

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

LA SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en los artículos 209 y 211 de la Constitución Política; artículos 2, 11 y 12 de la Ley 80 de 1993; artículos 9, 10, 11 y 12 de la Ley 489 de 1998; artículos 17 y 21 de la Ley 1150 de 2007, artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, así como las competencias delegadas mediante el decreto departamental No. 159 del 20 de abril de 2021, y las demás normas vigentes aplicables, procede a emitir decisión de fondo dentro procedimiento administrativo sancionatorio contractual promovido por el presunto incumplimiento del **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA** a las obligaciones contraídas dentro del contrato de obra No. SI-C-4087 de fecha 14 de noviembre de 2018, negocio amparado con la garantía única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 51629, expedida por la compañía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, conforme a las siguientes consideraciones:

I. ANTECEDENTES

Que los artículos 209 de la Constitución Política y 3.º de la Ley 1437 de 2011 disponen que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Que, en ese mismo sentido, el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 consagra los fines de la contratación estatal, los cuales están orientados al 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.

Que mediante la resolución No. 839 del 4 de septiembre de 2018, la administración departamental aperturó el proceso de selección No. SA-SE-006-2018, bajo la modalidad de selección abreviada de menor cuantía, cuyo objeto consistía en la ejecución de las obras de "mejoramiento en placa huella de la vía que conduce desde la Ye de los Arrastres hasta el municipio de San Jacinto del Cauca del Departamento de Bolívar", el cual le fue adjudicado al **CONSORCIO SAN JACINTO DEL CAUCA**, identificado con NIT No. 901.223.412-7, con quien fue suscrito el contrato de obra No. SI-C-4087 de fecha 14 de noviembre de 2018 y cuyos integrantes se relacionan así:

Integrantes	NIT	Porcentaje de participación
BETCON INGENIERIA S.A.S.	901.026.583	40%
INTEC DE LA COSTA S.A.S.	830.502.135-1	35%
INGOSER S.A.S	9000.808.636-8	25%

*Esta información reposa en el documento de conformación del CONSORCIO SAN JACINTO DEL CAUCA.

Que, de conformidad con lo establecido en la cláusula tercera del referido contrato, el valor de las obras contratadas, inicialmente, ascendió a la suma de **DIEZ MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVEL MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON SIETE CENTAVOS M/CTE (\$10.625.389.652,07)**

Que, no obstante, mediante Otrosí No. 01-2019 del 30 de mayo de 2019, las partes acordaron reconocer mayores y menores cantidades de obra e ítems no previstos, así como la inclusión de actividades complementarias aumentando las cantidades de obra, y de actividades necesarias, indispensables e inseparables para el cumplimiento del objeto del contrato, lo que incrementó el valor del contrato en la suma de MIL CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

CIENTO VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS M/CTE (\$1.173.129.642,93), para un valor total del contrato de **ONCE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS DIECINUEVE PESOS CON DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO CENTAVOS M/CTE (\$11.798.519,295).**

Que, así mismo, tal como se evidencia en la cláusula sexta del texto obligacional, el plazo de ejecución para ejecución de las obras de mejoramiento en placa huella de la vía que conduce desde la Ye de los Arrastres hasta el municipio de San Jacinto del Cauca del Departamento de Bolívar, en principio, correspondió a seis (6) meses, contados a partir del perfeccionamiento, legalización del contrato y suscripción del acta de inicio, la cual fue firmada por las partes el 17 de diciembre de 2018. Sin embargo, y en atención a las adiciones en tiempo y las suspensiones acordadas por las partes, la ejecución del presente contrato se extendió hasta el 28 de febrero de 2021, tal como se advierte a continuación:

No.	DESCRIPCIÓN	FECHA DE SUSCRIPCIÓN	MOTIVO
1	OTROSÍ NO. 1	30 de mayo de 2019	Adición en tiempo de 6 meses *Hasta el 17 de diciembre de 2019
2	Acta de suspensión No. 1	1 de noviembre de 2019	Dificultades en el ingreso de las maquinarias y equipos de transporte a los puntos de extracción de los materiales granulados y pétreos, y la imposibilidad de ingreso de materiales, como cemento y acero, a los sitios de construcción por el mal estado de las vías de acceso al municipio de San Jacinto del Cauca,, por las fuertes lluvias presentadas en la región.
3	Acta de reinicio No. 1	7 de enero de 2020	Reactivación de las obras proyectadas por la reducción del flujo de maquinaria agrícola y camiones, lo que dificultaba en gran medida el desarrollo de la construcción de la playa huella y ponía en riesgo al personal de la obra.
4	OTROSÍ NO. 2	13 de febrero de 2020	Adición en tiempo de 1 mes y 16 días *Hasta el 30 de marzo de 2020
5	Acta de suspensión No. 2	10 de marzo de 2020	Calamidad pública por falta de agua en el municipio San Jacinto del Cauca, por los bajos niveles del río cauca, lo que afectaba el transporte de material y la construcción del proyecto,
6	Acta de Ampliación de suspensión No. 1	8 de abril de 2020	No encontrarse superadas las situaciones relativas a los bajos niveles del río Cauca, restricciones en la prestación del servicio de agua y dificultades en el transporte fluvial de materiales pétreos.
7	Acta de Ampliación de suspensión No. 2	9 de mayo de 2020	Pese a haberse incrementado los niveles del río causa, lo que facilitaba la navegabilidad y el suministro del líquido a la planta de tratamiento de la localidad, debían atenderse las medidas restrictivas por el estado de emergencia por causa del COVID-19, concretamente en la implementación de los protocolos de bioseguridad.
8	Acta de reinicio No. 2	9 de julio de 2020	Por ser posible el suministro del recurso de agua en el municipio de San Jacinto del Cauca y haber sido presentados los respectivos protocolos de bioseguridad.
9	OTROSÍ NO. 3	24 de julio de 2020	Adición en tiempo de 4 meses *Hasta el 28 de noviembre de 2020
10	Acta de suspensión No. 3	10 de agosto de 2020	El gremio de los arroceros de la zona solicitó suspender las actividades para sacar la cosecha del primer semestre por la única vía de entrada y salida del municipio de San Jacinto del Cauca, pues no existen vías alternas.

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

11	Acta de Ampliación de suspensión No. 3	28 de agosto de 2020	Los gremios de arroceros hasta la fecha continuaban con la primera cosecha y requerían más tiempo para recolectar la mayor parte de su producto, por tanto, la reactivación de las obras entorpecerían el proceso de transporte de arroz en la zona.
12	Acta de reinicio No. 3	22 de septiembre de 2020	Se redujeron las actividades de recolección y transporte de la cosecha de arroz, labores que dificultaban en gran medida el desarrollo del proyecto y ponían en riesgo el personal de la obra.
13	OTROSÍ NO. 4	10 de diciembre de 2020	Adición en tiempo de 2 meses Terminación el 28 de febrero de 2021

***La información alusiva a las fechas de suspensión y reinicio del contrato de obra pública No. SI-C-4087 de fecha 14 de noviembre de 2018, reposa en el expediente contractual y en las actas que, para tal efecto, fueron suscritas por las partes.**

Que para garantizar el amparo de los riesgos en la ejecución del contrato y conforme a lo establecido en la cláusula décima del texto obligacional, el **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA** constituyó la garantía única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 51629, otorgada por la compañía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, identificada con Nit. 860.026.518-6, en la que figura como beneficiario el **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** y que incluye los amparos de cumplimiento, prestaciones sociales y estabilidad de la obra.

Que la cobertura de la referida garantía fue ampliada por el contratista mediante ANEXO No. 13, en razón a lo establecido en el Otrosí No. 4 del 10 de diciembre de 2020, cuya aprobación, por parte de la administración departamental, se surtió mediante acta de fecha 25 de enero de 2021.

Que, igualmente, el contratista constituyó la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 12/35954, la cual fue ampliada mediante Anexo 8, expedido 22 de enero de 2021, por **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, con vigencia hasta el 28 de febrero de 2021, con un valor asegurado total de \$ 589.925.964.

Que el plazo de ejecución del contrato de obra pública No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, ampliado mediante Otrosí No. 4 del 10 de diciembre de 2020, feneció el 20 de febrero de 2021.

Que la interventoría CONSORCIO PZ 043, mediante informe CPZ043-1123-2018-193 del 8 de junio de 2021, complementó los informes de incumplimiento CPZ043-1123-2018-190 de 5 de abril de 2021 y CPZ043-1123-2018-191 de 13 de abril de 2021, en los que advirtió a la Secretaría de Infraestructura del **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** sobre el presunto incumplimiento contractual del **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, pues, luego de haber expirado el plazo de ejecución contractual, el contratista solo ejecutó el 90% de la obras programadas, quedando sin cumplir o sin ejecutar un 10% del total del valor del contrato obra, lo que representa la suma de MIL CIENTO SETENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTIÚN PESOS (\$1.179.979.221), por lo que recomendó el inicio del procedimiento sancionatorio en contra del ejecutor de las obras.

Que el porcentaje no ejecutado del contrato se encuentra representado en los siguientes ítems de obra:

ITEM	DESCRIPCIÓN (Corresponde a los ítems o productos contratados)		CANTIDADES TOTALES	CANTIDAD EJECUTADA	CANTIDAD POR EJECUTAR	% EJECUTADO POR ÍTEM
12	CUNETAS REVESTIDAS EN CONCRETO, CLASE D (CUNETAS-PLACA HUELLA)	M3	1.828,54	545,50	1.283,04	29,8%
14	ACERO DE REFUERZO PARA CONSTRUCCIÓN DE PLACA HUELLA	KG	266.478,77	212.769,80	53.708,97	79,8%

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

19	Concreto "Clase G". Ciclópeo - F' c: 175Kg/cm2. (Cabezotes, Enrocados de protección y Solados de boxcoulvert).	M3	50,00	-	50,00	0,0%
20	RELLENO PARA ESTRUCTURAS CON MATERIAL SELECCIONADO	M3	20,00	-	20,00	0,0%
21	GAVIONES DE MALLA DE ALAMBRE DE ACERO ENTRELAZADO	M3	80,00	-	80,00	0,0%
	SEÑALES DE TRANSITO GRUPO I	UN	53,00	-	53,00	0,0%
	SEÑALES DE TRANSITO GRUPO II	UN	13,00	-	13,00	0,0%
	CARACTERIZACION DE LA VIA	KM	24		24,00	0,0%

Que en lo que respecta al balance financiero del contrato se tiene que, a la fecha, la entidad departamental pagó a favor del contratista el 90% del valor total de las obras, quedando pendiente por ejecutar el 10% del valor del contrato, tal como se observa a continuación:

ACTA No.	DESCRIPCIÓN	ECHA DE PAGO	VALOR FACTURADO	% PAGADO
1	Acta parcial de obra No. 1	31-jul.-19	\$943.808.301,94	8,0%
2	Acta parcial de obra No. 2	6-feb.-20	\$ 1.320.290.719,82	11,2%
3	Acta parcial de obra No.3	31-jul.-20	\$ 1.234.109.323,23	10,5%
4	Acta parcial de obra No.4	14-oct.-20	\$ 1.409.021.927,33	11,9%
5	Acta parcial de obra No.5	30-oct.-20	\$ 1.249.747.786,45	10,6%
6	Acta parcial de Obra No. 6	1-jul-21	\$ 4.461.562.014,69	37,8%
TOTAL			\$ 10.618.540.073,46	90%

II. MARCO CONCEPTUAL DE LA PRESENTE DECISIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA

Que la Ley 80 de 1993, en sus artículos 4 y 5, establecen que las entidades estatales, en cumplimiento de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a su cargo, exigirán a los contratistas la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, y estos, a su vez, colaborarán con las mismas, en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad, evitando las dilaciones que pudieran presentarse.

Que el artículo 29 de la Constitución Política, consagra el debido proceso como un derecho fundamental e impone su observancia en todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Que, con relación al debido proceso en el escenario contractual, la Ley 1150 de 2007 puntualiza en su artículo 17:

"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

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo 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.

(...)"

Que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y la Ley 80 de 1993, en desarrollo del principio del debido proceso 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, éstas tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Así mismo, podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 contempla el procedimiento que deberán seguir las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y las sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.

Que el Artículo 2.2.1.2.3.1.19. del decreto 1082 de 2015, estipula: "(...)3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros (...)"

Que, sobre el ejercicio de potestad sancionatoria del Estado en materia Contractual, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido:

"En cuanto a la finalidad de la potestad sancionadora de la administración, la Corte Constitucional ha señalado que "(...) constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos."

De acuerdo con lo anterior, la imposición de sanciones contractuales, por parte de la administración, tiene naturaleza correctiva, pues pretende instar al obligado a cumplir los compromisos adquiridos. En este sentido, la Sala resalta la importancia histórica de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, pues en ella se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad -figuras que el legislador ha estimado necesarias para alcanzar los objetivos del Estado. Pero, de igual forma, se recuerda que su correcto ejercicio exige observar el derecho al debido proceso, según se ha dicho en otras ocasiones. Así mismo hay que agregar, que se debe observar el principio de proporcionalidad, en el cual se debe apoyar el servidor público, y eventualmente el juez, para imponer una sanción".¹

Que, en armonía con lo antes expuesto, la administración se ha servido de instrumentos jurídicos con el objetivo de dar cumplimiento al objeto y obligaciones pactadas con el contratista, lograr el desarrollo y satisfacción de los fines de la contratación pública y garantizar el cabal desenvolvimiento de sus actividades y funciones. Por ello, la legislación colombiana le ha otorgado tradicionalmente a las entidades públicas ciertas potestades,

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Bogotá D. C., Noviembre Trece (13) De Dos Mil Ocho (2008), Radicación Número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009)

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

prerrogativas, poderes que le permiten estar en una situación de superioridad, prevalente y privilegiada, frente al particular contratista.

Que, dentro de esas prerrogativas legales se pueden enlistar, entre otras, la caducidad, la interpretación unilateral; la modificación unilateral; la cláusula de reversión y las cláusulas de multas y penal pecuniaria. Las dos últimas son manifestaciones de la llamada potestad sancionatoria de la Administración Pública que hace parte del género *Ius Puniendi* del Estado.

Que, en el ordenamiento jurídico colombiano, la consagración de la precitada potestad que tienen las entidades, en materia contractual, se encuentra determinada en los artículos 14 al 20 de la ley 80 de 1993, armonizado con los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que frente al tema concreto de las sanciones a imponer por parte del Estado, el tratadista Juan Ángel Palacio Hincapié, apoyándose en el doctrinante español Manuel María Díez, expresa que, en el tema contractual, existen tres (3) diferentes clases a saber: las sanciones Pecuniarias; las Coercitivas y las Resolutorias y que "(...) refiriéndose a las primeras (las pecuniarias) (...) tienen un objetivo preventivo, "el de intimidarlo", y un fin de reparación del fin sufrido, con lo que se ubica su concepto en lo que se denomina en el régimen contractual colombiano como multa y cláusula penal".

Que, en suma, la Administración Pública tiene la facultad de sancionar al contratista que no ha ejecutado o ejecutado tardía y/o defectuosamente el objeto y obligaciones pactadas en el contrato estatal, mediante la declaratoria de incumplimiento parcial o total, pudiendo imponer sanciones de orden pecuniario, tales como la cláusula penal pecuniaria y/o las multas.

III. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA PÚBLICA POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO No. SI-C-4087 DEL 14 DE NOVIEMBRE DE 2018

3.1 Citación a los convocados, literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

Que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 491 de 2020, la Secretaría de Infraestructura del Departamento de Bolívar, el 24 de septiembre de 2021, notificó vía correo electrónico al **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, identificado con NIT No. 901.223.412-7, y la compañía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, en calidad de garante del ejecutor de las obras, el oficio GOBOL-21-040728, mediante el cual se remitió la citación de que trata el artículo 86 en cita, en la que fueron relacionados los hechos que fundan el presunto incumplimiento, así como las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones eventualmente procedentes, programándose la realización de la respectiva audiencia sancionatoria para el 1 de octubre de 2021, a las 9:30 a.m., a través de la plataforma digital MICROSOFT TEAMS. Igualmente, se remitió copia del informe CPZ043-1123-2018-193 del 8 de junio de 2021, rendido por la interventoría, junto a sus respectivos anexos.

3.2. Desarrollo de la audiencia, inciso 1° del literal b del artículo 86 de la ley 1474 de 2011

Que el 30 de septiembre de 2021, el representante legal del **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA** solicitó el aplazamiento de la audiencia sancionatoria, la cual fue concedida por la Secretaría de Infraestructura a través del oficio GOBOL-21-041710 del 30 de septiembre de 2021, reprogramándose su realización para el 5 de octubre de 2021, a las 9:00 a.m., por los medios virtual inicialmente previstos.

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

3.2.1. Sesión No. 1: 5 de octubre de 2021, a las 9:00 a.m.

Que llegada la fecha y hora establecida para el desarrollo de la audiencia sancionatoria dentro del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, se constató el acceso de los representantes y/o apoderados de la aseguradora y de la interventoría, a través del link enviado de la plataforma MICROSOFT TEAMS. No obstante, siendo las 9:15 a.m., el representante legal del consorcio contratista remitió a la Secretaría de Infraestructura, vía correo electrónico, una nueva solicitud de aplazamiento, justificada en la incapacidad médica que lo cobija, expedida por el Instituto Médico de Alta Tecnología de Montería, cuya vigencia se extiende hasta el 23 de octubre de 2021, frente a lo cual este despacho dispuso la suspensión de la diligencia, cuya fecha para su reanudación sería fijada mediante oficio separado.

Que por medio del oficio GOBOL-21-042313 del 5 de octubre de 2021, esta dependencia señaló como fecha para la continuación de la audiencia sancionatoria el 7 de octubre de 2021, a las 9:00 a.m., conminando al consorcio contratista a comparecer a través de su representante legal suplente o un apoderado especial, a quien le puede ser conferido poder en los términos del Decreto 806 de 2020.

3.2.2. Sesión No. 2: 7 de octubre de 2021, a las 9:00 a.m.

Que siendo la 9:23 a.m. del 7 de octubre de 2021, la Secretaria de Infraestructura del Departamento de Bolívar reanudó el curso de la audiencia sancionatoria, dejando constancia del acceso del apoderado de la compañía aseguradora, así como del representante de la interventoría, a quienes les fue concedido el uso de la palabra para que se identificaran y especificaran la calidad en la que comparecían.

Que en representación de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, compareció **ESTEBAN SOSA-ROSTAN GARCÍA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.020.791.510, portador de la tarjeta profesional No. 313.817 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado sustituto de la compañía aseguradora, tal como consta en la sustitución del poder allegado electrónicamente.

Que, por parte de la **INTERVENTORÍA CONSORCIO PZ 043**, se hizo presente el ingeniero **GUILLERMO VALENCIA PINZÓN**, en su calidad de representante legal del consorcio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.227.221, y el ingeniero **JORGE MONTIEL PERALTA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 15.725.831 de Chinú, Córdoba, en calidad de asistente del representante legal de la interventoría.

Que se verificó la asistencia del contratista, advirtiéndose la no comparecencia de su representante legal principal o suplente, o de su apoderado especial, frente a lo cual la Secretaria de Infraestructura dejó constancia de la comunicación radicada por el representante legal del **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, el 6 de octubre de 2021, a las 5:05 p.m., en la que comunicó la radicación de una acción de tutela en contra del ente departamental, por la presunta vulneración a su derecho fundamental al debido proceso, y solicitó a este despacho abstenerse de continuar con la celebración de la audiencia sancionatoria que se estaba llevando a cabo.

Que tal como consta en el minuto 20:22 en adelante de la grabación de la referida diligencia, frente a la última comunicación remitida por el consorcio contratista, el despacho dejó constancia de los siguientes aspectos: en primer lugar, se hizo constar que el documento fue enviado por fuera de la jornada laboral de la Gobernación de Bolívar, entendiéndose, para todos los efectos, como su fecha de radicación el día siguiente hábil, esto es, el 7 de octubre de la presente anualidad, a las 7:00 a.m. Por otro lado, se dejó constancia que, si bien el contratista comunicó la radicación de la aludida acción de tutela, a la fecha, no habíamos sido notificado de la admisión del instrumento constitucional, como tampoco del decreto de la

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

medida provisional solicitada en el libelo de la tutela, encaminada a sustraer al ente departamental de la competencia para adelantar la actuación sancionatoria que nos ocupa, razón por la cual, la Secretaría de Infraestructura, en virtud de la delegación conferida por el señor gobernador, conservaba la habilitación legal para iniciar y llevar hasta su culminación el procedimiento administrativo sancionatorio promovido en contra del **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**.

Que precisado lo anterior, y en cumplimiento de orden del día propuesto en la citación remitida mediante oficio GOBOL-21-040728 del 24 de septiembre de 2021, se realizó un breve recuento del contrato y su ejecución; así mismo, dio lectura de los hechos constitutivos del presunto incumplimiento contractual, de las normas y cláusulas posiblemente violadas, de los cargos imputados y de las eventuales consecuencias que podrían derivarse para el contratista, intervención que quedó registrada en los minutos 27:00 a 1:08:59 de la grabación de la audiencia.

Que, una vez llegada la oportunidad para que las partes presentes realizaran sus intervenciones, se concedió el uso de la palabra al representante de la interventoría, quien presentó el informe CPZ043-1123-2018-193 del 8 de junio de 2021, el cual guarda estricta correspondencia con el informe que sustentó el inicio de la presente actuación, el cual fue debidamente notificado a las partes, y que daba cuenta del presunto incumplimiento por parte del consorcio contratista, apreciaciones que quedaron registradas en los minutos 1:09:10 a 1:23:35 de la grabación de la diligencia.

Que, en este estado de la diligencia, la Secretaría de Infraestructura, nuevamente, dejó constancia que ni el representante legal del consorcio contratista, ni su apoderado especial, han comparecido para efectos de su representación a la presente audiencia, a quienes este despacho ha otorgado todas las garantías propias de su derecho fundamental al debido proceso, por las razones señaladas en los minutos 1:24:30 al 1:27:50 de la grabación.

Que, por su parte, el apoderado de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, en ejercicio de los derechos a la defensa y contradicción de la compañía aseguradora, rindió los descargos del caso, y aportó y solicitó la práctica de pruebas, quedando registro de dicha intervención en los minutos 1:28:11 al 1:45:30 de la grabación de la diligencia del 7 de octubre de 2021.

3.2.3. Decreto y práctica de pruebas

Que, en el curso de actuación sancionatoria, el apoderado de la compañía aseguradora aportó las siguientes pruebas documentales:

1. *"Se aporta como prueba documental la póliza No. 51629 con sus modificaciones y las condiciones generales de la póliza."*

Que, así mismo, el mencionado profesional del derecho solicitó el decreto de las siguientes pruebas:

2. *"Se solicita la exhibición de los siguientes documentos:*
 - a. *Decreto 159 del 20 de abril de 2020 señalado en la p. de la citación.*
 - b. *La tutela presentada por el contratista el día de ayer.*
 - c. *De conformidad con el artículo 36 del CPACA, se solicita que se traslade al presente procedimiento todo el expediente físico contractual el cual comprenda todos los antecedentes del contrato, es decir, todos los documentos y estudios previos de la Gobernación, así como toda la documentación cruzada entre el contratista la interventoría y la entidad, incluyendo todos y cada uno de los correos electrónicos remitidos por la entidad y recibidos por la entidad del consorcio, y quien fungiera como interventor del proyecto.*
 - d. *En los términos del artículo 275 y subsiguientes del CGP, el interventor rinda un informe que dé cuenta del estado financiero del contrato, esto es, los pagos*

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

hasta ahora realizados y que restan por pagar del contrato, en comparación con el valor del contrato".

Que, con el ánimo de estudiar la conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas aportadas y/o solicitadas, para el esclarecimiento de la verdad procesal y la formación de la convicción objetiva para tomar la decisión que corresponda dentro de la actuación sancionatoria contractual, al minuto 1:54:45, la Secretaría de Infraestructura consideró necesario decretar un receso de veinte (20) minutos, el cual fue ampliado posteriormente, por quince (15) minutos más.

Que al minuto 2:59:45, y con fundamento a lo estipulado en el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, la Secretaría de Infraestructura reanudó el desarrollo de la diligencia y resolvió abrir el periodo probatorio dentro del presente procedimiento administrativo sancionatorio por el término de dos (2) días hábiles, ordenando al incorporación al acervo probatorio de la actuación, así como el decreto de las siguientes pruebas documentales por encontrarlas conducentes, pertinentes y útiles con el objeto del trámite de marras. En dicha oportunidad se resolvió:

- ❖ Incorporar la Póliza No. 51629 con sus modificaciones y las condiciones generales de la póliza.
- ❖ Acceder a la remisión del decreto 159 de 2020, el cual será enviado al correo electrónico del apoderado especial de la compañía aseguradora.
- ❖ Remitir copia del expediente contractual del contrato SI-C-4087-2018, referente a los documentos y estudios previos.

Que la referida decisión quedó notificada a las partes en estrado y contra la cual no procedía recurso alguno, tal como lo preceptúa el citado artículo 40 de la Ley 1437 de 2011.

Que siendo las 12:31 p.m., en virtud de la apertura del periodo probatorio, el despacho consideró necesario suspender la referida diligencia para practicar las pruebas decretadas, fijándose como fecha para la reanudación de la misma el doce (12) de octubre de 2021, a las 9:00 a.m.

Que mediante oficio GOBOL-21-043102 del 8 de octubre de 2021, enviado vía correo electrónico al apoderado especial de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA.**, fueron remitidas las pruebas documentales decretadas en el curso de la audiencia realizada el día 7 de igual mes y año, quien, por ese mismo medio, confirmó el recibido de la referida documentación.

Que en razón a los compromisos misionales indelegables que debía atender la Secretaría de Infraestructura del Departamento de Bolívar, los cuales coincidían con la fecha y hora prevista para la continuación de la audiencia sancionatoria, mediante oficio GOBOL-21-043447 del 11 de octubre de 2021, notificado vía correo electrónico al contratista, la compañía asegurado y la interventoría, se reprogramó la continuación de la misma para el 13 de octubre de 2021, a las 3:00 p.m.

3.2.4. Sesión No. 3: 13 de octubre de 2021, a las 3:00 p.m.

Que llegada la oportunidad prevista para la continuación de la diligencia sancionatoria, como cuestión previa, este despacho dejó constancia que, si bien mediante auto de fecha 11 de octubre de 2021, el Juzgado Segundo civil Municipal de Cartagena de Indias admitió la acción de tutela interpuesta por el consorcio vía San Jacinto del Cauca en contra del Departamento de Bolívar, ese mismo despacho judicial resolvió negar la solicitud de medida provisional solicitada por el accionante, encaminada a suspender el curso de la presente actuación sancionatoria. Tal precisión se efectuó con el ánimo de dejar claridad sobre aspectos que fueron abordados en la sesión del 7 de octubre de 2021.

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

Que, luego de verificar el acceso de las partes al link compartido para la celebración de la misma, se dejó constancia que, en representación de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** compareció **ESTEBAN SOSA-ROSTAN GARCÍA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.020.791.510, portador de la tarjeta profesional No. 313.817 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado sustituto de la compañía aseguradora, a quien le viene siendo reconocida personería.

Que, por parte de la **INTERVENTORÍA CONSORCIO PZ 043**, se hizo presente el ingeniero **ANDRÉS EDUAEDO ROJAN SÁNCHEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.518.141 de Bucaramanga, a quien le fue conferido poder especial por el ingeniero **GUILLERMO VALENCIA PINZÓN**, en su calidad de representante legal de la interventoría.

Que se verificó la asistencia del contratista, advirtiéndose nuevamente la no comparecencia de su representante legal principal o suplente, o de su apoderado especial.

Que el apoderado de la compañía aseguradora manifestó no tener reparo alguno frente a las pruebas documentales solicitadas y decretadas por el despacho en la sesión del 7 de octubre de 2021, y remitidas mediante oficio GOBOL-21043102 del 8 de octubre de 2021, por lo que se continuó con el orden del día, dando paso a la expedición de la decisión contenida en el presente acto.

IV. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR LAS PARTES

4.1. Descargos y manifestaciones, inciso 2° del literal b del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

4.1.1. De CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.

Que el apoderado de la aseguradora, en ejercicio de los derechos a la defensa y contradicción que le asisten a la entidad garante del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, manifestó sus descargos en la sesión del 7 de octubre de 2021, argumentos y manifestaciones que se resumen a continuación:

Como manifestación preliminar, consideró conveniente la suspensión de la audiencia sancionatoria mientras se espera las resultas de la acción de tutela presentada por el contratista en contra de la administración departamental.

Ahora bien, en lo que respecta al fondo del asunto, el profesional del derecho esbozó lo siguiente:

- 1)** En primer lugar, consideró que la citación no cumple con la carga de la claridad exigida por la vasta jurisprudencia del Consejo de Estado, pues, a su juicio, no se aclara cuál es el amparo que se podría llegar a afectarse en caso que se declare el incumplimiento, lo que cercena lo posibilidad de ejercer una debida defensa de la aseguradora, dado que la naturaleza de los diferentes amparos cobijados en la póliza de cumplimiento varía entre sí.

Así las cosas, considera que el procedimiento sancionatorio que nos concita, de entrada, llegaría a ser violatorio del derecho fundamental al debido proceso de su prolijada, pues no le permite a la aseguradora defenderse, máxime, cuando la interventoría ha hecho referencia a la presunta pérdida del ganado de un propietario cuyo terreno colinda con el área de intervención de la obra, sin que los hechos de incumplimiento consignados en la citación hagan expresa mención a esta situación, por lo tanto se solicita que no sea incorporado, salvo que se vuelva a iniciar el procedimiento.

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

- 2) Por otro lado, existe un tema de meridiana importancia y es que la entidad se encuentra imposibilitada para hacer efectiva la cláusula penal, pues, de antaño el legislador ha dispuesto que el desarrollo del procedimiento sancionatorio contractual debe estar revestido de varias garantías en favor del contratista y la compañía aseguradora, las cuales, en caso de desatenderse, se entenderán como una vulneración al derecho al debido proceso, dentro de las que se encuentra el derecho a no ser juzgado si no conforme a la existencia de leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Fundamenta su dicho en la sentencia del 22 de octubre del 2012, expedida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, expediente 20738, pronunciamiento que hace mención a la habilitación por ley que tienen las partes en el campo del derecho público, al igual que en el privado, para pactar las conductas que dan lugar a la imposición de sanciones con sus correspondientes penas. El núcleo mínimo del derecho fundamental al debido proceso, exige que una norma legal o contractual contemple la falta y las sanciones, de tal suerte que, si no lo hace el contrato, la administración no puede imponer sanciones, *so pena* de violar el debido proceso.

En otras palabras, la ley y el contrato deben exponer específicamente cuál es la conducta sancionada y cuál es la sanción a aplicar, y los términos en que ella puede ser aplicada. En el presente caso, tal como lo señala el literal b de la cláusula décimo primera del contrato, las partes pactaron que la imposición de la sanción penal está habilitada cuando hay un cumplimiento total o la declaratoria de caducidad. Claramente, no se está frente a un escenario de caducidad, porque ya venció el plazo de ejecución contractual, y tampoco frente a la presencia de un incumplimiento total del contrato, pues, si bien hay dos presuntos incumplimientos, relativos a la no presentación de informes, ello no implica que nunca se hubieran presentado, además que tampoco cabe duda que la obra se encuentra un avance del 90%. En ese orden de ideas, no existe habilitación para que la entidad pueda imponer la cláusula penal.

- 3) Por otro lado, alega que existe una falta de competencia temporal por parte de la administración departamental para adelantar el presente procedimiento, pues el límite máximo en el que podía promover la actuación sancionatoria se extendió hasta antes que se cumplirán los seis meses para la liquidación contractual, lo que guarda correspondencia con el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, posición reiterada en la sentencia del 25 de mayo de 2011, proferida por la Sección C del Consejo de Estado, dentro del expediente 18017.

En el presente caso, la lectura es totalmente contraria, pues el término para la liquidación del contrato, establecido en la cláusula vigésimo primera del contrato, venció el 26 de agosto de 2021, por lo que salta a la vista que la gobernación ya había perdido la competencia para dar inicio al procedimiento de tal naturaleza; de ahí, que el mismo deba ser inmediatamente archivado.

- 4) Como último punto, el profesional del derecho estimó que la cláusula penal, en caso que llegase a proceder y se desatendieran los puntos anteriores expuestos, está tasada desproporcionalmente, por estar demostrado que el contratista ejecutó un porcentaje de avance de obra que es desconocido por la entidad en la citación. El Consejo de Estado ha reconocido de antaño que debe existir una disminución proporcional de la cláusula penal en contratos que tuvieran un avance parcial de actividades, de tal suerte, que si mayor es el avance de la obra, menor es la imposición de la cláusula penal. En el presente caso, por registrarse un avance el 90%, como máximo podrían ponerse el 10% del límite de la cláusula penal, esto es, 117 millones y algo más. Sobre el particular, cita las sentencias de fecha 13 de mayo de 1980, 13 de noviembre del 2008 proferida dentro del expediente 17009, y del 2 de diciembre de 2015, expedida por la Subsección a, Subsección C del Consejo de Estado, dentro del expediente 36285.

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

Ahora bien, en caso que se desatienda lo anteriormente dicho, es importante que la entidad tenga en cuenta el límite máximo asegurado en la póliza que no puede ser superado, pues hay una interdependencia en cuanto a los amparos.

Así mismo, debe tenerse en cuenta la figura de la compensación, contemplada en las cláusulas generales de la póliza, en especial, la cláusula 7.3, que determina la forma en que la aseguradora pagará a la entidad contratante en caso q el contratista no lo haga.

4.1.2. Del CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA

Que el consorcio contratista no compareció por conducto de su apoderado especial y/o suplente, ni a través de un apoderado especial, a la sesión realizada el 7 de octubre de 2021 por la plataforma MICROSOFT TEAMS; de ahí, que, en la oportunidad concedida para ejercer su derecho a la defensa y contradicción, no presentó los descargos, justificaciones y/o explicaciones relacionados con el caso objeto de la actuación.

V. ANÁLISIS Y PRONUNCIAMIENTO DE LA SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA

Que frente a los descargos y demás argumentos presentados en el desarrollo de la diligencia de fecha 7 de octubre de 2021, la Secretaría de Infraestructura del Departamento de Bolívar esboza las siguientes consideraciones:

5.1. Estructuración de la citación en los términos descritos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

Esta secretaría considera que el argumento expuesto por el togado apoderado de la aseguradora, está construido y soportado en un análisis subjetivo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre la claridad y precisión que debe tener la citación para el inicio de la actuación sancionatorio contractual, dejando de lado el procedimiento contenido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

El procedimiento previsto en el artículo aludido, inicia cuando la entidad estatal advierta, a partir de unos hechos y de un informe de interventoría o de supervisión, la existencia de un posible incumplimiento del contrato. Prosigue con la citación al contratista, al que se dará noticia expresa y detallada de tales hechos e informes, de las normas o cláusulas que habrían sido violadas y de las consecuencias que podrían derivarse de ello, para debatir lo ocurrido, en una audiencia, a la que también se convocará al garante. En la audiencia se volverá a dar cuenta de lo manifestado en la citación y se dará la oportunidad al contratista y al garante de presentar sus descargos, de aportar pruebas y de controvertir las pruebas presentadas por la entidad. La audiencia se puede suspender para practicar otras pruebas, sea de oficio o a petición de parte, cuando se estime que ellas son conducentes y pertinentes o necesarias. El procedimiento concluye con una resolución motivada en la cual se decide la declaración o no del incumplimiento. Por último, si la entidad estatal tiene noticia de la "cesación de la situación de incumplimiento", puede "dar por terminado el procedimiento".

Así pues, la norma que regula el procedimiento sancionatorio contractual, estableció un prerrequisito para la existencia misma de la citación, cual es el de evidenciar, por cualquier medio, circunstancias que conlleven a un incumplimiento del contrato en cuestión.

Sobre el caso de marras, la citación contenida en el oficio GOBOL-21-040728 de fecha 24 de septiembre de 2021, aportó las pruebas necesarias que dan evidencia y certeza del incumplimiento del contrato, como se explica en los hechos, los cargos imputados y las consecuencias que se derivan de lo anterior, los cuales estuvieron acompañados del informe de incumplimiento presentado por el INTERVENTOR – CONSORCIO PZ 043 – mediante oficios

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

CPZ043-1123-2018-190 de fecha 05 de abril de 2021, complementado mediante comunicado CPZ043-1123-2018-193 de fecha 8 de junio de 2021, insumos que, a todas luces, le permitían ejercer a la aseguradora su derecho de contradicción y defensa, pues los mismos daban cuenta del estado final del contrato luego de haber fenecido el término previsto para la ejecución de las obligaciones contraídas.

Se debe decir, de la lectura de los hechos del 29 al 35 de la citación, que las partes fueron informadas, de manera clara y detallada, sobre las circunstancias que dieron origen al presente proceso administrativo sancionatorio, pues de los hechos allí contenidos se desprendieron las normas y/o cláusulas posiblemente violadas, siendo mencionados igualmente los derechos y deberes que le asistían al ejecutor de las obras, contenidos en las respectivas cláusulas del contrato, los cuales se encontraban trasgredidos y desatendidos, dada la omisión del mismo de cumplir a cabalidad, dentro del plazo convenido, el objeto contractual.

Así pues, fueron expresamente señaladas la cláusula segunda "FUNCIONES. RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA Y DECLARACIONES", en sus literales "l", "r", "g", "k" del ordinal 2.2. (FUNCIONES ESPECIFICAS), numeral "2" del ordinal 2.3. (OBLIGACIONES ESPECIFICAS DEL CONTRATISTA) y la Cláusula SEXTA (TERMINO DE EJECUCIÓN). Más adelante, se detallaron los cargos a imputar, los cuales se denominaron así: **(i)** NO EJECUCIÓN TOTAL DE LA OBRA DE ACUERDO CON LA PROGRAMACIÓN APROBADA POR EL INTERVENTOR DENTRO PLAZO CONTRACTUAL, **(ii)** NO PREPARAR Y PRESENTAR MENSUALMENTE INFORMES TÉCNICOS, FINANCIEROS, Y DE PROGRAMACIÓN; **(iii)** NO ELABORAR UN INFORME SEMANAL DE CONSTRUCCIÓN CON INCLUSIÓN DE LOS ELEMENTOS ADMINISTRATIVOS Y TÉCNICOS DEL CONTRATO.

Como se puede apreciar, las formulaciones de los cargos desarrollada con la citación guardan coherencia y congruencia con los hechos esbozados en el informe de interventoría, los cuales corresponden a la realidad misma del contrato, siendo lo suficientemente claros y concretos para permitirles, tanto al contratista como a la compañía aseguradora, ejercer su derecho a la defensa, en el sentido de demostrar, **1)** Haber cumplido el 100% del objeto contratado, **2)** Haber presentado ante la interventoría los informes técnicos desde el mes de octubre de 2020 y, **3)** Haber presentado los informes semanales desde el mes de agosto de 2020.

En ese orden, con meridiana claridad, se infiere que la citación remitida a las partes cumple en su totalidad con los requisitos formales y sustanciales exigidos en la ley para garantizar el debido proceso de las partes involucradas, pues, se encuentra debidamente motivada y fundada en el informe de interventoría que sustenta el presunto incumplimiento del consorcio contratista respecto de las obligaciones contraídas en el contrato de obra pública No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, además que su contenido da cuenta de la exposición ordenada y detallada de los hechos constitutivos de incumplimiento, así como de las normas y cláusulas vulneradas, y de las sanciones eventualmente procedentes.

Ahora bien, frente al planteamiento del apoderado de la aseguradora referente a que, la entidad contratante limitó la posibilidad de ejercer una verdadera defensa a los intereses de su prohijada, pues no se especificó el amparo de la garantía única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 51629, que llegaría a ser afectado en caso de una eventual declaratoria de incumplimiento, debemos señalar que, tal como se advierte en las condiciones generales de las pólizas aportadas por el profesional del derecho, incorporados al acervo probatorio de la presente actuación, los diferentes amparos que pueden ser cubiertos en la mencionada garantía se encuentran expresamente definidos, variando entre cada uno de ellos los riesgos asegurados.

Para el caso del amparo de cumplimiento del contrato, el numeral 1.2. del documento contentivo de las condiciones generales de la póliza señala:

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

"1.2. AMPAROS DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO:

1.2.1. TOTAL O PARCIAL DEL CONTRATO, SIEMPRE Y CUANDO EL INCUMPLIMIENTO SEA IMPUTABLE AL CONTRATISTA.

1.2.2. CUANDO SE PRESENTE EL CUMPLIMIENTO TARDÍO O DEFECTUOSO DEL CONTRATO IMPUTABLE AL CONTRATISTA.

1.2.3. POR LOS DAÑOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA POR ENTREGAS PARCIAL DE LA OBRA, CUANDO EL CONTRATA NO PREVÉ ENTREGAS PARCIALES.

1.2.4. ESTE AMPARO COMPRENDE EL PAGO DEL VALOR DE LAS MULTAS Y DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA." (Negritas fuera del texto original)

En el presente asunto, de los fundamentos de hecho y de derechos expuestos en el documento de la citación se evidencia con claridad que el pasado 28 de febrero del año 2021, venció el plazo de ejecución contractual y luego de haber transcurrido siete (7) meses desde dicho vencimiento, el contratista no ha hecho entrega de la obra ejecutada al 100% a la entidad departamental, lo que se constituye en un incumplimiento total del objeto del contrato y daría lugar a la imposición de la cláusula penal pecuniaria. Tales supuestos encajan en los criterios definidos el numeral 1.2.1 de las condiciones generales de la póliza No. 51629, infiriéndose así, que el único amparo cuya afectación resultaría procedente ante la eventual declaratoria de incumplimiento, sería el amparo de cumplimiento del contrato, máxime, cuando los demás amparos contenidos en la póliza no contemplan los riesgos derivados del incumplimiento total del contrato².

Pretender condicionar la legalidad de la presente actuación a la mención de un supuesto aspecto meramente formal, que además no se compasa con la realidad (el mandato legal y el estricto cumplimiento de lo preceptuado en la Ley 1474 de 2011), al cual este despacho se ha referido, con suficiente claridad y de manera justificada, durante todo el cuerpo de la citación, constituye una conducta de extremo rigor que desconoce lo señalado en la citación y pretende enervar la primacía de aspectos sustanciales sobre las formalidades.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-499 de 2015, ha sostenido:

"5.4. Prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades.

5.4.1. El artículo 228 de la Constitución prevé que en las actuaciones que se adelanten ante la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial. Este tribunal ha puesto de presente que el derecho formal o adjetivo, valga decir, el que rige el procedimiento tiene una función instrumental, pese a que de él depende la garantía del principio de igualdad ante la ley y en su aplicación y el freno a la arbitrariedad, no es un fin en sí mismo.

5.4.2. Al tener una función instrumental, el derecho formal o adjetivo es un medio al servicio del derecho sustancial, de tal suerte que su fin es la realización de los derechos reconocidos por el derecho sustancial. Entre uno y otro existe una evidente relación de medio a fin. De ahí que, la conducta de sacrificar el derecho sustancial, por el mero culto a la forma por la forma, se enmarque dentro de una de las causales específicas de

² Artículo 2.2.1.2.3.1.7. decreto 1082 de 2015. Garantía de cumplimiento. Art. 9 LEY 84 DE 1873.

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, como es el caso del exceso ritual manifiesto". (Subrayas nuestras).

En ese orden, es dable colegir que la citación contenida en el GOBOL-21-040728 de fecha 24 de septiembre de 2021, reúne todas las exigencias prevista en la ley, la jurisprudencia constitucional y en la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues comprende, con suma claridad y detalle, los cargos que se le imputan al contratista, en aras de garantizarle la oportunidad de ejercer correctamente su derecho a la defensa y contradicción, garantías que igualmente le han sido reconocidas y respetadas a la compañía aseguradora, por lo que no resulta acertado lo expuesto por su apoderado.

5.2. Procedencia de la cláusula penal

Sobre este aspecto, en primer lugar, debemos señalar que las partes al suscribir el contrato No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, convinieron la siguiente estipulación:

"DECIMA PRIMERA – SANCIONES: (..) b) PENAL PECUNIARIA: En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total de las obligaciones derivadas del presente Contrato, EL CONTRATISTA pagará a EL DEPARTAMENTO a título de pena pecuniaria, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del Contrato. La imposición de esta pena pecuniaria se considerará como pago parcial y definitivo de los perjuicios que cause a EL DEPARTAMENTO. No obstante, EL DEPARTAMENTO se reserva el derecho de cobrar perjuicios adicionales por encima del monto de lo aquí pactado, siempre que los mismos se acrediten. Tanto el valor de las multas, como el de la cláusula penal pecuniaria serán descontados de los pagos que se efectúen al EL CONTRATISTA. El pago de la cláusula penal pecuniaria estar amparado mediante póliza de seguros en las condiciones establecidas en el presente Contrato. PARAGRAFO: APLICACIÓN DEL VALOR DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS: El valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria se tomará del saldo a favor de EL CONTRATISTA si lo hubiere, o de la garantía constituida. Si esto último no fuere posible, se cobrará por vía ejecutiva"

Conforme con lo pactado contractualmente, se tiene que, en caso de incumplimiento total, la administración departamental se encuentra habilitada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en contra del contratista **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**.

En consecuencia, sea lo primero explicar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 1592 del Código Civil, "la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a la pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal".

Ahora bien, el artículo 1594 de la norma ibídem establece el tratamiento de la obligación principal y la pena por mora, así: "(...) Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal. (...)."

Por regla general, esta es una compensación de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, por lo que no es objeto de prueba, toda vez que la pena estipulada es una apreciación anticipada de los perjuicios.

Asimismo, acerca de la cláusula penal, particular la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Magistrado Ponente Luis Alonso Rico Puerta, puntualizó:

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

"(...) 2.3. La cláusula penal.

Resulta pertinente hacer algunas puntualizaciones sobre el concepto de «cláusula penal», (...).

Pues bien, en el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina «cláusula penal» al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de «cláusula penal compensatoria» y en el segundo, «cláusula penal moratoria»; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación.

En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una «obligación accesoria», en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación; igualmente, constituye una «obligación condicional», porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la «obligación principal»; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos."

Así y a fin de establecer el tratamiento de la obligación principal y la pena en este caso en particular, le corresponde a la Secretaría de Infraestructura del Departamento de Bolívar, reconocer que el contratista **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA** ha incumplido con el objeto del Contrato No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, pues no ejecutó el cien por ciento (100%) el objeto contratado, esto es, entregar el "MEJORAMIENTO EN PLACA HUELLA DE LA VÍA QUE CONDUCE DESDE LA YE DE LOS ARRASTRES HASTA EL MUNICIPIO DE SAN JACINTO DEL CAUCA, DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR", dejando pendiente la realización de actividades contractuales relacionadas con: (i) CUNETAS REVESTIDAS EN CONCRETO, CLASE D (CUNETAS- PLACA HUELLA); (ii) ACERO DE REFUERZO PARA CONSTRUCCION DE PLACA HUELLA; (iii) ACERO DE REFUERZO PARA CONSTRUCCION DE PLACA HUELLA; (iv) Concreto "Clase G". Ciclópeo - F' c: 175 Kg/cm². (Cabezotes, Enrocados de protección y Solados de boxcoulvert); (v) RELLENO PARA ESTRUCTURAS CON MATERIAL SELECCIONADO; (iv) GAVIONES DE MALLA DE ALAMBRE DE ACERO ENTRELAZADO; (v) SEÑALES DE TRANSITO GRUPO I; (vi) SEÑALES DE TRANSITO GRUPO II; y, (vii) CARACTERIZACION DE LA VIA, las cuales resultan necesarias e indispensables para el normal funcionamiento de la obra. Igualmente, el incumplimiento contractual se encuentra representado en la no presentación de los informes mensuales y semanales sobre la ejecución de la obra.

A modo complementario de las condiciones anteriormente referidas del presente acto, se tiene para efectos de establecer la competencia de la Secretaría de Infraestructura del Departamento de Bolívar, para hacer exigible el pago del valor de la Cláusula Penal al contratista **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, dentro del procedimiento que ahora nos asiste, el Artículo 4º de la Ley 80 de 1993, en lo relacionado con los deberes de las entidades del Estado, señala que para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales, entre otros: "(...)1. Exigirán al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrá hacer al garante".

El Numeral 1º del Artículo 26 de la Ley 80 de 1993, determina en virtud del principio de responsabilidad, los servidores públicos, están obligados, entre otros, a "buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato".

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

En concordancia con lo anterior, los incisos 10, 20 y 30 del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establecen:

*"Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. *Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

Posteriormente, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 estableció:

"(...) El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de Conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo 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 (...)"

Finalmente, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone que las entidades sometidas al Estatuto General de la 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 lo cual establece el procedimiento y la ritualidad para surtir tales declaraciones y hacerlas efectivas. Las consecuencias que la ley establece en caso de incumplimiento del contrato.

De tal manera le asistía a la Secretaría de Infraestructura, la facultad para llevar a cabo el procedimiento de imposición de sanciones y declaratorias de incumplimiento en contra del CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, a fin de hacer efectiva al contratista la cláusula penal pactada en el contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018 de conformidad con lo señalado en el punto II del presente acto Administrativo.

Frente al reparo de aplicación total de dicha sanción, este despacho se pronunciará más adelante.

5.3. Competencia *pro tempore* del Departamento de Bolívar para promover el procedimiento sancionatorio contractual dentro del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018

Según los descargos presentados por el apoderado de la compañía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, el problema jurídico que se plantea respecto de este punto, consiste en definir si el **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** tenía o no competencia para iniciar el procedimiento sancionatorio contractual dentro del negocio jurídico de la referencia, habiendo vencido el plazo previsto para la liquidación bilateral y unilateral del mismo. Para ello, este despacho considera menester realizar un recuento de los precedentes jurisprudenciales aplicables a lo largo de las disposiciones normativas que han regulado los contratos estatales,

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

con el ánimo de determinar cuál es el criterio vigente e imperante para la interpretación de la temporalidad sancionatoria dentro del contrato de marras.

5.3.1. Evolución jurisprudencial sobre la competencia temporal de la entidad estatal para imponer la cláusula penal pecuniaria

A continuación, revisaremos las posiciones adoptadas por el Consejo de Estado, en relación con los límites temporales para imponer las sanciones, en especial, la cláusula penal, por el incumplimiento del contratista.

- ❖ **Decreto 222 de 1983**, "por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones".

Durante la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, las entidades podían declarar la caducidad e imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, siempre que esta última facultad quedara estipulada en el respectivo contrato; de la misma forma, y tal como lo señalaba el artículo 72 de esa misma obra, la cláusula penal pecuniaria debía estar incluida en el contrato, la cual se haría efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

No obstante, y pese a la consagración expresa de tales atribuciones como extensión del poder sancionatorio de las entidades estatales, en ninguna de las disposiciones que hacían mención a la multa, la caducidad y la cláusula penal, el legislador de la época estableció el límite temporal con el que contaba la entidad para resolver sobre la imposición de las mismas, por lo que le correspondió al Consejo de Estado interpretar el momento hasta el cuál era posible imponer dichas sanciones.

Según la línea jurisprudencial vigente para dicha época, para esa Corporación una entidad estatal podía declarar el incumplimiento del contratista, únicamente para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, después de vencido el plazo de ejecución y hasta su liquidación³.

- ❖ **Ley 80 de 1993**, "por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

Por su parte, la Ley 80 de 1993 no estableció de manera expresa la posibilidad de pactar e imponer multas ni la cláusula penal en los contratos estatales, por lo que antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, fueron dos posiciones las posiciones adoptadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la oportunidad con la que contaban las entidades estatales para imponer las referidas sanciones:

- i. Entre los años de 1993 y 2005**, el Consejo de Estado sostuvo que era posible pactar e imponer y hacer efectivas la multa y la cláusula penal, las cuales podían pactarse en los contratos estatales como sanción por el incumplimiento del contratista, conservando la administración la competencia para imponerlas directamente, en virtud del carácter ejecutivo de los actos administrativos previsto para ese momento en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo⁴.

En este período, el Consejo de Estado sostuvo la misma interpretación que hizo frente a los límites temporales para imponer sanciones bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983,

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia No. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24.697) de 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero. Tesis también sostenida en el expediente N.º 18.017 de 25 de mayo de 2011, C.P. que a su vez recoge la línea establecida en la Sentencia 3.615 de 29 de enero de 1.988, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Ver también sentencia No. 18.017 del 25 de mayo de 2011.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto con radicado No. 13.988 del 4 de junio de 1998, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

es decir, las multas y la caducidad debían declararse dentro del plazo del contrato, y la cláusula penal hasta su liquidación.⁵

- ii. **Entre el 2005 y el 2007** el Consejo de Estado sostuvo que la Ley 80 de 1993 no facultaba a la administración para imponer las multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos estatales, como sí lo prescribía el Decreto 222 de 1983, por lo que si bien, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, era posible pactarlas, la entidad no podía hacerlas efectivas directamente, pues dicha facultad proviene de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada.

Por lo anterior, en dicho período no fue necesario abordar el estudio frente al límite temporal de la imposición de sanciones al contratista incumplido.

- ❖ **Ley 1150 de 2007**, *"por medio de la cual se introducen medidas para le eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos"*.

A partir de la expedición de esta ley, a diferencia de la Ley 80 de 1993, sí se determinó de manera expresa que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden imponer las multas pactadas en el contrato, así como declarar su incumplimiento con la finalidad de hacer efectiva la cláusula penal, **siempre que se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista**, expresión que quedó consignada de manera taxativa en el artículo 17 de esa misma obra.

En ese orden, se tiene que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 sometió la competencia de las entidades estatales para imponer la multa y la cláusula penal pecuniaria, no a un plazo, sino a una condición, esto es, que *"se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista"*; de ahí, que sea dable colegir que, en vigencia de la aludida legislación, la aplicación de tales sanciones no se encuentra sometida a los criterios jurisprudenciales anteriormente imperantes, estos son, al plazo de ejecución del contrato o al periodo para su liquidación, pues, a la luz del nuevo rasero, mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, en cualquier momento, la entidad puede imponer la multa o hacer efectiva la cláusula pena.

Ese cambio de paradigma fue reconocido, incluso, por la jurisprudencia del Consejo de Estado al abordar el estudio de la competencia temporal para imponer sanciones a la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, cuyo pronunciamiento hito sobre la materia dispuso:

"No obstante, en vigencia de la Ley 1150 de 2007 este mismo problema – competencia temporal para imponer sanciones-, en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, cambió de sentido, esta vez no por una variación introducida por la jurisprudencia a sus propias tesis, sino porque la ley 1150 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se conserva "mientras esté pendiente la ejecución" del contrato, así es que de ninguna manera quedó limitado a que se haga sólo "durante el plazo" del contrato. En este sentido, el inciso primero del art. 17 de esta ley expresa categóricamente: "... Esta decisión... procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista..."

En los términos indicados, dependiendo del régimen jurídico que rija cada contrato (Decreto-ley 222 de 1983, Ley 80 de 1993 o ley 1150 de 2007-, el problema de la temporalidad para ejercer el poder de declaración unilateral del

⁵ Al respecto ver sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. 50422-23-31-000-1992-01369-01 (17.031) de 20 de noviembre de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, así como las sentencias del 6 de junio de 1996, expediente 2.240, y del 18 de julio de 1997, expediente 10.103.

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

*incumplimiento tiene diversas respuestas, según se sea: la caducidad, las multas o la cláusula penal pecuniaria."*⁶

A manera de colofón, se tiene entonces que, a lo largo de la evolución normativa y jurisprudencial de los poderes sancionatorios contractuales, la competencia *pro tempore* de las entidades públicas para declarar el incumplimiento de su contratista e imponer la cláusula penal pecuniaria pactada en el respectivo contrato, ha estado marcado por los siguientes límites temporales:

1. En vigencia del Decreto 222 de 1983, la cláusula penal pecuniaria se podía imponer dentro del plazo de ejecución del contrato y fuera de él, pero sin exceder la liquidación.
2. A partir de la expedición de la Ley 80 de 1993 y antes del 16 de julio de 2007⁷, por un tiempo, se mantuvo vigente la anterior interpretación, para finalmente proscribir cualquier posibilidad de la entidad estatal relativa a imponer unilateralmente la cláusula penal.
3. En vigencia de la Ley 1150 de 2007, la cláusula penal se puede imponer dentro del plazo del contrato o por fuera, siempre que esté pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.

5.3.2. Análisis del caso concreto

En el asunto *sub examine*, en primer lugar, debemos colegir para la fecha en que fue celebrado el contrato de obra No. SI-C-4087, esto es, el 14 de noviembre de 2018, ya se encontraba vigente el régimen contractual contenido en la Ley 1150 de 2007; de ahí, que, para efectos de la imposición de la cláusula penal por el incumplimiento del contratista, debía atenderse lo dispuesto en el artículo 17 de esa normatividad.

Así pues, en lo que refiere a la oportunidad con la que contaba la administración departamental para promover el procedimiento sancionatorio de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se tiene que tal atribución, a las voces del canon antes en cita, persiste mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, sin que haya lugar a considerar la aplicación un criterio adicional que torne extintivo en el tiempo el ejercicio de tal prerrogativa, como quiera que dicha disposición no lo contempló.

Para el apoderado de la compañía aseguradora, el **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** perdió competencia para tramitar el procedimiento sancionatorio en contra del **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, pues la citación que, para tales los efectos, fue remitida al contratista y a su garante, data de una fecha posterior al vencimiento de los seis (6) meses con los que contaba la administración para liquidar el negocio jurídico celebrado. Dicha postura, de cara al recuento jurisprudencial anteriormente realizado, corresponde a la tesis sostenida por el Consejo de Estado durante la vigencia del Decreto 222 de 1983, por lo que solo resulta aplicable para los contratos celebrados bajo el imperio del mencionado decreto o con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007, supuestos de hecho que no aplican para el asunto que nos concita.

En ese orden, y de acuerdo a la tesis vigente en la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸, respaldado por el mandato legal, debemos concluir que el punto de partida para interpretar correctamente el ejercicio de la competencia *pro tempore* de la entidad departamental, en lo

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia N.o 23001-23-31-000-2000-02857-01(24.697) de 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero. De la misma forma, esta tesis se expone en el expediente N.o 18.017 de 25 del mayo de 2011, C.P. Enrique Gil Botero.

⁷ Corresponde a la fecha de expedición de la Ley 1150 de 2007

⁸ También puede consultarse CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Subsección C Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ (E) Bogotá D.C., Febrero trece (13) de dos mil quince (2015) Radicación: Demandante: Demandado: Referencia: 05001-23-31-000-1996-01171-01 (26.938)

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

relativo a la imposición de la cláusula penal pecuniaria en un acuerdo de voluntades celebrado en vigencia de la Ley 1150 de 2007, como lo es caso del contrato No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, debe ser el condicionamiento referente a *"mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista"*, incumplimiento que por persistir en el contrato suscrito con el **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, habilita a la administración departamental para promover en contra de aquel el procedimiento sancionatorio de marras, aún por fuera del término previsto para su liquidación, pues, se reitera, este aspecto temporal solo aplica para negocios celebrados bajo regímenes contractuales distintos a la Ley 1150 de 2007.

5.4. No procedencia del principio de proporcionalidad para la aplicación de la cláusula penal por el presunto incumplimiento contractual del CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA

Por otro lado, y en lo que atañe a la aplicación de la cláusula penal pecuniaria en el porcentaje total pactado en la cláusula décimo primera del contrato No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, lo cual, a juicio, del apoderado de la compañía aseguradora, resulta contrario al principio de proporcionalidad que rige la imposición del monto de dicha sanción, este despacho considera necesario efectuar las siguientes precisiones:

Tratándose del monto de la cláusula penal pecuniaria frente aquellos eventos en los que el contratista ejecutó parcialmente las obras a las que se obligó con la suscripción del contrato, se tiene que, si bien es cierto que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1.596 del Código Civil, el deudor que cumple solo una parte de la obligación principal, a quien el acreedor le haya aceptado esa parte, tiene derecho a la disminución de la aludida sanción en proporción al nivel de cumplimiento alcanzado, también lo es que, cuando se está frente a un objeto contractual de carácter indivisible, la proporcionalidad a la que invita la disposición en cita cesa en su efecto vinculante, debiendo, por tanto, aplicarse en un totalidad del porcentaje pactado por concepto de cláusula penal.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado:

"De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño. En otras palabras, puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante, lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, como quiera que no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor.

Finalmente, cabe agregar que si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve al contratante su ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada.⁹ (Negritas fuera del texto original)

Frente a la indivisibilidad de las obligaciones, el artículo 1581 del Código Civil dispone:

"Artículo 1581. Definición de obligaciones divisibles e indivisibles. La obligación es divisible o indivisible según tenga o no tenga por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota.

⁹ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Enrique Gil Botero, Bogotá D. C., Noviembre Trece (13) De Dos Mil Ocho (2008), Radicación Número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009)

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

Así, la obligación de conceder una servidumbre de tránsito, o la de hacer construir una casa, son indivisibles; la de pagar una suma de dinero, divisible."

Ahora bien, a contrario sensu, refiriéndose al objeto divisible de un contrato, el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al estudiar una controversia suscitada dentro de contrato de obra cuyo objeto estaba encaminado a la construcción de obras civiles y de mantenimiento en varios caminos vecinales, dispuso lo siguiente:

"No cabe duda que la cláusula penal introdujo una tasación anticipada de perjuicios por incumplimiento del contrato, la cual se acordó en forma bilateral para cualquiera de las partes que incumpliera, por el monto equivalente 20% del valor estimado del contrato en caso de incumplimiento.

Se puntualiza que el objeto del contrato determinó en forma separada para cada una de las obras, de donde se advierte que era un objeto divisible en cuanto a su cumplimiento o incumplimiento, amén de que las partes acordaron valores, tiempos y condiciones para la ejecución identificando cada uno de los tramos.

En tal sentido, para efectos de dar aplicación a la cláusula penal sobre el valor estimado del incumplimiento procede tomar como base el monto de la obra incumplida."¹⁰ (Subrayas fuera del texto original)

Con fundamento en las disposiciones citadas en precedencia, se tiene que las obligaciones que se derivan del objeto del contrato No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, el cual estaba encaminado al "mejoramiento en placa huella de la vía que conduce desde la Ye de los Arrastres hasta el municipio de San Jacinto del Cauca del Departamento de Bolívar", son de naturaleza indivisible, pues se trata de una prestación íntegra, indivisa y total, no susceptible de ser cumplida en fracciones menores o por partes, en tanto el objeto de la obligación consiste en una obra acabada, que solo tiene valor si se entrega en su integridad.

Dicha aseveración, se encuentra soportada en el clausulado mismo del referido negocio jurídico, pues tal como reza en su cláusula segunda¹¹, el contratista se obligó con el ente departamental a ejecutar la obra en las condiciones y especificaciones técnicas exigidas, garantizando la correcta realización de las actividades, para finalmente entregar la obra contratada en las condiciones óptimas esperadas, sin que, en ningún caso, se haya contemplado su cumplimiento de manera fraccionada o por partes, lo cual alteraría la esencia misma de la obligación.

Como soporte de lo anteriormente señalado, y tal como lo aseguró el representante legal de la interventoría en la diligencia de fecha 7 de octubre de 2021, cuya intervención quedó registrada en el minuto 1:48:20 y siguientes de la respectiva grabación, de no ejecutarse las obras identificadas como inconclusas, estas son, bordillos, cunetas y rellenos¹², las cuales representan el 10% del incumplimiento contractual, se corre el riesgo de afectar la estabilidad de las obras ya ejecutadas por el contratista y pagadas por la administración departamental. Dicha apreciación, desde un punto de vista técnico, justifica el carácter indivisible del objeto del contrato que nos ocupa, en tanto, sin la ejecución integral de los diferentes componentes y/o actividades programadas, no podrá garantizarse la funcionalidad de la obra contratada como tampoco logrará satisfacerse las necesidades colectivas que pretendían ser atendidas.

El juicio de proporcionalidad y razonabilidad que propone frente a la tasación de cláusula penal no es de carácter meramente métrico, por el contrario, con él se busca la valoración de todas y cada una de las variables o circunstancias de peso o importancia que rodean la ocurrencia de los hechos a fin de establecer una estimación equitativa y razonada que se corresponda

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C.P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá, D.C., Dos (2) De Diciembre De Dos Mil Quince (2015) Radicación Número: 47001-23-31-000-2001-00660-01(36285)

¹¹ "CLAUSULA SEGUNDA: FUNCIONES, RESPONSABILIDADES DEL CONTRATISTA Y DECLARACIONES"

¹² Página 9 del informe de interventoría CPZ043-1123-2018-193 del 8 de junio de 2021

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

con los postulados de la justicia e igualdad material, y en el caso en concreto, la indivisibilidad del objeto contractual, la necesidad del mismo entendido como un todo para la correcta ejecución y cumplimiento del objeto del contrato, la necesidad ciudadana a satisfacer, la obra ejecutada resultante expuesta por la utilidad, necesidad y relevancia funcional del aspecto restante del objeto entendido como un todo, no puede pretenderse una escisión métrica.

En ese orden, y por encontrarnos frente a un evento que, bajo el derrotero marcado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, excepcionalmente, permite la imposición total de la cláusula penal pecuniaria aun cuando medie la ejecución parcial de la obligación principal, como lo es la indivisibilidad del objeto del contrato, este despacho colige que, en el presente caso, resulta procedente la aplicación de dicha sanción en la proporción establecida en el literal b de la cláusula décimo primera del contrato No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, cuya tasación se mantiene en el monto inicialmente señalado en la citación remitida a las partes, esto es, en la suma de MIL CIENTO SETENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE PESOS M/CTE (\$1.179.851.929), equivalentes al 10% del valor total del contrato.

5.5. No aplicación de la figura de la compensación para obtener el pago de la cláusula penal pecuniaria

Finalmente, y frente a la figura de compensación alegada por el apoderado de la compañía asegurada, debe tenerse en cuenta que, tal como lo señala el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la misma resulta aplicable cuando existan sumas adeudadas a favor del contratista, con cargo a las cuales la entidad estatal podrá obtener el pago de la cláusula penal pecuniaria impuesta como consecuencia de la correspondiente declaratoria de incumplimiento.

En el presente caso, debemos colegir que no existen saldos a favor del **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, pues de acuerdo al balance de ejecución financiero entregado por la interventoría CONSORCIO PZ 043, relacionado igualmente en la citación contenida en el oficio GOBOL-21-040728 del 24 de septiembre de 2021, se tiene que la ejecución física del contrato guarda estricta correspondencia con los pagos realizados a favor del contratista, mediante las actas parciales de obra debidamente allegadas y soportadas, lo que se traduce en un 90% de ejecución tanto físico como financiero.

Así mismo, y si bien, de acuerdo a la forma de pago establecida en la cláusula cuarta del texto obligacional, resta un último pago equivalente al 10% del valor del contrato, el mismo se realizaría una vez la entidad contratante recibiera a satisfacción las obras y se suscribiera la respectiva acta de recibo final, supuesto de hecho que no se materializó en el mencionado acuerdo de voluntades, pues el consorcio contratista, pese a haber expirado el plazo de ejecución contractual, no ejecutó a satisfacción las obras a su cargo, por lo que, se trata de recursos no ejecutados del contrato que, en ningún caso, pueden ser considerados como saldos a favor del contratista; correspondiéndole, entonces, a la compañía aseguradora asumir el pago del siniestro de cumplimiento, en caso de encontrarse acreditado el incumplimiento endilgado al **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, en calidad de tomador de la garantía única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 51629 – Anexo 13.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Que luego de haber sido confirmada la competencia temporal del **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** para adelantar el procedimiento sancionatorio contractual en contra del **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, por el presunto incumplimiento a las obligaciones contraídas en el marco del contrato No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, y haber sido absueltos los demás reparos formulados por las partes en sus escritos de descargos, sin advertirse la existencia de impedimentos que le sustraigan a la administración

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

la potestad para valorar el fondo del presente asunto, procede la Secretaría de Infraestructura a efectuar las siguientes consideraciones:

6.1. Del incumplimiento contractual del CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA

Tal como lo informó el CONSORCIO PZ 043, mediante informe de interventoría CPZ043-1123-2018-193 del 8 de junio de 2021, pese a los múltiples requerimientos escritos dirigido al consorcio contratista, el 28 de febrero de 2021, operó el fenecimiento del plazo contractual sin que aquel cumpliera satisfactoriamente con las obligaciones a su cargo, pues solo alcanzó un nivel de ejecución del 90% de la obra programada, lo que representa un incumplimiento al cronograma de obra aprobado por el interventor, y, reiterativamente, desconoció el deber que le asistía de presentar mensualmente los informes técnicos, financieros y de programación, así como remisión de los informes semanales de construcción con inclusión de los elementos administrativos y técnicos del contrato.

En ese orden, la interventoría relaciona como desatendidas las obligaciones contenidas en las siguientes cláusulas:

- **"PRIMERA: OBJETO:** EL CONTRATISTA se obliga para con EL DEPARTAMENTO a ejecutar la obra cuyo objeto es el "MEJORAMIENTO EN PLACA HUELLA DE LA VÍA QUE CONDUCE DESDE LA YE DE LOS ARRASTRES HASTA EL MUNICIPIO DE SAN JACINTO DEL CAUCA, DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR".
- **"SEGUNDA: FUNCIONES, RESPONSABILIDADES DEL CONTRATISTA Y DECLARACIONES:"** el Contratista ha incumplido con las siguientes obligaciones:
 - Literal "l" del ordinal 2.2 (FUNCIONES ESPECÍFICAS), que determina: "Preparar y presentar mensualmente informes técnicos, financieros, y de programación, en los cuales se analice el programa de ejecución de los trabajos, las documentaciones de los cambios, las inversiones realizadas, los recursos de personal (incluyendo los empleos directos e indirectos, los equipos utilizados y todos los demás aspectos que permiten el adecuado seguimiento y control de las obras)". El contratista no presentó informes técnicos desde el mes de octubre de 2020.
 - Literal "r" del ordinal 2.2 (FUNCIONES ESPECÍFICAS), que establece: "Elaborar un informe semanal de construcción con inclusión de los elementos administrativos y técnicos del Contrato, incluyendo todos los datos sobre su desarrollo y memorias técnicas de construcción de las obras. Este informe deberá ser presentado a la interventoría". El contratista de la obra no presentó informes semanales desde el mes de agosto de 2020.
 - Literal "g" del ordinal 2.2 (FUNCIONES ESPECÍFICAS), que estipula: "Coordinar el oportuno suministro y manejo de materiales destinados a las obras del proyecto, los procesos de elaboración de los materiales y presentar los certificados de garantía de calidad que avalen el cumplimiento de la calidad especificada". El contratista de la obra, en la última fracción del contrato, mes de febrero de 2021, no contaba con el suministro total de los materiales suficientes para terminar todas las obras por ejecutar.
 - Literal "k" del ordinal 2.2 (FUNCIONES ESPECÍFICAS), que requiere: "Cumplir los programas de trabajo, y presentar mensualmente al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR los informes de los programas de trabajo". El contratista no presentó los informes mensuales de cumplimiento de los programas de trabajo.
 - Numeral 2 (EN RELACIÓN CON EL PROGRAMA DE TRABAJO E INVERSIONES) del ordinal 2.3 (OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA), que en su literal "a" indica: "Ejecutar las obras de acuerdo con el programa general aprobado por el Interventor". El Consorcio Vías San Jacinto del Cauca se mantuvo con incumplimiento del cronograma de obra desde el inicio del mes de febrero de 2021

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

hasta el 28 de febrero de 2021, fecha en la que tuvo un retraso del 10% entre la obra ejecutada y la programada.

- **"SEXTA: TÉRMINO DE EJECUCIÓN"**. Luego de las diferentes prórrogas otorgadas al contratista, es evidente que no pudo finalizar las obras dentro del último período contractual convenido.

En el *sub examine*, ni el consorcio contratista ni la compañía aseguradora desvirtuaron los hechos constitutivos de incumplimiento contractual ventilados dentro del presente procedimiento sancionatorio contractual, pues, al acervo probatorio de la actuación, no allegaron prueba o evidencia alguna que diera cuenta de la ejecución del 10% restante del contrato, como tampoco de la presentación de los referidos informes técnicos mensuales y semanales.

Si bien, el apoderado especial de la compañía aseguradora formuló una serie de planteamientos en torno a la competencia de la entidad departamental para promover el aludido trámite sancionatorio, al igual que cuestionó la procedencia de la aplicabilidad de la cláusula penal pecuniaria en el porcentaje y monto sugerido por el despacho, los cuales fueron despachos desfavorablemente, lo cierto es que no controvertió, de manera expresa y fundada, el núcleo duro de la actuación de marras, el cual se encontraba representado en el incumplimiento total de las obligaciones contractuales a cargo del contratista, pues no hizo ningún reparo frente a las obras estimadas como faltantes como tampoco allegó prueba que demostrara la debida ejecución de las mismas.

Por su parte, el consorcio contratista no aportó ni solicitó la práctica de pruebas tendientes a evidenciar el cumplimiento cabal del objeto del contrato ni la satisfacción integral de las obligaciones desatendidas, ni se allanó al cumplimiento.

Desde la fecha de expiración del plazo contractual, esto es, el 28 de febrero de 2021, han transcurrido siete (7) meses sin que el consorcio contratista haya entregado la obra ejecutada al 100% a la entidad departamental, como tampoco hubiere allegado los informes mensuales y semanales que daban cuenta de la periodicidad de las obligaciones satisfechas; de ahí, que para desvirtuar los hechos constitutivos de incumplimiento y dejar sin sustento la presente actuación, las partes debían demostrar **(i)** el cumplimiento del 100% del objeto contratado y la presentación, **(ii)** de los informes técnicos mensuales desde el mes de octubre de 2020, **(iii)** y de los informes semanales desde el mes de agosto de 2020, evidencias que se echan de menos en la presente actuación.

En ese orden, es claro que, al no ser desvirtuados los argumentos concluyentes de incumplimiento sostenidos por la administración departamental y al evidenciarse, con suficiente claridad, el no desarrollo de la totalidad de las actividades a cargo del **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA** dentro del plazo contractual convenido, resulta procedente la declaratoria de incumplimiento total del contrato No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018 y la imposición de las sanciones correspondientes.

6.2. Imposición de la cláusula penal pecuniaria

Como consecuencia del incumplimiento total del contrato No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, procede el despacho a imponer la cláusula penal pecuniaria, pactada por las partes con carácter indemnizatorio, en contra del contratista **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, en el siguiente monto:

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

DESCRIPCIÓN	BASE DE LIQUIDACIÓN	VALOR SANCIÓN A IMPONER
Incumplimiento en la ejecución total del contrato	10% del valor total del contrato según literal "b" de la cláusula décimo primera.	\$1.179.851.929

Que, por no existir saldos a favor del contratista para cubrir el valor de la cláusula penal, el mismo deberá ser asumido por la compañía garante, esto es, **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, con cargo a la garantía única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 51629 – Anexo 13, como se encuentra contemplado en el parágrafo de la cláusula decimo primera del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, en concordancia con el numeral 7.3. de las condiciones generales de la póliza.

Que, en mérito de lo expuesto, la Secretaría de Infraestructura del Departamento de Bolívar

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR** y el contratista **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, identificado con NIT 901.223.412-7, cuyo objeto consistía en la ejecución de las obras de *"mejoramiento en placa huella de la vía que conduce desde la Ye de los Arrastres hasta el municipio de San Jacinto del Cauca del Departamento de Bolívar"*, por las consideraciones expuestas en parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER al contratista **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, identificado con NIT 901.223.412-7, representado legalmente por HUGO ARMANDO CANABAL HOYOS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.932.959 de Montería, Córdoba, e integrado por las sociedades BETCON INGENIERIA S.A.S. con NIT 901.026.583, INTEC DE LA COSTA S.A.S. con NIT 830.502.135-1, e INGOSER S.A.S con 9000.808.636-8, la cláusula penal pecuniaria prevista en cláusula décimo primera del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, en la suma de **MIL CIENTO SETENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE PESOS M/CTE (\$1.179.851.929)**, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR LA OCURRENCIA DEL SINIENTRO DE INCUMPLIMIENTO TOTAL** dentro contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, amparado en la garantía única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 51629 y sus anexos, expedida por **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, identificada con NIT 860.026.518-6, cuyo tomador es el **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, identificado con NIT 901.223.412-7, fungiendo como beneficiario y asegurado el **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**. Lo anterior, con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de acuerdo con lo expuesto en el presente acto.

ARTÍCULO CUARTO: El valor de la suma impuesta en el artículo segundo deberá ser consignado por el contratista sancionado, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la

RESOLUCIÓN No. 878 DE OCT. 13 DE 2021

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria"

fecha de ejecutoria de la presente decisión, a órdenes de la SECRETARÍA DE HACIENDA DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – TESORERÍA.

ARTÍCULO QUINTO: Vencido el término concedido en el artículo anterior sin que el contratista allegue copia de la consignación del valor de la cláusula penal pecuniaria impuesta, por no existir saldos a favor que compensar, dicho valor deberá ser cubierto por la compañía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, con cargo a la garantía única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 51629 – Anexo 13, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1079 del Código de Comercio.

ARTÍCULO SEXTO: La presente decisión queda notificada a las partes en estrado, de conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO SÉPTIMO: PUBLÍQUESE el presente acto administrativo en el Sistema Electrónico de Contratación Pública SECOP, de conformidad con lo ordenado en el Artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012 modificatorio del Artículo 31 de la Ley 80 de 1993.

ARTÍCULO OCTAVO: De conformidad con lo previsto en el numeral 6.2., artículo 6º de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012, modificatorio del Artículo 31 de la Ley 80 de 1993, **INFÓRMESE** a la Cámara de Comercio y a la Procuraduría General de la Nación de lo resuelto en el presente acto administrativo, para su conocimiento y los asuntos de su competencia.

ARTÍCULO NOVENO: Contra la presente decisión procede el recurso de reposición el cual podrá interponerse, sustentarse y decidirse en el curso de la audiencia pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Dada en el municipio de Turbaco, Bolívar, a los trece (13) días del mes de octubre de 2021.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA MARGARITA MANRIQUE TERÁN
SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

Proyectó: María Margarita Blanco Caro - Asesora Externa Secretaría Jurídica 

Proyecto: Gustavo Marrugo Lozada – Asesor Externo Secretaría de Infraestructura 