada, porque al modo de ver y parecer de la entidad, las desestimó. Es un asunto que, era importante para poder hacer un levantamiento de obra y poder determinar, mediante una prueba técnica conducente y obviamente pertinente, en términos que trae el Código General del Proceso, el desarrollo de la verificación y el esclarecimiento de las objeciones técnicas y financieras que fueron planteadas por el contratista y que, obviamente la aseguradora tampoco fue ajena a ellas y esto se hizo sobre la base obviamente también de un derecho de defensa y contradicción que no fueron valorados ni fueron determinados por la entidad en la argumentación que se dio.

Palabras más, palabras menos, lo digo con todo aprecio y cariño, pero creo que nos pasaron por encima es un tema que definitivamente la entidad no quiso, ni siquiera acudir a ellas en su decisión y a su modo de ver y entender simplemente le pareció que, no tenía sentido, cuando todo lo contrario, estas pruebas que fueron solicitadas buscan la realidad material del asunto, la verdad verdadera como diríamos, en las propuestas de Perogrullo, es un asunto que en definitiva nos parece insólito, porque precisamente el informe que fue presentado por interventoría Proinges mediante un archivo que sirvió de base para la actuación administrativa que, se llamó informe final para la Gobernación con un radicado 20190401-11541918-0270 pagina 27, se confirmó que por culpa de una ola invernal se desbordó un brazo del río Magdalena, llevándose unos postes y una cantidad de insumos o de herramientas e incluso de algunas adquisiciones que ha tenido el contratista para poder determinar.



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

¿Cuál era el verdadero alcance de este hecho de la naturaleza? y en eso también sirvió como base del informe el acta parcial de pago numero 1 el acta de avances también el avance número 3 del contrato 2427 del 21 de junio de 2018 y existen unos cuadros y eso sirvió de base para la actuación administrativa porque precisamente, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, que lo que busca es un análisis de la conducta del contratista, es que haya precisamente un análisis, si actuó con culpa o con dolo, y eso no es caprichoso lo que la ley trae que, precisamente las actuaciones administrativas, se hagan sobre la base de un informe de interventoría, en el cuál haya un apéndice técnico que permita inferir no solamente el daño, que debe ser cierto y debe ser real y debe ser demostrado sino también que la entidad, se tome la tarea de hacer un análisis de la conducta y lo dije en su momento cuando hablamos de dolo como enseñan en las facultades de derecho lo decimos como una intención positiva de causar un daño o cuando hablamos con culpa, bien sea grave leve o levísima, debe tener un análisis, pero yo me remito a la simple y llana decisión que tienen los hermanos Mazeaud para definir la culpa como un error, en el cual no incurriría una persona prudente y diligente, puesta en las mismas circunstancias, que el autor del daño. Esa es, la definición elemental y sencilla de la culpa, entonces por ello nosotros en nuestros argumentos de defensa, nos tomamos la tarea de decir, ¡oiga! hagamos una revisión técnica de lo que dice el interventor en su informe y no solamente resultó digamos que, proactiva la decisión, sino también valida y por eso la acogió la entidad, de que fuéramos hasta allá tanto el interventor como la entidad, con sus funcionarios y nosotros también dentro de esa logística también participamos y tenemos un área técnica, que incluso se quedaron unos días allá en septiembre para poder visitar la obra, pero vemos que en esas pruebas que además se tomaron contaminadas y por qué digo contaminadas, porque en su momento yo lo discutí en los argumentos de defensa que presente que la interventoría tomó partido y en ese sentido, pues obviamente todo eso como estaba construido en esa forma probatoria pues, ni más ni menos, íbamos a dar con la imposición de una sanción pero bajo el supuesto de una responsabilidad objetiva, es decir, por el simple hecho de los resultados.

Este ultimo, es un asunto que está proscrito por el régimen jurídico sancionatorio colombiano, de ninguna manera la entidad, puede imponer una sanción por el simple hecho de los resultados, además ilegítimo arbitrario y por demás salido de todo tono, pues por demás ni existe la demostración del daño, ni está demostrada la conducta del contratista, que haya sido con culpa o con dolo.

Sin embargo, las afirmaciones que fueron realizadas por interventoría en el informe que sirvió de base para la decisión administrativa y conforme también los informes que se hicieron en la ejecución del contrato resulta menos que ilógico que la administración e



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

interventoría digan que se ratifican presentado en el informe final, luego no tuvieron en cuenta en esta premisa del informe final lo que nosotros discutimos con posterioridad y es que precisamente existieron unos hechos que eran ajenos al contratista y a la conducta del contratista. Pues efectivamente, precisamente, en una de las actuaciones administrativas que tuvo, que había tenido, la propia entidad había concluido que, existieron hechos de la misma naturaleza que imposibilitaron la debida ejecución del contrato y eso léanlo simplemente y lo que resolvieron ustedes mismos como entidad y posteriormente con lo que ocurrieron, con asuntos de la naturaleza, esos si ya no le sirvieron a la entidad simplemente, se lleva de calle un informe de interventoría en la cual, no tuvo en cuenta la demostración que se tuvo por parte del contratista ni de la aseguradora, para discutir dicha posición, es una negativa tajante a los asuntos que fueron discutidos y de los que precisamente motivan mi derecho de petición posterior, cuando dije que, tomaron unas decisiones que, no estaban grabadas en este momento como, nos lo dice la entidad y no estaban soportadas en unas actas que levantamos en cada una de las diligencias y en las grabaciones que me dan la razón, que nos dan la razón, en lo que discutimos acá y por eso no fue caprichoso pedir, mediante uso del derecho de petición, poder allegar esto que discutimos acá.

¿Entonces qué pasa? La entidad se vale de sus propias actuaciones, para tomar una posición completamente distinta y dice que, ya no hay grabaciones, que ya no hay actas y que ya no valen tampoco las pruebas, ni los documentos porque como ya lo dije también acá, las grabaciones son documentos válidos para tomar una decisión y aquí no existen esos documentos han sido desconocidos para nosotros en la medida de que haya desaparición de los documentos que soporten esta actuación administrativa resulta del todo ilegítimo, desaparecieron las grabaciones y desaparecieron muchos soportes que nos dan la razón, que precisamente en estas pruebas como fueron concebidas, la entidad actuó como si tuviera una justicia retenida, como las viejas actuaciones monárquicas de los estados que han sido completamente superadas por las repúblicas, entonces aquí actúa con una justicia retenida dónde digo, no me parecen que son esas pruebas, no tengo documentos, no tengo grabaciones, no tengo acta, no tengo nada, pero mi decisión es esta de imponer una sanción y lo hace sobre el supuesto de una responsabilidad objetiva sin tener en cuenta el daño, porque no ha demostrado que sea cierto y real y sin tomar como base un análisis de la conducta del contratista, asunto que desde la propia constitución del 86 así como la del 91, vea obvio es que ha sido superado, donde no puede existir una responsabilidad por el los hecho de los resultados entonces en ese sentido con toda razón, con todas las tutelas que se vengan, porque pueden ser muchas, la entidad ha violado derechos fundamentales, derechos que hemos acudido en todas las intervenciones porque parece que nosotros diéramos perdóneme la expresión parece que, diéramos pataleos de ahogado todo el tiempo con





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

la entidad y me perdonan por la expresión, porque nada, de lo que decimos acá lo tienen en cuenta, simple y llanamente, porque les interesa única y exclusivamente imponer una sanción a como dé lugar, es un asunto que definitivamente para nosotros a nuestro modo de ver nos resulta completamente lesivo, no solamente por la seguridad jurídica colombiana, sino también obviamente por los intereses económicos que hay de por medio.

Entonces, el contratista dio una trazabilidad de la manera como tuvo que transportar los materiales por el Río Magdalena, porque obvio, es decir, también existe esta obra, no sé si el doctor Wadi lo tenga en mente, pero es un lugar de difícil acceso, es un lugar donde solamente se puede llegar por el Río Magdalena, desde el Cerro Burgos y a los diferentes puntos, donde se iban a desarrollar las actividades de instalación de cada poste. Fácil es decir que, ¿ah! bueno entonces, si no llegó o si llegaron defectuosos y impongamos la sanción e impongamos todo lo que podamos y súmele más, súmele la cláusula penal y súmele el incumplimiento del contrato y súmele el anticipo, sumémosle todo, pero es que el tema es que falta una reconsideración por parte de la entidad en el sentido de verificar los puntos donde tenía que llevarse todos esos materiales y que fue lo que pasó, en el transporte del Río Magdalena y son pruebas que alego en su momento el contratista y que simplemente al modo de ver la entidad no son válidas o no le parecen, porque simplemente le interesa imponer una sanción pecuniaria en lo cual se pueda beneficiar el tesoro del Departamento.

Entonces es una situación que, diferente o a la que diferimos a la motivación que, se dio en unas sanciones tan graves como las que encontramos acá, no tuvieron una debida motivación, es una actos administrativos que no tuvieron el debido sustento tal como lo exige la Ley y obviamente la jurisprudencia, en la cual se establece que estos actos administrativos deben ser debidamente motivados y de esto existió o existen unas pruebas que también fueron allegadas con unos registros fotográficos y un informe de replanteo que existió en el sur de Bolívar y que fueron expuestos en la audiencia por el ingeniero Johnny Montaña, ya nos dimos también a la tarea de encontrar pistas por lo menos que se de la tarea de dar explicación a todos estos fundamentos técnicos por lo cual se justifican los hechos.

Por otra parte, no se tuvo en cuenta en la resolución que atacamos hoy y en varios puntos que se expresaron allá se dio explicación a todo lo que fueron las excavaciones de roca, a la adecuación de las vías, a lo que ocurrió en las diferentes actas que se adelantaron y las cuales se dio digamos que se dio reporte de lo que fue ejecutado y desarrollado en las obras y en las excavaciones en algunos sitios contractuales, que incluso dieron con la posibilidad de poder realizar una liquidación bilateral del contrato porque claro es también que el contratista en este caso el ingeniero Ever Dorado y el



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

doctor Bolaños, de manera formal insistieron ante la entidad la posibilidad de darle una solución a estas controversias y llegar a un acuerdo técnico, con incluso la posibilidad de pagar de devolver algunos recursos del contratista para poder darle una salida a la situación y es un asunto que también se cerraron las puertas y no sé si afortunada o desafortunadamente con el cambio de administración a partir del 1° enero de 2020 fueron cegadas estas posibilidades, pero de igual manera el contratista realizó una serie de compras, de los cuales el llevó unos soportes y ante el informe final que se presentó por interventoría, también existen unas divergencias, claro es que el también tuvo su modo de ver, y la entidad acogió ese punto de vista, pero en lo que respecta a las explicaciones que dio el contratista y sobre la devolución que se pretendió y por algunos aspectos que justificó el contratista, tampoco la entidad tuvo el interés de acogerlos, es decir tomó partido el interventor de la entidad y la entidad del interventor, pero de ninguna manera abrió posibilidades para que el contratista llegara a alguna solución en algunos puntos que estaban inconsistentes.

Entonces qué pasó, además de que existió prorroga en el plazo contractual Suramericana expidió unas renovaciones de pólizas que quisieron dar soporte a la situación y lo que se verificó también que no contó con la servidumbre, el contratista, esto serían obligaciones a cargo de la entidad, en este caso la Gobernación de Bolívar y que tampoco existieron análisis al respecto porque obvio es decirlo, también existieron unas divergencias técnicas que hicieron que el plazo del contrato tuviera unas reconsideraciones y eso no solamente desde el punto de vista del plazo contractual sino también desde el punto de vista económico y existió también una trazabilidad en las salvedades y en las observaciones que se hicieron de todos los jugadores, tanto de la interventoría, como la entidad y obvio decirlo, también del contratista pero en esto también uno encuentra una concurrencia de culpas, no se puede decir que es que al contratista se le puede echar todo el costal encima, porque aquí también la entidad tuvo unas falencias que, como lo dijimos en algún punto también fallaron en la planeación del contrato, en el subsiste también obviamente como todas la divergencias que existe toda la problemática que existe en la contratación estatal.

El Consejo de Estado ha dirimido este tipo de circunstancias, dónde inclusive, ha llegado a declarar la nulidad del contrato estatal y por responsabilidad integral, no solamente del contratista sino también de la entidad, en esta concurrencia de culpas a la que he hecho referencia, entonces sabemos que el principio de planeación, ha tenido un desarrollo legal, incluso con mayor rigurosidad en los últimos decretos en la cual obliga a la entidad a evitar ese tipo de tropiezo en los diseños y a evitar ese tipo de tropiezos para la ejecución del contrato, es un pecado que la Gobernación de Bolívar, también tuvo en su momento, al no planear el contrato en debida forma y que por ello también se





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

encontraron algunos incidentes o errores, podemos llamarlos que fueron contractuales, que tuvieron su génesis o tuvieron su causa eficiente desde la propia concepción del contrato, entonces por ello la realidad del desarrollo contractual se vio con una situación en la cual, se tuvo diferentes jugadores, incluso con diferentes gobernadores, en este caso nos encontramos con una nueva administración que obviamente ni más faltaba, tuvo que tomar esta situación como venía, anómala, y tomar decisiones de fondo que esperamos, no resulten más gravosas para la propia Gobernación, porque lo que si está cierto acá, es que adicional de lo que ya he dicho acá, en muchas oportunidades el contratista y lo puede demostrar o de hecho hay documentación que lo soporta manifestó muchas irregularidades desde la propia entidad que suscribieron multitudes, de no sé cuántas, la verdad me queda difícil saber el alcance técnico pero existieron múltiples actos y hechos que además en concurso con el interventor establece aquí una conducta en la cual, todos se involucraron en la debida ejecución del contrato.

Y es así, como también nosotros, en ese sentido coadyuvamos la presentación que, hace el contratista de sus argumentos, entonces en otro aspecto que nosotros presentamos en nuestros argumentos de defensa, en la que nosotros alegamos también, para el debido análisis de la conducta del contratista. Vemos, que la entidad pasó por alto algunos aspectos que, también era justificables tener atención por parte de la entidad, al momento de tomar la decisión y es el hecho de no haber aplicado el literal c), del artículo 86 de la ley 1474 y el inciso segundo del numeral 1° del artículo 3° del CPCA., ni el artículo 50 de esta misma normatividad, y en qué concluye eso, en que hay una falsa motivación también en la resolución que aquí atacamos, porque los cargos que han sido imputados en la audiencia, así como respecto de lo que fue el desarrollo de las diligencias, habla de un supuesto incumplimiento y de un supuesto mal manejo del anticipo. Lo hemos dicho ya, a lo largo de mi intervención y en de las varias que he tenido este ejercicio de contradicción, tiene como fin fundamental que, la entidad al momento de tomar las decisiones, lo haga en el estricto derecho y obviamente con fundamento en los hechos, pero vemos que desde el propio informe de interventoría, las conclusiones que se dieron por el ingeniero James Martínez, fueron o se hicieron sobre la base de una responsabilidad objetiva y así lo dije en su momento, incluso eso se alcanzo a subsanar porque prácticamente el ingeniero James Martínez.

(Interrupción de la comunicación)

(Retoma) En su momento, en los alegatos que presenté ante la entidad, yo hice hincapié en la violación del debido proceso, por la declaración de incumplimiento, con base en el principio de responsabilidad objetiva, falta de aplicación del literal c), del artículo 86 de la ley 1474 y el inciso segundo del numeral 1° del artículo 3° del CPCA., ni el artículo 50 de esta misma normatividad, ¿por qué? porque es que resulta que, la entidad cuando



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

inició este proceso administrativo sancionatorio lo hizo, sobre unos cargos que fueron imputados por el ingeniero James Martínez, en los cuales presentó unas conclusiones que, palabras más, palabras menos, resulta como un prejuicio, es decir prácticamente concluyó que, el contrato ya estaba incumplido y en su momento las discusiones que tuvo ante la entidad, de una u otra manera eso se trato de enderezar por el ingeniero James Martínez pero lo cierto es que en el informe que da el de interventoría dice lo siguiente: Electroenergizar Ltda., no terminó las obras, dentro del periodo contractual, llegando solamente a un avance de ejecución de 32,78%, sin causa justificada y así lo sustenta y luego en un numeral 5, dice: la administración de la Gobernación de Bolívar, debe dar inicio a la actuación administrativa correspondiente, para determinar la configuración de un incumplimiento contractual por parte de Electroenergizar Ltda., y aplicar la cláusula penal pecuniaria en los términos de la cláusula decima del contrato de obra 2427 del 7 de julio de 2015, así como hacer efectiva la garantía única de cumplimiento.

¿Qué pasa?, aquí llegamos a unas conclusiones que, prácticamente hacen que la actuación administrativa como tal, como se llevó a cabo, no la hacen sobre la base, de un prejuizgamiento para imponer una sanción contractual, consistente en una clausula penal y hace entender prácticamente que desde una óptica eminentemente técnica ya tenía que imponerse la sanción, entonces lo hizo, que a su modo obviamente diríamos que en gracia de discusión, lo hace con celo en el cumplimiento de sus obligaciones, pero lo que sí es cierto, es que ese celo, tampoco puede ser ciego. No puede actuarse pues, de manera encegueda al momento de tomar la decisión y decir a tabla rasa que, en todo lo que él dijo, es la única prueba válida para poder emitir una decisión administrativa.

Y precisamente porque lo dije en su momento y lo recalco, el Consejo de Estado ha dicho que no se puede tener como única base de la imposición de una sanción, lo dicho o lo escrito por el interventor en su informe, precisamente lo dijo en una sentencia que lo cité en mis cargos que, es la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C., sentencia del 29 de agosto de 2012, expediente 28430 que dice lo siguiente: Además, si la bitácora de obra o las comunicaciones que la interventoría afirma, que le envió el contratista, estuvieran demostradas, en todo caso no serían suficientes para satisfacer el debido proceso del artículo 29, aún así, se habría omitido exhortarlo a defenderse en un término señalado, para que expresara su posición, es decir no se sabría si realizó gestiones o trabajos para resolver el problema y en caso positivo si cumplieron o no el efecto deseado y allí que una comunicación dando cuenta de un problema de esa índole, no significa por sí mismo el incumplimiento de obligaciones contractuales.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

De igual manera lo sostiene el Consejo de Estado, en dicha sentencia que me permito recalcar así: 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 interventoría la del 24 de marzo de 1995 donde señaló que el contratista incumplió con el plazo de entrega y la calidad en el trabajo.

Que ha dicho el Consejo de Estado al respecto, es que el informe de interventoría no es la última verdad, no es la única base para tomar una decisión administrativa, debe cotejarse también obviamente con la información dada por el contratista y de esa manera cumplir con el sentido o el espíritu de la ley y de esa manera poder tomar decisión de una situación administrativa con estricto juicio.

Entonces, al respecto no me queda más que, recalcar que en este caso las pruebas no tuvieron la debida controversia, al momento de tomar una decisión, porque esas pruebas desde el componente técnico y financiero tal como lo mostro el interventor no son tan ciertas y por ello el contratista se tomó la tarea de poder dar las explicaciones del caso.

En otro punto, el contratista presenta o alega la excepción de contrato no cumplido, tal como lo advertí en su momento, en efecto la entidad tuvo sus pecados, es decir, también incumplió asuntos contractuales que, eran una premisa necesaria en la debida ejecución del contrato y que de esa manera el contratista pudiera activar muchas de las actividades que en ultimas la entidad toma como presunto incumplimiento, entonces esto tiene unas condiciones que el propio Consejo de Estado, ha dado para poder determinar cuando existe una excepción de contrato no cumplido y en eso hay una sentencia que he tenido como carta de navegación que, dice en lo que se debe determinar en las entidades cuando existe una excepción de contrato no cumplido y el propio Consejo de Estado, cita en una línea jurisprudencial que tiene desde la sentencia dada por la doctora Margarita Giraldo Gómez de 13 de septiembre de 2001, es prácticamente una sentencia que, desde todo punto de vista, ha servido de referente para los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado y solo en los puntos que se cita que para exista se determine la excepción del contrato no cumplido y es que exista un contrato sinalagmático, que el no cumplimiento sea cierto y real de obligaciones a cargo de las dos partes contratantes, que el incumplimiento de la administración sea grave y determinante de gran significación, de que quién invoca la excepción, no haya tenido a cargo el incumplimiento de una prestación que, debe ejecutarse primero en el tiempo y como último elemento en 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 o de que se cumplan,





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

“Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020.”

los supuestos previstos en defecto, al incumplimiento del contratista, en el supuesto del ejercicio de uno de esos poderes.

Entonces ha sido suficientemente justificado por parte del contratista, en este caso en particular, en este caso en concreto, estos puntos hacen inferir que, la entidad también tuvo unas actividades que estaban a su cargo y que no fueron debidamente adelantadas, que lo que hace que esta teoría sea aplicable, en el caso que nos ocupa, de otro punto ya al final hay una omisión en la fase final propuesta y en consecuencia el incremento doloso.

Este año que, el contratista también hizo lo que estaba a su alcance para poder lograr una liquidación del contrato de común acuerdo y en esto no solamente puso su tarea el representante legal sino un área técnica que, incluso tuvo un desarrollo frente a la entidad en la cual se desarrolló, digamos que en buenos oficios, la necesidad de poder darle terminación de común acuerdo sin necesidad de acudir a un conciliador, para buscar ese arreglo directo que trata la cláusula vigésima del contrato.

Ahora quiero hacer otras menciones muy importantes respecto al aseguramiento que ha sido otorgado por parte de Seguros Generales Suramericana, nosotros en nuestros alegatos, que espero que los tengan en cuenta, como dije en un principio, dado las acotaciones anómalas que hemos encontrado, pues yo le he dado alcance verbal y lo haré también en un escrito, pero en su extenso lo he dado de manera verbal porque, en últimas estas audiencias ante todo son orales.

Yo, tengo un punto muy importante aquí, para llamar la atención de la entidad, es la violación del principio de nulidad al no tramitar las recusaciones de acuerdo con lo ordenado en el fallo judicial que se tiene también en la tutela, porque lo que encontramos aquí es que el artículo 29 de la constitución política incluye como núcleo esencial el debido proceso y que se cumpla con unos principios de legalidad y esto también lo ha dicho la corte constitucional en algunos fallos, en los cuales se establece que debe darse el trámite que la ley determina, como norma al poder público a que la entidad acuda al ejercicio de esa función pública que comprende, no solamente lograr con arreglo de constitución a la ley y a los reglamentos, si no también al acatamiento de las ordenes que imparten los jueces de la república.

Por tal causa, cuando un funcionario desconozca, ante una actuación administrativa una sentencia judicial que lo obliga ahora en determinado sentido, sino la acata, en definitiva está obrando en violación al principio de legalidad y es que en este asunto que nosotros debatimos acá, hay de por medio un asunto de recusación que, yo lo dije en su momento también y eso sí ya estaba el Doctor Wadi Romano, que si bien es cierto, hay una inconformidad con la recusación por parte de la entidad en la cual está el abogado





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

“Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020.”

Rosales y la doctora Verónica, también es cierto que esta decisión que tomó la Secretaria de Minas y Energía, no era la única verdad porque lo cierto que esta decisión se debió haber tomado con un acto administrativo motivado que debió haberse dado por parte del Gobernador y eso no se acató de acuerdo al artículo 11 de la ley 1437 de 2011, la entidad no acató tampoco lo resuelto por un juez de tutela en el sentido de suspender algunas actuaciones, bueno en gracia de discusión, digamos entonces que sí que directamente los funcionarios lo negaron, pero si nos tomamos esa teoría que ellos, no eran funcionarios públicos, pues con más razón entonces si era la funcionaria pública la que decidía y si lo hacía entonces la funcionaria pública lo tenía que hacer con un acto administrativo motivado, asunto que no ocurrió así, porque que al modo de ver de la Secretaria de Minas y Energía, lo hizo bajo el supuesto del artículo 86 de la ley 1474, que pena tener que volver a hacer referencia a esta anomalía, pero es que eso constituye también un defecto del acto administrativo que también se profirió.

¿Por qué constituye un defecto? porque es que, en gracia de discusión, vuelvo y lo digo, es que la doctora Verónica y el doctor Rosales, no sean funcionarios públicos, y que se haya tenido que pronunciar la que sí es funcionaria pública, que en este caso sería la doctora Ethel o en su defecto el doctor Romano o quien hace sus veces, esa decisión no se podía haber tomado bajo el supuesto de una audiencia que está diseñada como está prevista en la ley en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, no se podía hacer bajo el supuesto de un proceso administrativo sancionatorio contractual y lo debió hacer como lo establece el código de procedimiento administrativo que en este caso la ley 1474 de 2011 en su artículo 11 y 12, establece que esto es un incidente y como incidente que es, es un timing que paralelo a la actuación administrativa sancionatoria contractual y que necesita de un acto administrativo motivado que no es el del artículo 86, si no de un artículo diferente, pues bueno es una actuación administrativa diferente y que en este sentido la entidad también paso por alto.

Yo, quiero hacer una advertencia, que en un asunto similar que, yo tuve con la Alcaldía del municipio de Providencia de San Andrés, en la cual el alcalde se le hicieron estos mismos alegatos, que debía dar el trámite al artículo 11 y 12 de la ley 1437 de 2011, asunto que también el señor desconoció porque a su modo de ver y entender lo podía tomar en la misma actuación administrativa del proceso administrativo sancionatorio contractual. Al respecto le digo doctor y con mucho gusto les puedo hacer llegar el trámite de demanda que llevo ante el tribunal administrativo de San Andrés en los cuales presenté, como suspensión provisional, ante el magistrado el hecho de no haber dado observación al artículo 11 y 12 dentro del trámite administrativo del incidente de recusación y lo advierto, ha sido de los pocos caso que me he ganado en el Tribunal, en





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

la cual el Tribunal acoge mi tesis y dijo que, efectivamente está obligado el alcalde municipal de Providencia a haber dado el artículo 11 y 12 y haber proferido el acto administrativo motivado y que en caso de no tener superior jerárquico, debió haberse enviado por el Gobernador o en su defecto la procuradora Regional de San Andrés. No lo acató el señor Alcalde y sí me dio la razón el tribunal, es decir que, efectivamente había un defecto y una violación a la constitución y como acto administrativo o como medida cautelar que suspendió el acto y se interpuso recurso de apelación por el municipio que fue al Consejo de Estado y el Consejo de Estado acogió lo dicho por el tribunal y eso en caso particular que he vivido yo tanto del Tribunal, como del Consejo de Estado, validaron la suspensión provisional de esta decisión al no haber acogido el artículo 11 y el artículo 12 del CEPACA ley 1437 de 2011.

Si quieren, con mucho gusto les doy la radicación de proceso que yo llevo, en lo cual ocurrió un caso similar, en el cual se suspendieron los actos y esto resulta con algo lesivo para la entidad porque después, no tuvo como justificar ya la entidad que, le parecía que debió haberse tomado esa decisión con el artículo de ley 1474, es más yo se lo puedo enviar con muchísimo gusto, como prueba que yo soy el apoderado actuante de la aseguradora, perdón en este caso no es aseguradora, este caso lo llevo es con un consorcio que se llama INTERLOMAS, si quieren con mucho gusto, les doy referencia y las decisiones que tomó tanto el Tribunal, como el Consejo de Estado, acogiendo lo que yo presenté y en la cual tengo para enmarcar esa decisión y me acogieron esa suspensión provisional.

Pues, en este caso, vuelvo a lo mismo doctor, es un caso que se le debió haber dado trámite al artículo 11 y 12 de la ley 1437 de 2011 y que pasó por alto la entidad, bajo el supuesto de que lo hace con el artículo 86 de la ley 1474, en un procedimiento que, está llamado solamente para imponer sanciones al contratista, pero no para poder determinar un incidente y decidir un incidente de nulidad y en este caso es un incidente que, es de recusación, que invalida las decisiones y mucho menos con menor razón doctor Romano, quiero ser hincapié cuando en su listado de competencias no aparece decidir tramites de incidentes de recusación, porque eso no tiene competencia para usted decidir tramites de recusación, es un asunto que lo advierto de manera preliminar, bueno ya no tan preliminar, prácticamente final cuando ya no puedo volver a hablar más con ustedes, en este preciso instante en el cual solo puedo decir Doctor Romano con el respeto que usted se merece no tiene competencia para, decidir incidentes de recusación y mucho menos bajo el supuesto de un trámite administrativo sancionatorio contractual, esa es una decisión que, si es bien es cierto usted la tomó, la debe hacer con un trámite administrativo motivado y que si bien es cierto no tiene recurso, de todas maneras si no se negaba, si se negaba dicha recusación por la propia funcionaria como





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

fue este caso, se debió haber tomado la decisión, con un acto administrativo motivado que, debió haberse notificado a las partes, asunto que, no ocurrió en el presente caso y por tanto es un asunto que, yo vuelvo y traigo a coalición en mi recurso de reposición porque, en definitiva es una violación gravísima y de la cual ya tengo antecedentes que me dan la razón, en los cuales ocurrió precisamente lo mismo y el Tribunal y el Consejo de Estado me ha dado la razón y en causa propia.

En otro capítulo presento yo, como recurso, la falta de motivación para descartar el cargo de violación de los principios de buena fe contractual y de confianza legítima, comienzo por decir que la resolución N° 95 del 5 de marzo de 2020, debe ser revocada porque carece de motivación en cuanto omitió el estudio del cargo relacionado con la violación de los principios de la buena fe contractual y de la confianza legítima y las pruebas sobrantes en el expediente que corrobora tal anomalía.

Recordemos los hechos que constituyen esas faltas de buena fe contractual de la entidad y de quebrantamiento de la confianza legítima de la administración, en el caso presente, de las cuales yo sustento este recurso.

Es que las pruebas que sustentan esta presente actuación administrativa, fueron omitidas y por eso lo reprochamos, en primer lugar, tenemos que, la entidad tuvo desde la adjudicación del contrato una mora en la entrega de los diseños y posteriormente como si fuera poco también tuvo mora en la constitución de servidumbre, situación que persistió a lo largo de la ejecución del contrato, una situación que fue una desventaja para el contratista en la normal ejecución de las actividades, acudiendo incluso a la realización de cálculo y diseños para la debida realización de la obra, que sin lugar a dudas no hace parte de obligaciones contractuales a cargo de ELECTROENERGIZAR, prueba de ello son las actas en las que constan las correspondientes fechas de entrega de los citados documentos, así como los nuevos planos y los cálculos aportados por el contratista.

En segundo lugar, es evidente que a lo largo de la ejecución del contrato de obra 2427 del 17 de julio de 2015, se presentó una grave alteración de la ecuación contractual que fue totalmente desconocida por la Secretaria de Minas y Energía de la Gobernación de Bolívar, al momento de proferir el acto administrativo que aquí impugnamos, las pruebas de ellos obran en el expediente.

En tercer término, es notorio la falta de trámite de gestión en este caso la entidad ante el operador de las redes que generó un grave atraso en la ejecución del contrato y que por ende la entidad o el interventor requirieron en su momento un ajuste de actividades adelantadas por el contratista, ello también está plenamente acreditado en la



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

documentación allegada en la actuación administrativa, así como la trazabilidad que tuvo el contrato.

Y agrego finalmente, el hecho que la Secretaría de Minas y Energía de la Gobernación de Bolívar realizó toda clase de actos presuntamente, digamos que ambiguos, no son poco claros en el manejo que se tuvo con la participación del sub contratista en la ejecución de las obras, objeto del contrato 2427 que aquí nos ocupa y sobre todo respecto a los pagos que realizaron a esa compañía por la entidad con plena autorización del interventor, pero que ahora no ha sido llamado y nunca ha sido llamado a responder.

Eso resulta una irregularidad que eventualmente o presuntamente podría dar lugar a una investigación disciplinaria porque no entendemos como la entidad autoriza pagos a un tercero, que entre otras cosas tampoco es afianzado en este caso de Seguros Generales SURAMERICANA S.A y eso ha sido demostrado con una trazabilidad que presentó el contratista y que pareciera que yo estuviera aquí repitiendo lo mismo, pero en sí lo que ocurre es que, eso viola el legítimo obrar de la entidad, es una violación al principio de la buena fe contractual y la confianza legítima que, en eso es que esta mi aparte, en mi capítulo, porque no es posible que existan unos pagos que se han realizado por esa entidad a un tercero que no hace parte de la adjudicación ni de la trazabilidad contractual, es un tercero desconocido para nosotros como aseguradora porque jamás le trasladamos riesgos a alguien distinto a ELECTROENERGIZAR, y es que precisamente esas sumas que pagaron hacen parte de un anticipo y por este aspecto la entidad dejó que las cosas pasaran como pasaron, sin mover un dedo, sin decir nada, sin esclarecer las cuentas que venían acá a darse y si viene ahora a ver un proceso administrativo sancionatorio que dio con una imposición de una sanción en las cuales la entidad propiamente sin unos recursos que no hacen parte del aseguramiento en este caso SEGUROS SURAMERICANA S.A.

Así las cosas, resulta perfectamente claro que, esta resolución, la 95 del 5 de marzo de 2020, fue expedida con violación del principio de legalidad de los actos administrativos, en lo que tiene que ver con la necesidad de motivar como lo dispone el artículo 29 de la constitución política. El estudio de los hechos que, verdaderamente constituyeron una mala fe contractual y lo digo con claridad por parte de la entidad, al permitir un tercer jugador que, no hace parte del contrato ni hizo parte de un concurso, ni hizo parte de un oferente, ni fue adjudicado como contrato, asunto que viola una confianza legítima que esta puesta sobre la entidad en relación a la ejecución de ese contrato de obre 2427 del 15 de julio de 2015. Así como las pruebas que obran en el expediente demuestran lo



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

“Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020.”

que aquí estoy diciendo yo pues porque obviamente no lo estoy diciendo sobre un asunto especulativo sino con un asunto que está plenamente probado.

Por otra parte y ya terminar mi ponencia, en el recurso de reposición que aquí hago extensa exposición y que espero que, tome nota el doctor Romano, en los asuntos que resultan importantes, sobre todo para determinar una irregularidad, no solamente contractual, sino también en esta actuación administrativa y es el hecho de que existen a nuestro modo de ver una mala apreciación del aseguramiento que se ha dado por parte de Seguros Generales SURAMERICAS S.A y es que esta póliza no comprende asuntos que en este caso el asegurado incurrió como falta de cumplimiento de las obligaciones como asegurada que es.

Yo les traje a colación, unas sentencias en las cuales también la entidad, sale al paso para decir que, la entidad no incurrió en ninguna falta, que obvio es decir va a tomar partido para no decir que cometió su propio error, pero lo que sí debo decir el día de hoy, con sentencia del Consejo de Estado en mano, es que la entidad, pretende afectar una póliza en la cual, la propia entidad le dio extensional el riesgo y quiero enviarles una sentencia del Consejo de Estado, en la cual se sustenta esta parte final de mi presentación.

Yo con mucho gusto se las envío doctora Verónica, doctor Romano, es la sentencia del Consejo de Estado, sala de la Contencioso administrativo, Sección Tercera, Subsección A, consejera ponente MARIA ADRIANA MARIN y porque la escogí, porque es la relativamente más reciente del 16 de mayo de 2019, porque al respecto también existe una línea jurisprudencial, esta sentencia en la cual LIBERTY SEGUROS y el demandado es el departamento de Casanare y en acción de controversia contractuales que inició la aseguradora, en este caso contra la entidad que, en cierta manera incurrió en falencias también al momento de girar recursos al contratista y después le quitaron la sanción administrativa en la cual impuso una sanción pecuniaria no solamente contra el contratista sino que además declaro la ocurrencia al siniestro en una póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales. Y es que, en lo que aquí analiza el Consejo de Estado, en esta sentencia que les menciono, es que de oficio el propio Consejo de Estado, declaró la nulidad de los actos administrativos, al haberse violentado los derechos de la aseguradora, al tener razón, en lo que se presentó como una ilegitimidad de la decisión.

Y quiero leerles unos apartes importantes de esta sentencia que, yo se las voy a enviar al igual que los otros documentos, que ya les he hecho mención, en lo cual dice lo siguiente el Consejo de Estado: Es pertinente recalcar que, en el seguro de cumplimiento





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

constituido para garantizar el contrato estatal y bajo dimensión del artículo 1037 del código de comercio obra como parte el asegurador vale decir la compañía de seguro que expide la respectiva póliza y que asume la obligación de cubrir el riesgo amparado con la misma y el tomado en este caso el contratista del estado que, celebre contrato de seguro con la aseguradora pero no es el titular de interés asegurable sino que, toma el seguro a favor de un tercero que, es precisamente la entidad pública.

Adicionalmente toda vez que el contratista tomador solicita la constitución de la garantía a favor de la entidad estatal contratante, así termine la relación negociar de la garantía única como sujeto asegurada y beneficiaria del seguro, por ser la titular del interés patrimonial cubierto con el seguro.

Así entonces, como lo explica la doctrina el seguro de cumplimiento existe como seguro patrimonial de daños, como interés asegurable, es que el acreedor en una relación contractual (el estado contratante) sea indemnizado en caso de incumplimiento del deudor (particular contratista) previamente identificación de las partes resulta de particular relevancia con el examen del presente caso dada la necesidad de establecer con claridad que con el contrato de seguro de cumplimiento de contrato estatales, es decir en la garantía única el riesgo que se cubre es aquel originado en el cumplimiento del contratista tomador, que es el llamado por ende a constituir la debida garantía, pero precisamente para avalar o afianzar sus obligaciones contractuales adquiridas con el estado, en esa medida si por el contrario el estado quien por su propio incumplimiento da lugar a la concreción de un riesgo patrimonial en su contra, la garantía del contrato respectivo no le puede ser exigible a la aseguradora puesto que la lesión patrimonial no se produjo en condiciones previstas en la póliza sino que fue provocada por la conducta del arbitrio del asegurador afectado, de conformidad con el artículo 1065 del código de comercio, el dolo, la culpa grave y lo actos meramente potestativo del tomador asegurado o beneficiario son inasegurables y cualquier estipulación en contrario no produce efecto alguno y es tener en cuenta variadas excepciones respecto el tomador con algunas tipologías del seguro como en el seguro de daños y dentro de esta categoría en el seguro de cumplimiento de contratos estatales en los cuales la garantía procede por la concreción del riesgo provocado por el contratista incumplido al margen de que esta halla obrado o no con culpa, dado que así se desprende de la naturaleza y los fines legales previstos para estas clases de garantías, sin embargo la regla en mención se mantiene en Colombia, frente al asegurado en el marco de la contratación pública, pues siendo el estado asegurado un sujeto distinto del tomador su conducta viciada, con dolo culpa grave con sus actos meramente potestativos determinantes en la provocación del siniestro no pueden ser cobijados por el seguro pues ello contestaría un inadmisibles abuso del derecho de la administración y atentaría con el principio de la buena fe, el cual





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

como lo establece el artículo 86 de la constitución política debe regir todas las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares.

Bajo esta línea, la doctrina expone que, además de las obligaciones pactadas por las partes en el contrato del seguro, los sujetos de la relación aseguraticia, incluyendo al asegurado no tomador, están llamados a cumplir unas cargas o deberes de conductas, establecidos por la ley y en el contrato llevado desde el principio de la buena fe, siempre orientados a facilitar o garantizar la obtención de la ventaja que pretende obtener a través del seguro, en esa medida la carga opera a favor de quien deba cumplirla a diferencia de la obligación que graba al deudor a favor del acreedor y su observancia no tiene incidencia directa en la concreción del riesgo y en la posibilidad de obtener por su ocurrencia la respectiva indemnización.

En torno a este punto, explica el tratadista Carlos Jaramillo Jaramillo: las partes deben observar mientras dura el contrato de seguro diversas conductas en gran medida orientadas a preservar prevalentemente el estado de cosas pre existentes desde el momento de su celebración y también el equilibrio del contrato y que se podría ver profundamente alterado y a veces, dislocado si ellas no se verifican, por lo demás en forma oportuna. Por eso la doctrina se ve en la obligación o deberes precontractuales y contractuales y más concretamente pre siniéstrales o post-siniéstrales, de su cumplimiento dependerá en buena parte la satisfacción interés público que tratándose del tomador asegurado va a contratar y de paso auto limitarse. En la obligación el deber de prestación es impuesto en beneficio en interés del titular del crédito, interés tutelado es un bien ajeno ese, en cambio la carga del comportamiento es impuesto en beneficio del agravado con ella, pues es a él en forma preponderante a quien perjudica en incumplimiento de la carga y quien lógica y correlativamente beneficia su cumplimiento y observancia, el gravado con la carga por tanto es libre de si la ejecuta o no, solo que de no hacerlo se seguirán para el consecuencias adversas pues finalmente podrá hasta ser privado del beneficio deseado total o parcialmente, efecto que en el seguro cada vez más a menudo equivale a la indemnización o prestación a cargo de la aseguradora, la noción de carga se encuentra íntimamente ligada a su funcionamiento en el plan operativo indudablemente al grado de incidencia que su cumplimiento tenga en relación efecto jurídico perseguido por el grabado, de esta forma algunos estiman que la carga opera a título de presupuesto para obtener determinada ventaja mientras que otros la conciben no como presupuesto de existencia sino como presupuesto del ejercicio de un derecho ya formado, pero en todo caso como presupuesto que de manera indefectible debe ser observado principalmente en interés de quien debe llevar a cabo la conducta o comportamiento".





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

“Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020.”

Respecto dice el Consejo de Estado que, las cargas que las partes asumen en el contrato de seguro deban ser de variada índole, dependiendo la naturaleza del riesgo y del interés que cubre con la póliza y suelen estar previstas en la ley o en el contrato. Todas estas tienen como finalidad fijar y mantener un determinado estado del riesgo, aminorarlo e inclusive impedir su materialización. Precisamente una de las cargas que, el seguro de cumplimiento debe imponer al asegurado, es la de procurar evitar la ocurrencia del siniestro, lo cual para la doctrina, no riñe con el derecho general, ni con el derecho de seguros, ni puede soslayarse al pretexto de que el contrato de seguro solo existe para dejar indemne a quien ha sufrido un perjuicio por el siniestro asegurado y no para impedir en forma plena y a todo trance el riesgo amparado llega a concretarse.

Por el contrario, el deber de evitar el desgaño o del siniestro en el caso de los seguros asociado a la obligación de mitigarlo, a cobrado cada vez más preponderancia en el derecho contemporáneo con fundamento en ello destaca el profesor Jaramillo “no en vano en el marco de la responsabilidad civil o al derecho de daños cada vez más se alude la existencia soslayable de un deber, no solo de mitigar daños de por si relevantes sino de evitarlos por ello ahora se aboga por su evitación racional al amparo del principio solar de la buena fe, acerca del cual, la corte constitucional Colombiana subrayando su significado actual expresó que, debe considerársele un postulado constitucional, lo que dice la sentencia en esta obligación de la gobernación. Qué dice el Consejo de Estado, al lado de la buena fe según el referido autor, el postulado de la solidaridad también previsto en la constitución política sirve, de base para esclarecer y concluir que, a la luz del derecho actual no resulta admisible una conducta pasiva, omisiva y mucho menos permisiva del asegurado de quien se espera que obre con el propósito de evitar la concreción del riesgo obviamente en condiciones de racionalidad dado que el hecho de que pague o un tercero sufrague en su favor una prima de seguro no lo habilita per se para que se desentienda de su materialización, como si fuera necesario para justificar su pago en advenimiento del referido siniestro.

La buena fe y solidaridad entonces y de conformidad jurisprudencia a la Corte Suprema de Justicia, se contraponen a la eventual pasividad del asegurado, la cual no es propia de quien hace parte de una relación negociable, menos aún, cuando tal relación gravita de un deber correlativo de colaboración y un criterio de reciprocidad referido a la buena fe objetiva. Sobre los deberes de las partes también ha destacado la corte entre la declaración del estado del riesgo artículo 1058 del código de comercio y la conservación del estado de riesgo artículo 1060 ibidem, existen sustanciales diferencias, en tanto la declaración del riesgo es un deber contractual, la concertación del riesgo se impone como tal durante la vigencia del contrato del seguro por lo demás la declaración incumbe



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

al tomador, mientras que la conservación corresponde al asegurado o al tomador sea según este o aquel quien cuente con la posibilidad de cumplir con el deber, la declaración es un deber de información y la conservación del nivel de conducta, el incumplimiento del deber de informar verazmente general incumplimiento de contrato o reducción de la prestación asegurada y el incumplimiento del deber de conservar el estado de riesgo da lugar a la terminación del contrato, la carga de mantener el estado de riesgo tiene el confesado propósito de preservar durante la ejecución del contrato mismo las condiciones esenciales que condujeron a que ese sentimiento fuera expreso y por lo tanto la contratación del seguro.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, también ha enfatizado en la conducta de las partes frente al contrato, categoría en la cual se incluyen el contrato de seguro y la necesidad de que las mismas honren sus compromisos y obligaciones so pena que, su inobservancia les impida reclamar por incumplimiento su contraparte así en torno a este punto y aplicada la sección de contrato no cumplido precisa en el artículo 1609 del código civil se ha dicho cuando las partes vinculadas a un contrato bilateral las que incumplen, es decir la imputabilidad negócials de ambos no se puede obligar a que se imponga la sanción pecuniaria que emana de la indemnización de perjuicios, la excepción de contrato no cumplido debe ser entendida como un recurso dilatorio y temporal que impide frente al incumplimiento de reciprocas obligaciones, las consecuencias sustanciales del negocio y en su producción prestacional, sin embargo en observancias de un contratante de un deber que es primero en el tiempo, no le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento puesto que su conducta la rechaza por ser contrario a la buena fides y solvento. En cuanto los presupuestos de la excepción de contratos no cumplidos y su directa relación con el principio de la buena fe esta corporación han señalado para que la referida sección de contrato no cumplido tenga cabida en el ámbito de la contratación estatal, la jurisprudencia ha sostenido que, no basta con que se registre un incumplimiento cualquiera, por de parte de la administración, para que su contratista se encuentre excusado de cumplir con sus deberes jurídicos, debe tratarse de inobservancia de tal importancia que sus obligaciones contractuales por parte de la entidad que realmente atenten contra los principios generales que informan la contratación administrativa con el de la buena fe o el de justicia que impiden entender que el contratista a toda costa debe a pesar de tal modo proceder de la administración honrar sus propios compromisos contractuales.

Ahora en el hecho de inobservancia en las cargas que le corresponden a las partes especialmente al asegurado acarrea determinadas consecuencias jurídicas que pueden estar también previstas en la ley o en el contrato, cuando es el acuerdo de voluntades el que establece tales cargas y sus respectivas, las cláusulas que así lo establecen van



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

generalmente pactadas con exclusiones es decir causales que dan lugar a la pérdida del derecho a la cobertura y a cuyo supuesto deben ser aprobados por el asegurador, aunque en todo caso se trata de exclusiones que en múltiples casos envuelven o entrañan determinadas cargas para el asegurado, al respecto refiere la doctrina: Es una carga que naturalmente corresponde a la aseguradora, pero no se limita a las discusiones pactadas convencionalmente dentro de la identificación del riesgo que se hace la póliza de seguro. El artículo 1077 del código de comercio se refiere a los hechos o circunstancias que excluyen la responsabilidad de la aseguradora en ese orden de ideas los hechos o circunstancias pueden referirse a la presencia de verdaderas exclusiones de la cobertura. Pactadas convencionalmente en el contrato, pero en general a todas las excepciones que son oponibles por el asegurador a la acción del beneficio del seguro.

La jurisprudencia del Concejo de Estado, también se ha referido a ese aspecto de garantía única, es decir, la prueba de las exclusiones algunas contentivas de cargas del asegurado en los siguientes términos. Para llevar adelante de la pretensión de la liberación de responsabilidad en materia de controversia frente a la decisión de hacer efectiva la garantía única de cumplimiento, la compañía de seguros tiene una doble carga probatoria, la carga de la prueba referida en el artículo 1077 del código de comercio consistente en, demostrar los hechos y circunstancias incluyentes de responsabilidad y dos también le corresponde probar las causales en que se apoya para lograr la anulación del acto administrativo en orden de destruir la presunción de legalidad sobre se descansa la declaratoria de caducidad del contrato, entonces doctor Wadi, en el caso concreto, lo que se encuentra es que, la entidad ha hecho mucho más gravosa la situación de la aseguradora, ha dejado transcurrir una cantidad de términos para poder aplicar una sanción y en este caso declarar la ocurrencia del siniestro.

Es un caso que, en definitiva la entidad como asegurada que es, no cumplió con las obligaciones, como asegurada que es, hizo más gravosa el siniestro, dejó que se extendiera la existencia del siniestro conforme a las normas citadas del código de comercio y se hace palpable esa situación con la existencia precisamente de una cantidad de circunstancias que se venían advertidas desde dos actuaciones administrativas que han sido previas, que eso nos sirve como muestra en la aseguradora en el hecho de probar que la Gobernación de Bolívar, incumplió sus obligaciones como asegurada de haber iniciado una actuación tajante clara y expresa contra el contratista, en este caso que es el afianzado y conforme a ello lo que ha hecho es que exista una extensión del riesgo, esto es una grave culpa en los términos previstos del artículo 63 del Código Civil, toda vez que, sin justificación jurídica y contractual alguna, agravó el riesgo del anticipo del contrato y facilitó la ocurrencia del siniestro en la manera que



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

había que operar, la consecuencia jurídica prevista no sólo el artículo 87 de la ley 1474 de 2011, sino también la que está prevista en el artículo 1055 del código de comercio, en donde establece que el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del asegurado son inasegurables.

En este caso la culpa de la asegurada, no resulta ser es un riesgo inasegurable, sino también basándonos en el artículo 871 de la misma normatividad y el 1603 del código civil aplicable al seguro cumplimiento, en este caso los contratos deben celebrarse de buena fe y obliga no solo lo que ellos expresan, sino lo que emana de su naturaleza, la ley aplicable, la costumbre o la equidad natural, resulta contrario a la buena fe contractual que, la administración departamental de Bolívar gestione la transferencia de los recursos públicos a una cuenta privada de un tercero en este caso a la cuenta de INGELET. Y además lo haga también de forma deliberada a un contratista que supuestamente había manifestado a la entidad que existía inconformidad en el cronograma y la actividad de obras.

Eso es una atentado contra el aseguramiento y del amparo que ha sido respectivo tanto para el requisito para el anticipo, como para el cumplimiento, que lejos de incumplir cualquier carga que le correspondía a la gobernación de bolívar y en este caso procurar impedir la materialización del riesgo estatal abonó para que se facilitara ampliamente la ocurrencia del siniestro razón por la cual, no le es dable, por el hecho de atribuirle a su culpa que pretenda hacer efectiva una póliza de incumplimiento que, ampara las eventuales contingencias que podían, presentarse que son contingencias que lo que buscan es que se ampare, un hecho pero que no es patrocinado por la Gobernación de Bolívar.

En este caso, el cumplimiento de estos hechos, son patrocinados por la Gobernación de Bolívar, en el hecho que se hace unos giros a terceros que no son contratistas afianzados y además dejar pasar un tiempo que casi raya con la restricción del seguro para determinar que hubo un incumplimiento contractual, cuando ya venía avizorado y por lo tanto la entidad tiene una culpa grave en la ocurrencia del siniestro por lo cual, no es solo inasegurable el siniestro si no que, además la aseguradora, no responde por esos hechos que son prácticamente consumados con la aquiescencia de la propia entidad, por tanto la resolución que se ataca y el acto administrativo que atacamos resulta completamente legítimo y por lo tanto debe revocarse. La afectación que se tiene, en la ocurrencia del siniestro y sobre todo en la responsabilidad de la aseguradora, toda vez que la primera incumpliente, conforme a lo que se dijo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido la propia entidad asegurada y sobre este punto de controversia tal como lo vislumbra la aseguradora, en su acto administrativo, no



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

solamente desconoce el principio de legalidad sino que además constituye una seria lesión contra la aseguradora que represento.

Entonces, en ese orden de ideas, solicito se tenga como prueba la sentencia que acabo de citar en la cual, claramente dice que la asegurada, en este caso no ha incurrido en culpa grave y no es destinataria de una indemnización como la que se nos presenta y por tanto enviare la sentencia del 16 de mayo de 2019 Sala de lo Contencioso Administrativo, Comisión Tercera y por tanto solicito comedidamente ante usted doctor Wadi Romano que, usted obviamente tiene el expediente a la mano y podrá vislumbrar a lo largo de esa actuación administrativa previa y a lo largo de la trazabilidad que se ha mencionado acá, de cuando se destinaron recurso a un subcontratista avalado por el interventor no sé por qué razón. Una vez más acudo ante este despacho que se revoque cualquier sanción administrativa contra la aseguradora dada las condiciones sobre las cuales la entidad fue omisiva de esta manera doy por terminada mi intervención.

El apoderado del contratista, solicita nuevamente el uso de la palabra y como garantía de los derechos fundamentales de contradicción y de defensa, se le concede:

Interviene al apoderado del contratista ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., doctor CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS GUZMÁN:

Retomando la intervención del suscrito, al comienzo de la presente diligencia virtual y así mismo todos y cada uno de los argumentos que expuso el abogado de la compañía aseguradora, antes de intervenir en la sustentación de su recurso de reposición, comedidamente me permito presentar una solicitud expresa de nulidad absoluta de la presente actuación, que se ha surtido desde el día 26 de abril de 2019, en atención a que la administración departamental no tiene, ni ha desarrollado en debida forma, las actas de cada una de las sesiones que han integrado la presente diligencia. Esa solicitud, se presentó, en forma expresa en la sesión del día 05 marzo del año 2020, por el suscrito apoderado de la empresa ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., y así también por el representante de la compañía aseguradora, derecho de petición que, en la modalidad de información debió haberse atendido antes de la presente diligencia. ¿Por qué razón? Porque, tener las actas debidamente expedidas, demandadas, constituye un necesario. Al no tenerlas, una violación al derecho del debido proceso, porque era urgentemente y necesarias para la sustentación de los recursos que, hoy en día se llevan a cabo, omitiendo flagrantemente la petición del 05 de marzo del año en curso.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Frente al derecho de petición, debe tenerse en cuenta que la ley 1755 del 30 de junio de 2015, en su artículo 14, establece los términos para resolver las diversas modalidades de petición. La solicitud que se planteó en fecha 05 marzo del año en curso, correspondía a una solicitud, en la modalidad de información, de acuerdo a lo cual, lo que debía hacer la administración era suministrar las copias de las actas que, debían haber tenido integralmente respecto de cada una de las sesiones que integraron la primera audiencia que hemos tenido y haberla suministrado a los peticionarios. Deben tener 50 actas, más o menos que, han sido las sesiones que hemos tenido. El numeral 1º establece que, las peticiones de documentos e información deben resolverse dentro los 10 días siguientes a su recepción, si no se da la información en ese lapso, se entenderá que la respectiva solicitud ha sido aceptada y por consiguiente la administración ya no podrá negarse a la entrega de esos documentos y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los 3 días siguientes. De acuerdo a esta normativa se tiene que los señalados 10 días siguientes cumplen el 19 de marzo, en consecuencia se tenía hasta el 25 de marzo para dar respuesta y entregar las copias solicitadas, fecha anterior a la presente diligencia, fecha que tenía que servir de insumo, para presentar los recursos, razón por la cual, al no tenerse actas de todas las sesiones, se genera una nulidad procedimental de la diligencia en su integralidad, porque debe tenerse en cuenta que la diligencia que estamos desarrollando inicio mediante un GOBOL de 26 de abril de 2019, de allí la siguientes sesiones mayo 13 de 2019, mayo 20 de 2019, mayo 22 de 2019, mayo 30 de 2019, junio 10 de 2019, junio 25 2019, agosto 5 de 2019, agosto 9 de 2019, agosto 12 de 2019, septiembre 16, al 20 de 2019 octubre 16, 21, 23 y 28 2019, diciembre 16 diciembre 26 diciembre 27 y diciembre 30 de 2019, enero 21 de 2020, febrero 7 de 2020, febrero 25 de 2020 y marzo 5 de 2020, entonces es inaceptable para la garantía al debido proceso de los convocados que, la administración publica halla omitido las constitución de las referidas actas, eso genera sin duda, una flagrante violación al derecho, en este caso del contratista, para el ejercicio de su defensa y su derecho de contradicción, en consecuencia, quiero dejare expreso el planteamiento de la presente nulidad.

Aunado a lo anterior, el señor apoderado de la compañía de seguros remitió al correo electrónico xxxxxxxx, documento contentivo de xx folios sin verificar, el cual hace parte integral del presente acto administrativo.

Que, el señor secretario, de acuerdo con sus facultades, suspende la diligencia y fija como fecha para su reanudación el día 13 de abril de 2020.

GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR

CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Que, a los trece (13) días del mes de abril de dos mil veinte (2020), se reanudó la diligencia, en los términos informados, dejándose de manera preliminar la siguiente constancia:

SOBRE LA COMPARECENCIA Y LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EMPLEADOS PARA EL DESARROLLO DE LA DILIGENCIA.

Se deja constancia que a través de la herramienta Microsoft Teams versión 1.3.00.362, se adelantará la diligencia. A los asistentes les han sido enviados los respectivos usuarios y contraseñas, para la conexión y le ingreso a la sala virtual de audiencias.

Por este medio concurre, JAMES MARTINEZ GALLEGO Representante Legal de la interventoría, el doctor JORGE MANUEL DELGADO ROCHA, Apoderado General de la compañía de seguros SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Dada la insistencia de los citados, en la presunta desatención de la administración a la petición formulada en audiencia, el señor secretario, haciendo uso de las facultades a él delegadas manifiesta:

Que, ante la reiteración de las peticiones presentadas por el apoderado de la compañía de seguros y coadyuvadas por el apoderado del contratista, el secretario de minas y energía, atendiendo a la delegación realizada por el señor Gobernador de Bolívar, procedió a manifestar lo siguiente:

De la petición formulada en sesión de marzo 5 de 2020 por el apoderado de la compañía de seguros y coadyuvada por el apoderado del contratista, se dio respuesta en la misma diligencia, manifestando a los peticionarios, que no existían actas parciales, porque se trataba de una sola actuación administrativa, que el acta se expediría al finalizar la misma y que, en el mismo sentido, no se habían realizado grabaciones de la diligencia, en tanto la Gobernación, no cuenta con equipo para ello. La respuesta, fue reiterada en sesión de 7 de abril de la presente anualidad, no obstante lo anterior, se manifiesta una vez más la respuesta, en los siguientes términos:

Tenemos, previamente dos precisiones, la primera, relacionada con la declaratoria de pandemia, pues, el Gobierno nacional profirió Decreto 491 de 2020³⁰, dentro del cual se

³⁰ Decreto 491 de 2020. Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así: Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

ampliaron los términos para el otorgamiento de respuesta a las peticiones que, sean presentadas, mientras dure el estado de emergencia (norma citada), sin embargo, en esta oportunidad, aunque se cuenta con mayor plazo, se otorga la respuesta en audiencia. Por otra parte, es preciso manifestar, que se trata esta, de la reiteración de una respuesta que, en diferentes oportunidades, ha dado la administración, sobre los mismos puntos -las grabaciones y sobre las actas parciales que se han levantado de las sesiones de esta audiencia.

Argumentos de la respuesta:

1. Es una sola audiencia, tal como lo señala la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020, no ha habido una ruptura de la diligencia, que ameritara el levantamiento de actas parciales, por lo cual se les informó a los peticionarios que, la versión final del acta estaría lista y se entregaría, en el momento en que se concluya la audiencia. La presentación del recurso de reposición, su sustentación, la respuesta de la entidad y la constancia de notificación del acto administrativo que lo resuelve, quedan incluidas en el acta. Por lo anterior, no es posible entregarles copia de la misma aún, en tanto no ha concluido la actuación.

Tal, como se ha manifestado en anteriores oportunidades, no hay actas parciales.

2. Con respecto a las grabaciones, es preciso manifiesta que, desde el inicio y durante el desarrollo de las diferentes sesiones que integran la presente audiencia, se ha dejado expresamente señalado que, no hay ni grabación oficial, ni grabaciones informales de la diligencia. El fundamento para ello es que, en primer lugar, la entidad no cuenta con los medios técnicos y tecnológicos requeridos según la legislación vigente y en segundo lugar que, no se encuentra obligada a ello. Las normas citadas por los peticionarios sobre la utilización de medios electrónicos, contenidas en el CPACA, artículo 53 y siguientes, no son de aplicación directa y obligatoria para el procedimiento que nos ocupa. No se trata este de un acto administrativo electrónico, ni del archivo electrónico

Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

(i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción.

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en el presente artículo expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto en este artículo.

Parágrafo. La presente disposición no aplica a las peticiones relativas a la efectividad de otros derechos fundamentales.



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

del mismo. No se trata esta de una audiencia virtual. En el mismo sentido se aclara que, el expediente de esta actuación no es de carácter electrónico.

Se trata esta, de una actuación administrativa reglada por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 que, en su naturaleza es presencial y a la cual concurren de manera física los citados y en la que se permite, excepcionalmente y previa solicitud, la concurrencia por medios electrónicos. Y así se ha dejado constancia.

En tal sentido, no son de aplicación las normas del CPACA y del CGP citadas por los peticionarios, para el asunto que nos ocupa, sobre la obligatoriedad del uso de medios electrónicos.

Si en algún momento de la actuación, se realizaron grabaciones informales, de una o varias sesiones, vale aclarar que se solicitó autorización de los presentes en su momento, tenían como único fin, facilitar la transcripción de las intervenciones de los funcionarios de la administración y los citados, por ello la administración no puede garantizar, ni la integridad, ni la trazabilidad de la información que ellas contienen y mucho menos dar traslado de las mismas.

Para cerrar los argumentos de respuesta, a la petición presentada por el apoderado de la compañía de seguros y coadyuvada por el apoderado del contratista, nos permitimos dar lectura del literal c), del artículo 86 de la ley 1474, norma que rige esta audiencia:

Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. *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: (...)*

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

En este sentido, se concluye que, la norma antes citada, rige el procedimiento que nos ocupa, que es una norma de carácter especial y que por expresa disposición del CPACA es la disposición normativa de aplicación directa y obligatoria a esta audiencia. Así las cosas, el desarrollo de la audiencia, se encuentra contenido, en su totalidad, en la parte motiva del acto administrativo, todo lo sucedido en las diferentes sesiones se encuentra allí consignado, incluyéndose la indicación de los anexos que hacen parte de la misma. Si los citados tienen alguna objeción al contenido del acto administrativo contenido en la Resolución No. 95 de marzo 5 de 2020, el cual fue expedido y notificado en audiencia, es precisamente la interposición del recurso de reposición, la oportunidad que la ley les concede para que le hagan ver a la administración las inconformidades y las objeciones que encuentren al contenido del mismo, en todo caso, no habría motivo para dudar del mismo, pues se presume su legalidad.

La administración reiteró entonces, que la petición, en los términos expuesto se encontraba resuelta de manera integra, de fondo y por ello era menester continuar con el desarrollo de la diligencia en el punto del orden del día en que fue suspendida.

Se procedió así, con el agotamiento del numeral 8º del orden del día, en el que, la administración procedió a poner en conocimiento de los citados, la decisión sobre el recurso interpuesto, así:

De manera preliminar, se abordarán y resolverán aquellos argumentos, expuestos por los citados y relacionados con presuntos vicios constitutivos de nulidad del procedimiento:

ARGUMENTOS GENERALES DE LOS CITADOS_NULIDAD

1. USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS, COPIA DE ACTAS PARCIALES, GRABACIONES Y EXPEDIENTE

ASEGURADORA

La administración, tal como lo hemos expuesto, viola las garantías que desde la Constitución Política de 1991 recoge principios como el de legalidad, publicidad, transparencia, contradicción, responsabilidad, buena fe, confianza pública e igualdad, pues, la idea de un





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

procedimiento aplicable a la actividad administrativa, -en especial a la formación del acto administrativo-, debe ser símbolo indiscutible de la garantía de seguridad, defensa y contradicción, en un ámbito de respeto al ordenamiento jurídico, y como sinónimo de participación y debate entre interesados y administración debe procurar decisiones que sean respetuosas de los derechos fundamentales, (...)

En efecto, la Secretaría de Minas y Energía debe asegurar que el administrado tenga conocimiento de sus actuaciones, garantizando igualmente los mecanismos suficientes y adecuados de acceso a los medios electrónicos y de los documentos que allí se registran, y por ello, la base de la petición efectuada el día 5 de marzo de 2020, pues no es el administrado quien debe garantizar la guarda del expediente y de los documentos que reposan para cada una de las audiencias, pues la única garantía en este caso sería entonces, que el administrado se somete a la arbitrariedad de la entidad, al no dar a conocer la decisión de sus actuaciones dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual que nos ocupa...

(...) para el presente caso, que si la Ley ha determinado la utilización de grabaciones, y se considera documento, así como en la necesidad de llevar archivo electrónico, esa entidad falla a la legalidad de sus actos, lo hace en un afán desmedido, desconociendo la Constitución y la Ley colombiana.

*(...) pues desenfadadamente el Secretario de Minas y Energía de la Gobernación de Bolívar pretende adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio privando la legítima defensa de las partes involucradas, y quiere llevarse de calle asuntos plenamente reglados, violando los derechos de los ciudadanos, y transgrediendo **los principios de eficiencia, economía, publicidad, transparencia, contradicción, responsabilidad, buena fe, confianza pública e igualdad.***

CONTRATISTA

(...) comedidamente me permito presentar una solicitud expresa de nulidad absoluta de la presente actuación que se ha surtido desde el día 26 de abril de 2019 en atención a que la administración departamental no tiene ni ha desarrollado en debida forma las actas de cada una de las sesiones que han integrado la presente diligencia. esa situación se presento en forma expresa en la sesión del día 05 marzo del año 2020 por el suscrito apoderado de la empresa Electroenergizar ingeniería Ltda. y así también por el representante de la compañía aseguradora derecho de petición (...).



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

RESPUESTA SOLICITUD DE NULIDAD

Ha reiterado este despacho, en múltiples ocasiones, en el desarrollo de la audiencia que, dentro de la actuación administrativa sancionatoria contractual se surte en contra de ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., que el proceso en comento, se rige por lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011³¹, norma especial y de atención preferente, así mismo y de manera **residual** le son de aplicación las disposiciones de la ley 1437 de 2011 CPACA. El término residual alude a su carácter supletorio, es decir, que sólo se aplicará la reglamentación del procedimiento administrativo sancionatorio general, contenido en el artículo 47 y siguientes, del precitado código, en aquellas circunstancias no previstas en la norma especial. Aunado a lo anterior y por remisión expresa del artículo 211 del CPACA, para efectos del régimen probatorio, se atenderá lo consagrado por el Código General del Proceso-CGP-³².

Así las cosas, señores recurrentes, es preciso desestimar la solicitud de nulidad que han elevado, atendiendo a lo antes manifestado y con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. La norma especial y las disposiciones legales de aplicación residual, no contemplan la obligatoriedad de levantar actas parciales de cada una de las sesiones en las que se divida la audiencia del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, contrario a lo anterior, de manera expresa, el literal c), del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en su tenor literal dispone que la entidad **consigne en la resolución** lo sucedido en la audiencia. Es decir, las situaciones que acontezcan, los descargos, el debate probatorio y demás situaciones que se presenten, a lo largo de la actuación deberán referenciarse en la parte motiva del acto administrativo.

El cumplimiento estricto de lo antes manifestado, puede ser verificado en el cuerpo de la Resolución No. 95 de marzo 5 de 2020, cuyo recurso de reposición nos encontramos atendiendo en esta oportunidad y la cual fue puesta en conocimiento de los citados (contratista y garante) en su integridad, incluidos los documentos que, como anexos,

³¹ Por expresa disposición del párrafo 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.

³² 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.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

hacen parte integran de la misma, pues corresponden a las diferentes pruebas y documentos allegados por las partes durante todo su desarrollo.

Por ello, no pude hablarse de "desaparecimiento" o de "retención indebida de la información", pues, los citados han tenido durante todo el desarrollo del procedimiento, a su entera disposición, el expediente del proceso sancionatorio y de ejecución contractual, en las instalaciones de la Gobernación de Bolívar- Secretaría de Minas y Energía, en el horario informado en las diversas comunicaciones.

2. Tal como se manifestó en la respuesta dada sobre el mismo aspecto, a la petición elevada por los hoy recurrentes, en sesión anterior, es menester reiterar que, se trata esta de una actuación administrativa reglada por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, que **en su naturaleza es presencial**, es decir que a ella concurren de manera física los citados y en la que se permite, **excepcionalmente** y previa solicitud, la concurrencia por medios electrónicos³³.

Se le aclara a los solicitantes, que las normas contenidas en los artículos 53 y siguientes del CPACA y demás normas concordantes del CGP citadas, sobre la aplicación obligatoria de medios electrónicos, no son de aplicación para el asunto que nos ocupa, pues, dichas normas, están pensadas para procedimientos judiciales (CGP) y administrativos en las que, las entidades cuenten con la infraestructura tecnológica, que permita garantizar el acceso, la integridad y la trazabilidad de la información.

Lamentablemente, no es posible concederle razón a lo afirmado por el apoderado de la compañía de seguros, cuándo manifiesta: "(...) para el presente caso, que si **la Ley ha determinado la utilización de grabaciones, y se considera documento, así como en la necesidad de llevar archivo electrónico**, esa entidad falla a la legalidad de sus actos, lo hace en un afán desmedido, desconociendo la Constitución y la Ley colombiana."

(Negrillas y subrayas fuera del texto original), pues, su afirmación carece de respaldo jurídico, en tanto, como se aclaró en el acápite anterior, la administración departamental no tiene obligación legal de adelantar la actuación o constituir un expediente electrónico de la actuación.


33 De



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

No resulta entonces de recibo, el reproche formulado por ambos apoderados, y el fundamento para desestimar lo alegado, reside, en primer lugar, en que la entidad no cuenta con lo medios técnicos y tecnológicos requeridos según la legislación vigente, para ello, no teniendo la obligación legal de hacerlo, y en segundo lugar, que no se trata este de un acto administrativo electrónico, ni del archivo electrónico del mismo, ni se trata esta de una audiencia virtual. En el mismo sentido se aclara que, el expediente de esta actuación no es de carácter electrónico, pues se lleva de manera física y se ha encontrado a entera disposición de los citados e interesados, durante todo el desarrollo de la actuación administrativa, en las instalaciones de la Secretaría de Minas y Energía, en el horario habilitado e informado, en cada una de las comunicaciones que les han sido enviadas a lo largo de la actuación.

Dado lo anterior, es posible afirmar, que falta a la verdad el apoderado de la Compañía de Seguros al afirmar que, *"la Secretaría de Minas y Energía debe asegurar que el administrado tenga conocimiento de sus actuaciones, garantizando igualmente los mecanismos suficientes y adecuados de acceso a los medios electrónicos y de los documentos que allí se registran, y por ello, la base de la petición efectuada el día 5 de marzo de 2020, pues no es el administrado quien debe garantizar la guarda del expediente y de los documentos que reposan para cada una de las audiencias, pues la única garantía en este caso sería entonces, que el administrado se somete a la arbitrariedad de la entidad, al no dar a conocer la decisión de sus actuaciones dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual que nos ocupa (...)"* (Negrillas y subrayas fuera del texto original), claro es, que la entidad ha permitido el conocimiento y debate de las pruebas y los fundamentos de su decisión, tal como se evidencia en la parte motiva de la Resolución No. 95 de marzo 5 de 2020, hasta donde los medios legales y físicos le han sido permitidos. El ejercicio responsable de los derechos de contradicción y de defensa de los citados, requiere que ellos dispongan los medios para el estudio del expediente, puesto a su disposición.

3. Por último, se reitera que, al estar el desarrollo de la audiencia contenido, en su totalidad, en la parte motiva del acto administrativo- Resolución No. 95 de marzo 5 de 2020, tal como lo dispone el literal c), del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, es precisamente durante la interposición del recurso de reposición, que los citados han tenido la oportunidad procedimental de poner de presente las inconformidades y las objeciones





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

que encuentran y sobre las cuales se pronunciará la administración al decidir sobre el mismo.

2. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE NON BIS IN ÍDEM (ASEGURADORA)/ NULIDAD PROCESAL POR VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE NON BIS IN ÍDEM (CONTRATISTA):

Sobre el particular, la administración reitera lo manifestado en sesión de marzo 5 de 2020, en los siguientes términos:

La entidad, frente al contratista citado y los demás actores, ha dado un estricto cumplimiento a las disposiciones legales y ha sido respetuosa de los principios que rigen la actuación administrativa, entre los cuales, por remisión del derecho penal se encuentra el *non bis in ídem*, pues los procesos anteriores, a los cuales hacen alusión en la solicitud de nulidad, corresponden al ejercicio de las facultades de la administración frente a un contratista incumplido, con ocasión del mismo contrato (por lo que las cláusulas contractuales desconocidas son las mimas), pero sobre hechos distintos y con miras a imponer consecuencias diferentes a las que pretende el procedimiento que nos ocupa.

La definición de la Corte Constitucional en sentencia C-214 de 1994, presenta un concepto del principio aludido, que nos servirá nuevamente de base, para soportar lo antes manifestado:

*"(...) 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***



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

revocación directa del acto administrativo, no le es permitido a ésta volver de nuevo sobre la cuestión que ha sido decidida." (Negritas y subrayas fuera del texto original)

En la oportunidad anterior, referida por los solicitantes, 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 imponer multas y declarar la caducidad del Contrato, por lo cual, procedió la aplicación del literal d), del artículo 86 - Ley 1474 de 2011. De este proceso, 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.

Así las cosas, tenemos 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 idem*, como lo alegan reiteradamente los solicitantes, y es que 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 primigenia y que es el inicio de esta actuación.

Los hechos puestos de presente por la interventoría, fueron objeto de un nuevo procedimiento administrativo – y se hace énfasis en que corresponde a un proceso distinto del antes mencionado – el cual la administración departamental determinó la declaratoria del incumplimiento y la consecuente efectivización de la cláusula penal pecuniaria, mediante Resolución No. 95 de marzo 5 de 2020, cuyo recurso de reposición estamos próximos a resolver.

Por lo anterior, no le asiste razón a los solicitantes y se desestima su solicitud de nulidad de la actuación por este asunto.



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

3. INVIABILIDAD DE PODER IMPONER LA CLÁUSULA PENAL DE INCUMPLIMIENTO – NULIDAD PROCESAL POR NO VINCULACIÓN AL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL DEL SUBCONTRATISTA AUTORIZADO POR LA MISMA ENTIDAD CONTRATANTE PARA QUE EJECUTARA LA TOTALIDAD DE LA OBRA (mano de obra, transporte, herramientas y equipos) (CONTRATISTA)

El presunto vicio, alegado por el contratista, en el que sustenta la existencia de una causal de nulidad de la actuación, fue un aspecto resuelto por la administración en dos oportunidades anteriores, inicialmente dentro del saneamiento del procedimiento por posibles vicios de nulidad y nuevamente en sesión de 5 de marzo de 2020, oportunidad en la que se otorgó respuesta a las intervenciones realizadas en audiencia por los citados.

Se reiteran los argumentos expuesto, para desestimar lo solicitado por el apoderado del contratista en los siguientes términos:

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.

ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., ostenta la posición contractual de CONTRATISTA, en virtud 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.

La relación jurídica existente entre la empresa INGELET S.A.S., y el contratista ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., se reduce exclusivamente a la solicitud de sub-contrato presentada en octubre 20 de 2015 por el representante legal del contratista de obra y la cual fue admitida por la administración, indicándose claro, la validación que debía realizar la interventoría, de tal actuación, así:



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co

RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."



Dicho lo anterior, es claro que, la empresa INGELET S.A.S., no tiene un vínculo jurídico directo con la administración departamental, no media contrato con el departamento, ni autorización de cesión del contrato de obra, 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.

Así las cosas, cualquier hecho que, por parte del contratista citado y su garante, sea censurable en el actuar de INGELET S.A.S., 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.

Para esta secretaría, ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., con ocasión de la ejecución del contrato de obra pública y frente al actuar de su proveedor, debió actuar con prontitud, superando y definiendo aquellos aspectos que hubieren sido necesarios para dar cumplimiento al contrato principal, y no esperar, hasta el escenario del fenecimiento del plazo de ejecución y la declaratoria de incumplimiento, para alegar en su defensa tales circunstancias.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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.

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, situación que reclama el apoderado de la compañía de seguros, considera este despacho, que no le asiste razón al solicitante, 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.

La culpa exclusiva de la víctima 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 positiva alguna por parte de ELECTROENERGIZAR.

Aunado a lo anterior, es menester aclarar y reiterar la información obrante en la parte motiva de la resolución, respecto a los pagos realizados del contrato, pues existe un error de apreciación en el reproche formulado por el apoderado de la compañía de seguros.

En la resolución en comento, consta como anexo de la misma, INFORME DE ABONOS, 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 y que fueron realizados a favor de INGELET S.A.S., descansan en la existencia de los documentos de cesión de derechos económicos realizada por ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., y que se relacionan a continuación:



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co * www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Cesiones de créditos, de fecha (i) octubre 10 de 2016 y (ii) noviembre 3 de 2017. (Estos documentos, hacen parte integral del presente acto administrativo)

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 cláusula penal por incumplimiento es una disposición contractual, y como bien lo manifestó el contratista disciplinado, **el contrato es ley para las partes.**

4. NULIDAD POR VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, AL NO TRAMITAR UNAS RECUSACIONES DE ACUERDO CON LO ORDENADO EN FALLO JUDICIAL EJECUTORIADO.

En los mismos términos en que fue resuelto este asunto en sesión de 5 de marzo de 2020, la administración manifiesta:

La Gobernación de Bolívar- Secretaría de Minas **acató** el fallo de tutela proferido por el señor Juez Primero Penal Municipal el día 29 de enero de 2020, dentro de la acción identificada con el RAD.: 13001-4004001-2019-00249, suspendió el procedimiento y reanudó la diligencia hasta el día 5 de marzo de 2020, contando en dicha oportunidad, con la presencia del apoderado del contratista y su representante legal, así como del apoderado de la compañía de seguros por medios electrónicos, con el objeto de decidir la recusación presentada y proseguir con la actuación administrativa.

Así las cosas, es dable afirmar que, de manera oportuna, se proveyó el trámite legal correspondiente a las recusaciones presentadas en contra de los señores CARLOS ROSALES ANDRADE, JAMES MARTÍNEZ GALLEGU Y VERÓNICA MENDOZA COLEY, de acuerdo con lo establecido en los artículos 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011, tal como consta en la parte motiva del acto administrativo RESOLUCIÓN No. 95 DE MARZO 5 DE 2020 *"Por medio de la*





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

cual se declara el incumplimiento del 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, 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**, en la oportunidad correspondiente, 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, 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, frente 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 artículo 11 del CPACA.

Inmediatamente se profirió el acto administrativo contentivo de la antes mencionada decisión, se informó a los presentes que, en atención a lo dispuesto en la ley 1437 de 2011 y ley 1564 de 2012, contra la decisión proferida no proceden recursos, quedando en firme la decisión adoptada.

Tanto el apoderado del contratista, como el apoderado del garante, manifestaron que, era necesario que la entidad otorgara a esa solicitud el trámite de incidente y que 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.

En igual sentido se reitera en esta oportunidad, como presunto vicio constitutivo de una nulidad de la actuación.

Este despacho, reitera la decisión adoptada y el trámite otorgado a las recusaciones presentadas, pues, tal como se explicó, la decisión proferida, al ser una declaración expresa de la administración, derivada del ejercicio de las facultades que le han sido delegadas, compone



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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.

Al respecto señala el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo:

*Para el efecto resulta útil e ilustrativo partir del concepto de acto administrativo, el cual ha sido desarrollado tanto por la doctrina como la jurisprudencia del Consejo de Estado. **Así se ha entendido como acto administrativo "toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos públicos del Estado o simples particulares tendiente a la producción de efectos jurídicos. Es decir, con la capacidad suficiente para alterar el mundo jurídico. Si la manifestación de voluntad no decide, no es un acto administrativo"***³⁴

*También se ha sostenido que "...El acto en la doctrina general, en forma simple, es una manifestación de voluntad de un ente de derecho. **Es una decisión que produce efectos jurídicos.** La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia y se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo de control se requiere que el objeto sobre el cual actúa, constituya en materia de manifestación intencional, la voluntad de una decisión...**Así, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana es un manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención,... en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para como consecuencia, crear, modificar o extinguir una relación de derecho**"*³⁵
(Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Entendiendo que el procedimiento especial (artículo 86 – ley 1474 de 2011) no contempla el trámite de recusación, se trae a colación, lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Artículo 132), y en el 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.

³⁴ SANTOFIMIO, Jaime Orlando, El acto administrativo, Universidad Externado de Colombia, 1994, pág. 59. (Cita de la sentencia)

³⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 22 de enero de 1987; M.P. Hernán Guillermo Aldana Duque, Exp. 549.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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."*

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, aún al darle una aplicación analógica, tanto el artículo 209 del CPACA³⁶, como el artículo 127 del CGP³⁷, disponen que solo se tramitarán por incidente, aquellos asuntos para los que la ley expresamente lo prevea, no encontrándose contemplado allí la recusación.

Se procede entonces a resolver los:

ARGUMENTOS GENERALES DE LOS CITADOS_SUSTENTACIÓN RECURSO DE REPOSICIÓN

CONTRATISTA

Sea lo primero, aclararle al señor apoderado del Contratista citado que, por expresa remisión del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, contra la Resolución No. 95 de marzo 5 de 2020 únicamente procede el recurso de reposición. Luego, el recurso de apelación que indica interponer no resulta admisible.

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 proceso.
3. 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.



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

1. LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA PACTADA EN EL CONTRATO SE CONSIDERA COMO PAGO DEFINITIVO DE LOS PRESUNTOS PERJUICIOS QUE SE CAUSEN AL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

Tal como lo señala el apoderado del contratista, en la cláusula décima del CONTRATO DE OBRA No. 2427 de julio 17 de 2015, en lo correspondiente al inciso PENAL PECUNIARIA se determinó que la pena, al ser impuesta, sería considerada como pago **PARCIAL y DEFINITIVO** de los perjuicios que se causaren al Departamento.

Esta disposición, debe ser leída y entendida de manera armónica, con el ultimo inciso, del aparte normativo, que en su tenor literal señala: **EL DEPARTAMENTO se reserva el derecho de cobrar perjuicios adicionales por encima del monto de lo aquí pactado, siempre que los mismo se acrediten.**

De manera magistral, el doctor Enrique Gil Botero en providencia de 2008³⁸, nos ilustra sobre la naturaleza de la cláusula penal, así:

"constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos (...)"(Negrillas y subrayas fuera del texto original).

La sentencia continúa, con una atinada cita, de una decisión previa de la corporación, la cual resulta oportuna para dilucidar el presente asunto:

"De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP. Enrique Gil Botero. Exp. 17009 – 2008





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista³⁹

Dicho esto, es claro que, no le asiste razón al recurrente, y que la imposición de la sanción correspondió a un ejercicio responsable y ponderado de la administración, en el que se consideró el monto de los perjuicios percibidos por la entidad, no obstante estaba relevado en principio de tal obligación, y de la aplicación del principio de proporcionalidad, para llegar al monto señalado en la Resolución No. 95 de marzo 5 de 2020.

En este entendido, se concluye que, no existe ambigüedad alguna en la cláusula décima del contrato y donde la disposición contractual es clara, no es dado al interprete apartarse de su tenor literal, para aplicar otros métodos de interpretación jurídica.

2. OMISIÓN DE LA VALORACIÓN PROBATORIA SOLICITADA POR EL CONTRATISTA:

En tratándose de la valoración de la prueba de inspección al sitio de las obras, que ha sido denominada PRUEBA TÉCNICA por el recurrente, es preciso reiterar 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 **decretó** la misma según lo establecido en el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Y en este mismo sentido, la prueba solicitada fue practicada y sus resultados allegados al proceso.

No obstante lo anterior, tanto el apoderado del contratista, como el garante, solicitaron la **nulidad de la prueba**, lo que conllevaba necesariamente a la desestimación de la información en ella contenida.

³⁹ Sección Tercera. Sentencia de octubre 19 de 2005. Exp 15 011. (La cita es de la sentencia citada)





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

En la oportunidad prevista para ello, es decir, en la valoración de cada una de las pruebas obrantes en el proceso y las aportadas por los citados, la entidad se pronunció en los siguientes términos, al considerar la. Solicitud de nulidad antes mencionada:

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.⁴⁰

(...) 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.⁴¹

⁴⁰ 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)

⁴¹ 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.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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- CPACA42, corresponde al Capítulo I, del Título 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 ley⁴³ 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.⁴⁴ (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

⁴³ 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.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-600-11

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-205/16





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 rector⁴⁵ 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 CPACA⁴⁶, 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 título 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."

⁴⁵ 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. (...)

⁴⁶ 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 concluiría.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Así las cosas, señor recurrente, es preciso dejar expresamente sentado que, la entidad accedió a la desestimación de la prueba por su solicitud expresa, no por un actuar deliberado o violatorio de los derechos de contradicción y de defensa, por parte de la administración.

Por otra parte, en la etapa probatoria del aludido procedimiento, se analizaron y consideraron las siguientes pruebas:

Las pruebas que acompañaron la citación:

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

Aunado a lo anterior, en la presentación de los descargos los citados **ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.**, y su garante **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, controvirtieron las pruebas allegadas con la citación y presentaron las pruebas que, consideraban desvirtuaban los cargos en ella contenidos.

Por último, resulta menester reiterar lo manifestado en la resolución recurrida, referente a las pruebas que, atendiendo a su conducencia, pertinencia y utilidad, fueron tenidas en consideración para la adopción de la decisión definitiva.

- 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





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

- 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.
- Clausulado de la póliza
- 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.

Vale la pena resaltar que, frente a las cantidades de obra ejecutadas y recibidas por la interventoría en los términos del contrato, en el curso del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, que concluyó con la resolución recurrida, el contratista únicamente pudo acreditar una mayor ejecución en el frente de obra **SANTA ROSA DEL SUR**, en el que 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%

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 intervención 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





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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 lo anterior, se encontraron configurados todos los elementos para declarar el incumplimiento del contrato y hacer responsable a que el contratista **ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.**, de las consecuencias de ello, pues las obras encomendadas no fueron efectivamente ejecutadas, mientras que 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, así como tampoco resulta hoy posible, energizar conectando la red instalada a la red local de distribución existente operada por Electricaribe S.A., por lo que se concluyó que la pena que proporcionalmente correspondía al nivel de incumplimiento, era la más alta estimada, es decir el 100% de la penalidad acordada en el contrato.

La carga probatoria en este aspecto pesaba sobre el contratista disciplinado, quién debió acreditar la ejecución de la totalidad de la obra o de por lo menos una mayor cantidad de obra a la verificada por la interventoría, situación que quedó debidamente documentada en la parte motiva de la resolución que declara el incumplimiento.

En este entendido, se concluye que, no le asiste razón al contratista recurrente, al señalar una indebida valoración de las pruebas y mucho menos, que la única prueba técnica obrante en el expediente correspondía a la inspección de obra, que resultó finalmente desestimada, pues como se pudo evidenciar, la administración valoró un número considerable de pruebas y por ello no resulta admisible el motivo de inconformidad alegado.

Sobre los otros aspectos alegados por el apoderado del contratista en este punto, relacionados con la constitución de las servidumbres sobre los predios de las veredas, en las que debió desarrollarse la construcción de la infraestructura eléctrica, es manifestar lo siguiente:

En primer lugar, falta nuevamente el recurrente a la verdad, cuando señala que, la acreditación de la constitución de las servidumbres le impedida al contratista alcanzar la culminación del contrato, en el tiempo previsto, y textualmente que *"eran de tal resorte de importancia para el normal desarrollo de la ejecución contractual conforme a las condiciones del contrato, que sin ellas el contratista nunca hubiese podido culminar su objeto contractual, tal y como así aconteció*





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

con la nunca entrega formal ni legal de las servidumbres sobre los predios donde el contratista debía desarrollar sus actividades".

Pues, ni la administración departamental, ni las municipales, tienen registro de la negativa de uno o algunos de los habitantes de las zonas en las que se debieron ejecutar las obras, por el contrario, se recibieron de las veedurías ciudadanas en representación de las comunidades, la manifestación expresa de su total apoyo al desarrollo de las obras y de la plena disposición de fuerza de trabajo y equipos para la colaboración con el ingreso del contratista y su maquinaria a las zonas de difícil acceso.

Por otra parte, es desvergonzado que un contratista que fue en extremo indolente y negligente en el manejo de los recursos que le fueron entregados a título de anticipo, alegar hoy una presunta concurrencia de culpas, lo que evidencia además, un desconocimiento deliberado de las disposiciones contractuales, pues, la constitución de las servidumbres se estableció como una obligación a cargo de los alcaldes de los municipios beneficiados con las obras, y no de la administración departamental.

Hoy, la necesidad de la energía eléctrica en las veredas de Santa Rosa del Sur, San Martín de Loba, Tiquisio y Simití, continúa latente y las comunidades rurales siguen gravemente afectadas en su calidad de vida por ello. Resulta entonces insolente justificar que, la realización de un trámite jurídico, una formalidad legal, en zonas donde la gestión predial es ardua por los altos índices de informalidad y la ausencia de títulos predomina, fue la razón principal por la que el contratista no pudo ejecutar la labor encomendada.

Si bien la actividad de constitución de las servidumbres legales, era ajena a las partes, la entidad contratante no fue indiferente y constató el avance en las gestiones adelantadas por los alcaldes de los municipios, quienes se encontraban a cargo de dicha actividad, solicitando los soportes de los hechos y hasta en algún momento se consideró como una de las varias causal de suspensión, por su condición de ser temporal y transitoria, pero nunca una causal de FUERZA MAYOR DETERMINANTE DEL INCUMPLIMIENTO, porque ello hubiere llevado a la resolución del contrato, ante la imposibilidad manifiesta de llevarse a cabo.

Ante la reiterada manifestación del contratista disciplinado sobre un presunto desconocimiento del principio de planeación, en el proceso que antecedió a la celebración del contrato de obra No. 2427 de julio 17 de 2015. Alegato que fue debidamente resuelto en el acto administrativo





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

recurrido, esta secretaria se permite traer a colación lo manifestado por la Subsección C, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sobre el principio de buena fe contractual⁴⁷, así:

"De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe."⁴⁸

En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben "celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural."

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que "las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa^[42] en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen", precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado."⁴⁹

Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.

*Empero nada más lejano de la realidad que esa **suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar***

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera- Subsección C, sentencia de 22 de octubre de 2015, Exp. 48.061, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴⁸ Aunque el artículo 1603 sólo expresa que "deberán ejecutarse", el entendimiento es que el deber de buena fe objetiva comprende todo el iter contractual. (La cita es del texto citado). (La cita es de la sentencia citada)

⁴⁹ Sobre el principio de planeación ésta subsección expresó: "Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471. (La cita es del texto citado) (La cita es de la sentencia citada)





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, "consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia"⁵⁰, es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y "por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho"^[45] o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido."⁵¹

(...)

Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado). (La cita es de la sentencia citada)

⁵¹ Ibidem. (La cita es del texto citado). (La cita es de la sentencia citada)





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual⁵² (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

En tratándose del aval técnico otorgado por la empresa prestadores del servicio de energía – ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., se indicó en oportunidades anteriores que, este fue otorgado en la oportunidad correspondiente y que se verificó su vigencia en los términos establecidos por la empresa antes mencionada. En este sentido la Gobernación en su calidad de contratante adelantó, en compañía de la interventoría, las gestiones ante el prestador para renovación del mismo, siempre que fue requerido. Vale agregar que, el mencionado documento, correspondió a un trámite técnico-legal, que no impactó o retrasó la correcta ejecución de la obra, por lo que no puede ser esgrimido como justificación del incumplimiento.

Queda claro entonces que, el contratista disciplinado actuó en contravía del principio de buena fe contractual, pues las circunstancias que defiende como violatorias del principio de planeación, referentes a los estudios, diseños, avales y servidumbres, entre otros aspectos relacionados con las actuaciones precontractuales de la entidad, no fueron alegadas al momento de solicitar el desembolso de la totalidad del valor del anticipo, lo cual se suponía respaldado por un plan responsablemente elaborado de correcta inversión del mismo en la ejecución de la obra encomendada. **Por ello es inadmisibles que tales circunstancias sean invocadas una vez vencido el término del contrato y ante la declaratoria de incumplimiento del mismo, como eximente de responsabilidad.**

3. FALSA MOTIVACIÓN DE PLIEGO DE CARGOS E INFORME DE LA INTERVENTORÍA:

Aunque resultó abiertamente confuso lo argumentado en este punto, la entidad procede a manifestarse en los siguientes términos:

⁵² Esta postura se encuentra consolidada de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Al respecto ver: sentencia del 23 de junio de 1992, Exp. 6032; Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, Expediente 18080; Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087; y sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27648. (La cita es de la sentencia citada)





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Durante el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, el contratista y su garante contaron no con una, sino con múltiples oportunidades en las que dentro de la audiencia expusieron sus razones, explicaciones, aportaron pruebas, solicitaron pruebas y su nulidad, y controvertieron las pruebas que acompañaron el informe de interventoría, sustento de la citación. Luego, nada resulta más alejado de la realidad del presente asunto, que hablar de la vulneración de los derechos fundamentales de defensa y de contradicción, máxime cuando, por el contrario, la entidad en diversas ocasiones sacrificó la ritualidad y la organización del procedimiento, ante solicitudes elevadas por los citados.

La prueba de esto, se encuentra en la extensión de la audiencia, que da cuenta en su desarrollo de más de diez meses, situación que se encuentra claramente relatada en el acta que de la misma se levanta y en la parte motiva del acto administrativo recurrido y en ellos consta la participación de los citados en varias oportunidades, mediante la presentación de descargos, pruebas y solicitudes a la administración.

Continúa el apoderado del contratista manifestando lo siguiente:

*"(...) necesario traer a colación la intervención y argumentación técnica desplegada por el equipo técnico del contratista en la sesión del pasado 30 de abril de 2019, en la cual se sustentaron razones técnicas y financieras que evidencian que ELECTROENERGIZAR LTDA. ha invertido la totalidad de los recursos económicos percibidos por la Gobernación de Bolívar en el marco del respectivo contrato de obra, suscrito como consecuencia del uso de la modalidad de licitación pública, argumento técnico-financiero que de su valoración bajo el principio de la sana crítica, aunado a la realidad material de cómo en la práctica se surtió la fase de planeación contractual permeada de errores de fondo en los diseños, autorizaciones, plazos, presupuesto y demás circunstancias expuestas durante la ejecución y en los procedimientos administrativos sancionatorios cursados por la entidad, **desvirtúan la configuración de un incumplimiento y un mal manejo del anticipo y por ende las sanciones previstas en el contrato.** (Negrillas y subrayas fuera del texto original)"*

Es preciso manifestar que, se trata de un argumento falaz y malintencionado, el que, llevaría seguramente a cualquier lector desprevenido a la confusión, sin embargo, como se manifestó en apartes anteriores, el contratista y su garante, no pudieron probar la inversión de los recursos correspondientes al anticipo y mucho menos que la misma respetó la condición de ser "correcta". No se probó además, en el proceso la ejecución de la totalidad de la obra



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co * www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

encomendada, ni siquiera de una cantidad significativamente mayor a la reportada por la interventoría y conforme a la argumentación de la decisión recurrida, tampoco se probó la existencia de eximentes de responsabilidad frente al incumplimiento.

Más adelante en la exposición de su motivo de inconformidad con la decisión adoptada, manifiesta:

"(...) Entonces, al estar acreditada la inversión de los recursos económicos en el marco de la ejecución del respectivo contrato, como se expuso en el punto denominado "omisión de la valoración probatoria solicitada por el contratista", es totalmente infundado el cargo de incumplimiento asignado de plano al convocado a audiencia sancionatoria y en consecuencia igualmente el de mal manejo del anticipo, y si bien la obra no se ejecutó en su totalidad ello también lo fue porque la entidad contratante tampoco continuó pagando las actas de ejecución de avance parcial de la obra, (...)" (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Nuevamente falta a la verdad el apoderado del contratista, pues del contenido de ninguna de las pruebas allegadas al proceso, incluso si se tomare en consideración la inspección denominada mesa técnica, cuya nulidad fue solicitada por el mismo recurrente, es posible concluir que, la inversión de los recursos correspondientes al anticipo, se encontraban debidamente invertidos en la ejecución de la obra y mucho menos que dicha inversión se hizo de forma correcta, razón por la que, a la administración no le quedó otro camino que declarar el incumplimiento y solicitar la devolución de los recursos entregados como anticipo y no invertidos en la ejecución de lo entregado.

Se allana el contratista al señalar "si bien la obra no se ejecutó en su totalidad", que es la evidencia principal del incumplimiento, pero al soportarlo, en el no pago de las actas parciales, desconoce flagrantemente que, además de no haberse cumplido los requisitos procedentes para el trámite del pago ante Hacienda Departamental, sobre el proyecto en cuestión pesa una medida de suspensión de pagos ordenada por el Departamento Nacional de Planeación, en cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control sobre los recursos de regalías. La anterior medida, fue precisamente impuesta, dado el ínfimo avance de las obras, la situación permanente del retraso del contratista y el evidente estado de abandono de los frentes de trabajo. Situación que fue debidamente notificada al contratista hoy recurrente.



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Por lo anterior, es dable afirmar que, no le asiste razón al recurrente y por ello no resulta admisible el motivo de inconformidad alegado.

4. FALTA DE TIPICIDAD DE LA SANCIÓN

A continuación, se dará respuesta a cada uno de los argumentos formulados por el apoderado del contratista en este punto, sobre la violación del derecho fundamental del debido proceso y el principio de tipicidad, así:

- a) *EL CONTRATO NO ESTABLECE LA SANCIÓN DE CLÁUSULA PENAL DE INCUMPLIMIENTO FRENTE A "INCUMPLIMIENTO PARCIAL" DEL CONTRATISTA, por lo tanto al existir certificación material de ejecución satisfactoria en el 33.08% tomado respecto del 100% del valor del contrato (\$9.137.175.334.00), lo cual implica que ese 33.08% equivale a la cuantía de \$3.022.577.600.48, la cual respecto de la totalidad de los valores netos percibidos por el contratista para la ejecución de la obra (\$3.713.677.804.00) corresponde a una inversión del 81.39%, por lo cual el contratista no se enmarca en la sanción tipificada en el contrato.*

R// Para responder este punto, nos permitimos reiterar la definición realizada por el Doctor Gil Botero en sentencia antes citada, específicamente en el siguiente aparte:

"constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones"

La gravedad del desconocimiento de las obligaciones contractuales, determinó en este caso, la condición de ser un incumplimiento **total** del contrato, pues como se manifestó, la obra no se entregó terminada y funcional, mientras que lo ejecutado no puede ser utilizado por la administración, en pro de la satisfacción de la necesidad, que era el fin de la celebración del contrato.

Por ello resulta improcedente lo alegado, pues se trató este de un incumplimiento grave y un fracaso total del proyecto.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

- b) LA ERRÓNEA INVERSIÓN DEL ANTICIPO POR EL CONTRATISTA NO ESTÁ TIPIFICADA COMO UNA SANCIÓN SINO COMO UN AMPARO CONTRACTUAL Y TAMPOCO ESTÁ PROBADA FEHACIENTEMENTE POR LA ENTIDAD CONVOCANTE, por cuanto si bien la misma no acepta los conceptos exclusivamente relacionados con el desarrollo de la obra pública contratada en los cuales el contratista ha argumentado haber invertido los valores determinados por la entidad como no amortizados, no existe prueba mediante la cual la parte contratante y convocante demuestre que el contratista ha invertido dichos valores en otros conceptos diversos al objeto contractual o del contexto de la respectiva obra pública.

R// La orden que se profiere en la resolución recurrida, referente a la devolución de los dineros, correspondientes al anticipo, se derivan de la declaratoria del incumplimiento del contrato y de la naturaleza misma de los recursos.

Se consideró que, Electroenergizar Ltda., nunca estuvo en situación de cumplimiento frente al cronograma de obra aprobado e incorporado al contrato, en sus diferentes etapas, por lo que, se declaró probado el cargo de **MAL MANEJO DEL ANTICIPO**, toda vez que este, no cumplió con su finalidad, 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.

Entendiendo que, el anticipo es una suma otorgada al contratista, destinada al apalancamiento de la ejecución del objeto del contrato, pero que son dineros de la Administración, que, con ocasión de la realización de la actividad contractual, son administrados por el contratista, pero que no ingresan a su patrimonio. Es de suyo pretender su devolución, ante el incumplimiento del contrato y el fenecimiento del plazo contractual.

En este sentido, al no cumplirse el objeto del contrato, procede de manera inmediata, la obligación del contratista, como administrador provisional de los mismos, de restituirlos.

Por lo anterior, resulta improcedente lo alegado.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

- c) LA ENTIDAD NO HA DEMOSTRADO DEBIDAMENTE EL SUPUESTO DAÑO REAL Y CUANTIFICADO EN FORMA LEGAL, POR EL QUE PRETENDE COBRAR AUTOMÁTICAMENTE LA CLÁUSULA PENAL CONTRACTUAL PLENA. Ello constituye un enriquecimiento injustificado a favor de la entidad pública y en detrimento del patrimonio del contratista.

R// La pena pecuniaria pactada en la cláusula décima del contrato, corresponde en su naturaleza a una **tasación anticipada** de los perjuicios, cuya aplicación procede ante la declaratoria del incumplimiento del contrato y la cuantía a aquella que, contractualmente se hubiere determinado, que para el caso que nos ocupa correspondió al veinte por ciento (20%) del valor del contrato. Esta situación se encuentra claramente determinada en la cláusula décima primera, modificada en Otrosí #2 de septiembre de 2017.

En este sentido, la entidad está exenta, como lo ha señalado el Consejo de Estado, en reiteradas decisiones, ante su imposición y cobro, de probar los daños sufridos a raíz del incumplimiento. No obstante, lo invitamos a revisar la parte motiva de la sentencia recurrida, en la que fueron señalados tanto los daños, como el monto de los mismos.

Por lo anterior, es dable afirmar que, no le asiste razón al recurrente y por ello no resulta admisible el motivo de inconformidad alegado.

5. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO:

R// No le asiste razón al recurrente, pues no le acompaña en su postura, ni las disposiciones normativas, ni la pacífica línea de la jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre la facultad que ostenta la administración, para declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal que se haya pactado.

Se aclara que, la declaratoria de incumplimiento del contrato, no es una controversia contractual o diferencia entre los contratantes, por lo que no resulta de aplicación lo consagrado en la cláusula vigésima del contrato, sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos.



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

“Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020.”

Como fundamento de lo anterior, se trae lo definido por el Consejo de estado, en los siguientes términos:

*Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el mismo. **Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley 1.150 de 2007;** menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983.*

*“En este orden de ideas, **la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato..., lo procedente, actualmente,** como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, **será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento.**”⁵³ (Negrillas fuera del texto original)*

Ahora bien, y conforme a lo anterior, la siguiente afirmación carece de fundamento:

Conforme a lo señalado, la Gobernación tenía, por una parte, la obligación de dar aplicación al compromiso estipulado en Contrato de Obra 2427 de 2015, para darle solución Directa a las Controversias Contractuales y acudir al procedimiento previsto la cláusula vigésima del contrato por expresa falta de competencia para resolverlo directamente, y por otra, el haber entregado los diseños y las respectivas licencias dentro del término estipulado, asunto que el día de hoy nunca se dio.

El artículo 68 de la ley 80 de 1993, a la que expresamente remite la cláusula vigésima, en su tenor literal se cita a continuación, cabe aclarar que la disposición normativa y la cláusula contractual, no riñen de manera alguna, con el procedimiento adelantado por la entidad, tal como se evidencia:

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 12 de noviembre de 2014. Exp. 21 488, M.P. Enrique Gil Botero





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

ARTICULO 68. DE LA UTILIZACION DE MECANISMOS DE SOLUCION DIRECTA DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

PARAGRAFO. Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada.

Y ahora, lo dispuesto en la cláusula vigésima, del contrato de obra:

VIGÉSIMA- SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: *Todas las diferencias que puedan surgir relativas a la ejecución, desarrollo, terminación o liquidación serán solucionadas conforme al artículo 68 de la ley 80 de 1993, utilizando las partes los mecanismos de solución previstos en la mencionada ley.*

La cláusula contractual, tal como se indicó, no señala la obligatoriedad de someter a la decisión de un Tribunal de arbitramento o Centro de Conciliación, las diferencias que pudieran surgir con ocasión de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato, mas realiza un llamado a que se opte por los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la norma. Como se dijo, en esta oportunidad estamos ante el ejercicio de la facultad de la administración de declarar el incumplimiento del contrato y no frente a una controversia o discrepancia surgida del contrato.

En tratándose del incumplimiento de las obligaciones que en su calidad de contratante, le corresponden a la administración departamental, es importante declarar que LA GOBERNACIÓN -Secretaría de Minas, 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:



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

DESCRIPCION	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	

En lo relativo a la constitución de las servidumbres en los predios de las veredas, ha quedado claro que esta gestión, se encontraba a cargo de los alcaldes de los municipios de Santa Rosa del Sur, San Martín de Loba, Tiquisio y Simití, y no de la Gobernación.

Por lo antes señalado, resulta improcedente lo alegado.

Se le aclara al recurrente que la revocatoria directa de los actos administrativos se encuentra consagrada en el capítulo IX del CPACA., y que la actuación que se adelanta en esta oportunidad corresponde al recurso de reposición, según dispone el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

6. OMISIÓN DE APLICACIÓN DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN BILATERAL PROPUESTA Y EN CONSECUENCIA EL INCREMENTO DOLOSO DE LAS AFECTACIONES AL CONTRATISTA:

Sobre la procedencia de la liquidación bilateral del contrato, previo a la formulación de la decisión dentro del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, según lo solicitó el apoderado del contratista disciplinado, es preciso reiterar que, como se manifestó en la sentencia recurrida, por expresa disposición legal, el término para efectuar la liquidación bilateral y así mismo la unilateral, del contrato se encuentran, aún vigentes y esta actuación será adelantada para la extinción definitiva del vínculo jurídico entre ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., y LA GOBERNACIÓN-.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Empero, no procede su agotamiento, pues los efectos del presente proceso sancionatorio, una vez en firme la decisión la decisión recurrida, serán llevados a la fase de liquidación y por ello es necesario concluir el presente trámite.

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, se apoya en dos supuestos, el primero, que la actuación se adelanta **después** de vencido el plazo de ejecución, pero antes de la extinción del vínculo jurídico, y el segundo, que subsistieron obligaciones pendientes de cumplimiento, a cargo del contratista.

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 ha pretendido el recurrente con sus reiteradas solicitudes, al cesar la obligatoriedad de la prestación debida, por extinción del vínculo contractual, se hubieren perdido por completo las facultades para adelantar actuación alguna.

Por lo antes señalado, resulta improcedente lo alegado.

GARANTE

En tratándose de los argumentos coadyuvados, se le remite a la respuesta otorgada en extenso al apoderado del contratista.

Empero, la entidad responderá cada uno de sus **MOTIVOS DE INCONFORMIDAD**, así:

- 1. VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO POR FALTA DE COMPETENCIA DE LA ENTIDAD PARA ADELANTAR EL TRÁMITE ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO, POR QUEBRANTAMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO**

No le asiste razón al recurrente, pues como se manifestó ante el mismo argumento, esgrimido por el apoderado del contratista, dicha postura no encuentra soporte, ni en las disposiciones



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

normativas, ni en la reiterada línea de la jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre la facultad que ostenta la administración, para declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal que se haya pactado.

Se aclara que, la declaratoria de incumplimiento del contrato, no es una controversia contractual o diferencia entre los contratantes, por lo que no resulta de aplicación lo consagrado en la cláusula vigésima del contrato, sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Similar respuesta merece la siguiente afirmación:

*En suma: cuandoquiera que se pacte un mecanismo alternativo de solución de conflictos, la **entidad estatal** sometida al Estatuto General de Contratación **perderá la competencia funcional para adelantar el trámite administrativo sancionatorio contractual consagrado en la Ley 1150 de 2007 y en la Ley 1474 de 2011, pese a las facultades a ella otorgadas por el artículo 4 de la Ley 80 de 1993.***

Pues, la cláusula vigésima del contrato de obra, que en su tenor literal se cita a continuación, contempla el acudir a los mecanismos de solución alternativa de conflictos, ante la existencia de diferencias relativas a: la ejecución, el desarrollo, la terminación o liquidación.

VIGÉSIMA- SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: *Todas las diferencias que puedan surgir relativas a la ejecución, desarrollo, terminación o liquidación serán solucionadas conforme al artículo 68 de la ley 80 de 1993, utilizando las partes los mecanismos de solución previstos en la mencionada ley.*

Comprende así una imprecisión, lo señalado por el garante del contrato, en el entendido que: *"el juez natural del contrato es el centro de conciliación y arbitraje del domicilio contractual y no la Gobernación del Departamento de Bolívar."*

El contrato que nos ocupa terminó por fenecimiento del plazo contractual y el proceso que se adelanta corresponde a la aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011. Procedimiento especial, que no prevé el agotamiento de ningún trámite previo, tal como se evidencia en su párrafo inicial:





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.
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:

Por lo antes señalado, resulta improcedente lo alegado.

Se le aclara al recurrente que la revocatoria directa de los actos administrativos se encuentra consagrada en el capítulo IX del CPACA., y que la actuación que se adelanta en esta oportunidad corresponde al recurso de reposición que contra la Resolución No. 95 de marzo 5 de 2020 procede, según dispone el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

2. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR FALTA DE PROPORCIÓN EN EL MONTO DE LAS INDEMNIZACIONES A CARGO DE SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Alega el garante:

Se aprecia, entonces, con claridad, que esta disposición implica que mi mandante erogue en favor de la Gobernación de Bolívar un valor (adicional y totalmente indeterminado) a las sumas que, con cargo a la póliza de seguros, ya estaría obligada a sufragar mi mandante y sería más que suficiente para indemnizar los presuntos perjuicios causados a la entidad por la supuesta ocurrencia del siniestro relacionado con el buen manejo y la correcta inversión del anticipo; esto es, que SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. pague a la entidad TRES MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS VEINTITRÉS (\$3.169.658.623) más otro tanto (incluso equivalente a esta suma), en el evento en que los saldos en favor del contratista sean insuficientes para dar cumplimiento al Artículo Cuarto de la Resolución Núm. 95 del 5 de marzo de 2020.

Y frente a lo manifestado, es preciso aclarar que, la orden dada por la administración en Resolución No. 95 de marzo 5 de 2020, corresponde a la devolución de **TRES MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS VEINTITRÉS (3.169.658.623)**, de la suma total entregada a título de anticipo al contratista





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., para la ejecución del contrato de obra No. 2427 de 2015 y que no fue amortizado.

Ahora bien, la secuencia que se seguirá para la restitución de los dineros de **propiedad** de la administración, es la siguiente:

La suma de **TRES MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS VEINTITRES (3.169.658.623)**, será descontada 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. Solo en caso de que, no existan saldos a favor del contratista sancionado, o que los mismos resulten insuficientes para cubrir el valor señalado, dicho valor será cubierto por el Garante, esto es la compañía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**

El valor que será reintegrado a la administración, por la devolución de los dineros entregados a título de anticipo y no amortizados por el contratista es de: **TRES MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS VEINTITRES (3.169.658.623)**, independientemente de quién finalmente lo deba asumir, sea el contratista de los saldos a su favor o el garante con ocasión de la garantía otorgada.

A renglón seguido, alega el garante:

Resalta aquí, entonces, que la resolución acusada fuerza a mi mandante a erogar en favor de la Gobernación de Bolívar un valor adicional y totalmente indeterminado a las sumas que, con cargo a la póliza de seguros, ya estaría obligada a sufragar mi mandante, y sería más que suficiente para indemnizar los presuntos perjuicios causados a la entidad por la supuesta ocurrencia del siniestro relacionado con el incumplimiento del contrato de obra Núm. 2427 de 17 de julio de 2015; esto es, que SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. pague a la entidad MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS VEINTITRÉS (\$1.827.435.067) más otro tanto (incluso equivalente a esta suma), en el evento en que los saldos en favor del contratista sean insuficientes para dar cumplimiento al Artículo Cuarto de la Resolución Núm. 95 del 5 de marzo de 2020.





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Y frente a lo manifestado, es preciso aclarar que, la orden dada por la administración en Resolución No. 95 de marzo 5 de 2020, corresponde a: **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**. (Negrillas fuera del texto original)

Ahora bien, la secuencia que se seguirá el pago de la penalidad contenida la en cláusula décima primera del contrato de obra No. 2427 de 2015, es la siguiente:

Se descontará la suma de \$1.827.435.067, a título de penalidad, 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.

Si llegare a ocurrir que, los saldos adeudados por **LA GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR** al contratista **ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA.**, son insuficientes para cubrir el monto de la penalidad y entendiendo que además de lo anterior, se declaró 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.**, el valor antes mencionado, deberá ser cubierto por el Garante, esto es la compañía de seguros, por el acaecimiento del riesgo amparado.

El valor que será pagado administración a la administración, a título de penalidad es de: **MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SESENTA Y SIETE PESOS \$1.827.435.067** independientemente de quién finalmente lo deba asumir, sea el contratista de los saldos a su favor o el garante con ocasión de la garantía otorgada.

Se le aclara al recurrente que el soporte se encuentra en el acto administrativo contenido en la Resolución No. 95 de marzo 5 de 2020, por expresa disposición legal.

Por lo antes señalado, resulta improcedente lo alegado por el garante, frente a un cobro excesivo, desmedido o duplicado.



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

3. 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)

Manifiesta el garante en la sustentación de recurso interpuesto:

*"(...) 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 la 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 VÍCTIMA (EL ASEGURADO)**.*

Al respecto, tal como consta en la parte motiva de la Resolución No. 95 de marzo 5 de 2020, y conforme se manifestó al dar respuesta a la solicitud de nulidad, que en términos similares fue presentada por los citados, es preciso reiterar que:

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, conmutativo, y lo más importante para el caso que nos ocupa: **INTUITO PERSONAE**, y frente a esta última característica del contrato estatal nos permitimos traer a colación lo dispuesto en el último inciso, del artículo 41 de la ley 80 de 1993, así:

ARTICULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. *Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.*





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Inciso 2º modificado por la Ley 1150 de 2007, artículo 23. Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Los contratos estatales son intuitu personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Frente a esta situación antes señalada, en sentencia de la doctora Myriam Guerrero De Escobar⁵⁴ aclaró lo siguiente:

*Con base en la anotada precisión, la Sala concluyó **que la calificación de intuitu personae que se preconiza de los contratos estatales, no se refiere a la noción que, en estricto sentido, corresponde a dicho vocablo, aserto éste que se ve corroborado por la circunstancia de que la Administración tiene prohibido seleccionar al contratista atendiendo consideraciones de naturaleza subjetiva, imponiéndole la ley, al contrario, el deber de seleccionarlo objetivamente***⁵⁵*, en consideración a sus hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos.*

La Sala encontró válido condicionar la cesión del contrato a que el cedente, contratista originario, cuente con la previa aquiescencia de la entidad contratante, en cuanto que la Administración tiene a su cargo la obligación de asegurar que las condiciones que se tuvieron en cuenta al contratar se mantengan durante la ejecución del contrato. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 2º de febrero de 2008; M.P. Myriam Guerrero De Escobar, Exp. 21845

⁵⁵ Como lo previene el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva» (Cursiva fuera del texto original). (Cita de la sentencia)





RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

Consta en el expediente que, ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., ostenta la posición contractual de CONTRATISTA, en virtud del CONTRATO DE OBRA No. 2427 de julio 17 de 2015, mientras que, la relación jurídica existente entre la empresa INGELET S.A.S., y el contratista ELECTROENERGIZAR INGENIERIA LTDA., se reduce exclusivamente al subcontrato de algunas actividades contractuales.

Dicho esto, queda claro que no se efectuó la cesión del contrato de obra y en caso de que, se hubiere celebrado un contrato con este fin, el mismo resultaría inválido, pues faltaría la **autorización previa y expresa** de la entidad contratante por expresa disposición legal, situación que no ocurrió.

Ahora bien, sobre la publicidad del subcontrato, no se estableció como obligación contractual, legal o deber de garantía, de la entidad contratante, frente al tomador de la garantía y/o de la compañía de seguros, la notificación de la autorización de los subcontratos de actividades contractuales, por lo que no se configuran las consecuencias denunciadas por el garante en su recurso.

Por lo antes señalado, resulta improcedente lo alegado.

Se le aclara al recurrente que la revocatoria directa de los actos administrativos se encuentra consagrada en el capítulo IX del CPACA., y que la actuación que se adelanta en esta oportunidad corresponde al recurso de reposición que contra la Resolución No. 95 de marzo 5 de 2020 procede, según dispone el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

En virtud de todo lo anterior expuesto **EL SECRETARIO DE MINAS Y ENERGÍA DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**, en uso de las facultades delegadas por el Señor Gobernador,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: NO REPONER la RESOLUCIÓN No.95 DE MARZO 5 DE 2020 *"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del 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*



CENTRO ADMINISTRATIVO DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR – CAD.

Colombia, Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena de Indias, Municipio de Turbaco. Email: contactenos@bolivar.gov.co *www.bolivar.gov.co



RESOLUCION No.209 DE ABRIL 13 DE 2020

"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto contra la Resolución No.95 de marzo 5 de 2020."

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.", y en consecuencia CONFIRMARLA en todas sus partes, por las razones expuestas en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: 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.

ARTÍCULO TERCERO: Contra la presente resolución no procede recurso alguno, según lo dispone el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y demás normas concordantes.

ARTÍCULO CUARTO: 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 QUINTO: La presente resolución rige a partir de su expedición.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Turbaco – Bolívar, a los TRECE (13) días del mes de ABRIL de 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

