

Resolución No. 000233
17 DE AGOSTO DE 2021

“Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 000252 del 28 de septiembre de 2020”

LA JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA-CORMAGDALENA

En ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, en especial las conferidas en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Ley 1437 de 2011, Decreto 1082 de 2015, Resolución 217 de 2007, Resolución 00334 del 2019, y

CONSIDERANDO

I. COMPETENCIA

Que el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, establece como fines de la contratación Estatal, que "(...) Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (...)".

Que, en concordancia con lo anterior, los numerales 1º y 2º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, establecen respectivamente lo siguiente: "(...) Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: 1º: Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrá hacerse al garante, 2º: Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar (...)".

Que el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, establece, que para la realización de los fines de la contratación estatal, los contratistas, entre otros derechos y deberes, "Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas las impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y en trabamientos que pueden presentarse".

Que el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, en relación con los principios que rigen las actuaciones contractuales de las entidades estatales, dispone que: "Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y los particulares del Derecho Administrativo".

1

Que el numeral 1º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, determina en virtud del principio de responsabilidad, que 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.*"

Que, en concordancia con lo anterior, los incisos 1º, 2º y 3º 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 (...)".

Que el artículo 3º de la Ley 489 de 1998, establece los principios de la función administrativa, señalando que "*(...) La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.*

"Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen (...)".

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 "Por la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos", dispone en relación con el debido proceso:

"Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede 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 el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, establece que: “*Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal*”, conforme al procedimiento establecido en la misma disposición.

Adicionalmente, el Consejo de Estado ha señalado que ante los vacíos o lagunas del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se debe acudir a la parte primera de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), así:

“*(...) debe sumarse la regulación hecha en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la cual establece un procedimiento administrativo especial para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, de forma tal que en la actualidad existe un cause procedural para la declaratoria de caducidad. Aun así, no se debe dejar de lado que el nuevo código de procedimiento administrativo, a diferencia de lo que ocurría con el decreto 01 de 1984, establece un procedimiento administrativo sancionatorio, que si bien es cierto constituye una actuación administrativa especial tiene un carácter general para aquellas autoridades que tienen encomendadas la competencia de imponer sanciones ante la ocurrencia de infracciones administrativas. Lo anterior significa que, ante los vacíos o lagunas que se presenten en las actuaciones contractuales de carácter sancionatorio (en este caso la declaratoria de caducidad) la autoridad administrativa debe llenarlos, en primer lugar, con las disposiciones de la ley 1437 de 2011 que regulan lo referente al procedimiento administrativo sancionatorio (artículos 47 a 52) y, sólo en aquellos eventos en los que las lagunas sigan presentándose, acudir al procedimiento administrativo general consagrado en el mismo cuerpo normativo. (...)*”¹

El artículo 2.2.1.2.3.1.19 del decreto 1082 de 2015, establece: “*(...) 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. (Decreto 1510 de 2013, artículo 128)*”

Que mediante la Resolución No. 00334 del 2019, se delegan funciones en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica para iniciar los procedimientos administrativos sancionatorios, incluyendo la recepción de los descargos, y surtir todo el debate probatorio hasta su culminación y adoptar la decisión de fondo correspondiente.

II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 22 de octubre de 2012, radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

El jueves 13 de septiembre de 2018 se presentó colapso de parte de la placa contigua al ala norte del Terminal Fluvial de Yuma, que implica una perdida acelerada e irresistible del terreno que soporta el edificio, razón por la cual CORMAGDALENA procedió a efectuar las verificaciones técnicas pertinentes. Según comunicación interna del 14 de septiembre de 2018, emitida por el equipo técnico de la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación de CORMAGDALENA se concluyó con relación al estado de la Terminal Fluvial Yuma:

...”Una vez presentadas las primeras evidencias de fallo de la tablestaca, esta estructura colapsó de forma intempestiva e imprevisible en menos de tres días, aspecto que evidenció el avance acelerado del evento de socavación y erosión. En este punto, la situación estructural de fallo de la tablestaca y del adyacente que soporta la edificación del Terminal se torna irresistible toda vez que la tablestaca ya ha colapsado, el caudal del río ha ingresado y ha lavado parte del terreno, lo que conlleva a no sea posible resistir el evento con obras diferentes al retiro de la tablestaca colapsada, la construcción de una nueva estructura de línea de muelle y recuperación del terreno adyacente”...

Que el día 14 de septiembre a través de la resolución No. 000251, CORMAGDALENA declaró la Urgencia Manifiesta para llevar a cabo las obras prioritarias de contención y recuperación inmediata de la línea de tablestaca colapsada en la Terminal Fluvial Yuma ubicada en el municipio de Barrancabermeja – Santander.

El 26 de Septiembre de 2018 se firmó el contrato No. 0-0244 de 2018, entre CORMAGDALENA y la Compañía de Equipos Pesados S.A., cuyo objeto es “**CONTRATAR LA URGENCIA MANIFIESTA PARA LLEVAR A CABO LAS OBRAS PRIORITARIAS DE CONTENCIÓN Y RECUPERACIÓN INMEDIATA DE LA LÍNEA DE TABLESTACA COLAPSADA EN LA TERMINAL FLUVIAL YUMA UBICADA EN EL MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA – SANTANDER**”.

El plazo inicialmente acordado fue de DOS (2) MESES, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, la cual fue firmada el día once (11) de octubre de 2018.

En ejecución del contrato, el 07 de diciembre de 2018 se suscribió el Otrosí No 1, prorrogando el plazo de ejecución por 45 días más, esto era hasta el 24 de enero de 2019.

El 24 de enero de 2019 se suscribió el Otrosí No 2, prorrogando el plazo de ejecución por dos (2) meses más, esto era hasta el 24 de marzo de 2019. Sin embargo, en medio de esta segunda prórroga, el día 21 de febrero de 2019 se vio la necesidad de suscribir una suspensión por 12 días, proyectando reiniciar el 04 de marzo de 2019. Posteriormente, el día 22 de marzo de 2019 se suscribió una segunda acta de suspensión por 10 días. Esta segunda suspensión se amplió el 12 de abril de 2019 proyectando reiniciar el 27 de abril de 2019.

Finalmente, el 26 de abril de 2019 se suscribió el Otrosí No. 3, prorrogando por 45 días más, es decir, hasta el 11 de junio de 2019.

Teniendo en cuenta dichos términos, la fecha de finalización del plazo contractual fue el 11 de junio de 2019.

El profesional Leonardo Contreras Marín fue designado como supervisor del contrato, el cual en cumplimiento de sus funciones, a través de la comunicación interna

No.201901000852 del 28 de mayo de 2019, remitió informe de presunto incumplimiento presentado por CONCEP S.A.S. en calidad de interventoría del contrato No. 0-0244-2018 bajo el número II-757-090-19 con fecha del 27 de mayo de 2019 y radicado en CORMAGDALENA bajo el No. 201902002778 del 29 de mayo de 2019, a través del cual solicitan el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio por los siguientes hechos.

Que mediante Resolución No. 000252 del 28 de septiembre de 2020, Cormagdalena declaró el incumplimiento definitivo de las obligaciones y se afectó la cláusula penal del contrato de obra No. 0-0244 de 2018, suscrito con la COMPAÑÍA DE EQUIPOS PESADOS S.A. – COMEPESA, e impuso a título de pena la suma de TRECIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS SIETE MIL QUINIENTOS OCHENTA PESOS (\$363.907.580) correspondiente al 20% del valor total del contrato.

III. RECURSO DE REPOSICIÓN

3.1. COMEPESA

El contratista solicitó la revocatoria de la Resolución No. 000252 del 28 de septiembre de 2020, y agrupó sus argumentos en dos títulos: el primero, que denominó aspectos procedimentales que vulneran el derecho al debido proceso del Contratista, con cinco (5) sub-puntos; y segundo, unos argumentos de orden técnico, con cuatro (4) sub-puntos.

1. Desconocimiento del Debido Proceso.

1.1. Congruencia del informe de interventoría que justificó la apertura del procedimiento administrativo con la decisión finalmente adoptada.

El apoderado del Contratista presenta como primer argumento la falta de congruencia entre el informe de interventoría y la decisión adoptada, en los siguientes términos:

“No puede discutirse la carga de legalidad y congruencia que recae sobre la entidad contratista cuando de iniciar un trámite sancionatorio se trata, el contratista debe ser informado no solo de los hechos que motivan la actuación, presuntos incumplimientos, sino también de la consecuencia jurídica que conlleva la demostración de la existencia de éstos.

En el caso que nos ocupa, la citación a audiencia contenida en la comunicación SCCER617794, estaba encaminada a establecer un presunto incumplimiento de obligaciones para afectar la cláusula penal pecuniaria, que consistía en un atraso de 32.37% en contraste con el programa de inversiones presentado por el Contratista, incumpliendo el cronograma y fechas pactadas; también se cuestionó el no tener disposición de tiempo completo del Director de Obra.

La sustentación que dicho informe contenía de los presuntos incumplimientos y la oportunidad contractual en la que se encontraba la ejecución y cumplimiento de obligaciones, fue extensa en cuanto al primer presunto incumplimiento y bastante somera frente al segundo, pero en todo caso, no se observaba merito irreparable que con un apremio permitiera conminar al contratista a su cumplimiento y poder así culminar la obra, en los plazos contractualmente pactados o en una prórroga muy corta que se hubiera concedido.

El Contratista enfocó su derecho de defensa y contradicción en desvirtuar los argumentos del informe de Interventoría que habían servido de base a la entidad para llamarlo a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, probó no solo su buena fe contractual, sino que presentó unos porcentajes de avance que a diferencia de los inicialmente expuestos en el informe, acreditaban un mayor avance en la ejecución de la obra y el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

De igual forma, una vez practicadas las pruebas y en la oportunidad de objetar, nunca se había sugerido la posibilidad de una declaratoria de incumplimiento definitivo del contrato y la discusión seguía encaminada a establecer un porcentaje real de avance de obras sobre el que no había acuerdo entre Contratista e Interventoría.

Por tal razón, la decisión final con declaratoria de incumplimiento definitivo del contrato y efectividad de la cláusula penal pecuniaria por valor de TRECIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS SIETE MIL QUINIENTOS OCIENTOS PESOS (\$363.907.580), no resulta congruente con la motivación inicial que dio origen el procedimiento administrativo sancionatorio de carácter contractual, por lo que una medida de tal magnitud resulta desproporcionada, inesperada y además no tuvo el Contratista la posibilidad de controvertir los argumentos que más allá de la calificación inicial del incumplimiento sustentan lo decidido por CORMAGDALENA.”

1.2. Declaratoria de incumplimiento total del contrato sin haber finalizado el plazo de ejecución.

“Es importante resaltar que en mayo de 2019, cuando se inició el trámite de incumplimiento, restaban unos días para que se cumpliera el plazo de ejecución del contrato, momento contractual que por definición no extingue las obligaciones contractuales, y que además, podía ser prorrogado atendiendo los planteamientos fundados del Contratista.

Atendiendo los límites temporales con los que cuenta la entidad contratante para el ejercicio de las potestades unilaterales, no excepcionales, que le otorga la ley, no puede dejarse de lado que la declaratoria de incumplimiento definitivo parte de la base que ya finalizó el plazo de ejecución y que valorado lo que ejecutó el contratista frente a las obligaciones contractuales, se observa una disparidad que obliga a la entidad a establecer la existencia del incumplimiento. En este caso, la entidad apertura el trámite sancionatorio con antelación a que finalice el plazo de ejecución, no para conminar o apremiar al Contratista a que cumpla con las obligaciones a su cargo, sino para culminar más de un año después, declarando el incumplimiento definitivo, la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, y sin permitir la satisfacción del interés general, a través de la ejecución total de la obra.

Puede corroborarse en los antecedentes de ejecución del contrato, que no había ningún requerimiento previo que advirtiera los presuntos incumplimientos del Contratista, no había informe de Interventoría que justificara siquiera la imposición de una multa para apremiar o conminar a que cumpliera con obligaciones retardadas, todo se presentó en el mes de mayo de 2019, casi finalizando el plazo de ejecución y luego de tres (3) prórrogas, la última de ellas sólo con un (1) mes de antelación al informe del que se derivó el procedimiento sancionatorio que nos convoca, por lo que sorprende la manera como se convocó al Contratista para un trámite sancionatorio y se termina aplicando una medida excesiva frente al informe sobre el que se defendió.

Al encontrarse pendiente la ejecución de obligaciones por parte del Contratista, resultaba procedente el trámite tendiente a la imposición de una multa, más no la declaratoria de incumplimiento del contrato, así lo denotaba además la connotación porcentual bajo la que fue calificado el presunto incumplimiento 32.37% sobre el que se podía conminar al contratista a que cumpliera en el plazo pactado.

La lógica de la imposición de medidas sancionatorias al Contratista, implica que si bien ninguna es presupuesto de la otra, la facultad de imposición es temporal y depende de la etapa contractual en la que se encuentre, por lo que en el plazo de ejecución resultarán procedentes solo aquellas que como las multas o la caducidad persiguen todavía la posibilidad de rescatar o corregir la ejecución del contrato, para lograr el fin perseguido por el Estado, y no aquellas que como el incumplimiento y la efectividad de la garantía tienen un carácter definitivo que impiden culminar la obra contratada.

Por lo anterior, proceduralmente, en la etapa que se encontraba el contrato de obra No 0-0244 de 2018, no resultaba procedente que se adelantara un trámite tendiente a declarar el incumplimiento parcial o definitivo, sino que procedía ante la magnitud de los presuntos incumplimientos, adelantar un trámite conminatorio o de apremio tendiente a que el Contratista cumpliera a cabalidad con las obligaciones a su cargo.”

1.3. Dictamen pericial y su valoración.

“El 17 de julio de 2019, en continuación de la audiencia citada conforme lo dispone el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, CORMAGDALENA decretó la prueba pericial solicitada por el Contratista en comunicación de junio 26 de 2019, al encontrarla conducente, pertinente y útil, limitándola a unos interrogantes definidos. No obstante, la prueba tendría como finalidad corroborar situaciones expuestas por el Contratista que contradecían los argumentos que habían sido expuestos por la Interventoría y que sustentaban el trámite sancionatorio.

Así las cosas, el dictamen pericial decretado, tenía unas características especiales al momento de su valoración, en cuanto no era una prueba de parte en los términos del Código General del Proceso – CGP, sino por el contrario la exposición imparcial e independiente de unos conocimientos especializados a los que se recurrió bajo el argumento procedural de que por la experiencia e idoneidad del perito, se logaría claridad en la forma como se podían valorar los argumentos técnicos de ejecución contractual para los que se indagaba al perito. El perito aportaría elementos técnicos que como persona versada en la materia, ayuda a dilucidar la controversia, aportando especiales conocimientos.

La prueba pericial la encontramos desarrollada en los artículos 226 y siguientes del CGP, no obstante, al no estar nosotros en un proceso adversarial, no son aplicables algunas reglas fijadas que se encaminan a la presentación de un dictamen de parte o de oficio, que a uno como el ordenado en éste trámite sancionatorio que derivó de la solicitud del Contratista contra quien se adelanta la actuación administrativa, caso en el cual estaríamos frente a lo que el profesor Hernán Fabio López Blanco ha denominado el “dictamen pericial medio de prueba, destinado a servir como ayuda para el cabal convencimiento del juez, en este evento es claro que así el juez sea un experto en la materia, no se puede prescindir de la prueba porque sería permitir que el conocimiento privado y especializado del juez fuera suficiente, lo que impediría la adecuada contradicción y violaría la regla acerca de que las decisiones de fondo deben estar

soportadas en pruebas y éstas son por excelencia medios externos a quien toma la decisión”²

Es claro que el dictamen del perito debió ser valorado atendiendo las reglas de la sana crítica, sin embargo, a pesar de no haber sido objetado, sino nada más se solicitaron algunas aclaraciones o complementaciones puntuales por parte de CORMAGDALENA, fue desconocido de manera flagrante en aspectos trascendentales de la decisión, brindando mayor credibilidad a un informe de Supervisión que de antemano debemos señalar, no guardó el rigor y la experticia propia del dictamen que obra en el expediente contractual y que fue rendido por un equipo de profesionales de la sociedad INGENIERÍA LEGAL Y FINANCIERA S.A.S. liderados por el Ingeniero ANDRÉS GERMÁN NEIRA MESA, quienes además de expertos e idóneos fueron recomendados por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, una vez advertido el conflicto de interés en el que ellos estaban incursos.

Si CORMAGDALENA pretendía desconocer el dictamen pericial, debió objetarlo por error grave y alegar con argumentos suficientes que el dictamen se apartaba de la realidad de ejecución, y que además, los porcentajes de avance de la obra certificados por el perito no eran ciertos, sin embargo, no lo hizo de esta forma y simplemente bajo el amparo de una probanza extemporánea, subjetiva y carente de metodología, se desconoció un aspecto contundente de lo probado por el perito y fue un avance de obra antes de finalizado el plazo de ejecución y otro inclusive posterior a dicho momento contractual, que superaba el 70% de avance.”

1.4. Vinculación de la prueba de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y de la Supervisión interna de la entidad.

“Cerrada la etapa probatoria, CORMAGDALENA incorporó al expediente un concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, ente que había manifestado conflicto de intereses para actuar como perito en el trámite sancionatorio, así como un informe de Supervisión elaborado por un profesional de la planta de la entidad.

Las conclusiones de dichos informes resultan inaceptables, así se manifestó oportunamente, en cuanto con ellos, sin mayor precisión, se controvierten las conclusiones de la prueba pericial y se llega al punto de que frente a un mismo hecho hay cuatro (4) pruebas y la entidad define a su arbitrio a cual le otorga valor probatorio según las reglas de la sana crítica.

El documento de la Sociedad Colombiana de Ingenieros termina siendo un documento aislado en el presente proceso, su elaboración no contó con el conocimiento y documentación del Contratista, además de manifestar en varios apartados que su trabajo no se trata de una auditoría técnica resulta impreciso en la terminología y conclusiones planteadas, a manera de ejemplo, el citado informe no precisa cuales detalles estructurales faltan, tampoco enumera los muchísimos errores y omisiones a que su documento se refiere.

² Código General del Proceso, Pruebas, Hernán Fabio López Blanco, DUPRE Editores Ltda, 2019.

No resulta consecuente con el debido proceso la valoración de un estudio en esas condiciones, mucho menos cuando basado en ello se pretende desconocer una prueba técnica debidamente practicada y sustentada como el dictamen pericial.

Ahora bien, en cuanto al informe del Supervisor, no puede desconocerse que no se trata de un informe técnico especializado, con el mayor respeto, el profesional a cargo no es experto, como sí lo es el perito, no contó con personal de apoyo calificado y especializado en este tipo de probanzas, simplemente entró a cuestionar sin mayor profundidad y análisis lo concluido por el perito que fue lo que le terminó indagando la entidad.

Aceptar estos medios de prueba desconoce el debido proceso y el derecho de defensa, fueron extemporáneas y no reemplazan la debida objeción a la prueba pericial que en su momento debió plantear CORMAGDALENA, si había desacuerdo, a estas pruebas les falta rigor, y su valoración comporta aspectos subjetivos.”

1.5. Desconocimiento de cláusulas contractuales en casos de fuerza mayor. El continuar con las actividades no debe ser entendido como superación de la situación.

“En el capítulo IX del Contrato suscrito entre las partes se contempló un acápite de “varios”, donde entre otros aspectos se reguló expresamente lo atinente a la fuerza mayor, y en general a eventos eximientes de responsabilidad, como situaciones en las que una vez acaecidas debía adelantarse un procedimiento reglado contractualmente, que podía llegar a la suspensión, prórroga, o compensaciones una vez acreditados estos eventos.

En el caso que nos ocupa, ante evidentes circunstancias de fuerza mayor, debidamente acreditadas, pero que CORMAGDALENA en la decisión que se impugna pretende desconocer bajo el argumento que no generaron parálisis en la ejecución del contrato, jamás se intentó siquiera acudir al contrato y aplicar la regulación surgida de la autonomía de la voluntad para cuando ocurrieran este tipo de situaciones. Por el contrario, tal y como ya se expuso, se precipitó el adelantamiento de in trámite de incumplimiento, cuando existían medidas que proporcional y razonablemente resultaban más adecuadas.

Evidentemente esto afectó el debido proceso y el principio de legalidad en la actuación adelantada, por cuanto la presencia de circunstancias generadoras de fuerza mayor resultan inocultables y en aplicación estricta del contrato debió implementarse la solución para ello acordada.”

2. Valoración técnica actualizada del cumplimiento.

“No se cuenta a la fecha con una valoración técnica y actualizada que refleje el real avance de las obras a la fecha, sin pretender separar lo ejecutado antes y después de agotado el plazo de ejecución, tampoco que abarque en su integridad la revisión documental del contrato y que por ello resulte contundente y convincente para la entidad adoptar una decisión como en derecho corresponde.

Lo que más se acerca a ese trabajo juicioso, y ponderado es el dictamen pericial, sin embargo, bajo criterios inaceptables, CORMAGDALENA se aparta de éste en los

aspectos que terminan siendo los más relevantes en el acto administrativo que se recurre.

Por lo anterior de antemano se solicita que antes de un pronunciamiento definitivo en sede del recurso de reposición que nos ocupa, se ordene y practique una prueba que a la fecha de cuenta del real y definitivo avance de obra ejecutada, con revisión documental que así lo sustente, lo que claramente implicará la revocatoria de lo decidido por cuanto desaparecerán los presupuestos del incumplimiento definitivo declarado.”

2.1. Urgencia Manifiesta.

“Se ha pretendido citar frecuentemente la urgencia manifiesta como una circunstancia que implica un agravante en la situación acaecida en la ejecución del contrato, no obstante se desconoce, que conforme al artículo 42 de la Ley 80 de 1993, se trata de una medida excepcional que facilita el proceso de contratación, con el fin de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y que por su inmediatez impidan acudir a las modalidades de selección fijados en la ley para las condiciones de normalidad.

No conlleva la declaratoria de urgencia manifiesta ninguna especialidad al momento de ejecutarse el contrato estatal, tampoco implica que se exima dicha etapa contractual de vicisitudes y circunstancias que obliguen a modificar los plazos inicialmente contemplados.

Por lo anterior, existe una indebida invocación permanente a la figura de la urgencia manifiesta en éste contrato, como si se tratara de una condición que generara obligaciones adicionales, y simplemente no, su declaratoria facilita la selección del contratista, y de ahí en adelante todo funciona como en cualquier contrato estatal y resulta aplicables todas las disposiciones propias de la ejecución y liquidación.

Desde la misma denominación del contrato “CONTRATAR LA URGENCIA MANIFIESTA PARA LLEVAR A CABO LAS OBRAS PRIORITARIAS DE CONTENCIÓN Y RECUPERACIÓN INMEDIATA DE LA LÍNEA DE TABLESTACA COLAPSADA EN LA TERMINAL FLUVIAL UBICADA EN BARRANCABERMEJA – SANTANDER”, incurrió la contratante en el error de vincular la figura de la urgencia manifiesta en el objeto del contrato, cuando tal como ya se explicó, es una circunstancia exógena que sólo permite facilitar la selección del contratista y que en nada revierte al momento de iniciar la ejecución.”

2.2. Funcionalidad de la obra.

“Cuando la Supervisión en su informe hace referencia a la funcionalidad como una condición necesaria para aceptar lo construido por el Contratista a la fecha de los informes obrantes en el expediente, está desconociendo no sólo pruebas contundentes como el dictamen pericial, sino también el muy citado por CORMAGDALENA anexo técnico del Contrato, que al parecer aplica para unas situaciones pero para otra no.

En los objetivos generales y específicos definidos en el anexo técnico, expresamente se señaló que lo que se buscaba era realizar de manera inmediata las obras prioritarias de contención y recuperación en la tablestaca colapsada y recuperación del terreno

adyacente a esta, en la terminal fluvial de pasajeros Yuma en Barrancabermeja – Santander; también atender la urgencia manifiesta para llevar a cabo las obras prioritarias de contención y recuperación inmediata de la línea de tablestaca colapsada en la terminal fluvial ubicada en Barrancabermeja – Santander; ajustar el presupuesto estimado y elaborar los planos de construcción de la obra prioritaria de la estructura de contención y recuperación del paramento de la tablestaca colapsada en el terminal fluvial de Yuma, así como las estructuras requerida para garantizar la estabilidad Geotécnica del muelle y del talud; construir las obras de contención y recuperación inmediata del paramento de la tablestaca colapsada en el terminal fluvial de Yuma consistentes en obras hincadas y estructurales con una longitud de empotramiento suficiente de los elementos en el estrato más resistente y la adecuación del terreno adyacente con relleno de material DEL RIO MAGDALENA.

Claramente si se pretende hablar de funcionalidad de la obra debe contratarse frente a los objetivos definidos por la entidad contratante, no frente a situaciones ajena al contrato y que resultan ideales hipotéticos de quien elaboró el informe. Adicionalmente, consideramos una falta de respeto a nuestra experiencia en el área de la construcción de éste tipo de obras, que se pretenda señalar que el Contratista se limitó a realizar un suministro de materiales, cuando son evidentes las actividades constructivas por él adelantadas.

Ahora bien, preguntamos a CORMAGDALENA, en más de año y cuatro meses que el Contratista dejó de ejecutar obra, ¿ha colapsado la estructura que se encontraba en riesgo antes del proceso contractual?

Los elementos instalados por el Contratista como parte de sus obligaciones contractuales, ¿han generado utilidad o cumplido con los objetivos generales y específicos definidos en el anexo técnico?

Estos son los aspectos relevantes al momento de mirar la funcionalidad de la obra ejecutada, que no fue posible su culminación por las circunstancias que todos conocemos y que no es pertinente ahondar en ellas en este recurso.”

2.3. Avance final de ejecución.

“Como se ha venido exponiendo, el avance de ejecución evidenciado supera el 70%, la obra es funcional hasta lo ejecutado, en cuanto no se ha presentado colapso de ninguna de las estructuras protegidas, a pesar del paso del tiempo sin realizar actividades, además, hasta el momento que se encontraba actuando la Interventoría, de manera conjunta con la entidad se avaló el pago de avances de obra por un 38.75%, situación que no puede desconocer hoy en día CORMAGDALENA, a menos que pretenda desconocer la teoría de los actos propios, ampliamente desarrollada en nuestra jurisprudencia contractual pública.

Reiteramos que no se cuenta a la fecha con un dictamen o informe actualizado que revele la realidad de ejecución, que además se convierte en un insumo ineludible para que se adopte una decisión de fondo.

Atendiendo que se ha contado como medios de prueba con informes y dictamen pericial que además de no resultar homogéneos en sus conclusiones tampoco están actualizados al momento que se adopte la decisión definitiva, solicitamos que sea la

Interventoría, quien como cumplimiento de sus obligaciones contractuales, realice un alcance a su informe final y establezca con claridad el avance final de ejecución, con la documentación que así lo soporte y que además dado la responsabilidad que conlleva elaborar dicho documento, sirva como punto final frente a las discusiones sobre los porcentajes de ejecución de obra.

Además, ese alcance actualizado del informe final, con la totalidad de elementos probatorios que sustentan la ejecución del contenido obligacional del contrato, servirán también para adelantar el proceso de liquidación del contrato y establecer así de manera definitiva el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista y el pago de lo que hasta la fecha no ha recibido.”

2.4. Director de Obra.

“Reiteramos en este punto los argumentos expuestos en los descargos iniciales y luego en los alegatos de conclusión, siempre hubo director de obra con dedicación exclusiva, no obstante, las personas tienen algunos imprevistos que en ocasiones le obligan a ausentarse de sus labores, y esto al parecer no lo entendió en su momento la Interventoría.”

Concluidos sus argumentos, el apoderado del Contratista expuso un título de pruebas en el que solicitó:

- *Por considerarla conducente, pertinente y útil en el momento de adoptar una decisión definitiva, solicitamos que la Interventoría realice un alcance actualizado de su informe final que denote con claridad el porcentaje final de obra ejecutada con sus soportes.*
- *De no ser posible la prueba anteriormente solicitada, un nuevo dictamen pericial, que establezca de manera definitiva los porcentajes finales de ejecución y su soporte documental.*

Finalmente, solicita se revoque en su totalidad la Resolución 000252 de 28 de septiembre de 2020:

“De manera respetuosa solicitamos que se REVOQUE en su integridad a la Resolución 000252 de 28 de septiembre de 2020, en la que se declaró el incumplimiento definitivo de las obligaciones y se afectó la cláusula penal del Contrato No. 0-0244 de 2018. En su lugar se archive definitivamente el expediente y se inicie el proceso de liquidación del citado contrato.”

3.2. SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Por su parte, la doctora Fanny Zamudio en calidad de apoderada de Seguros del Estado S.A., dividió en dos (2) sus argumentos, un grupo de argumentos principales relativos a la violación del debido proceso, derecho a la defensa y falsa motivación; y un segundo argumento, denominado subsidiario, relativo a la falta de proporcionalidad en la sanción impuesta con cargo al amparo de cumplimiento, así:

1. Argumentos Principales

1.1. Violación del debido proceso, derecho a la defensa y falsa motivación:

“El artículo 29 de nuestra Constitución Política, en cuanto al Debido Proceso señala:

ARTICULO 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En línea con lo anterior, se resalta que las Entidades Públicas poseen potestad sancionadora, la cual se traduce en aquella facultad que tiene la administración pública para imponer sanciones a través de un procedimiento administrativo que garantice el derecho a la defensa y al debido proceso.

Al respecto es importante aclarar que con la expedición de la Ley 1150 del 16 de julio de 2007 “por la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”, dispone:

“Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de cominar 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. (...)”;

Como puede observarse, el postulado del debido proceso es aplicable tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 128 del Decreto 1510 de 2013, reglamentario del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la póliza de cumplimiento solo podrá hacerse efectiva mediante la expedición de un acto administrativo que contenga la declaratoria del siniestro de incumplimiento y la cuantificación de los perjuicios ocasionados, previo el agotamiento del procedimiento establecido en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que al tenor dice:

“Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de intervención o de supervisión en el que se sustente la actuación y

enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, **aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;**

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

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, **ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa.** En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento. (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

El caso en concreto:

En el presente caso tal y como se demostrará a continuación, CORMAGDALENA vulneró así el Debido Proceso del contratista y de su garante así:

1. En la citación inicial de audiencia de fecha 10 de diciembre de 2018, la Entidad señaló los cargos de la siguiente manera:

IV. PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA

De acuerdo a lo expuesto por la interventoría del contrato, el presunto incumplimiento versa sobre:

1. El atraso significativo de 32,37% en contraste con el programa de inversiones presentado por el Contratista, incumpliendo el cronograma y fechas pactadas
2. Tener una disposición de tiempo completo por parte del Director de Obra, el cual deberá tener el perfil de Ingeniero Civil

De acuerdo a lo anterior durante todo el procedimiento administrativo se discutió el atraso en la ejecución de la obra, nunca se citó para dirimir temas de calidad y funcionalidad de la obra, sin embargo, CORMAGDALENA tomó la decisión de sancionar al contratista y afectar la póliza de cumplimiento basados en un informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros de fecha diciembre de 2019. El 3 de julio de 2020 en audiencia la Entidad Incorpora informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros de fecha diciembre de 2019 y decretó “prueba por informe de la supervisión con el fin de determinar objetivamente elementos de calidad y funcionalidad de la obra basado en las especificaciones técnicas aplicables al objeto del contrato”, incorporación que se realizó posterior a haber presentado los alegatos finales el 28 de febrero de 2020, aproximadamente 4 meses después.

Es así como en la página 145 de la Resolución objeto del presente recurso indica:

Sobre lo relativo a la calidad de la obra, tras la incorporación del Concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, este Despacho observó que en las conclusiones de dicho documento, el Consultor afirmó:

(...) “De acuerdo con la revisión estructural realizada sobre planos y en campo, se pudo determinar que existen muchísimas incertidumbres en torno a la calidad, estabilidad y diseños de la obra contratada. Es así como se pudo comprobar que existen muy pocos ensayos de resistencias de concretos, que no son representativos, no existen ensayos de calidad de soldaduras, los diseños de cimentaciones no se cumplen, las dimensiones de las vigas prefabricadas no cumplen con el diseño estructural y que hubo poco control de calidad al fundirlas, y no existen registros fiables respecto a la profundidad efectiva de los pilotes instalados entre otros muchos defectos. Por lo que, si CORMAGDALENA requiere habilitar la obra inconclusa, la SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS le recomienda realizar el rediseño completo de la obra, tomando en cuenta los elementos que se pueda comprobar su estabilidad, para minimizar la pérdida en tiempo y dinero causados por las actuaciones tanto del contratista, como del interventor. Por lo tanto, en conclusión, esta obra no se puede habilitar, hasta que se rediseñe nuevamente⁷⁸ (...) (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Como se puede observar se vulneró del debido proceso y derecho a la defensa de la Aseguradora y el Contratista, vulneró el principio de legalidad y congruencia, toda vez que las dos partes presentaron descargos, pruebas y alegatos, teniendo en cuenta la citación a audiencia y los cargos señalados en ella.

Al respecto la sentencia 1274 de 2008, estableció lo siguiente:

“... la incongruencia tiene la entidad suficiente para configurar una vía de hecho, ya que la incongruencia que es capaz de tornar en vía de hecho la acción del juez “es sólo aquella que subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando una alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, que quiebra irremediablemente el principio de contradicción y el derecho de defensa”, a tal grado que “la disparidad entre lo pedido, lo debatido y lo probado sea protuberante”, esto es, “carente de justificación objetiva y relativa a materias medulares objeto del proceso”. De lo contrario, “el grado y el tipo de desajuste entre la sentencia y lo pedido, lo debatido y lo probado en el proceso, sería insuficiente para que se configure una vía de hecho judicial, así pueda existir una irregularidad dentro del proceso.

Tal es la incongruencia e irregularidad del procedimiento administrativo, que se tomó la decisión de declarar el incumplimiento del 100% del contrato, teniendo como referencia la presunta incertidumbre a la calidad y funcionalidad de la obra, con el informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y lo manifestado por el supervisor del contrato. Nótese como se sancionó como si se tratara de un procedimiento por Estabilidad y Calidad de la obra, situación que no era objeto del procedimiento administrativo.

Teniendo en cuenta la incertidumbre en torno a la calidad y funcionalidad de la obra inicialmente advertida por la Interventoría y reiterada aquí por el Concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, se le solicitó a la Supervisión dentro de la prueba por informe decretada que se sirviera responder:

“Sírvase informar a esta Oficina Asesora Jurídica si el porcentaje de obra adelantado por COMEPESA, cumple con los criterios de funcionalidad exigidos contractual y técnicamente para esta obra, de tal modo que se pueda garantizar en algún porcentaje la seguridad y beneficio de la Entidad y de los fines públicos”⁷⁹.

A la anterior pregunta, la Supervisión respondió:

“Con el fin de responder a esta pregunta es importante en primera instancia establecer la finalidad o necesidad que se pretendía resolver, al realizar el contrato por parte de CORMAGDALENA y el resultado obtenido de tal forma que se pueda establecer si la obra o parte de ella, cumple total o parcialmente lo solicitado en el contrato y sus documentos.

...

Por otra parte la Supervisión se acoge al criterio de funcionalidad esbozado en la tercera pregunta reiterando lo escrito y que se transcribe a continuación:

“Al observar los trabajos realizado se concluye que estos no cumplen ninguno de los objetivos trazados al iniciar el proceso de contratación. No existen obras que protejan de la erosión el terminal de Yuma y la superestructura del muelle de pasajeros.”

“Por todo lo expresado anteriormente, esta supervisión considera que la obra construida, o más bien, los elementos estructurales instalados en el marco de la urgencia manifiesta del contrato del asunto NO son funcionales desde el punto de vista técnico.”

Teniendo en cuenta que la Supervisión se reafirma en sus consideraciones iniciales y que la obra ejecutada no representa ningún beneficio para la entidad y para la comunidad, en cuanto a que no son funcionales, útiles, eficaces ni utilizables. Y que adicionalmente no cumplen ninguno de los objetivos trazados al momento de realizar la contratación por parte de Cormagdalena. Esta Supervisión considera que el porcentaje a ser reconocido por el Contratista es de Cero (0%).⁸¹

1.2. Decisión fundada en una prueba irregular e inoportunamente allegada al proceso:

Por mandato constitucional ninguna autoridad de la administración podrá ejercer funciones distintas a las expresamente atribuidas por la ley, (Art 121 CN) no existiendo empleo público que no cuente con las funciones debidamente detalladas en la misma, siendo un deber de los servidores públicos el ejercer sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Art. 123 CN).

Así mismo, la Constitución Política de Colombia en sus artículos 6 y 124 establece de manera expresa que los servidores públicos serán responsables por infringir la ley y la Constitución; y por la omisión o extralimitación en las funciones expresamente asignadas.

En materia sancionatoria se han establecido unas facultades especiales a la administración con el fin de que ejerzan el ius puniendi como atribución excepcional dada al estado, regulada de manera especial por los principios del debido proceso, legalidad y tipicidad que garantizan a los administrados involucrados en este tipo de asuntos, el respeto de sus derechos constitucionales.

Así las cosas el derecho al debido proceso, de orden constitucional, enmarca las garantías que deben ser respetadas por la administración al momento de iniciar un proceso de carácter administrativo, determinando de manera clara que: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio". (Art. 29 C.N.) De esta manera se determina que los procesos deben ser adelantados de conformidad con las normas preexistentes y con la observancia plena de las etapas y pautas dadas en el juicio.

Para el caso en concreto tenemos que las normas preexistentes, del procedimiento administrativo sancionatorio que nos incumbe, encuentran su regulación general en el capítulo III de la parte general del CPACA, artículos 47 y siguientes, donde se determina de manera general en el primero de los artículos lo siguiente: "Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes".

En concordancia con lo anterior, el artículo 77 de la ley 80 de 1993 determina que; "En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil."

Así las cosas, tenemos que, en el Procedimiento administrativo sancionatorio de carácter contractual, existe una regulación general establecida tanto en la parte primera del CAPACA como en la ley 80 de 1993, normas que determinan que el procedimiento deberá estarse a lo regulado expresamente en la ley especial y que todos aquellos asuntos no regulados expresamente por la ley especial serán regulados por los preceptos del CPACA o del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.

Verificada la norma especial, artículo 86 de la ley 1474 de 2011, del procedimiento administrativo sancionatorio, es evidente que existe un vacío frente al régimen probatorio que deberá surtirse en dicho procedimiento, razón por la cual, y en aplicación de la interpretación sistemática de las normas, es necesario que se dé aplicación a la regulación que trae CPACA en ese asunto, donde se regula el régimen probatorio en los artículo 211 y siguientes, aclarándose en este mismo estatuto que en todo lo no regulado, deberán seguirse las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas y frente al caso en estudio tenemos que su despacho, sin que mediara un auto que decretara pruebas, el 3 de julio de 2020, incorporó dos pruebas: informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y prueba por informe del Supervisor del contrato. Frente a los informes incorporados, partiendo del concepto de carga de la prueba, consagrado en el artículo 167 del Código General del Proceso, incumbe a las partes probar, bajo los medios de prueba que consideren adecuados, los supuestos de hecho de las normas jurídicas cuyas consecuencias se desea obtener.

En el caso específico, a pesar de no encontrarse inmerso en un procedimiento de carácter judicial, las normas contenidas en el Código General del Proceso resultan plenamente aplicables, al no existir una regulación específica que sea suficiente, de tal manera que las pruebas decretadas por su despacho en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal d) del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, la Oficina Asesora Jurídica incorporó el Informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros de diciembre de 2019 y el informe final de la Interventoría CONCEP. Así mismo, por ser considerada por esta autoridad administrativa como conducente, pertinente y útil, se decretó la presentación de PRUEBA POR INFORME A CARGO DE LA SUPERVISIÓN, con el fin de determinar objetivamente elementos de calidad y funcionalidad de la obra basado en las especificaciones técnicas aplicables al objeto contratado, concediéndole hasta el 10 de julio de 2020 para allegar vía correo electrónico la presentación del informe.

Así las cosas, se incorporaron dos pruebas documentales: un documento de la Sociedad Colombiana de Ingenieros denominado “asesoría técnica en las obras de contención y recuperación de orillas de la terminal fluvial de Yuma” fechado de diciembre de 2019 y puesto en conocimiento de esta Oficina en junio de 2020, el cual según las consideraciones señaladas en el mismo documento: “es un concepto y estimación racional de los efectos técnicos, económicos, o financieros de los documentos expuestos por la Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, en desarrollo de la asesoría técnica en las obras de contención y recuperación de orillas de la terminal fluvial de Yuma⁶⁰”, por lo que al ser un documento que analiza desde un punto de vista técnico, parte de las controversias que nos ocupan, este despacho consideró pertinente, necesario y útil incorporarlo al expediente y valorar su posición frente a los cargos adelantados al Contratista.

Vulneran de manera flagrante el debido proceso, pues no se garantizó el derecho de defensa y contradicción de los dos informes incorporados por la Entidad el 3 de julio de 2020, es decir independiente que se hubiera hecho el traslado, no se incorporaron desde el inicio del procedimiento, teniendo la Entidad conocimiento del informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros desde diciembre de 2019, sumado a que cuando el perito contratado por COMEPESA presentó su informe lo hizo basado en lo que había dentro

del procedimiento a la fecha, luego no se dio la oportunidad para debatir y controvertir de manera técnica dichos informes y como se ha insistido el informe no cumple los requisitos y para obtener un concepto técnico se tenía que haber realizado un peritaje en el cual se tuviera las misma oportunidad que tuvieron las partes de contradecir, controvertir y solicitar aclaraciones en audiencia, ya que en la diligencia se hizo presente el Perito como es el deber ser para que una prueba tenga valor probatorio correspondiente.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia 980 de 2010, C-758 de 2013 y C-034 de 2014, ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a (i) ser oído durante toda la actuación; (ii) la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; (iv) que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) gozar de la presunción de inocencia; (vii) el ejercicio del derecho de defensa y contradicción; (viii) solicitar, aportar y controvertir pruebas; y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.

En tal sentido, resulta indispensable hacer claridad a la falta de conductancia de la prueba por informe decretada por su despacho y a la irregularidad y falta de oportunidad de la introducción del informe rendido por la Escuela Colombiana de Ingenieros en el proceso.

Frente a la prueba por informe, esta se encuentra consagrada en los artículos 275 y siguientes del Código General del Proceso, en los cuales se concibe la posibilidad de solicitar a las distintas personas naturales o jurídicas, información en concreto relacionada con hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, el cual se entenderá presentado bajo la gravedad de juramento, tal como se expone a continuación:

“ARTÍCULO 275. PROCEDENCIA. A petición de parte o de oficio el juez podrá solicitar informes a entidades públicas o privadas, o a sus representantes, o a cualquier persona sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, salvo los casos de reserva legal. Tales informes se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento por el representante, funcionario o persona responsable del mismo.

Las partes o sus apoderados, unilateralmente o de común acuerdo, pueden solicitar ante cualquier entidad pública o privada copias de documentos, informes o actuaciones administrativas o jurisdiccionales, no sujetas a reserva legal, expresando que tienen como objeto servir de prueba en un proceso judicial en curso, o por iniciarse.”

Partiendo de lo anterior, la posibilidad de solicitar la presentación de informes relativos a hechos, actuaciones, cifras o demás datos, permite allegar al proceso la información que en primera medida no hace parte del mismo, por tratarse de documentos o datos que no se encuentran disponibles al público y que reposan sobre los archivos de una entidad. De tal forma, no es procedente solicitar una prueba de oficio a ser aportada por la misma entidad que la solicita, quien desde un inicio ya debía contar con tal documentación como soporte del incumplimiento contractual que se pretende imputar al contratista

COMEPSA, por cuanto se está omitiendo la finalidad de la prueba por informe: dar a conocer cifras, datos, o información que por su naturaleza misma reposa en una entidad.

Sumado a ello, decreta la presentación de prueba por informe a cargo de la Supervisión, con el fin de determinar objetivamente elementos de calidad y funcionalidad de la obra, basado en las especificaciones técnicas aplicables al objeto del contrato.

Así pues, analizando el informe incorporado el pasado 3 de julio de 2020 por parte del funcionario oficiado para tal efecto, logra evidenciarse las apreciaciones subjetivas del funcionario, al incluir aseveraciones relacionadas con disposiciones normativas de sismo resistencia. Aunado a ello, se contraría el fin del medio probatorio, al oficiarse a la misma dependencia que ya había aportado en su momento el informe de interventoría que sirvió como base para declarar el incumplimiento total del contrato amparado. De la naturaleza misma de la prueba por informe, se concluye la objetividad con que debe contar la misma, por lo cual a quien le sea solicitado deberá limitarse a aportar la información o datos que se soliciten, y a abstenerse de realizar valoraciones o juicios de carácter subjetivo.

De esta forma, es posible concluir que, al pretender obtener un informe técnico especializado, el medio probatorio idóneo sería un dictamen pericial, a ser rendido por un tercero, ajeno al conflicto, objetivo y con conocimientos técnicos especializados en la materia que se discute. De esta forma, la prueba por informe rendida por la Supervisión no cumple con el requisito de conducción o idoneidad, toda vez que en el dicho informe se rindieron conceptos subjetivos y de carácter técnico que escapan del alcance de la prueba por informe.

Debiendo tener en cuenta adicionalmente que dicho informe también resulta improcedente al no encontrarse que el mismo tenga una relación directa con los cargos de la citación o el objetivo técnico que buscaba la Entidad.

Ahora bien, frente a la irregularidad y falta de oportunidad de la introducción del informe rendido por la Escuela Colombiana de Ingenieros en el proceso, tenemos que también existe una vulneración del debido proceso, por no dar cumplimiento a las normas propias del peritaje rendido por dicha entidad. Es así como, desde el inicio de la actuación administrativa tanto el peritaje de la Sociedad Colombiana de Ingenieros como el informe de supervisión se presentaron de manera posterior al debate probatorio ya surtido, incluso cuando ya se habían presentado los alegatos de conclusión dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, no existiendo oportunidad de que la prueba pericial se controvirtiera de conformidad con lo expresamente regulado en el artículo 220 del CPACA, una razón más que confirma la vulneración al debido proceso, derecho a la defensa y contradicción.

De esta manera, el artículo 220 del CPACA determina:

“ARTÍCULO 220. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN APORTADO POR LAS PARTES. Para la contradicción del dictamen se procederá así:

- 1. En la audiencia inicial se formularán las objeciones al dictamen y se solicitarán las aclaraciones y adiciones, que deberán tener relación directa con la cuestión materia del dictamen. La objeción podrá sustentarse con otro dictamen pericial de parte o solicitando la práctica de un nuevo dictamen, caso en el cual la designación del perito*

se hará en el auto que abra a prueba el proceso. También podrá sustentarse solicitando la declaración de testigos técnicos que, habiendo tenido participación en los hechos materia del proceso, tengan conocimientos profesionales o especializados en la materia.

2. Durante la audiencia de pruebas se discutirán los dictámenes periciales, para lo cual se llamará a los peritos, con el fin de que expresen la razón y las conclusiones de su dictamen, así como la información que dio lugar al mismo y el origen de su conocimiento. Los peritos tendrán la facultad de consultar documentos, notas escritas y publicaciones y se pronunciarán sobre las peticiones de aclaración y adición, así como la objeción formulada en contra de su dictamen. Si es necesario, se dará lectura de los dictámenes periciales.

Al finalizar su relato, se permitirá que las partes formulen preguntas a los peritos, relacionadas exclusivamente con su dictamen, quienes las responderán en ese mismo acto. El juez rechazará las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Luego el juez podrá interrogarlos.

3. Cuando la prueba pericial hubiese sido decretada por el Juez, se cumplirá el debate de que trata el numeral anterior en la audiencia de pruebas. En esa misma audiencia, las partes podrán solicitar adiciones o aclaraciones verbales al dictamen y formular objeción por error grave, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 222 de este Código”

Así las cosas, es evidente que en el presente caso, su despacho vulneró el debido proceso al tomar una decisión con fundamento en dos pruebas que se decretaron y practicaron en contra de la ley, vulnerando los derechos de defensa y debido proceso de los encartados, razón por la cual, al desconocer los postulados constitucionales y legales indicados, se está actuando en contra del principio de legalidad y debido proceso, por lo tanto la prueba y la decisión proferida por su despacho son nulas de pleno derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 214 del CPCA que determina:

“214. EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA POR LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO. Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.”

En concordancia con lo cual, el acto administrativo está viciado de nulidad según lo establecido en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011:

“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (...)” (Subraya fuera del texto original)

En conclusión, la Resolución No. 252 de 2020 se encuentra viciada de nulidad, al ser expedida con violación al debido proceso, razón por la cual esta Aseguradora solicita a la Administración la revocatoria del mencionado proveído.

Aunado a lo anterior tenemos que se presenta una *Falsa Motivación*:

Sobre la falsa motivación, la Sección Cuarta del Consejo de Estado ha precisado que esta "causal autónoma e independiente se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa"

Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, la Sala ha señalado que "es necesario que se demuestre una de dos circunstancias:

- a) bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente".

El caso en concreto

Al respecto es importante realizar las siguientes consideraciones:

La Entidad pretende afectar la póliza No. 75-44-101093899 en su amparo de Cumplimiento, basada en informes que primero se incorporaron después de haber presentado los alegatos y segundo que su contenido no tiene nada que ver con el porcentaje de ejecución de la obra, objeto de este procedimiento desde el inicio con la citación y sus cargos, como bien se indicó en líneas anteriores no es con un informe que se debía llegar a una conclusión de presunto incumplimiento, era mediante un dictamen pericial, como el que fue contratado y pagado por COMEPSA, en el cual se establecen varios puntos importantes:

*...el porcentaje de avance de la obra es de 70.36%

*...la palizada no sólo constituye un evento de fuerza mayor por sus claras implicaciones en el desarrollo normal de la obra de urgencia manifiesta, sino que en el contexto de los plazos tan limitados que se estaban manejando... del orden de los once días es comparable al que tomó el contratista para entrar y fundir los pilotos faltantes luego de la fecha de terminación contractual.

*...si hubo un avance de obra por parte del contratista posterior al vencimiento del plazo contractual *... el 60.04% fue ejecutado dentro del plazo contractual, es decir hasta el 11 de junio de 2019 y 10.32% fue realizado posterior a esa fecha.

*...para el caso de la obra de la recuperación del muelle del Terminal de Pasajeros Yuma es claro para este Perito que la decisión de la Interventoría de no reconocer el fenómeno de las palizadas ocurridas en mayo de 2019 como un evento de Fuerza Mayor, no permitió que el plazo de ejecución se extendiera hasta el 22 o 23 de junio de 2019, con lo que y de acuerdo con los conceptos de la misma Interventoría, se habría podido llegar a una fecha muy próxima a la que ella estimaba se necesitaba para la terminación de la obra. Oficio CONCEP II-757-090-19 de mayo 29 de 2019, para formalizar la solicitud de incumplimiento definitivo aportado dentro de la etapa correspondiente y que la Entidad no tuvo en cuenta a la hora de tomar una decisión...

* La Doctora Deisy Galvis, preguntó al perito:

Dra. DEISY GALVIS: finamente queremos preguntarle si tras el análisis de la documentación e información que ha sido revisada por usted para la elaboración del dictamen ¿recomendaría entonces a esta entidad el recibo a satisfacción del 70.37% de las obras ejecutadas, partiendo del análisis de la documentación e información que ustedes realizaron?

INGENIERO GUILLERMO ÁNGEL: En principio sí, o sea advirtiendo todo lo que el peritazgo señala, cuáles son los elementos con que ha respaldado la calidad de lo que se ha hecho, los ensayos que prescribió y obtuvo una vez para poder analizar, si de acuerdo.

Dra. DEISY GALVIS: ¿lo recomendaría?

INGENIERO GUILLERMO ÁNGEL: Sí

Por lo anteriormente expuesto encontramos que la Resolución No. 252 de 2020, se encuentra viciada de nulidad porque CORMAGDALENA desestimó una prueba que si fue decretada, controvertida y que corresponde a un dictamen pericial contratado por COMEPSA, el cual si guarda relación con los cargos indicados en la citación de la audiencia. Si la Entidad hubiera realizado la debida valoración a esta prueba habría conducido a una decisión sustancialmente diferente, lo que conlleva a que la Resolución debe ser revocada en su integridad.

2. Argumentos Subsidiarios

2.1. Falta de proporcionalidad en la sanción impuesta con cargo al amparo de cumplimiento:

El régimen legal colombiano establece la proporcionalidad como un principio rector de las actuaciones administrativas y sancionatorias administrativas, este principio, como muchos otros, es traído del derecho privado, donde se garantiza la retribución del cumplimiento parcial del deudor, de cara a las obligaciones exigidas y aceptadas por el acreedor.

Al respecto, el artículo 1596 del Código Civil, establece:

“ARTICULO 1596. REBAJA DE PENA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”

Por su parte, el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), en cuanto a las decisiones discrecionales indica:

“ARTÍCULO 44. Decisiones discretionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y **proporcional a los hechos que le sirven de causa.**” (Negrita y subrayado fuera del texto original)

A su turno, el Consejo de Estado mediante sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 13.074, indicó lo siguiente:

“La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, la segunda, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad. En este horizonte, se reitera, que el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i: en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa” (Negrita y subrayado fuera del texto original)

CODIGO CIVIL. Artículo 1625. Modos de Extinción. (...) Las obligaciones se extinguieren además en todo o en parte: (...) 10) Por la prescripción.

Igualmente, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante Sentencia del 13 de noviembre de 2008, en relación con la graduación de la sanción indicó:

“(...) con base en el principio de proporcionalidad y en el criterio auxiliar de la equidad, si el juez verifica que el contratista cumplió, efectivamente, parte del objeto estipulado en el contrato, y que este, además, fue aceptado por la entidad contratante, puede disminuir la sanción penal en proporción al porcentaje de obra ejecutada. Partiendo de lo anterior, es necesario que el juez, además de estos aspectos, analice lo concerniente al cumplimiento del contrato a partir del porcentaje de obra ejecutado, y recibido por esta. (...)" (Negrita y subrayado fuera del texto original)

Concepto de Colombia Compra Eficiente (<https://colombiacompra.gov.co/content/es-posible-pactar-la-clausula-de-proporcionalidad-en-el-seguro-de-cumplimiento-en-favor-de>)

“¿ES POSIBLE PACTAR LA CLÁUSULA DE PROPORCIONALIDAD EN EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES?

Según la cláusula de proporcionalidad, la aseguradora solo pagará la totalidad del valor asegurado en caso en que haya incumplimiento total por parte del contratista de las obligaciones surgidas del contrato. En los demás casos la aseguradora pagará el valor asegurado en proporción a su incumplimiento. El artículo 2.2.1.2.3.2.4 del Decreto 1082 de 2015 señala que no es posible admitir, en los seguros de cumplimiento en favor de entidades estatales, que se pacte esta cláusula.

Sin embargo, esta situación debe diferenciarse de: i) Las entidades estatales pueden pactar cláusulas penales en sus contratos y adicionalmente las pueden hacer efectivas unilateralmente según lo dispone el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. ii) El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 dispone que son aplicables a los contratos que celebra el Estado, las normas comerciales y civiles pertinentes, salvo en lo regulado de forma específica en la normatividad que rige para la

contratación estatal. iii) No existe norma especial en la Ley 80 de 1993 ni en la ley 1150 de 2007 sobre la cláusula penal y por lo tanto deben aplicar las normas del derecho privado iv) En la aplicación de la cláusula penal al contratista incumplido, la Entidad Estatal debe aplicar los artículos antes enunciados. Teniendo en cuenta que el bajo el amparo de cumplimiento se otorga cobertura al pago de la cláusula penal (numeral 3.4 del artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015), al momento de hacer exigible el pago de la cláusula penal a la aseguradora, también debe aplicar tales preceptos. En atención a lo anterior no es viable que en el seguro de cumplimiento se pacte la cláusula de proporcionalidad, **pero si lo es que, al momento de requerir el pago de la cláusula penal a la aseguradora, se tenga en cuenta por parte de la Entidad Estatal el porcentaje ejecutado del contrato.**” (Negrita y subrayado fuera del texto original)

Para el manejo de garantías en Procesos de Contratación, Colombia Compra Eficiente (https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140708_guia_para_el_manejo_de_garantias_en_procesos_de_contratacion.pdf)

Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad: La cláusula de proporcionalidad es aquella en virtud de la cual la aseguradora sólo paga por completo el valor asegurado en los eventos en que haya siniestro total; de forma que sólo se paga una parte del valor asegurado en casos de siniestro parcial. Esta cláusula no puede incluirse en contratos estatales y de incluirse no produce efecto alguno.

Como ejemplo: en un contrato amparado con un valor asegurado de 100 millones de pesos, si hay cláusula de proporcionalidad y ocurre un siniestro parcial correspondiente a un incumplimiento del 70% del contrato, la aseguradora sólo está obligada a pagar una indemnización máxima de 70 millones, valor proporcional al siniestro, lo cual no es aplicable en contratos estatales.

No se debe confundir la cláusula de proporcionalidad con la proporcionalidad de la cláusula penal, en la cual si el contratista incumple, la pena se hace efectiva sobre el porcentaje incumplido.” (Negrita y subrayado fuera del texto original)

CASO CONCRETO:

CORMAGDALENA desconoce por completo el porcentaje de ejecución de la obra, que fue certificado mediante la prueba pericial solicitada y contratada por COMEPSA, el Perito en su dictamen, después de una revisión ítem a ítem concluyó un avance de obra de 70.36%

“Como conclusión de todo lo anterior, este perito determinó que, con base en la documentación suministrada, el porcentaje de avance de la obra es del setenta punto treinta y seis por ciento (70,36%). Se hace la claridad que existen actividades para las cuales no se cuentan con soportes que permitan estimar una cantidad exacta y real en cuanto a su ejecución por lo cual en algunos casos este perito únicamente pudo establecer lo que la interventoría del proyecto había avalado previamente.”

CORMAGDALENA violó el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, el cual determina que (...) "2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas". (...), así como de los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011, los cuales hacen alusión a la "SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL" y "FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES", respectivamente y teoría de los actos propios.

En relación con la figura de la Supervisión, COLOMBIA COMPRA EFICIENTE en La Guía para el Ejercicio de las Funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado G-EFSICE-01, define la supervisión así:

"...La supervisión de un contrato estatal consiste en "el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercido por la misma entidad estatal cuando no se requieren conocimientos especializados". El artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 permite que las Entidades Estatales celebren contratos de prestación de servicios para apoyar las actividades de supervisión de los contratos que suscriben..."

De igual manera, COLOMBIA COMPRA EFICIENTE en La Guía para el Ejercicio de las Funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado G-EFSICE-01, define la interventoría de la siguiente manera:

"...La interventoría es el seguimiento técnico a la ejecución de contratos de distintas tipologías, realizado por una persona natural o jurídica contratada para ese fin por la Entidad Estatal, en los siguientes casos: (i) cuando la ley ha establecido la obligación de contar con esta figura en determinados contratos, (ii) cuando el seguimiento del contrato requiera del conocimiento especializado en la materia objeto del mismo, o (iii) cuando la complejidad o la extensión del contrato lo justifique. No obstante, la Entidad Estatal puede determinar que la interventoría cubra no sólo acciones de carácter técnico, sino también administrativo, financiero, contable y/o jurídico. El contrato de interventoría es principal y autónomo y aunque el objeto del mismo supone la existencia de otro contrato respecto del cual se va a ejercer la vigilancia, el mismo es independiente de este último y por lo tanto, su existencia no depende de la existencia del contrato vigilado. Sin embargo, los contratos de interventoría pueden prorrogarse por el mismo plazo que se hubiera prorrogado el contrato objeto de vigilancia con el fin de que no se interrumpa el seguimiento al contrato vigilado. El contrato de Interventoría debe ser supervisado directamente por la Entidad Estatal, en consecuencia, siempre que una Entidad Estatal suscriba este tipo de contratos debe designar a un funcionario que haga la supervisión del contrato y que verifique su cumplimiento en las condiciones pactadas...".

En cuanto a las funciones de los supervisores e interventores es claro que su deber es ejercer el control y vigilancia sobre la ejecución contractual de los contratos vigilados, dirigida a verificar el cumplimiento de las condiciones pactadas en los mismos.

De otra parte, el artículo 83 de la Constitución Nacional consagra que "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".

Por su parte, el numeral 4. del artículo 3º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, hablando del principio de la buena fe, establece que “En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes”

En ese sentido, la doctrina de los actos propios, proclama el principio general de derecho que indica la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos. Constituye un límite del ejercicio de una facultad o potestad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del ordenamiento jurídico, un comportamiento acorde con tal principio.

Conforme a lo antes mencionado y refiriéndonos al principio del respeto del acto propio, es necesario precisar que éste es una de las manifestaciones concretas del principio de buena fe, el cual previene que la administración contravenga sus actuaciones precedentes en perjuicio de los particulares y busca que dichas actuaciones conserven la debida coherencia y respeto por los compromisos adquiridos.

Jurisprudencialmente, la Corte Constitucional ha definido el principio del respeto al acto propio en los siguientes términos: “El principio de respeto por el acto propio comporta el deber de mantener una coherencia en las actuaciones desarrolladas a lo largo del tiempo[30], de manera que deviene contraria al principio aludido toda actividad de los operadores jurídicos que, no obstante ser lícita, vaya en contravía de comportamientos precedentes que hayan tenido la entidad suficiente para generar en los interesados la expectativa de que, en adelante, aquéllos se comportarían consecuentemente con la actuación original. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en desarrollo de este principio, se sanciona “como inadmisible toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto” (Corte Constitucional. Sentencia T-248/2008. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil)

En ese sentido, el principio de respeto del acto propio, opera cuando un sujeto de derecho ha emitido un acto que ha generado una situación particular, concreta y definida a favor de otro. Dicho principio limita la actuación de ese sujeto de derecho en el sentido de que no podrá modificar unilateralmente su decisión, pues la confianza del administrado no se genera por la convicción de la apariencia de legalidad de una actuación, sino por la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida a través de un acto que creó situaciones particulares y concretas a su favor.

Aterrizando las anteriores consideraciones al caso concreto, tenemos que, el contrato estableció una forma de pago, de la siguiente manera:

CORMAGDALENA pagará el valor del contrato mediante actas mensuales parciales de recibo de Obra firmadas por el contratista e CONTRATISTA (Sic) y/o supervisor. El pago de la última cuenta presentada por el contratista estará supeditado a la suscripción del acta de liquidación del contrato de Obra, previa aprobación por parte del CONTRATISTA, el contratista (sic) y del Supervisor del contrato y, actualización de la garantía única en caso de que haya lugar. Una vez sean presentados los documentos exigidos para el pago, éste se hará efectivo una vez se surtan los procesos internos por parte de CORMAGDALENA para tal efecto. Estos pagos se realizarán mediante transferencia electrónica de fondos, en cuenta corriente o cuenta de ahorros en la entidad bancaria donde el CONTRATISTA indique, para lo cual a la firma del contrato adjuntará la certificación bancaria con vigencia no mayor a 30 días.” (Negrita y subrayado fuera de texto)

Como se observa se pagaría por entregas parciales de obra, luego, no puede desconocer CORMAGDALENA la clase de contrato que suscribió, que en ningún momento se asemeja a un contrato "llave en mano", razón por la cual se realizaron pagos a COMEPESA, que ahora por una apreciación del supervisor, sin ninguna prueba técnica indican que por funcionalidad se ejecutó 0%, desconociendo sus propios actos y funciones.

PAGOS A COMEPESA				
No. De pago	valor de la factura	descuentos	valor pagado	fecha del pago
1.	\$ 123.335.664	\$ 9.929.486	\$ 113.406.178	17/12/2018
2.	\$ 419.753.802	\$ 33.793.466	\$ 385.960.336	4/03/2019
3.	\$ 158.673.424,50	\$ 12.774.453,00	\$ 145.898.971,50	4/06/2019
Total pagado	\$ 701.762.890,50			

En este punto Vale la pena resaltar que tanto **Supervisores como Interventores** son los encargados de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales, y en esa medida, sus decisiones como representantes de la entidad contratante no sólo son vinculantes para el contratista, sino que además comprometen la responsabilidad de la contratante.

Por lo anterior la cuantificación de la sanción debe hacerse con base en el porcentaje probado como incumplido del Contrato, y por tal motivo, el porcentaje de ese incumplimiento es el que se debe hacer efectivo de la cláusula penal con lo cual la misma, se reducirá proporcionalmente de acuerdo con el porcentaje del contrato equivalente a las obligaciones cumplidas.

Para facilitar esta exposición se hará el siguiente ejercicio matemático para que sea tenido en cuenta:

El porcentaje de incumplimiento del contrato es del 29.64%.

Si el valor del contrato es \$1.819.537.900 y la Cláusula Penal es del 20%, la tasa máxima como sanción será la siguiente:

Fórmula:

$$S = (VTC * CP) * PI$$

Sanción: S

Valor total del contrato: VTC

Cláusula Penal: CP

Porcentaje de Incumplimiento: PI

$$S = (\$1.819.537.900 * 20%) * 29.64\%$$

$$S = 363.907.580 * 29.64\%$$

$$S = \$107.862.206$$

Del anterior ejercicio, encontramos que la sanción no podrá superar el valor de ciento siete millones ochocientos sesenta y dos mil doscientos seis pesos \$107.862.206

Si el contratista hubiera incumplido el 100% del contrato la sanción sería del 20% del valor del contrato, es decir, \$363.907.580, pero como lo que incumplió presuntamente fue el 29.64% es este el porcentaje que se debe tener en cuenta sobre el valor de la sanción no sobre el valor de todo el contrato.

Así las cosas y en conclusión para este argumento subsidiario, CORMAGDALENA debe proceder a ponderar el porcentaje presuntamente incumplido del contrato, con el fin de que en ese porcentaje o proporción se haga efectiva la cláusula penal, claro está, siempre y cuando sea desvirtuado por parte de la entidad contratante, el argumento principal expuesto en el presente recurso de reposición.

COMPENSACIÓN

El numeral 6 del clausulado general de la Póliza de Cumplimiento No. 25-44-101110321 establece:

“EN VIRTUD DE LA COMPENSACIÓN COMO MEDIO DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES RECONOCIDA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 1150 DE 2007, SEGURESTADO TENDRÁ EN CUENTA TODAS LAS SUMAS DE DINERO QUE LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA LE ADEUDE AL CONTRATISTA GARANTIZADO, POR CUALQUIER CONCEPTO. PARA TALES EFECTOS, SE DEBERÁ TENER EN CUENTA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO GARANTIZADO, EFECTUADA EN LOS TÉRMINOS LEGALES O CONVENCIONALES”

Y de la mano con lo anterior, el Artículo 17 de la ley 1150 de 2007 expresa:

“Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.”

En este orden de ideas, y configurándose el supuesto de hecho exigido por el contrato y por la Ley, debe la Entidad ordenar la Compensación de la sanción, en el evento de existir saldos a favor del contratista, solicitamos a la Entidad efectuar la compensación de la sanción de los saldos a favor del contratista.

Finalizados los argumentos del recurso, la defensa de la Compañía Aseguradora solicitó:

PETICIÓN PRINCIPAL:

Con base en las consideraciones expuestas en el punto 1., solicito que se REVOQUE la Resolución 00252 de 2020.

PETICIÓN SUBSIDIARIA:

Con base en las consideraciones expuestas en el punto 2. Solicito que se MODIFIQUE la Resolución No. 25200 del 2020, con el objetivo de que CORMAGDALENA aplique la fórmula indicada a fin de aplicar el principio de la proporcionalidad de la cláusula penal.

IV. LOS HECHOS PROBADOS.

Conforme se relacionó en antecedencia, durante el desarrollo de las audiencias dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa del Contratista y de la Compañía Aseguradora, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante el oficio de citación No. CE-OAJ-201903001377 del 30 de mayo de 2019 y No. CE-OAJ-201903001378 del 30 de mayo de 2019, en el cual se relacionaron los hechos relevantes y se remitieron las pruebas que soportan el presunto incumplimiento. Así mismo, se permitió a los interesados presentar sus descargos, rendir las explicaciones del caso, aportar y solicitar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

En virtud de lo anterior y para efectos de adoptar la decisión que en derecho corresponda, se hace necesario relacionar a continuación los hechos que se encuentran probados dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio, a saber:

1. El jueves 13 de septiembre de 2018 se presentó colapso de parte de la placa contigua al ala norte del Terminal Fluvial de Yuma, que implica una perdida acelerada e irresistible del terreno que soporta el edificio, razón por la cual CORMAGDALENA procedió a efectuar las verificaciones técnicas pertinentes. Según comunicación interna del 14 de septiembre de 2018, emitida por el equipo técnico de la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación de CORMAGDALENA se concluyó con relación al estado de la Terminal Fluvial Yuma:

... "Una vez presentadas las primeras evidencias de fallo de la tablestaca, esta estructura colapsó de forma intempestiva e imprevisible en menos de tres días, aspecto que evidenció el avance acelerado del evento de socavación y erosión. En este punto, la situación estructural de fallo de la tablestaca y del adyacente que soporta la edificación del Terminal se torna irresistible toda vez que la tablestaca ya ha colapsado, el caudal del río ha ingresado y ha lavado parte del terreno, lo que conlleva a no sea posible resistir el evento con obras diferentes al retiro de la tablestaca colapsada, la construcción de una nueva estructura de línea de muelle y recuperación del terreno adyacente" ...

2. Que el día 14 de septiembre a través de la resolución No. 000251, CORMAGDALENA declaró la Urgencia Manifiesta para llevar a cabo las obras prioritarias de contención y recuperación inmediata de la línea de tablestaca colapsada en la Terminal Fluvial Yuma ubicada en el municipio de Barrancabermeja – Santander
3. El 26 de Septiembre de 2018 se firmó el contrato No. 0-0244 de 2018, entre CORMAGDALENA y la Compañía de Equipos Pesados S.A., cuyo objeto es “**CONTRATAR LA URGENCIA MANIFIESTA PARA LLEVAR A CABO LAS OBRAS PRIORITARIAS DE CONTENCIÓN Y RECUPERACIÓN INMEDIATA DE LA LÍNEA DE TABLESTACA COLAPSADA EN LA TERMINAL FLUVIAL YUMA UBICADA EN EL MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA – SANTANDER**”

4. El plazo inicialmente acordado fue de DOS (2) MESES, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, la cual fue firmada el día once (11) de octubre de 2018.
5. En ejecución del contrato, el 07 de diciembre de 2018 se suscribió el Otrosí No 1, prorrogando el plazo de ejecución por 45 días más, esto era hasta el 24 de enero de 2019.
6. El 24 de enero de 2019 se suscribió el Otrosí No 2, prorrogando el plazo de ejecución por dos (2) meses más, esto era hasta el 24 de marzo de 2019. Sin embargo, en medio de esta segunda prórroga, el día 21 de febrero de 2019 se vio la necesidad de suscribir una suspensión por 12 días, proyectando reiniciar el 04 de marzo de 2019. Posteriormente, el día 22 de marzo de 2019 se suscribió una segunda acta de suspensión por 10 días. Esta segunda suspensión se amplió el 12 de abril de 2019 proyectando reiniciar el 27 de abril de 2019.
7. Finalmente, el 26 de abril de 2019 se suscribió el Otrosí No. 3, prorrogando por 45 días más, es decir, hasta el 11 de junio de 2019.
8. Teniendo en cuenta dichos términos, la fecha de finalización del plazo contractual fue el 11 de junio de 2019.
9. El profesional Leonardo Contreras Marín fue designado como supervisor del contrato, el cual en cumplimiento de sus funciones, a través de la comunicación interna No.201901000852 del 28 de mayo de 2019, remitió informe de presunto incumplimiento presentado por CONCEP S.A.S. en calidad de interventoría del contrato No. 0-0244-2018 bajo el número II-757-090-19 con fecha del 27 de mayo de 2019 y radicado en CORMAGDALENA bajo el No. 201902002778 del 29 de mayo de 2019, a través del cual solicitan el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio.
10. A través de Comunicación Interna, el día 04 de mayo de 2020 el Director Ejecutivo notificó la reasignación de la Supervisión al Ingeniero Jairton Díez Díaz, Subdirector de Desarrollo Sostenible y Navegación.

V. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Una vez verificados los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se constató que el recurso y su sustentación, objeto de la Resolución recurrida, cumplen con el mandato contenido en dicha norma.

En este orden de ideas, esta Oficina Asesora Jurídica, una vez analizadas y valoradas las razones de orden fáctico y jurídico, oportunamente allegadas y en las que se fundamentaron los recursos de reposición sustentados por el apoderado del contratista y de la compañía garante, procederá en concordancia a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en tanto al derecho al debido proceso se refiere, a resolver los recursos de reposición en mención, para lo cual se pronunciará respecto de cada una de las razones de inconformidad expuestas por los recurrentes en el orden que fueron expuestas, así:

5.1. Consideraciones sobre el recurso de COMEPSA

A continuación, el Despacho procederá a pronunciarse sobre cada uno de los argumentos elevados por el contratista recurrente y abordará el examen de los mismos, conforme al orden empleado por este en la sustentación de la reposición.

5.1.1. Congruencia del informe de intervención que justificó la apertura del procedimiento administrativo con la decisión finalmente adoptada.

...“*El Contratista enfocó su derecho de defensa y contradicción en desvirtuar los argumentos del informe de Interventoría que habían servido de base a la entidad para llamarlo a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, probó no solo su buena fe contractual, sino que presentó unos porcentajes de avance que a diferencia de los inicialmente expuestos en el informe, acreditaban un mayor avance en la ejecución de la obra y el cumplimiento de las obligaciones contractuales.*

De igual forma, una vez practicadas las pruebas y en la oportunidad de objetar, nunca se había sugerido la posibilidad de una declaratoria de incumplimiento definitivo del contrato y la discusión seguía encaminada a establecer un porcentaje real de avance de obras sobre el que no había acuerdo entre Contratista e Interventoría.”...

Como primer argumento para solicitar la revocatoria de la decisión, la defensa expone la falta de congruencia entre los cargos formulados en el informe de incumplimiento y la citación al procedimiento con respecto a la decisión adoptada. Expone que el Contratista basó su defensa en establecer el avance de obras y que nunca se advirtió la declaratoria de un incumplimiento definitivo.

Al respecto, cabe recordar que la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido al principio de congruencia como, el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones, para que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, de la siguiente manera:

...“*La Sala precisa que el principio de congruencia procesal se ha definido como, “el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral, y contencioso- administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado, sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas”, es decir, que el alcance*

y contenido de una providencia está delimitado por las pretensiones, existiendo una correspondencia entre ésta y los hechos que se esgrimen en la demanda”...³

Adicionalmente, precisa que la congruencia comporta dos dimensiones, una interna y otra externa, así:

...”la congruencia debe ser interna y externa. La primera obedece a la correspondencia que debe existir entre la parte motiva y resolutiva de la sentencia; y la segunda, la externa, que la decisión contenida en la resolutiva se encuentre en concordancia con lo pedido en la demanda como en su contestación.

Sobre este aspecto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expresó:

“El petitum, entonces deberá expresar claramente la modificación o reforma que se pretende de los actos acusados, y a él atañe la observancia por parte del juzgador del principio de la congruencia de las sentencias, que debe ser tanto interna como externa. La externa, se traduce en la concordancia debida entre el pedido de la (sic) partes en la demanda y su corrección, junto con las excepciones, con lo decidido en la sentencia y encuentra su fundamento en los artículos 55 de la Ley 270 de 1996 y 170 del C.C.A. en concordancia con el 305 del C.P.C., que señala que el juez en la sentencia debe analizar “los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, con el objeto de resolver todas las peticiones”. No debe olvidarse además, que conforme al artículo 304 del C.P.C. la parte resolutiva “deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda...”. Dado que con la definición del proceso se busca la certeza jurídica, la norma le impone al juez el deber de claridad respecto de la sentencia, noción que se opone a las decisiones oscuras, ambiguas o dudosas. La congruencia interna, está referida a la armonía y concordancia que debe existir entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas contenidas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutiva de la sentencia.”

Conforme a lo expuesto, para la Sala el principio de congruencia procesal tiene como finalidad que la providencia se encuentre en concordancia y armonía entre lo probado y lo pedido por las partes garantizando un debido proceso”...⁴

En el caso que nos ocupa, el informe de incumplimiento elaborado por la Interventoría CONCEP No. II-757-090-19 de fecha 27 de mayo de 2019, sobre el cual se fundamentaron las citaciones No. CE-OAJ-201903001377 del 30 de mayo de 2019 y No. CE-OAJ-201903001378 del 30 de mayo de 2019, señalaron los presuntos incumplimientos así:

³ Sentencia 00838 de 2018 Consejo de Estado, Magistrado Ponente: César Palomino Cortés

⁴ Ibídem

“1. EL ATRASO SIGNIFICATIVO DE 32,37% EN CONTRASTE CON EL PROGRAMA DE INVERSIONES PRESENTADO POR EL CONTRATISTA, INCUMPLIENDO EL CRONOGRAMA Y FECHAS PACTADAS.

2. TENER UNA DISPOSICIÓN DE TIEMPO COMPLETO POR PARTE DEL DIRECTOR DE OBRA, EL CUAL DEBERÁ TENER EL PERFIL DE INGENIERO CIVIL.”

Para la formulación de los cargos citados, la interventoría expuso en su informe de incumplimiento un análisis del déficit en el avance porcentual de ejecución de la obra y advirtió unas fallas sobre algunos ítems cruciales, que debían corregirse para poder ser validados y contabilizados como obra ejecutada, así:

“En la actualidad, según análisis realizado por la Interventoría, a corte del 26 de mayo de 2019, y transcurridos veintisiete (27) días de la tercera prórroga contemplada en el Otrosí No. 3 que vence el 11 de junio de 2019, el avance del contrato es tan solo del 40,52%, cuando el avance programado para esta fecha debería corresponder al 72,89%; presentándose un considerable atraso del 32,37 % en ejecución de obra y desarrollo del plan de inversiones.

Es importante resaltar que el porcentaje comparativo indicado anteriormente, es decir, el 72,89% de avance que debería tener el contratista de obra, se refiere al replanteamiento del cronograma bajo la nueva estructura de ejecución dispuesta en el Otro sí No. 3; es decir, se trata de un cronograma de ejecución que no se encuentra afectado por ningún de las situaciones que previamente podían haber afectado la ejecución en los Otro Sí 1 y 2

La hincia de pilotes es la actividad más importante de la obra, y corresponde a la ruta crítica del proyecto. A la fecha, el Contratista ha hincado 27 pilotes, restando por hincar 10 pilotes. Sin embargo, el Contratista tendrá que rehincar 16 pilotes adicionales los cuales hincó al inicio del proyecto sin utilizar el equipo especificado, requiriéndose la realización de reprocesos. Cabe mencionar que las razones que dan origen a estos atrasos, están relacionadas con situaciones que en su momento fueron anunciadas por la interventoría como hechos de incumplimiento contractual y que se referían a no contar con los equipos adecuados y requeridos por la entidad para la ejecución de la obra.”

Por su parte, el Contratista contradijo la denuncia de la Interventoría afirmando un avance porcentual mayor, dirigiendo su declaración a un debate técnico respecto a ¿qué se debía contabilizar y por qué debía contabilizarse?, señalando adicional al avance porcentual, aspectos relacionados con la calidad y funcionalidad de la obra, así:

“Para todos los efectos legales de la presente defensa, Comepsa siempre ha tenido muy claro cuál es su diseño geotécnico, estructural, hidráulico y de funcionalidad del mismo, por lo cual jamás ha cambiado su diseño original, ahora bien conviene precisar, que el contratista garantizo ante la aseguradora Seguros del Estado, “la estabilidad y calidad de obra, Calidad de los materiales”, aportando sus propiedades

y patrimonio como garantías reales, equivalente al 60% del valor del contrato, para subsanar la NO inclusión de los amparos en el contrato inicial, por esto Comepsa tiene la seguridad en que el sistema funciona y está diseñado en forma adecuada para servir de contención y estabilización de las orillas colapsadas y funcionalidad como muelle de pasajeros en la terminal de Yuma”⁵.

Ante la controversia técnica que rodeaba el debate de calidad y funcionalidad, en la prueba pericial decretada y practicada, se le solicitó al perito responder al respecto:

...”3. ¿Los diseños, estudios geotécnicos, estudios estructurales y estudios hidráulicos presentados por el Contratista y que la Interventoría no aprobó, fueron correctamente objetados técnicamente?

4. ¿Las actividades ejecutadas por el contratista se encuentran fundamentadas técnicamente para cumplir con el objeto contractual? (normas técnicas) ...⁶

En los considerandos a dichos interrogantes, entre otras cosas, el perito anotó:

...”El perito hace notar que desde un punto de vista técnico la adopción del Código de Puentes como referente normativo fue una decisión unilateral de la Interventoría, que debería haber sido discutida con antelación igualmente; no está por demás tener en mente que se trata de un muelle que tendrá funciones de protección y eventualmente de contención, y que en rigor este tipo de obras no está cubierto ni por esa norma, ni por la Norma Sismo Resistente, el NSR-10 y que, hasta donde llegan los conocimientos del perito, en el país no hay normas para el estudio y diseño de estas obras”...⁷

Posteriormente, en la etapa de aclaraciones y complementaciones, se le solicitó al perito en la pregunta 8:

...”8. “Sírvase aclarar y/o complementar: ¿dentro de los análisis e inspecciones realizadas se tuvo en cuenta la calidad de los materiales instalados? ¿Se puede asegurar que el 70.36% de avance reportado cumple con las especificaciones técnicas y de calidad para este tipo de obras?”...⁸

A lo que el perito manifestó dentro de las consideraciones de su respuesta:

...”Es necesario señalar que el dictamen pericial rendido en relación con la calidad de la obra se abordó igualmente a partir del análisis de la información disponible relacionada con el cumplimiento de las normas técnicas que se habrían adoptado

⁵ Descargas de COMEPSA

⁶ Pregunta 3 y 4 del dictamen pericial

⁷ Página 136 del dictamen pericial

⁸ Pregunta 8 aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial

para el control de calidad de la obra y en particular de los materiales empleados por el contratista”...

...”En este contexto este perito en su respuesta a la pregunta 6.4 del dictamen pericial rendido señaló que en términos de control de calidad se pudo apreciar que, en los diseños, las especificaciones de los materiales correspondieron a las exigencias de CORMAGDALENA, no dejando de notar que las normas de diseño utilizadas la NSR 10 y la CCP-14 no cubren las estructuras tipo muelles”...⁹

Durante los alegatos de conclusión inicialmente presentados, la defensa del Contratista dedicó un capítulo a la calidad y estabilidad de la obra ejecutada, así:

I. CALIDAD Y ESTABILIDAD DE LA OBRA EJECUTADA POR COMEPESA

1. Resulta necesario también traer a colación en esta introducción, el asunto de la estabilidad de la obra ejecutada por COMEPESA, pues la Interventoría de forma injustificada sembró dudas sobre la calidad y estabilidad de las obras ejecutadas por dicha compañía, sin aportar prueba alguna sobre el particular.

2. A diferencia de lo señalado por la Interventoría, ha quedado demostrado con el Dictamen elaborado por Ingeniería Legal y Financiera, que las obras ejecutadas por COMPESA cumplieron con los ensayos y pruebas requeridas. Así lo expresó el perito en el documento de aclaraciones y complementaciones al responder la pregunta 8 formulada por CORMAGDALENA:

“De otra parte con base en los documentos aportados por COMPESA sobre el control de la calidad de los materiales en terreno, este perito en la respuesta a la pregunta 6.4. del dictamen pericial reportó un cumplimiento general de las normas de calidad establecidas, comprobadas a través de los resultados de ensayos de resistencia para los concretos (sobre cilindros de concreto) realizados por laboratorios certificados y en cantidad aceptable y en el conocimiento y lectura de las certificaciones de calidad (...)”

3. Además, en la audiencia del pasado 14 de febrero de 2019, donde al ser preguntado por la estabilidad de las obras, el Ing. Guillermo Ángel Reyes, miembro del equipo de Peritos, reafirmó que una de las principales demostraciones de que las obras han cumplido su cometido y que quedaron bien ejecutadas, es que a pesar de las subidas y bajadas del Río Magdalena, además del paso del tiempo desde su finalización, lo cierto es que la estructura que amenazaba ruina continúa en su lugar y se ha detenido la socavación de la estructura inferior.

De hecho, durante las primeras semanas de enero de 2020 el Río Magdalena presentó bajones muy fuertes y marcados en el sector Yuma, donde se pasó de un nivel de 3.8 metros a 1.8. A pesar de que no se han amarrado los pilotes en la corona superior con la viga de concreto, tales pilotes se han comportado a la perfección, demostrando la calidad y estabilidad de las obras ejecutadas por COMEPESA”

⁹ Respuesta a la aclaración y complementación 8 al dictamen pericial

Adicionalmente, el documento de la Sociedad Colombiana de Ingenieros advierte a Cormagdalena de la falla en la aplicación de la norma NSR-10 y el CCP-14, ambas normas técnicas aplicadas en los cálculos de la obra ejecutada por el Contratista.

..."Se desconoce por qué se empleó la NSR-10, para este diseño y no se complementa con normas para muelles"¹⁰...

..."Del documento (INCOSUELOS, Estudio de suelos Cormagdalena, 2019), manifiesta (COMEPSA) que diseño de acuerdo a la NSR-10"...¹¹

..."Se desconoce ¿Por qué se mezclan normas la NSR-10 y el CCP-14, para exigirle al Contratista y no se complementó o aplicó una para muelles? Las dos normas que se mezclan no son compatibles, y no se pueden mezclar"...¹²

Ante la mención reiterada en la aplicación aparentemente errada de las normas técnicas en los estudios y diseños, se le requirió a la Supervisión:

..."1. Sírvase indicar si los estudios y diseños presentados cumplen con los requerimientos de idoneidad técnica para desarrollar el objeto contratado"..."¹³

A lo que la Supervisión respondió:

..."En lo que respecta a lo solicitado por Cormagdalena para el caso de las obras, primeramente se deben recordar las indicaciones o requerimientos técnicos expresados por esta corporación para la consecución de las obras producto de la urgencia manifiesta. En ese sentido, el documento por excelencia que recoge todas estas consideraciones, requerimientos, solicitudes, hipótesis y demás se denomina Anexo Técnico (Contrato de Obra). Esto sin perjuicio de haber indicado, entregado u observado cualquier otra información técnica igual de relevante en otros documentos del proceso o contrato.

En lo que respecta al objeto contractual del proceso citado, es importante anotarlo, el cuál reza de la siguiente manera: "Contratar la urgencia manifiesta para llevar a cabo las obras prioritarias de contención y recuperación inmediata de la línea de tablestaca colapsada en la terminal fluvial ubicada en Barrancabermeja - Santander"

¹⁰ Página 08 del documento de la Sociedad Colombiana de Ingenieros denominado "asesoría técnica en las obras de contención y recuperación de orillas de la terminal fluvial de Yuma"

¹¹ Página 08 Ibidem

¹² Página 12, Ibidem

¹³ Pregunta 1 solicitada en el informe a la Supervisión

Para efectos de diseño de acuerdo al objeto contractual, se deberán diseñar obras correspondientes a la recuperación de la tablestaca colapsada y una terminal fluvial, esto en el marco geográfico de la ciudad Barrancabermeja – Santander.

Al revisar el numeral 1 del Anexo Técnico del contrato en mención, se encuentran los siguientes apartes con respecto a las características de las obras a diseñar:

“1. DESCRIPCIÓN DE LA NECESIDAD QUE LA ENTIDAD ESTATAL PRETENDE SATISFACER CON LA CONTRATACIÓN”

“La infraestructura del Terminal Fluvial de Yuma, tiene como propósito facilitar las condiciones de abordaje y desabordaje de pasajeros usuarios y carga menor del Río Magdalena como medio de transporte”

Al leer el aparte antes descrito en el Anexo Técnico, se nota la indicación específica que se necesita una infraestructura de transporte fluvial de pasajeros y de carga, lo cual debe ser considerado en las hipótesis y metodologías de diseño.

En lo que respecta a los objetivos específicos enlistados en el Anexo Técnico, a continuación se transcribe uno que indica el propósito de los diseños contratados:

“El sistema combinado de estructuras de contención y paredes estructurales se recomienda dado que el sistema de contención simple no tiene capacidad suficiente para soportar un momento de diseño de más de 1.700 kN/m, permite además trabajar los pilotes a una profundidad determinada y la pared estructural a una profundidad menor. Para el hincado de los pilotes se requiere un sistema de perforación debido a que el suelo es muy duro.”

En lo que se refiere a planos y especificaciones de construcción el anexo explica:

“el Contratista debe entregar a Cormagdalena...” “...Planos de Construcción, especificaciones de construcción, Plan de Calidad y Cronograma de las obras requeridas para cumplir con el objeto del contrato...”

Acota lo anteriormente descrito de la siguiente manera:

“Los documentos entregados por el Contratista deberán tener en cuenta...” “...en general todos los aspectos que puedan incidir en la determinación de las condiciones económicas. La evaluación incorrecta o la ausencia de consideración de toda la información que pueda influir en la determinación de los costos, no eximirá al Contratista de su responsabilidad por la ejecución de los trabajos objeto del contrato, ni le dará derecho a reembolso de costos, ni reclamaciones o reconocimientos de ninguna naturaleza.”

Con respecto a la normativa aplicable el anexo es claro en indicar que:

“Cuando no se haga referencia a alguna norma específica o en alguna eventualidad especial que impida el cumplimiento de las normas de CORMAGDALENA, la obra y los elementos suministrados por el contratista deberán cumplir los requisitos de las normas aplicables que se mencionan en el siguiente orden de prioridades:

- i. Instituto de Normas Técnicas ICONTEC
- ii. American Society for Testing and Materials ASTM
- iii. Especificaciones técnicas de construcción”

Por lo anteriormente mencionado, esta supervisión considera que se encontraba ampliamente expresado a lo largo del Anexo Técnico el propósito de los diseños contratados, así como también el contexto técnico en el cual se realizada dicha requisición.

Esto adicional a lo evidente y necesario de las obras contratadas (un terminal fluvial protegido por una obra de contención).

De acuerdo a lo anteriormente recogido del Anexo Técnico del contrato de obra, existía la necesidad de diseñar una obra consistente en un terminal fluvial (muelle).

Este muelle deberá ser sobre una infraestructura de pilotes (verticales), que a su vez estén conectados estructuralmente con elementos horizontales (plaquetas). Toda la estructura (muelle) debe estar protegida por una obra de contención adyacente al río y deberá recibir tanto pasajeros como carga. De los textos se evidencia que Cormagdalena dejó claridad del poco conocimiento sobre las condiciones del subsuelo, luego entonces obligando al contratista a realizar una exploración y caracterización del suelo que fuera suficiente para realizar unos diseños idóneos.

Con respecto a los diseños entregados se tiene lo siguiente:

El día 26 de abril de 2019 mediante oficio COMEPSA-YUMA-132/19, 2019, el Ing. Carlos Barbosa, diseñador estructural del proyecto indica que los diseños se realizaron de acuerdo a la normativa NSR-2010 (Norma Sismo Resistente del 2010). Al verificar la normativa empleada, en su literal “A.1.2.3 — ALCANCE — El presente Reglamento de Construcciones Sismo Resistentes, NSR-10, contiene.” se transcribe el pertinente, el cual reza:

“A.1.2.3.1 — Los requisitos mínimos para el diseño y construcción de edificaciones nuevas, con el fin de que sean capaces de resistir las fuerzas que les impone la naturaleza o su uso y para incrementar su resistencia a los efectos producidos por los movimientos sísmicos.”

Este mismo documento define ‘edificación’ en los siguientes términos:

“Edificación — Es una construcción cuyo uso primordial es la habitación u ocupación por seres humanos.”

Para no dejar ambigüedad en su alcance, la normativa establece unas excepciones a su uso en su literal “A.1.2.4 — EXCEPCIONES — El presente Reglamento de Construcciones Sismo Resistentes, NSR-10, es aplicable a edificaciones y no se aplica a:”, de las cuales se extrae la pertinente a continuación:

“A.1.2.4.1 — El diseño y construcción de estructuras especiales tales como puentes, torres de transmisión, torres y equipos industriales, muelles, estructuras hidráulicas y todas aquellas construcciones diferentes de edificaciones.”

Nótese la excepción explícita y taxativa a ‘muelles’, el cual es el objeto del contrato que nos acahé.

Teniendo en cuenta que:

1. *La normativa empleada por el contratista en el diseño del 26 de abril de 2019 y entregada mediante oficio COMEPSA-YUMA-132/19, NO corresponde a una metodología de diseño para muelles o terminales fluviales. Por el contrario, se encuentra exceptuada para este tipo de obras.*
2. *La exploración ejecutada fue considerada insuficiente en su momento por la Interventoría y esta supervisión comparte esa visión teniendo en cuenta la longitud y localización de exploración y la magnitud del proyecto.*
3. *La caracterización de los materiales extraídos durante exploración es insuficiente, por lo tanto no se conoce el comportamiento de los mismos.*
4. *No se pueden considerar idóneos unos planos de diseño producto de una metodología equivocada basados en una exploración insuficiente y caracterización ineficaz.*

A partir de los análisis técnicos, consideraciones normativas técnicas expuestas y los documentos técnicos del contrato tenidos en cuenta, esta supervisión considera que los estudios y diseños entregados NO cumplen con los requerimientos de idoneidad técnica para desarrollar el objeto contratado.

Dentro del término procesal pertinente, el Contratista se refirió a lo dicho por la Supervisión, a página 4 de su respuesta afirmó que la Supervisión incurre en un error frente a la apreciación del objeto contratado, *“pues no se trata de una obra de muelles sino de contención de orillas”*

Teniendo en cuenta la conclusión a la que llega la Supervisión en la primera pregunta del informe, y al margen de la controversia sobre el verdadero alcance del objeto contratado,

se le solicitó aclarar si la normativa NSR-2010 (Norma Sismo Resistente del 2010), cumple con los requerimientos de idoneidad técnica para desarrollar una obra de contención de orillas.

A lo que la Supervisión respondió:

...“en el informe inicial nosotros dijimos que esta norma está pensada únicamente para edificaciones, es decir para edificios, casas, casas de interés social y demás lugares diseñados para ser ocupados por personas, la obra en cuestión, lo que contrató Cormagdalena de acuerdo al anexo técnico, al objeto contractual y a los demás documentos técnicos es un muelle para el transporte de carga y de personas, desde ese punto de vista la norma excluye a los muelles, teniendo en cuenta la solicitud de aclaración decretada, tomamos como ejercicio que no fuera un muelle sino una obra de protección de orillas tal y como lo proponía el contratista y cuando vamos a la norma, la norma también excluye este tipo de obras, pues estas obras de protección de orillas son obras hidráulicas y una de las excepciones de la norma NSR-10 son las obras hidráulicas, así que desde este punto de vista, esta norma no puede ser aplicable”...¹⁴

A continuación, el informe de la Supervisión expuso un análisis en conjunto con el avance porcentual de la obra, el criterio de funcionalidad y la finalidad de la obra, concluyendo:

...“Al observar los trabajos realizados se concluye que estos no cumplen ninguno de los objetivos trazados al iniciar el proceso de contratación. No existen obras que protejan de la erosión el terminal de Yuma y la superestructura del muelle de pasajeros.

Independientemente de la calidad de las obras y aun teniendo en cuenta que no existe certeza de la profundidad de algunos de los pilotes, y que algunos otros no fueron hincados con el equipo solicitado y que las vigas prefabricadas no presentan las dimensiones establecidas, el conjunto de obras no se encuentran amarradas, generando solo una serie de pilotes, aislados sin ningún tipo de unión.

Por todo lo expresado anteriormente, esta supervisión considera que la obra construida, o más bien, los elementos estructurales instalados en el marco de la urgencia manifiesta del contrato del asunto NO son funcionales desde el punto de vista técnico”...¹⁵

En la aclaración y complementación al informe se le solicitó a la Supervisión indicar:

¹⁴ Conclusiones expuestas por la Supervisión en la audiencia del 30 de julio de 2020

¹⁵ Conclusión a página 22 de la prueba por informe a cargo de la Supervisión

...“Teniendo en cuenta las tablas 5 y 6 elaboradas por la Supervisión en el informe y las conclusiones de idoneidad respecto a los ítems que cumplen la especificación técnica, los cuales la Supervisión estimó en un valor de \$195.274.683,5, correspondiente a un 10,7% del valor contratado. Sírvase aclarar, si es el porcentaje del 10.7% el que la Supervisión estima debe serle reconocido al Contratista como porcentaje de avance de obra; o si con base en el criterio de funcionalidad concluido en la tercera pregunta, dicho porcentaje varía.”...

A lo que la Supervisión respondió:

En ese informe se dejó claridad que cumplir con las especificaciones técnicas no presuponía el cumplimiento del objeto contractual.

Por otra parte la Supervisión se acoge al criterio de funcionalidad esbozado en la tercera pregunta reiterando lo escrito y que se transcribe a continuación:

“Al observar los trabajos realizado se concluye que estos no cumplen ninguno de los objetivos trazados al iniciar el proceso de contratación. No existen obras que protejan de la erosión el terminal de Yuma y la superestructura del muelle de pasajeros.”

“Por todo lo expresado anteriormente, esta supervisión considera que la obra construida, o más bien, los elementos estructurales instalados en el marco de la urgencia manifiesta del contrato del asunto NO son funcionales desde el punto de vista técnico.”

Teniendo en cuenta que la Supervisión se reafirma en sus consideraciones iniciales y que la obra ejecutada no representa ningún beneficio para la entidad y para la comunidad, en cuanto a que no son funcionales, útiles, eficaces ni utilizables. Y que adicionalmente no cumplen ninguno de los objetivos trazados al momento de realizar la contratación por parte de Cormagdalena. Esta Supervisión considera que el porcentaje a ser reconocido por el Contratista es de Cero (0%).

Finalmente, este despacho tomando todo el acervo probatorio obrante en el expediente, consideró:

“A lo largo del procedimiento, los argumentos en torno al incumplimiento del Contratista, adicional al hecho notorio y cierto del vencimiento del plazo contractual sin la finalización de la obra contratada, se dirigieron fundamentalmente a los problemas técnicos de la obra y su repercusión en la calidad, estabilidad y funcionalidad de la misma, pues solo con el cumplimiento de estos elementos se podría alcanzar el fin último de esta contratación, el cual no es otro que propender por el interés general y garantizar la prestación de un servicio que la Constitución y la ley le encomendó a Cormagdalena.

A esta Oficina Asesora Jurídica en el caso en concreto le corresponde a través del presente instrumento legal ejercer un control administrativo que permita de manera objetiva determinar el porcentaje de incumplimiento del Contratista procesado, teniendo como referente primario la finalidad que originó la contratación y la necesidad que buscaba satisfacer la Entidad con este proyecto.

En este punto, resulta pertinente citar el artículo 3º de la ley 80 de 1993, que al respecto reza:

"ARTÍCULO 3º. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

En el mismo sentido, la Sección Tercera del Concejo de Estado expone cómo a través del contrato público se persiguen los fines del Estado y el papel del contratista como verdadero colaborador de la administración, afirmando:

"El objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado.

De acuerdo con esta orientación, los contratos estatales están poderosamente influidos por el fin que ellos involucran, cual es el interés público, lo que determina, por una parte, que **no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad**¹⁶

Vemos que el contrato público funge como herramienta para materializar los distintos fines del Estado y como sin desconocer el interés legítimo del cocontratante de obtener una remuneración, éste deja de ser solo un comerciante para convertirse en un colaborador de la administración.

¹⁶ Consejo de Estado SIII, sentencia 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), 31 de agosto de 2011, C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO

Es bajo esta perspectiva que se debe evaluar la actuación de COMEPESA, pues como lo señala la Supervisión con especial tino, el objeto contractual era la realización de una obra y no el mero suministro de materiales.

Adicionalmente, se recuerda que dentro de las características de los contratos de obra encontramos que encierran obligaciones de resultado y no de medio y sobre el particular, el Consejo de Estado en sede de consulta nos recuerda:

"Entre las características del contrato de obra reseñadas por la doctrina, se encuentran las siguientes:

i) *El principio de riesgo y ventura*

El contrato de obra pública se ha caracterizado por ser el contrato administrativo por excelencia, y la doctrina lo ha calificado como un contrato de resultado (riesgo y ventura), para mostrar la obligación del contratista de asumir el "alea normal" en su ejecución, en contra posición con el "alea anormal" del contrato previsto para la institución del equilibrio financiero del mismo.

*Por ello, el contratista asume el mayor riesgo o menor ventura u onerosidad que pueda significar la obtención del resultado: **lo único que importa es el resultado final - la entrega en plazo de la obra terminada-** abstracción hecha de la actividad desplegada por el empresario para llegar a él, y el costo que le haya supuesto llegar al mismo"¹⁷*

Bajo esta perspectiva, este Despacho considera que al margen de la controversia sobre el alcance del objeto suscitado entre el Contratista y la Supervisión, existen elementos claros para determinar que buscaba Cormagdalena con la obra contratada, así:

1. Contener el proceso erosivo ocasionado por las fuerzas del río
2. Proteger la infraestructura que se encontraba en la zona con riesgo de colapso
3. Recuperar la funcionalidad del terminal fluvial.

De las distintas pruebas obrantes en el expediente, y entre otras las fotografías varias veces citadas en esta resolución, salta a la vista que la precaria ejecución del Contratista no generó impacto funcional¹⁸ y eficaz alguno¹⁹, pues el proceso erosivo

¹⁷ Consejo De Estado, Sala De Consulta Y Servicio Civil, Consejero ponente: Édgar González López, Radicación interna: 2386, 5 de septiembre de 2018

¹⁸ <https://dle.rae.es/funcional> (3. adj. Dicho de una obra o de una técnica: Eficazmente adecuada a sus fines)

¹⁹ *Desde el punto de vista mecánico (ingenieril), una obra funciona sólo en el momento en que sus elementos estructurales (en este caso pilotes, plaquetas, una obra de contención y demás) son conectados para funcionar como un todo (un sólido, mecánicamente hablando). Sólo en este momento, presta un servicio o es eficaz, dado que elementos estructurales por separado no son en sí una estructura. Teniendo en cuenta que en la obra en cuestión, los elementos estructurales nunca fueron conectados no se puede atribuir función a ellos, es decir, no se puede decir que sean funcionales. (Informe de la Supervisión)*

continua y la infraestructura sigue expuesta, sin mencionar que el terminal fluvial sigue inoperable en detrimento de esta Corporación y del servicio público que allí se presta.

Por otro lado, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, dispone que con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.²⁰

Respecto a la Interventoría en los contratos de obra, Colombia Compra Eficiente nos recuerda:

“Finalmente se recuerda que deben tener interventor todos los contratos de obra cuando el Proceso de Contratación se utilizó la licitación pública como modalidad de selección (Numeral 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993). Igualmente, en caso de que en el contrato de obra se haya utilizado una modalidad diferente a la licitación pública, la Entidad Estatal deberá pronunciarse acerca de la obligatoriedad de contar o no con una interventoría, cuando el contrato de obra supere la menor cuantía de la Entidad (Parágrafo 1 del artículo 83 de la ley 1474 de 2011).”²¹

El contrato 0-0244-2018 se suscribió en el marco de una Urgencia Manifiesta y la Entidad estimó necesario contar con el seguimiento integral (administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico) sobre el cumplimiento del contrato. Bajo esta necesidad se suscribió el contrato 0245-2018 con la firma CONCEP S.A.S. cuyo objeto es “contratar la Urgencia Manifiesta para llevar a cabo la Interventoría a la construcción de obras prioritarias de contención y recuperación inmediata de la línea de tablestaca colapsada en la terminal fluvial de pasajeros Yuma en Barrancabermeja – Santander”.

En el marco de las facultades y deberes asumidas por CONCEP S.A.S. como firma interventora, en la cláusula 2.1. del Contrato de Interventoría se establecieron como obligaciones para el Contratista-Interventor: verificar el cumplimiento de las obligaciones del Contratista de obra, velar por el estricto cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de obra, así como rendir informes y conceptos a Cormagdalena respecto de la ejecución del contrato de obra, sus adiciones, prórrogas y otrosías de acuerdo con lo previsto en dicho contrato, entre otras obligaciones señaladas en el contrato y en la Ley

Adicionalmente, el artículo 84 de la Ley 1474 señala que la supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista. Y el artículo 82 de la misma norma dispone las responsabilidades de los Interventores, estableciendo que los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables

²⁰ Artículo 83, Ley 1474 de 2011

²¹<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/supervisi%C3%B3n-e-interventor%C3%ADa-en-contratos-estatales>

y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.

Ahora, el inciso 2º del parágrafo 3º del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 dispone que cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un Contratista y no lo convine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con éste, de los perjuicios que se occasionen.

Considerando, que la Interventoría CONCEP S.A.S. a través del informe de incumplimiento No. II-757-090-19 de fecha 27 de mayo de 2019, solicitó iniciar el Procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, allegando una serie de señalamientos y denuncias. Esta Oficina Asesora Jurídica inició el presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio garantizando el derecho de defensa y contradicción del Contratista, razón por la cual se otorgó la oportunidad de controvertir los señalamientos denunciados.

Empero, este Despacho debe poner de presente que la función principal de la Interventoría y Supervisión se puede ilustrar como “ser los ojos de la Entidad” ante el seguimiento, vigilancia y control de la Obra contratada. Luego, conforme las funciones, deberes y responsabilidades del Interventor y Supervisor y todos los documentos, conceptos, informes, además de los señalamientos y denuncias que realicen, comprometen su responsabilidad.

Por los considerandos señalados, esta Oficina Asesora Jurídica no podría dar igual validez a los documentos emitidos y suscritos únicamente por el mismo Contratista, en contraposición a los documentos oficiales del proyecto. Además de los considerandos plasmados en este acto administrativo, este Despacho considerará como incumplimiento definitivo el porcentaje final de ejecución reconocido por la Supervisión en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, quien asume las responsabilidades propias de su actuación y su dicho en el contrato y la ley.

Así las cosas, el incumplimiento definitivo declarado al Contratista bajo criterios de funcionalidad, utilidad y eficacia será del 100%.”

Así las cosas, se transcribieron apartes que dan fe de como el debate probatorio giró no solo respecto al porcentaje de avance de obra, sino también sobre la calidad, funcionalidad y finalidad de lo ejecutado por el Contratista; lo anterior para volver sobre el concepto de congruencia expuesto por el Consejo de Estado. En el caso que nos ocupa, la congruencia interna (entre los considerandos y el resuelve), se garantiza cuando este Despacho realiza a lo largo de la resolución 000252-2020 el análisis de las pruebas, avanzando y motivando paso a paso sobre los consensos y diferencias que éstas presentaban,²² para finalmente, con base en las pruebas y los considerandos de la “ratio decidendi” proferir una decisión. En consecuencia, frente a la dimensión interna del principio de congruencia, este Despacho no observa probado un rompimiento en la estructura argumentativa entre lo debatido y lo decidido.

²² Observar la matriz de Excel adjunta, con el comparativo ítem a ítem de las distintas pruebas

Ahora, respecto a la dimensión externa, entendida como aquella armonía que debe haber entre los cargos formulados y la decisión, este Despacho reitera los cargos formulados en las citaciones No. CE-OAJ-201903001377 del 30 de mayo de 2019 y No. CE-OAJ-201903001378 del 30 de mayo de 2019 con ocasión del presunto incumplimiento de las obligaciones para afectar Cláusula Penal del contrato No. 0-0244 de 2018, así:

1. *El atraso significativo de 32,37% en contraste con el programa de inversiones presentado por el Contratista, incumpliendo el cronograma y fechas pactadas.*
2. *Tener una disposición de tiempo completo por parte del Director de Obra, el cual deberá tener el perfil de Ingeniero Civil.*

En la convocatoria a audiencia y en el trámite del proceso, se le había indicado al vinculado que el proceso tenía como fundamento los hechos de incumplimiento comunicados por la interventoría, que en su momento no se refirieron de manera precisa a objeciones respecto a la funcionalidad, calidad de los materiales o normas de construcción aplicables, sino al atraso en el cronograma del proyecto. Así las cosas, en su momento se circunscribió el marco de la acción sancionatoria a lo allí denunciado por la Interventoría.

En tal sentido, la decisión adoptada a través de la resolución 000252 de 2020, bajo criterios de calidad y funcionalidad podría no responder a los mismos supuestos que quedaron plasmados en la formulación de cargos y de estos con respecto a la decisión.

Con el propósito de ejercer un control administrativo eficaz y garantizar el debido proceso de los convocados, esta Oficina Asesora Jurídica reconsidera su análisis inicial y se permite circunscribir el examen probatorio en consonancia estricta al cargo formulado en los pliegos.

Así las cosas, se retomará el estudio probatorio señalado en la resolución recurrida con el fin de determinar el avance porcentual definitivo y bajo criterios de proporcionalidad, si se encuentran probados los presupuestos para ello, reevaluar la sanción impuesta.

AVANCE DE OBRA:

A través del informe de incumplimiento No. II-757-090-19 de fecha 27 de mayo de 2019, radicado en CORMAGDALENA bajo el No. 201902002778 del 29 de mayo de 2019, CONCEP S.A.S. en calidad de interventora del contrato No. 0-0244 de 2018 remitido por el Supervisor del Contrato, manifestó:

...“*El cumplimiento del cronograma de ejecución del contrato y la ejecución del plan de inversiones constituye el núcleo esencial del objeto del contrato, en la medida en que este responde a las necesidades de desarrollo de actividades encaminados a lograr el objetivo contractual y conjurar la emergencia que dio objeto a la declaratoria de la urgencia manifiesta, en este caso la construcción prioritaria de la contención y recuperación inmediata de la línea de tablestaca colapsada en la terminal fluvial de pasajeros Yuma ubicada en Barrancabermeja, Santander”...*

...“*La situación actual de incumplimiento que registra el proyecto responde a incumplimientos, si se puede decir, reciclados de las actividades que debían*

ejecutarse en el plazo inicial del contrato y en los Otrosíes No. 1 y No. 2, sobre los cuales se debe indicar que, a 11 de diciembre de 2018, fecha en la que se cumplió el primer plazo contractual de dos (2) meses, el avance del contrato era del 6.1%; el 24 de enero de 2019, cumplida la primera prórroga contemplada en el Otrosí No. 1 de cuarenta y cinco (45) días, el avance de la obra era del 24.5%; y el 29 de abril cumplida la segunda prórroga de dos (2) meses, periodo en el cual fue necesario realizar la suspensión parcial de actividades por la presencia de caimanes en la zona y la suspensión total del contrato por la falta de renovación de las pólizas del Otrosí No. 2 por parte del Contratista, el avance de obra fue del 32,10 %”...

...”En la actualidad, según análisis realizado por la Interventoría, a corte del 26 de mayo de 2019, y transcurridos veintisiete (27) días de la tercera prórroga contemplada en el Otrosí No. 3 que vence el 11 de junio de 2019, el avance del contrato es tan solo del 40,52%, cuando el avance programado para esta fecha debería corresponder al 72,89 %; presentándose un considerable atraso del 32,37 % en ejecución de obra y desarrollo del plan de inversiones”...

El Procedimiento Administrativo Sancionatorio

Desde la oportunidad para rendir descargos, el Contratista ha expuesto su inconformidad con los porcentajes de avance de obra señalados por la Interventoría, al respecto manifestó

...”En el informe No. 11-757-090-19 de fecha 27 de mayo remitido por CONCEP S.A., a CORMAGDALENA, la intervención relaciona un cuadro con avances porcentuales erróneos, fuera de contexto que no consulta la realidad, es un informe amañado a la visión del interventor, no es objetivo por que desconoce la realidad del avance de cada ítem del proyecto”...

...”Dicho de otra forma, la intervención está omitiendo información con el fin de lograr iniciar un proceso de incumplimiento en contra del contratista”...

Acto seguido, en los descargos el Contratista señala los ítems más relevantes y la controversia respecto a la visión de avance de cada uno.

Encontrándonos en la etapa probatoria, este Despacho decretó una prueba por informe a cargo de la Interventoría dentro del cual se le solicitaba actualizar el estado de su denuncia, incluido el avance final del Contratista.

En dicho informe, (varias veces citado en este documento), la intervención se pronunció respecto a la defensa ítem a ítem realizada por el Contratista y señaló, que finalizado el plazo del contrato, el avance final del Contratista era del 45,26%, así:

...”Para el 11 de junio, fecha en la que venció el plazo contractual para la ejecución de la obra, y después de ocho (8) meses de haberse suscrito el Acta de Inicio del Contrato, el avance de obra corresponde al 45,26%, cuando el avance programado para esta fecha debió corresponder al 100,00 %; presentando la obra un atraso definitivo del 54,74% en ejecución de obra y desarrollo del plan de inversiones”...

Dentro del informe citado, adjunta un cuadro con la relación de los ítems ejecutados y sus porcentajes.

INFORME AVANCE DEL PROYECTO A JUNIO 11 DE 2019									
ÍTEM	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	VR UNITARIO	VR PARcial	CANTIDAD EJECUTADA TOTAL	VR PARcial TOTAL	% ACUMULADO DE LA ACTIVIDAD	% ACUMULADO DEL CONTRATO
1	Diseños (Incluye Geotecnia y estudios estructurales)	UN	1,00	\$ 13.000.000	\$ 13.000.000	1,00	\$ 13.000.000	100,00%	0,72%
2	Locaciones y Reparaciones y Control	Mt+	1,0	\$ 7.467.764	\$ 7.467.764	1,00	\$ 7.467.764	100,00%	0,54%
3	Mineralización y Desmineralización de	UN	6,00	\$ 1.000.000	\$ 6.000.000	3,00	\$ 18.000.000	100,00%	1,30%
4	Arriateamiento Plastomar con Tela Verde	Mt	100,00	\$ 12.000	\$ 1.200.000	100,00	\$ 1.200.000	100,00%	0,08%
5	Demolición y desmonte de estructuras y piezas	Mt2	153,00	\$ 6.000	\$ 918.770	12,00	\$ 354.636	18,74%	0,06%
7	Retiro de Materiales Sobrantes (Incluye disposición final)	Mt	518,40	\$ 21.395	\$ 11.081.168	8,80	\$ 171.140	15,4%	0,21%
11	Suministro a medida de pilotes metálicos 500 mm (20"), en 1/2" A-57M A53	Mt	814	\$ 765.151	\$ 615.918.172	515,15	\$ 458.014.878	61,35%	3,28%
13	Retiro de Pilote metálico con arena de molienda/cortadilla (8 mt del punto)	Mt	43,48	\$ 118.287	\$ 5.053.881	16,02	\$ 1.482.918	32,38%	0,18%
18	Servicio de Sandblasting, grado comercial tubería de Pilotes 500 mm (20")	Mt	1.344	\$ 33.083	\$ 44.773.332	2.218,49	\$ 37.123.843	96,34%	2,71%
19	Pintura de tubería de Pilotes 500 mm (20") primer y acabado color verde	Mt	1.344	\$ 19.113	\$ 26.281.728	1219,55	\$ 36.302.699	96,30%	2,61%
21	Suministro y fijación de Acero de la estructura y concreto del muelle	Kg	14.275	\$ 9.471	\$ 132.853.437	9.796,19	\$ 21.278.547	40,91%	1,30%
22	Concreto Icf 4000 psi para refuerzo interior de pilote metálico de 500 mm. (20"), por mts. (3 Mts) Lineales.	M3	24,74	\$ 533.100	\$ 13.189.916	9,42	\$ 9.023.862	38,09%	0,38%
25	Concreto Icf 4000 psi para vigas prefabricadas 9,4 x 0,5 m	M3	9	\$ 533.100	\$ 4.876.584	3,63	\$ 1.618.359	33,11%	0,12%
26	Concreto Icf 4000 psi para plaqetas prefabricadas 9,4 x 0,15	M3	70,45	\$ 533.100	\$ 46.218.593	26,14	\$ 13.995.234	28,94%	1,06%
33	Plan de Manejo Ambiental Integral, Plan de Seguridad Operacional e Industria, Plan de Calidad, sanitización y 6S implementación.	CL	0,01	\$ 4.000.000	\$ 4.000.000	0,00	\$ 4.000.000	100,00%	0,39%
37	Provisión estimada para obras adicionales y/o Complementarias	UN	1	\$ 19.500.000	\$ 19.500.000	0,00	\$ 11.797.560	60,54%	0,85%
COSTOS DIRECTOS (CD) = COSTO BÁSICO					\$ 1.388.410.570,00				
EL EJECUTADO DURANTE EL PROYECTO								48,26%	

Como quiera que la controversia entre la Interventoría y Contratista, además de un análisis jurídico, requería de una revisión técnica, ajena a las competencias de este Despacho, dentro de la prueba pericial igualmente citada en repetidas ocasiones, se le requirió responder:

1. *Teniendo en cuenta el total de las actividades ejecutadas por el Contratista con respecto a su obligación contractual, ¿de cuánto es el porcentaje de avance de obra?*

El Perito en su dictamen, después de una revisión igualmente ítem a ítem, concluyó que el avance de obra correspondía al 70,36%

"Como conclusión de todo lo anterior, este perito determinó que, con base en la documentación suministrada, el porcentaje de avance de la obra es del setenta punto treinta y seis por ciento (70,36%). Se hace la claridad que existen actividades para las cuales no se cuentan con soportes que permitan estimar una cantidad exacta y real en cuanto a su ejecución por lo cual en algunos casos este perito únicamente pudo establecer lo que la Interventoría del proyecto había avalado previamente."

En este punto se debe advertir que se encuentra probado que, finalizado el plazo contractual, esto fue el 11 de junio de 2019, el Contratista siguió ejecutando obras, motivo por el cual, en las aclaraciones y complementaciones al Dictamen Pericial, esta Oficina Asesora Jurídica le solicitó al Perito aclarar de ese 70,36% que había determinado, se sirviera aclarar que porcentaje correspondía a ejecución dentro del plazo del contrato y que porcentaje correspondía a obras realizadas en fecha posterior. Al respecto, el perito señaló que el porcentaje de avance dentro del plazo fue del 60,04% y por fuera del mismo del 10,32%

... "En conclusión, del porcentaje total de obra concluido en el dictamen pericial rendido, setenta punto treinta y seis por ciento (70,36%), el sesenta punto cero

cuatro por ciento (60,04%) fue ejecutado dentro del plazo contractual, es decir, hasta el 11 de junio de 2019 y el diez punto treinta y dos por ciento (10,32%) fue realizado con posterioridad a esa fecha.”...

Así las cosas, apartando la prueba por informe de la Supervisión y el concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros por las razones ya expuestas, este Despacho se encontró inicialmente con cuatro (4) visiones diferentes de avance; Una primera que correspondía a la señalada por la Interventoría en la prueba por informe, la cual concluía un avance del 45,26%; Una segunda correspondiente a la señalada por el Contratista COMEPSA, la cual exponía un avance del 91%; Una tercera correspondiente al Perito en el Dictamen Pericial, que concluía un avance del 70,36% y una cuarta, correspondiente a la conclusión del Perito tras las aclaraciones y complementaciones al Dictamen, que concluyó un 60,04%.

Sin embargo, en este punto debemos traer a colación las pruebas incorporadas tras la reapertura del periodo probatorio, delimitado su análisis al avance porcentual de la obra, así:

Pruebas sobrevinientes

Como se señaló al final del capítulo V. “*DESARROLLO DE LA AUDIENCIA*”, esta Oficina Asesora Jurídica recibió información posterior y relevante sobre el caso para decidir de fondo; por lo que de conformidad con el literal d) artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se consideró necesario, pertinente y útil incorporar al procedimiento las pruebas que permitieran a este despacho tomar una decisión.

Así las cosas, se incorporaron dos pruebas documentales: un documento de la Sociedad Colombiana de Ingenieros denominado “*asesoría técnica en las obras de contención y recuperación de orillas de la terminal fluvial de Yuma*” fechado de diciembre de 2019 y puesto en conocimiento de esta Oficina en junio de 2020, el cual según las consideraciones señaladas en el mismo documento: “*es un concepto y estimación racional de los efectos técnicos, económicos, o financieros de los documentos expuestos por la Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, en desarrollo de la asesoría técnica en las obras de contención y recuperación de orillas de la terminal fluvial de Yuma*”²³. Sin embargo, con el fin de adoptar la postura más garantista en favor del debido proceso del administrado y con base en el principio de congruencia externa, este Despacho separará el citado concepto por no guardar estricta sujeción con el objeto a probar, esto es de manera concreta el avance porcentual de ejecución. Por consiguiente, no será tenido en cuenta por este Despacho para estos efectos.

El segundo documento incorporado en la reapertura del periodo probatorio es el informe final de la Interventoría – CONCEP, fechado de julio de 2019 y puesto en conocimiento de esta Oficina en junio de 2020. Se pone de presente, que al momento de apertura del procedimiento administrativo, este despacho contaba con el informe de incumplimiento elaborado por la Interventoría CONCEP No. II-757-090-19 de fecha 27 de mayo de 2019 y radicado en CORMAGDALENA bajo el No. 201902002778 del 29 de mayo de 2019, remitido por el Supervisor a esta Oficina a través de la Comunicación Interna No.

²³ Concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, denominado “*asesoría técnica en las obras de contención y recuperación de orillas de la terminal fluvial de Yuma*”- CÓDIGO: SCI-AST-IN-01 versión: 0 fecha: 11-dic-19, pág. 11.

201901000852 del 28 de mayo de 2019. Posteriormente, dentro del desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio, con el fin de tener información actualizada y certera, este despacho decretó la prueba por informe a cargo de la Interventoría CONCEP No. II-757-106-19 de fecha 20 de junio de 2019; pruebas que en su momento fueron trasladadas al Contratista y aseguradora para su respectiva contradicción. Sin embargo, esta Oficina Asesora Jurídica deja constancia que no conoció el informe final de la Interventoría CONCEP sino hasta el mes de junio de 2020 por remisión de la Supervisión, por lo que igualmente consideró pertinente, necesario y útil incorporar este documento al procedimiento y valorarlo junto con el demás acervo probatorio para la toma de decisión.

De los documentos incorporados se les corrió traslado al Contratista y Compañía Garante para su respectiva contradicción.

Ahora, comoquiera que la prueba por informe a cargo de la Supervisión parte de la finalidad de esclarecer objetivamente elementos de calidad y funcionalidad de la obra y teniendo en cuenta la demarcación estricta al cargo formulado, como se señaló previamente, este Despacho no la considerará para evaluar el porcentaje de avance y/o incumplimiento.

Tras la revisión de las pruebas previamente citadas, se identificó una nueva visión de avance para ser evaluada por este Despacho, pues el informe final de la Interventoría CONCEP concluyó un avance final del 28,69%²⁴.

En síntesis, los porcentajes estimados en las diferentes pruebas son:

1. COMEPSA – 91%
2. PERITO – 70,36% y 60,04%
3. INTERVENTORÍA 45,26% y 28,69%

Ante los distintos porcentajes presentados por cada uno de los intervenientes en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, esta Oficina Asesora Jurídica realizó una revisión de los ítems para verificar los puntos en común y de diferencia entre las distintas visiones. (**Remitirse al archivo de Excel adjunto**) documento del cual extrajo las siguientes conclusiones.

Conclusiones del análisis comparativo

Tras la elaboración y análisis del cuadro comparativo se concluye:

1. Existen **32 ítems** que conforman el proyecto y que son contabilizados por todos (Interventoría, Contratista y Perito)
2. Hay **3 ítems adicionales** contabilizados por el Contratista y Perito que no se encuentran en los cálculos e informes de la Interventoría pero que fueron aprobados por ésta a través del oficio II-757-016-19-00204 del 01 de febrero de 2019.
3. Se observa que en **14 de los 32 ítems**, todos (Interventoría, Contratista y Perito) están de acuerdo con las cantidades.

²⁴ Tabla 1.5. Resumen de actividades ejecutadas por el Contratista durante el periodo del 11 de octubre de 2018 al 11 de junio de 2019, informe final Interventoría CONCEP, pág. 31.

4. Igualmente, en **otros 10 de los 32 ítems**, la Interventoría y el Perito concuerdan con las cantidades, pero el Contratista contabiliza cantidades diferentes.
5. En los **8 ítems restantes**, todos (Interventoría, Contratista y Perito) contabilizan cantidades diferentes.
6. Si bien el Perito contabiliza básicamente las mismas cantidades que la Interventoría hasta el momento en que se realizó la prueba, es decir con base en la información aportada por la Interventoría en la prueba por informe, (salvo unos ítems que serán analizados más adelante), se observa que existe una variación del porcentaje final de ejecución del 14,78% entre lo contabilizado por la Interventoría y lo contabilizado por el Perito. Ahora, con respecto al informe final de la Interventoría (documento que no fue analizado por el perito), la variación del porcentaje final de ejecución cambia del 14,78% al 31,3%
7. Cuando se observa la base contra la cual el Perito realiza su cálculo, se advierte que ésta fue de **\$1.544.197.941 (presupuesto real de ejecución según el Perito)**²⁵; mientras la base de cálculo de la Interventoría fue de **\$1.819.537.900 (Presupuesto Oficial de la Obra)**. Si se realiza el recálculo del Perito sobre la base del presupuesto oficial de la obra, **el porcentaje de avance del Perito sería del 51%**

Es de aclarar que el porcentaje de avance se calcula con base en el Presupuesto Oficial de la Obra, con respecto a las modificaciones presupuestales, estas requieren modificación del contrato y esto nunca pasó; por ende, el Presupuesto Oficial no experimentó ningún cambio. Por consiguiente, no existe razón alguna para considerar un presupuesto diferente. En consideración se desestima de manera rotunda cualquier proposición de tener en cuenta un valor diferente al presupuesto oficial para dichos cálculos.

8. Así las cosas, el **porcentaje real de variación** entre la Interventoría y el Perito (sin tener en cuenta el informe final de la Interventoría aún), es de **5,7%**
9. Respecto a los **3 ítems adicionales** y teniendo en cuenta las cantidades y valores contabilizadas por el Perito para éstos, se calculó que representan un **1,10%** frente al presupuesto oficial de la obra
10. Considerando que el Perito contabiliza los **3 ítems adicionales** y la Interventoría no, se puede concluir que existe una **variación de 4,6% con respecto a los 32 ítems** que conforman el proyecto (sin tener en cuenta el informe final de la Interventoría aún)
11. Retomando los **ítems** sobre los cuales la Interventoría y el Perito difieren (sin tener en cuenta el informe final de la Interventoría aún), corresponden a:
 - 11.1. **Ítem 11.** Suministro e hincado de pilotes metálicos 500 mm (20"), e=1/2", ASTM A53.

²⁵ Dictamen Pericial, págs. 99 y ss.

A página 77 y 78 del Dictamen Pericial, el Perito analiza lo concerniente a este ítem, para lo cual se basa en el registro de hinca de pilotes del contratista. Se evidencia que inicialmente tuvo en cuenta 5 pilotes que fueron hincados en fecha posterior al vencimiento del plazo contractual. No obstante, este cálculo fue corregido posteriormente por el Perito en las aclaraciones al Dictamen Pericial, señalando:

"Con base en la documentación suministrada sí hubo avance de obra por parte del contratista posterior al vencimiento del plazo contractual. Dicho avance correspondió con los siguientes ítems: (i) Suministro e hincado de pilotes metálicos 500 mm (20"), e=1/2", ASTM A53, porcentaje de avance respecto del total ejecutado del catorce punto ochenta y siete por ciento (14,87%)"

Modificó el cálculo de este ítem así:

11	Suministro e hincado de pilotes metálicos 500 mm (20"), e=1/2", ASTM A53	ML	\$ 597.095.528	\$ 474.406.247
----	---	----	----------------	----------------

El perito resta 107,7 ml de los 5 pilotes que fueron hincados en fecha posterior al vencimiento del plazo contractual basado en el registro del contratista COMEPSA

Se evidencia una diferencia de 21,30 ml entre las cantidades reconocidas por la interventoría y la cantidad contabilizada por el perito (sin tener en cuenta el informe final de la Interventoría aún). Sin embargo, hay que tener en cuenta que el perito basó su estimado en el registro de hinca de pilotes del contratista.

Estos 21,30 ml de acuerdo al valor unitario del presupuesto oficial de obra para este ítem equivalen a \$16.389.348, que con respecto al total del presupuesto oficial de obra, representa un **1%**

11.2. Ítem 12. Suministro e instalación de plaquetas prefabricadas (e=0,15 Y fc%=D4000 psi)

A página 83 del Dictamen, el Perito realiza el cálculo de este ítem a partir del ítem 28 del presupuesto: "Concreto fc= 4000 psi para plaquetas prefabricadas e = 0,16", ítem que sí está aprobado por la interventoría en la prueba por informe por una cantidad de 26,14 m³, según el cálculo del perito, esto equivale a 163,4 m² de placa con espesor de 16 cm.

En las aclaraciones al Dictamen, El perito resta 63,24 m², correspondiente al porcentaje de instalación, porque según el comunicado COMEPSA - YUMA 152/19 de fecha 11 de junio de 2019, las plaquetas prefabricadas ya se encontraban listas dentro del plazo contractual pero al parecer fueron instaladas en fecha posterior al vencimiento del plazo.

La Interventoría no reconoce ninguna cantidad por este ítem, lo que significa una diferencia con respecto al cálculo del Perito de 63,24 m², que de acuerdo

al valor unitario del presupuesto oficial de obra para este ítem equivalen a \$33.072.977, que con respecto al total del presupuesto oficial de obra, representa un **2%**

11.3. **Ítem 13.** Relleno de Pilote metálico con arena de río seleccionada (6 ml del pilote)

A página 84 del Dictamen, el Perito realiza el cálculo de este ítem a través de la proporción de 0,058 m^3 de relleno por ml de pilote hincado, dando como resultado 41,78 ml . Sin embargo, advierte este Despacho que el Perito para realizar su cálculo tuvo en cuenta los 37 pilotes hincados, es decir, no restó los 5 pilotes hincados en fecha posterior al vencimiento del plazo contractual. Razón por la cual, este Despacho estima que basados en el mismo cálculo del perito pero sobre los ml finalmente contabilizados en el ítem 11º (616,55 ml), (sin tener en cuenta el informe final de la Interventoría aún), el resultado del Perito debió haber sido de 35,76 m^3 para este ítem.

No obstante el recálculo de este Despacho, el Perito estimó para el ítem 13º, la cantidad de 41,78 ml , mientras la Interventoría lo calculó en 16,02 ml , luego existe una diferencia de 25,76 ml , que de acuerdo al valor unitario del presupuesto oficial de obra para este ítem equivalen a \$2.995.553, que con respecto al total del presupuesto oficial de obra, representa un **0,2%**

11.4. **Ítem 24.** Concreto fc= 4000 psi para relleno interior de pilote metálico de 500 mm, (20"), por tres Mts) Lineales.

A página 90 del Dictamen, el Perito realiza el cálculo de este ítem a través de la proporción de 0,03 m^3 de relleno por ml de pilote hincado dando como resultado 21,97 m^3 . Sin embargo, advierte este Despacho igualmente que el Perito para realizar su cálculo tuvo en cuenta los 37 pilotes hincados, es decir, no restó los 5 pilotes hincados en fecha posterior al vencimiento del plazo contractual. Razón por la cual, este Despacho estima que basados en el mismo cálculo del perito pero sobre los ml finalmente contabilizados en el ítem 11º (616,55 ml), el resultado del Perito debió haber sido de 18,50 m^3 .

No obstante el recálculo de este Despacho, el Perito estimó para el ítem 24º, la cantidad de 21,97 m^3 , mientras la Interventoría lo calculó en 9,42 m^3 , (sin tener en cuenta el informe final de la Interventoría aún), luego existe una diferencia de 12,55 m^3 , que de acuerdo al valor unitario del presupuesto oficial de obra para este ítem equivalen a \$6.690.405, que con respecto al total del presupuesto oficial de obra, representa un **0,4%**

12. Con base en los cálculos y los porcentajes de diferencia señalados por cada ítem, se evidencian los motivos de la variación porcentual entre los cálculos de la Interventoría y el Perito (sin tener en cuenta el informe final de la Interventoría aún), concluyendo que salvo una mínima diferencia, el porcentaje de avance calculado es el mismo.

13. Ahora analizaremos la razón de la variación porcentual entre la prueba por informe de la Interventoría y el informe final de la Interventoría a través de la comparación de la **columna F** (Cantidad según prueba por informe inteventoría CONCEP) y la

columna I (Cantidad según informe final interventoría CONCEP), del archivo Excel adjunto. Concluyendo:

- 13.1. Hubo una variación en el ítem 11 (Suministro e hincado de pilotes metálicos 500 mm (20"), e=1/2", ASTM A53) que consistió en el descuento de 293,6 metros lineales de pilote, equivalentes al 31,77% del total del ítem y la Interventoría lo justificó argumentando:

"En la preacta documento que hace parte integral del acta parcial de obra No. 2 se dejó constancia de observación que indica: "estas cantidades parcial de hinca de tubería de 500 mm, serán cuantificadas para el presente corte con el compromiso de que la COMPAÑÍA DE EQUIPOS PESADOS S.A. realizará la rehinca de todos los pilotes instalados hasta la fecha de acuerdo con la cota de diseño con el equipo requerido en el contrato de obra martillo de liberación de energía de 70.000 lb/pie" Dicho esto, la Interventoría solicita sean descontadas de las cantidades aceptadas en el acta parcial No. 2 la longitud de 293,6 metros lineales de pilote, equivalentes al 31,77% del total del ítem²⁶ (subrayado y negrilla fuera de texto).

Tras la revisión del acta parcial de obra No. 2 citada por la Interventoría, se verificó por este Despacho que efectivamente se encuentra la observación anotada.²⁷

 Observacion: Estas cantidades parcial de hinca de tubería de 500 mm serán cuantificadas para el presente corte con el compromiso de que la COMPAÑÍA DE EQUIPOS PESADOS S.A., realizará la rehinca de todos los pilotes instalados hasta la fecha de acuerdo a la cota de diseño con el equipo requerido en el contrato de obra martillo de liberación de energía de 70000 lb/pie	4 : :

No hay prueba que demuestre que el Contratista realizó el rehincado de los pilotes que no alcanzaron la cota de diseño, esto era alcanzar la profundidad de 22 metros. Por lo cual, pese a que su valor fue reconocido dentro de los pagos realizados por Cormagdalena a COMEPSA, para efecto del Procedimiento Administrativo Sancionatorio que nos ocupa, al no haber cumplido con el requerimiento del ítem, no pueden ser reconocidos como porcentaje de avance.

- 13.2. Se observa una variación de 10,02 M3 equivalentes a una disminución de \$1.165.196 en el ítem No. 13 (Relleno de Pilote metálico con arena de río

²⁶ Informe final interventoría, ítem Suministro e hincado de pilotes metálicos 500 mm (20"), e=1/2", ASTM A53, 1.7.1. Actividades desarrolladas por el Contratista durante la ejecución del proyecto, Pág. 26.

²⁷ Preacta del acta parcial de obra No. 2

seleccionada (6 ml del pilote). Sin embargo, en el informe final la Interventoría no justificó el motivo de dicha variación²⁸

- Relleno de Pilote metálico con arena de río seleccionada (6 ml del pilote). El Contratista desarrollo esta actividad alcanzando una cantidad ejecutada de 6,0 m³, equivalente al 12,13% de la actividad.
- 13.3. Se observa una variación de 5,89 M3 equivalentes a una disminución de \$3.139.959 en el ítem No. 24 (Concreto fc= 4000 psi para relleno interior de pilote metálico de 500 mm, (20"), por tres Mts) Lineales. Sin embargo, en el informe final la Interventoría no justificó el motivo de dicha variación²⁹
- Concreto fc= 4000 psi para relleno interior de pilote metálico de 500 mm, (20"), por tres (3 mts) Lineales. El Contratista desarrollo esta actividad alcanzando una cantidad ejecutada de 3,53 m³, equivalente al 14,27% de la actividad.
14. Con base en lo observado en los puntos anteriores, se concluye una variación entre la prueba por informe y el informe final de la Interventoría de 16,57% de los cuales, 12,41% corresponden a la disminución justificada de 293,6 metros lineales de pilote, por lo que el otro 4.16% restante corresponde a los ítems sobre los cuales no se expone el motivo de su variación. Así las cosas, el porcentaje de avance reconocido y justificado por la Interventoría de acuerdo a lo estimado por este Despacho corresponde finalmente a un 32,85%

Tras la evaluación ítem por ítem en cada una de las diferentes visiones de avance obrantes en el expediente sancionatorio, y teniendo en cuenta cada una de las razones que justificaron los cálculos señalados, este Despacho logra concluir que la visión más ajustada al porcentaje real de avance ejecutado es la expuesta por la Interventoría en su informe final, entre otras cosas por las razones señaladas en el numeral 13.1. de estas consideraciones. Luego, tomando el porcentaje determinado por la Interventoría en el informe final, de 28,69% y sumando los 4.16% de los ítems sobre los cuales no se expone el motivo de su variación, este Despacho revoca parcialmente su decisión y concluye que el porcentaje real de ejecución es de 32,85%, es decir, el porcentaje de incumplimiento del Contratista corresponde al 67,15%, porcentaje sobre el cual se debe tasar de manera proporcional la afectación de la cláusula penal.

Dejando constancia que si bien se revoca parcialmente la decisión, en aras de salvaguardar la legalidad de la actuación, por los motivos de congruencia externa expuestos, esta Autoridad Administrativa se reserva la potestad legal de iniciar un nuevo procedimiento administrativo sancionatorio o realizar las medidas judiciales pertinentes, sobre las presuntas irregularidades en cuanto a calidad, estabilidad y funcionalidad de las obras.

²⁸ Descripción del ítem 13, Relleno de Pilote metálico con arena de río seleccionada (6 ml del pilote), informe final Interventoría, pág.26.

²⁹ Descripción del ítem 24, Concreto fc= 4000 psi para relleno interior de pilote metálico de 500 mm, (20"), por tres Mts) Lineales, informe final Interventoría, pág.27.

5.1.2. Declaratoria de incumplimiento total del contrato sin haber finalizado el plazo de ejecución.

"Es importante resaltar que en mayo de 2019, cuando se inició el trámite de incumplimiento, restaban unos días para que se cumpliera el plazo de ejecución del contrato, momento contractual que por definición no extingue las obligaciones contractuales, y que además, podía ser prorrogado atendiendo los planteamientos fundados del Contratista.

Atendiendo los límites temporales con los que cuenta la entidad contratante para el ejercicio de las potestades unilaterales, no excepcionales, que le otorga la ley, no puede dejarse de lado que la declaratoria de incumplimiento definitivo parte de la base que ya finalizó el plazo de ejecución y que valorado lo que ejecutó el contratista frente a las obligaciones contractuales, se observa una disparidad que obliga a la entidad a establecer la existencia del incumplimiento. En este caso, la entidad apertura el trámite sancionatorio con antelación a que finalice el plazo de ejecución, no para conminar o apremiar al Contratista a que cumpla con las obligaciones a su cargo, sino para culminar más de un año después, declarando el incumplimiento definitivo, la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, y sin permitir la satisfacción del interés general, a través de la ejecución total de la obra.

Puede corroborarse en los antecedentes de ejecución del contrato, que no había ningún requerimiento previo que advirtiera los presuntos incumplimientos del Contratista, no había informe de Interventoría que justificara siquiera la imposición de una multa para apremiar o conminar a que cumpliera con obligaciones retardadas, todo se presentó en el mes de mayo de 2019, casi finalizando el plazo de ejecución y luego de tres (3) prórrogas, la última de ellas sólo con un (1) mes de antelación al informe del que se derivó el procedimiento sancionatorio que nos convoca, por lo que sorprende la manera como se convocó al Contratista para un trámite sancionatorio y se termina aplicando una medida excesiva frente al informe sobre el que se defendió.

Al encontrarse pendiente la ejecución de obligaciones por parte del Contratista, resultaba procedente el trámite tendiente a la imposición de una multa, más no la declaratoria de incumplimiento del contrato, así lo denotaba además la connotación porcentual bajo la que fue calificado el presunto incumplimiento 32.37% sobre el que se podía conminar al contratista a que cumpliera en el plazo pactado.

La lógica de la imposición de medidas sancionatorias al Contratista, implica que si bien ninguna es presupuesto de la otra, la facultad de imposición es temporal y depende de la etapa contractual en la que se encuentre, por lo que en el plazo de ejecución resultarán procedentes solo aquellas que como las multas o la caducidad persiguen todavía la posibilidad de rescatar o corregir la ejecución del contrato, para lograr el fin perseguido por el Estado, y no aquellas que como el incumplimiento y la efectividad de la garantía tienen un carácter definitivo que impiden culminar la obra contratada.

Por lo anterior, proceduralmente, en la etapa que se encontraba el contrato de obra No 0-0244 de 2018, no resultaba procedente que se adelantara un trámite tendiente a declarar el incumplimiento parcial o definitivo, sino que procedía ante la magnitud de los presuntos incumplimientos, adelantar un trámite conminatorio o de apremio tendiente a que el Contratista cumpliera a cabalidad con las obligaciones a su cargo."

“no puede dejarse de lado que la declaratoria de incumplimiento definitivo parte de la base que ya finalizó el plazo de ejecución y que valorado lo que ejecutó el contratista frente a las obligaciones contractuales, se observa una disparidad que obliga a la entidad a establecer la existencia del incumplimiento.”

Le asiste razón al recurrente cuando señala que para **declarar** el incumplimiento definitivo, el plazo contractual debe haber finalizado. Sin embargo, se pone de presente que en el caso que nos ocupa, el contrato 0-0244 de 2018 finalizó el 11 de junio de 2019 y la declaratoria de incumplimiento se expidió el día 28 de septiembre de 2020. Su argumento parte de una premisa errónea, al asemejar dos momentos distintos como si se trataran del mismo, pues uno es el momento de apertura del procedimiento administrativo y otro el momento de la decisión.

Al respecto cabe recordar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que el ámbito temporal de la potestad sancionatoria del Estado se encuentra presente en todas las etapas del contrato, estableciendo límites temporales máximos para ejercerlos, que corresponden a una lógica de seguridad jurídica. Tenemos por ejemplo, como las multas y la caducidad solo pueden ser declaradas mientras el contrato se encuentre aún en ejecución, una porque funge como herramienta de apremio y la otra porque permite a la administración en casos gravosos tomar decisiones tendientes a garantizar los fines del contrato y del Estado.

[...] También fue motivo de precisión jurisprudencial la competencia “ratione temporis” para el ejercicio de los poderes excepcionales o exorbitantes que posee la entidad estatal para el control y dirección del contrato, al señalar que la administración puede declarar el incumplimiento del contratista luego de que hubiera vencido el plazo contractual, como medida orientada a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria cuando aquél no hubiere ejecutado la totalidad de las prestaciones a su cargo y podía ejercitar otros de sus poderes sancionatorios hasta tanto el contrato no se hubiera liquidado, en razón de que la liquidación está comprendida dentro de la vigencia del contrato [...] (C de E. Sent. 18 de Marzo de 2004. Exp. 15938)

En el caso en concreto, el informe de incumplimiento No. II-757-090-19 de fecha 27 de mayo de 2019 elaborado por la Interventoría CONCEP, fue radicado en CORMAGDALENA bajo el No. 201902002778 del 29 de mayo de 2019, es decir, 12 días previos a la finalización del plazo contractual, basado en un atraso significativo del cronograma de ejecución del 32,37%, así:

...”En la actualidad, según análisis realizado por la Interventoría, a corte del 26 de mayo de 2019, y transcurridos veintisiete (27) días de la tercera prórroga contemplada en el Otrosí No. 3 que vence el 11 de junio de 2019, el avance del contrato es tan solo del 40,52%, cuando el avance programado para esta fecha debería corresponder al 72,89 %; presentándose un considerable atraso del 32,37 % en ejecución de obra y desarrollo del plan de inversiones”...

El recurrente fue convocado al presente procedimiento mediante el oficio de citación No. CE-OAJ-201903001377 del 30 de mayo de 2019, oficio en los que se relacionaron los hechos relevantes y se remitieron las pruebas que soportaban el presunto incumplimiento. Así mismo, se permitió a los interesados presentar sus descargos, rendir las explicaciones del caso, aportar y solicitar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad. Mientras que la decisión fue adoptada a través de la resolución 000252-2020 el 28 de septiembre de 2020 (finalizado en demasía el plazo del contrato 0-244-2018), la cual fue debidamente notificada a los convocados en garantía de sus derechos.

Así las cosas, este Despacho observa que con la apertura del procedimiento administrativo no se vulneraron los derechos del recurrente, pues ésta se adelantó conforme los parámetros establecidos en la Ley.

5.1.3. Dictamen pericial y su valoración.

“El 17 de julio de 2019, en continuación de la audiencia citada conforme lo dispone el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, CORMAGDALENA decretó la prueba pericial solicitada por el Contratista en comunicación de junio 26 de 2019, al encontrarla conducente, pertinente y útil, limitándola a unos interrogantes definidos. No obstante, la prueba tendría como finalidad corroborar situaciones expuestas por el Contratista que contradecían los argumentos que habían sido expuestos por la Interventoría y que sustentaban el trámite sancionatorio.

Así las cosas, el dictamen pericial decretado, tenía unas características especiales al momento de su valoración, en cuanto no era una prueba de parte en los términos del Código General del Proceso – CGP, sino por el contrario la exposición imparcial e independiente de unos conocimientos especializados a los que se recurrió bajo el argumento procedural de que por la experiencia e idoneidad del perito, se lograría claridad en la forma como se podían valorar los argumentos técnicos de ejecución contractual para los que se indagaba al perito. El perito aportaría elementos técnicos que como persona versada en la materia, ayuda a dilucidar la controversia, aportando especiales conocimientos.

La prueba pericial la encontramos desarrollada en los artículos 226 y siguientes del CGP, no obstante, al no estar nosotros en un proceso adversarial, no son aplicables algunas reglas fijadas que se encaminan a la presentación de un dictamen de parte o de oficio, que a uno como el ordenado en éste trámite sancionatorio que derivó de la solicitud del Contratista contra quien se adelanta la actuación administrativa, caso en el cual estaríamos frente a lo que el profesor Hernán Fabio López Blanco ha denominado el “dictamen pericial medio de prueba, destinado a servir como ayuda para el cabal convencimiento del juez, en este evento es claro que así el juez sea un experto en la materia, no se puede prescindir de la prueba porque sería permitir que el conocimiento privado y especializado del juez fuera suficiente, lo que impediría la adecuada contradicción y violaría la regla acerca de que las decisiones de fondo deben estar soportadas en pruebas y éstas son por excelencia medios externos a quien toma la decisión”³⁰

³⁰ Código General del Proceso, Pruebas, Hernán Fabio López Blanco, DUPRE Editores Ltda, 2019.

Es claro que el dictamen del perito debió ser valorado atendiendo las reglas de la sana crítica, sin embargo, a pesar de no haber sido objetado, sino nada más se solicitaron algunas aclaraciones o complementaciones puntuales por parte de CORMAGDALENA, fue desconocido de manera flagrante en aspectos trascendentales de la decisión, brindando mayor credibilidad a un informe de Supervisión que de antemano debemos señalar, no guardó el rigor y la experticia propia del dictamen que obra en el expediente contractual y que fue rendido por un equipo de profesionales de la sociedad INGENIERÍA LEGAL Y FINANCIERA S.A.S. liderados por el Ingeniero ANDRÉS GERMÁN NEIRA MESA, quienes además de expertos e idóneos fueron recomendados por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, una vez advertido el conflicto de interés en el que ellos estaban incursos.

Si CORMAGDALENA pretendía desconocer el dictamen pericial, debió objetarlo por error grave y alegar con argumentos suficientes que el dictamen se apartaba de la realidad de ejecución, y que además, los porcentajes de avance de la obra certificados por el perito no eran ciertos, sin embargo, no lo hizo de esta forma y simplemente bajo el amparo de una probanza extemporánea, subjetiva y carente de metodología, se desconoció un aspecto contundente de lo probado por el perito y fue un avance de obra antes de finalizado el plazo de ejecución y otro inclusive posterior a dicho momento contractual, que superaba el 70% de avance.”

El recurrente afirma que el Despacho desconoció de manera flagrante el dictamen pericial elaborado por el Ingeniero Andrés Neira y su equipo, dando mayor credibilidad al informe elaborado por la Supervisión, pues el dictamen pericial concluyó un porcentaje de ejecución superior al 70%.

Al respecto, se debe recordar que el ordenamiento jurídico colombiano se decantó por el sistema de la libertad probatoria, lo cual conlleva la libre valoración o libre convicción del juez (autoridad administrativa), en contraposición al sistema de la tarifa legal. El artículo 165 del Código General del Proceso establece este principio de libertad probatoria cuando dispone:

“ARTÍCULO 165. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.” (Negrita y subrayado fuera de texto)

La afirmación del recurrente presupone la subordinación absoluta del juzgador a la prueba pericial, estableciéndola como una camisa de fuerza probatoria (tarifa legal), que lo ata a todo lo que allí se señale. Sin embargo, como se citó, el ordenamiento jurídico establece la obligación y potestad para la autoridad administrativa de realizar una valoración probatoria en conjunto con los demás medios de prueba.

En el presente caso se decretaron y practicaron varias pruebas que concluían porcentajes de avance diferentes, por lo que resultaba necesario para este Despacho adelantar un análisis comparativo, prueba por prueba, ítem por ítem para hallar los puntos en común y

las diferencias, y solo a partir de ese ejercicio, llegar a una decisión (libre valoración y convicción de la autoridad administrativa).

Con el objetivo de dar claridad acerca del ejercicio analítico realizado sobre la comparación probatoria en específico, este Despacho dedicó 19 páginas de la resolución 000252 de 2020 (de la 126 a la 145) para explicar ítem por ítem en qué consistían las semejanzas y las diferencias entre los porcentajes concluidos por los distintos medios de prueba, más una matriz en Excel con los datos organizados y sintetizados.

Ahora, el recurrente confunde la valoración de la prueba, con la contradicción del dictamen cuando afirma: “*Si CORMAGDALENA pretendía desconocer el dictamen pericial, debió objetarlo por error grave y alegar con argumentos suficientes que el dictamen se apartaba de la realidad de ejecución*”. El dictamen no fue objetado o descartado, por el contrario fue analizado junto con los demás medios de prueba para adoptar la decisión recurrida.

Para brindar claridad al recurrente frente al análisis adelantado por este Despacho con relación al porcentaje de avance concluido por el perito, nos permitimos citar el aparte de la resolución 000252-2020³¹, el cual se mantiene en la presente resolución del recurso, así:

(...) *Tras la elaboración y análisis del cuadro comparativo se concluye:*

15. *Existen 32 ítems que conforman el proyecto y que son contabilizados por todos (Interventoría, Supervisión, Contratista y Perito)*
16. *Hay 3 ítems adicionales contabilizados por el Contratista, Supervisor y Perito que no se encuentran en los cálculos e informes de la Interventoría pero que fueron aprobados por ésta a través del oficio II-757-016-19-00204 del 01 de febrero de 2019.*
17. *Se observa que en 14 de los 32 ítems, todos (Interventoría, Supervisión, Contratista y Perito) están de acuerdo con las cantidades.*
18. *Igualmente, en otros 10 de los 32 ítems, la Interventoría, Supervisión y el Perito concuerdan con las cantidades, pero el Contratista contabiliza cantidades diferentes.*
19. *En los 8 ítems restantes, todos (Interventoría, Supervisión, Contratista y Perito) contabilizan cantidades diferentes.*
20. *Si bien el Perito contabiliza básicamente las mismas cantidades que la Interventoría hasta el momento en que se realizó la prueba, es decir con base en la información aportada por la Interventoría en la prueba por informe, (salvo unos ítems que serán analizados más adelante), se observa que existe una variación del porcentaje final de ejecución del 14,78% entre lo contabilizado por la Interventoría y lo contabilizado por el Perito. Ahora, con respecto al informe final de la Interventoría (documento que no fue analizado por el perito), la variación del porcentaje final de ejecución cambia del 14,78% al 31,3%*

³¹ Páginas 131 y siguientes de la resolución 000252-2020

21. Cuando se observa la base contra la cual el Perito realiza su cálculo, se advierte que ésta fue de **\$1.544.197.941 (presupuesto real de ejecución según el Perito)**³²; mientras la base de cálculo de la Interventoría fue de **\$1.819.537.900 (Presupuesto Oficial de la Obra)**. Si se realiza el recálculo del Perito sobre la base del presupuesto oficial de la obra, el porcentaje de avance del Perito sería del 51%

Es de aclarar que el porcentaje de avance se calcula es con base en el Presupuesto Oficial de la Obra, las modificaciones presupuestales requieren modificación del contrato y esto nunca pasó; por ende, el Presupuesto Oficial no experimentó ningún cambio. Por consiguiente, no existe razón alguna para considerar un presupuesto diferente. En consideración se desestima de manera rotunda cualquier proposición de tener en cuenta un valor diferente al presupuesto oficial para dichos cálculos.

22. Así las cosas, el **porcentaje real de variación** entre la Interventoría y el Perito (sin tener en cuenta el informe final de la Interventoría aún), es de **5,7%**
23. Respecto a los **3 ítems adicionales** y teniendo en cuenta las cantidades y valores contabilizadas por el Perito para éstos, se calculó que representan un **1,10%** frente al presupuesto oficial de la obra
24. Considerando que el Perito contabiliza los **3 ítems adicionales** que la Interventoría no, se puede concluir que existe una **variación de 4,6% con respecto a los 32 ítems** que conforman el proyecto (sin tener en cuenta el informe final de la Interventoría aún)
25. Retomando los **ítems** sobre los cuales la Interventoría y el Perito difieren (sin tener en cuenta el informe final de la Interventoría aún), corresponden a:

- 25.1. **Ítem 11.** Suministro e hincado de pilotes metálicos 500 mm (20"), e=1/2", ASTM A53.

A página 77 y 78 del Dictamen Pericial, el Perito analiza lo concerniente a este ítem, para lo cual se basa en el registro de hincado de pilotes del contratista. Se evidencia que inicialmente tuvo en cuenta 5 pilotes que fueron hincados en fecha posterior al vencimiento del plazo contractual. No obstante, este cálculo fue corregido posteriormente por el Perito en las aclaraciones al Dictamen Pericial, señalando:

*"Con base en la documentación suministrada sí hubo avance de obra por parte del contratista posterior al vencimiento del plazo contractual. Dicho avance correspondió con los siguientes ítems:
(i) Suministro e hincado de pilotes metálicos 500 mm (20"), e=1/2", ASTM A53, porcentaje de avance respecto del total ejecutado del catorce punto ochenta y siete por ciento (14,87%)"*

Modificó el cálculo de este ítem así:

³² Dictamen Pericial, págs. 99 y ss.

11	Suministro e hincado de pilotes metálicos 500 mm (20") , e=1/2", ASTM A53	ML	\$ 597.095.528	\$ 474.406.247
----	--	----	----------------	----------------

El perito resta 107,7 ml de los 5 pilotes que fueron hincados en fecha posterior al vencimiento del plazo contractual basado en el registro del contratista COMEPSA

Se evidencia una diferencia de 21,30 ml entre las cantidades reconocidas por la interventoría y la cantidad contabilizada por el perito (sin tener en cuenta el informe final de la Interventoría aún). Sin embargo, hay que tener en cuenta que el perito basó su estimado en el registro de hinca de pilotes del contratista.

Estos 21,30 ml de acuerdo al valor unitario del presupuesto oficial de obra para este ítem equivalen a \$16.389.348, que con respecto al total del presupuesto oficial de obra, representa un 1%

25.2. Ítem 12. Suministro e instalación de plaquetas prefabricadas (e=0,15 Y fc%=D4000 psi)

A página 83 del Dictamen, el Perito realiza el cálculo de este ítem a partir del ítem 28 del presupuesto: "Concreto fc= 4000 psi para plaquetas prefabricadas e = 0,16", ítem que sí está aprobado por la interventoría en la prueba por informe por una cantidad de 26,14 m3, según el cálculo del perito, esto equivale a 163,4 m2 de placa con espesor de 16 cm.

En las aclaraciones al Dictamen, El perito resta 63,24 m2, correspondiente al porcentaje de instalación, porque según el comunicado COMEPSA - YUMA 152/19 de fecha 11 de junio de 2019, las plaquetas prefabricadas ya se encontraban listas dentro del plazo contractual pero al parecer fueron instaladas en fecha posterior al vencimiento del plazo.

La Interventoría no reconoce ninguna cantidad por este ítem, lo que significa una diferencia con respecto al cálculo del Perito de 63,24 m2, que de acuerdo al valor unitario del presupuesto oficial de obra para este ítem equivalen a \$33.072.977, que con respecto al total del presupuesto oficial de obra, representa un 2%

25.3. Ítem 13. Relleno de Pilote metálico con arena de río seleccionada (6 ml del pilote)

A página 84 del Dictamen, el Perito realiza el cálculo de este ítem a través de la proporción de 0,058 m3 de relleno por ml de pilote hincado, dando como resultado 41,78 ml. Sin embargo, advierte este Despacho que el Perito para realizar su cálculo tuvo en cuenta los 37 pilotes hincados, es decir, no restó los 5 pilotes hincados en fecha posterior al vencimiento del plazo contractual. Razón por la cual, este Despacho estima que basados en el mismo cálculo del perito pero sobre los ml finalmente contabilizados en el ítem 11º (616,55 ml), (sin tener en cuenta el informe

final de la Interventoría aún), el resultado del Perito debió haber sido de 35,76 m³ para este ítem.

No obstante el recálculo de este Despacho, el Perito estimó para el ítem 13º, la cantidad de 41,78 ml, mientras la Interventoría lo calculó en 16,02ml, luego existe una diferencia de 25,76 ml, que de acuerdo al valor unitario del presupuesto oficial de obra para este ítem equivalen a \$2.995.553, que con respecto al total del presupuesto oficial de obra, representa un 0,2%

25.4. **Ítem 24.** Concreto $f_c = 4000$ psi para relleno interior de pilote metálico de 500 mm, (20"), por tres Mts) Lineales.

A página 90 del Dictamen, el Perito realiza el cálculo de este ítem a través de la proporción de 0,03 m³ de relleno por ml de pilote hincado dando como resultado 21,97 m³. Sin embargo, advierte este Despacho igualmente que el Perito para realizar su cálculo tuvo en cuenta los 37 pilotes hincados, es decir, no restó los 5 pilotes hincados en fecha posterior al vencimiento del plazo contractual. Razón por la cual, este Despacho estima que basados en el mismo cálculo del perito pero sobre los ml finalmente contabilizados en el ítem 11º (616,55 ml), el resultado del Perito debió haber sido de 18,50 m³.

No obstante el recálculo de este Despacho, el Perito estimó para el ítem 24º, la cantidad de 21,97 m³, mientras la Interventoría lo calculó en 9,42m³, (sin tener en cuenta el informe final de la Interventoría aún), luego existe una diferencia de 12,55 m³, que de acuerdo al valor unitario del presupuesto oficial de obra para este ítem equivalen a \$6.690.405, que con respecto al total del presupuesto oficial de obra, representa un 0,4%

Con base en los cálculos y los porcentajes de diferencia señalados por cada ítem, se evidencian los motivos de la variación porcentual entre los cálculos de la Interventoría y el Perito (sin tener en cuenta el informe final de la Interventoría aún), concluyendo que salvo una mínima diferencia, el porcentaje de avance calculado es el mismo.”

Como se observa en el aparte citado, no es cierto que la prueba pericial haya sido descartada. La misma fue objeto de un análisis juicioso por parte del Despacho, que concluyó, entre otras cosas, la semejanza en la visión de avance del perito con el informe de la Interventoría.

Así las cosas, no se evidencia vulneración al debido proceso del Contratista en los términos expuestos.

5.1.4. Vinculación de la prueba de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y de la Supervisión interna de la entidad.

“Cerrada la etapa probatoria, CORMAGDALENA incorporó al expediente un concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, ente que había manifestado conflicto de intereses para actuar como perito en el trámite sancionatorio, así como un informe de Supervisión elaborado por un profesional de la planta de la entidad.

Las conclusiones de dichos informes resultan inaceptables, así se manifestó oportunamente, en cuanto con ellos, sin mayor precisión, se controvierten las conclusiones de la prueba pericial y se llega al punto de que frente a un mismo hecho hay cuatro (4) pruebas y la entidad define a su arbitrio a cual le otorga valor probatorio según las reglas de la sana crítica.

El documento de la Sociedad Colombiana de Ingenieros termina siendo un documento aislado en el presente proceso, su elaboración no contó con el conocimiento y documentación del Contratista, además de manifestar en varios apartados que su trabajo no se trata de una auditoría técnica resulta impreciso en la terminología y conclusiones planteadas, a manera de ejemplo, el citado informe no precisa cuales detalles estructurales faltan, tampoco enumera los muchísimos errores y omisiones a que su documento se refiere.

No resulta consecuente con el debido proceso la valoración de un estudio en esas condiciones, mucho menos cuando basado en ello se pretende desconocer una prueba técnica debidamente practicada y sustentada como el dictamen pericial.

Ahora bien, en cuanto al informe del Supervisor, no puede desconocerse que no se trata de un informe técnico especializado, con el mayor respeto, el profesional a cargo no es experto, como sí lo es el perito, no contó con personal de apoyo calificado y especializado en este tipo de probanzas, simplemente entró a cuestionar sin mayor profundidad y análisis lo concluido por el perito que fue lo que le terminó indagando la entidad.

Aceptar estos medios de prueba desconoce el debido proceso y el derecho de defensa, fueron extemporáneas y no reemplazan la debida objeción a la prueba pericial que en su momento debió plantear CORMAGDALENA, si había desacuerdo, a estas pruebas les falta rigor, y su valoración comporta aspectos subjetivos.”

El recurrente realiza una serie de afirmaciones, tendientes a desvirtuar dos pruebas decretadas, practicadas e incorporadas en el proceso, sobre las cuales se dio traslado a los convocados para que en debida forma se pronunciaran, sin precisar en su argumento los puntos de discrepancia en el acto administrativo recurrido. Igualmente, señala que dichas pruebas fueron extemporáneas y no reemplazaban la prueba pericial.

Al respecto, se debe recordar que el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011 CPACA, establece la potestad de aportar, pedir y/o practicar pruebas, tanto de oficio, como a solicitud de parte hasta antes de la decisión:

“ARTÍCULO 40. PRUEBAS. Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.

Adicionalmente, el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 señala:

"d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa (...)"

Como se observa, esta autoridad administrativa cuenta con potestad legal para incorporar pruebas al procedimiento hasta antes de la toma de decisión si las considera pertinentes, conducentes y útiles. En el caso que nos ocupa, en la sesión de audiencia del 03 de julio de 2020, esta Oficina Asesora Jurídica incorporó el estudio de la Sociedad Colombiana de Ingenieros de diciembre de 2019 y el informe final de la Interventoría CONCEP de julio de 2019. Así mismo, por ser considerada por esta autoridad administrativa como conducente, pertinente y útil, se decretó la presentación de prueba por informe a cargo de La Supervisión, con el fin de determinar objetivamente elementos de calidad y funcionalidad de la obra basado en las especificaciones técnicas aplicables al objeto contratado y el amplio debate suscitado sobre el particular.

En la resolución 000252 de 2020, se mencionó al respecto:

"Así las cosas, se incorporaron dos pruebas documentales: un documento de la Sociedad Colombiana de Ingenieros denominado "asesoría técnica en las obras de contención y recuperación de orillas de la terminal fluvial de Yuma" fechado de diciembre de 2019 y puesto en conocimiento de esta Oficina en junio de 2020, el cual según las consideraciones señaladas en el mismo documento: "es un concepto y estimación racional de los efectos técnicos, económicos, o financieros de los documentos expuestos por la Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, en desarrollo de la asesoría técnica en las obras de contención y recuperación de orillas de la terminal fluvial de Yuma"³³, por lo que al ser un documento que analiza desde un punto de vista técnico, parte de las controversias que nos ocupan, este despacho consideró pertinente, necesario y útil incorporarlo al expediente y valorar su posición frente a los cargos adelantados al Contratista.

El segundo documento incorporado en la reapertura del periodo probatorio es el informe final de la Interventoría – CONCEP, fechado de julio de 2019 y puesto en conocimiento de esta Oficina en junio de 2020. Se pone de presente, que al momento de apertura del procedimiento administrativo, este despacho contaba con el informe de incumplimiento elaborado por la Interventoría CONCEP No. II-757-090-19 de fecha 27 de mayo de 2019 y radicado en CORMAGDALENA bajo el No. 201902002778 del 29 de mayo de 2019, remitido por el Supervisor a esta Oficina a través de la Comunicación Interna No. 201901000852 del 28 de mayo de 2019. Posteriormente, dentro del desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio, con el fin de tener información actualizada y certera, este despacho

³³ Concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, denominado "asesoría técnica en las obras de contención y recuperación de orillas de la terminal fluvial de Yuma"- CÓDIGO: SCI-AST-IN-01 versión: 0 fecha: 11-dic-19, pág. 11.

decretó la prueba por informe a cargo de la Interventoría CONCEP No. II-757-106-19 de fecha 20 de junio de 2019; pruebas que en su momento fueron trasladadas al Contratista y aseguradora para su respectiva contradicción. Sin embargo, esta Oficina Asesora Jurídica deja constancia que no conoció el informe final de la Interventoría CONCEP sino hasta el mes de junio de 2020 por remisión de la Supervisión, por lo que igualmente consideró pertinente, necesario y útil incorporar este documento al procedimiento y valorarlo junto con el demás acervo probatorio para la toma de decisión.

De los documentos incorporados se les corrió traslado al Contratista y Compañía Garante para su respectiva contradicción.

Adicional a las pruebas documentales incorporadas, se decretó prueba por informe a cargo de la Supervisión del contrato con el fin de esclarecer objetivamente elementos de calidad y funcionalidad de la obra, teniendo en cuenta las especificaciones técnicas aplicables al objeto contratado y discutidas dentro del procedimiento.

Una vez incorporadas las pruebas, se corrió traslado a los convocados para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción. Incluso, encontrándonos dentro del término de traslado, el contratista solicitó vía correo electrónico la ampliación del término para pronunciarse sobre dichas pruebas, así:

De: Alberto Gomez M. <comepsa@gmail.com>
Enviado: martes, 7 de julio de 2020 11:08 a. m.
Para: Daniel Alejandro Acosta Moreno <daniel.acosta@cormagdalena.gov.co>; Sonia Yadira Guerrero Silva <sonia.guerrero@cormagdalena.gov.co>; Deisy Galvis Quintero <Deisy.Galvis@cormagdalena.gov.co>
Cc: Comepsa Kevin Montiel <cristian.valencia@comepsa.co>; admongomepsa@gmail.com <admoncomepsa@gmail.com>
Asunto: Re: La grabación de la reunión ya está lista: "Reanudación audiencia COMEPSA - YUMA"

Buen dia a todos

Esperamos estén muy bien y cuidándose todos, solicitamos muy comedidamente sea evaluada la presente solicitud para la entrega de las respuestas solicitadas, según nuestra última reunión virtual la fecha de entrega de respuestas es por 5 días a partir del dia lunes 6, por lo cual su entregara el dia viernes 10 de Julio del 2020. solicitamos no sea concedido dos días adicionales, para poder entregar estas respuestas el dia martes 14 de Julio del 2020.

Gracias por su comprensión, saludos y cuidense mucho.

En respuesta, esta Oficina Asesora Jurídica accedió a la solicitud y le concedió la ampliación del término para allegar su pronunciamiento.

El día 15 de julio de 2020, se recibió por parte del Contratista correo electrónico con un archivo PDF de 37 folios. La compañía garante no presentó ninguna manifestación.

En virtud de lo anterior, en la sesión de audiencia del 22 de julio de 2020 la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica incorporó las respuestas del Contratista y procedió a pronunciarse respecto de las aclaraciones, complementaciones o ajustes a que había lugar. Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encontró que, respecto del documento presentado por

el Contratista, no se estaban formulando solicitudes de aclaración o complementación a la prueba por informe de la Supervisión, sino se limitaba a contradecir las apreciaciones hechas por éste.

Sin embargo, este Despacho formuló de oficio las siguientes solicitudes de aclaración y complementación de la prueba por informe a cargo de la Supervisión, teniendo en consideración, entre otras cosas, la respuesta del Contratista, a saber:

(...) "Sírvase aclarar,

1. *En la respuesta No. 1, a página 4 del informe, la Supervisión señala:*

"De acuerdo a lo anteriormente recogido del Anexo Técnico del contrato de obra, existía la necesidad de diseñar una obra consistente en un terminal fluvial (muelle). Este muelle deberá ser sobre una infraestructura de pilotes (verticales), que a su vez estén conectados estructuralmente con elementos horizontales (plaquetas). Toda la estructura (muelle) debe estar protegida por una una (sic) obra de contención adyacente al río y deberá recibir tanto pasajeros como carga."

Adicionalmente, a página 5 del informe afirma:

"La normativa empleada por el contratista en el diseño del 26 de abril de 2019 y entregada mediante oficio COMEPSA-YUMA-132/19, NO corresponde a una metodología de diseño para muelles o terminales fluviales. Por el contrario, se encuentra exceptuada para este tipo de obras."

Por su parte, el Contratista señala a página 4 de su respuesta que, la Supervisión incurre en un error frente a la apreciación del objeto contratado, "pues no se trata de una obra de muelles sino de contención de orillas"

Teniendo en cuenta la conclusión a la que llega la Supervisión en la primera pregunta del informe, y al margen de la controversia sobre el verdadero alcance del objeto contratado, se le solicita aclarar si la normativa NSR-2010 (Norma Sismo Resistente del 2010), cumple con los requerimientos de idoneidad técnica para desarrollar una obra de contención de orillas.

2. *Teniendo en cuenta las tablas 5 y 6 elaboradas por la Supervisión en el informe y las conclusiones de idoneidad respecto a los ítems que cumplen la especificación técnica, los cuales la Supervisión estimó en un valor de \$195.274.683,5, correspondiente a un 10,7% del valor contratado. Sírvase aclarar, si es el porcentaje del 10.7% el que la Supervisión estima debe serle reconocido al Contratista como porcentaje de avance de obra; o si con base en el criterio de funcionalidad concluido en la tercer pregunta, dicho porcentaje varía.*
3. *En caso de variar el porcentaje de avance de obra, sírvase aclarar en cuánto lo estima la Supervisión." (...)*

En virtud de lo anterior, se concedió el término de cinco (5) días para presentar las aclaraciones, complementaciones o ajustes decretados.

Dentro del término otorgado, la Supervisión allegó vía correo electrónico las aclaraciones y complementaciones decretadas, las cuales, en la sesión de audiencia del 30 de julio de 2020, se incorporaron al expediente para ser analizadas con el resto del acervo probatorio para la toma de decisión y se les otorgó la palabra a los profesionales de la SUBDIRECCIÓN DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y NAVEGACIÓN, para que de manera sucinta realizaran una exposición de las aclaraciones y complementaciones referidas, quien expuso:

Ingeniero Carlos Cuadro apoyo de la Supervisión: *Buenas tardes, la primera pregunta hacía referencia a la norma sismo resistente y si ésta aplicaba a obras de contención de orillas; en el informe inicial nosotros dijimos que esta norma está pensada únicamente para edificaciones, es decir para edificios, casas, casas de interés social y demás lugares diseñados para ser ocupados por personas, la obra en cuestión, lo que contrató Cormagdalena de acuerdo al anexo técnico, al objeto contractual y a los demás documentos técnicos es un muelle para el transporte de carga y de personas, desde ese punto de vista la norma excluye a los muelles, teniendo en cuenta la solicitud de aclaración decretada, tomamos como ejercicio que no fuera un muelle sino una obra de protección de orillas tal y como lo proponía el contratista y cuando vamos a la norma, la norma también excluye este tipo de obras, pues estas obras de protección de orillas son obras hidráulicas y una de las excepciones de la norma NSR-10 son las obras hidráulicas, así que desde este punto de vista, esta norma no puede ser aplicable. Esa es la respuesta a la pregunta No. 1.*

La pregunta No. 2 hacía referencia a cuánto la Supervisión reconocía como obra de lo ejecutado, para ir al grano, nosotros reconocemos un valor del 0% porque la obra hoy no es funcional, así que teniendo en cuenta que la obra no es funcional, que no se utilizaron los diseños de manera correcta, que no existe certeza de la calidad de los materiales instalados, que no está terminada y lo que expresamos en el informe, nuestra respuesta es que consideramos que se le debe reconocer el 0%, es decir, nada.

La tercera pregunta iba en el mismo sentido y la respuesta es la misma.

Dra. Deisy Jefe de la Oficina Asesora Jurídica: ¿Ingeniero algo más que agregar?

Ingeniero Carlos Cuadro apoyo de la Supervisión: No, no sé es más bien si tienen alguna duda de lo que hemos comentado para que sea ampliada

Dra. Deisy Jefe de la Oficina Asesora Jurídica: Ok, entonces ¿dentro del marco de las explicaciones dadas por el ingeniero Carlos Cuadro hay alguna pregunta adicional por parte de la doctora Zamudio o el Ingeniero Alberto Gómez?

Ingeniero Alberto Gómez Representante Legal de COMEPSA: El Ingeniero Cuadro hace referencia a una estructura tipo muelle, el alcance como tal dentro del contrato no define un muelle y la labor que se está realizando en la terminal de Yuma no es un muelle, es una protección de orillas, la protección de orillas o el restablecimiento de la línea de tablestaca paralela al río no se define como muelle y así no fue concebida. Sí él tiene una aclaración a una norma que se aplique a ese

tipo de estructuras en el objeto contractual donde especifique que esto es un muelle de carga y de pasajeros como él especifica en su anotación, pues nosotros con gusto responderemos de acuerdo a lo que él indique, pero el objeto no especifica un muelle, sino habla del restablecimiento de la línea de tablestaca colapsada, en ningún momento el objeto establece un diseño o una obra de muelle.

Dra. Deisy Jefe de la Oficina Asesora Jurídica: Ingeniero, como se le indicó la intervención se encuentra limitada a algún tipo de duda adicional a lo que estaba expresando el Ingeniero Cuadro, la oportunidad para hacer la contradicción de las pruebas y para que exponga su postura, se podrá realizar cuando se reanude la audiencia y se le dé la oportunidad de nuevamente presentar los alegatos finales, entonces se legradece nos circunscribamos al tema. ¿No sé si la doctora Fanny Zamudio tenga alguna inquietud?

Fanny Zamudio apoderada de la aseguradora: No, no señora en el orden que se mencionó no señora.

Dra. Deisy Jefe de la Oficina Asesora Jurídica: Así las cosas, se pone de presente que el Ingeniero Alberto en representación de COMEPSA, allegó el día de hoy 30 de julio vía correo electrónico un documento en PDF que contiene 21 folios y 5 archivos de Excel que guardan relación con el objeto de la prueba por informe a cargo de la Supervisión. Sin embargo, como quiera que conforme el artículo 277 del Código General del Proceso, el término para contradecir el dictamen ya precluyó, en todo caso se le pregunta al Ingeniero Alberto ¿si desea que dicho documento sea tenido en cuenta como parte de sus alegatos finales?

Ingeniero Alberto Gómez Representante Legal de COMEPSA: Sí señora.

Dra. Deisy Jefe de la Oficina Asesora Jurídica: Entonces a solicitud del Ingeniero Alberto, Representante Legal de COMEPSA, se incorpora el documento citado y sus anexos como parte de los alegatos finales y se valorará junto con el demás acervo probatorio. Entonces, evacuadas las pruebas decretadas y practicadas por la Oficina Asesora Jurídica, se cierra el periodo probatorio y se suspende la audiencia para en reanudación recibir los alegatos finales para el día 06 de agosto de 2020.

De todo lo anterior, se observa que las pruebas fueron decretadas, practicadas e incorporadas en debida forma. Las mismas fueron traídas al procedimiento cuando aún no se había dictado una decisión y se garantizó el derecho de defensa y contradicción de los convocados. En todo caso y en coherencia con los considerandos expuestos sobre el principio de congruencia externa, estas pruebas fueron separadas de la valoración para efectos de determinar el porcentaje de incumplimiento, dejando nuevamente constancia que la administración se reserva la potestad de iniciar un nuevo procedimiento sancionatorio sobre los hechos y circunstancias allí señaladas.

En consecuencia, se desvirtúa cualquier posible vulneración al debido proceso en los términos señalados.

5.1.5. Desconocimiento de cláusulas contractuales en casos de fuerza mayor. El continuar con las actividades no debe ser entendido como superación de la situación.

“En el capítulo IX del Contrato suscrito entre las partes se contempló un acápite de “varios”, donde entre otros aspectos se reguló expresamente lo atinente a la fuerza mayor, y en general a eventos eximentes de responsabilidad, como situaciones en las que una vez acaecidas debía adelantarse un procedimiento reglado contractualmente, que podía llegar a la suspensión, prórroga, o compensaciones una vez acreditados estos eventos.

En el caso que nos ocupa, ante evidentes circunstancias de fuerza mayor, debidamente acreditadas, pero que CORMAGDALENA en la decisión que se impugna pretende desconocer bajo el argumento que no generaron parálisis en la ejecución del contrato, jamás se intentó siquiera acudir al contrato y aplicar la regulación surgida de la autonomía de la voluntad para cuando ocurrieran este tipo de situaciones. Por el contrario, tal y como ya se expuso, se precipitó el adelantamiento de in trámite de incumplimiento, cuando existían medidas que proporcional y razonablemente resultaban más adecuadas.

Evidentemente esto afectó el debido proceso y el principio de legalidad en la actuación adelantada, por cuanto la presencia de circunstancias generadoras de fuerza mayor resultan inocultables y en aplicación estricta del contrato debió implementarse la solución para ello acordada.”

Los argumentos respecto a la Fuerza mayor, fueron ampliamente analizados y desarrollados en la resolución inicial y comoquiera que el recurrente no presenta argumentos distintos a los ya analizados, este Despacho reitera lo señalado en los considerandos de la resolución 000252 del 2020 sobre el particular, así:

(...) *“En el caso que nos ocupa, se evidenció una controversia surgida entre COMEPSA y la Interventoría desde el hecho que dio lugar al Otrosí No. 1, esto fue la falta de disponibilidad en el mercado nacional de la tubería que, hacia parte de la propuesta de diseño presentada por el Contratista, obligando a COMEPSA a tener que realizar dicha compra ante proveedores extranjeros, generando aparentes sobre costos e inconvenientes en el cumplimiento del cronograma. Este hecho si bien fue superado con el Otrosí No. 1, dando lugar a una prórroga de 45 días, se observó que la Interventoría no autorizó adicionar el contrato. Adicionalmente, se evidencia en el expediente una serie de solicitudes de modificaciones presupuestales que fueron igualmente negadas por la Interventoría. Entonces, al margen de la controversia económica suscitada por actuaciones de la Interventoría, como el Contratista alega, esta Oficina Asesora Jurídica requiere adentrarse en el principio del equilibrio económico del contrato, la teoría de la imprevisión y la diferencia con la Fuerza Mayor como herramientas jurídicas para determinar si el hecho alegado por la defensa eximen de responsabilidad al Contratista.*

El Equilibrio Económico del Contrato Estatal

La doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que el equilibrio económico del contrato surge como principio para el mantenimiento de la comutatividad del mismo, es decir que persista un equilibrio entre las obligaciones y las prestaciones

correlativas de los contrayentes.³⁴ Y es que si bien los contratos deben ser cumplidos en los términos que se pactaron, “*pacta sunt servanda*”, la misma teoría jurídica señala que esto debe ser así mientras no se presenten alteraciones sustanciales de las circunstancias que los motivaron, pues en caso de que ello ocurra, se deben reevaluar las condiciones del contrato “*rebus sic stantibus*”, en pro de equilibrar la ecuación económica de éste.

En desarrollo del principio del equilibrio económico del contrato, la doctrina ha desarrollado la TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN basado en el hecho de que existen riesgos normales u ordinarios asumidos por las partes derivados de la naturaleza y características propias de los objetos contratados, pero que pueden aparecer circunstancias excepcionales de imposible visualización que alteren la ecuación económica del contrato y que deban ser tratados dentro de la teoría de la Imprevisión,³⁵ consignada normativamente en el artículo 5º numeral 1º de la Ley 80.

Ahora, las razones de su procedencia el Consejo de Estado las ha resumido así: a) La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato; b) Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato y C) Que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato.³⁶

En este punto, encuentra este Despacho una aparente confusión de la defensa entre la Fuerza Mayor y la teoría de la Imprevisión, pues el profesor Jaime Orlando Santofimio nos recuerda que la Fuerza Mayor, como hecho exógeno, imprevisible e irresistible, constituye una causa eximiente de responsabilidad por tener la virtud de interrumpir o desvirtuar el nexo causal entre el hecho y la ruptura de la ecuación financiera del contrato y de los principios irrogados al contratista por tal concepto, en cuanto su acaecimiento torna en imposible la ejecución del objeto contractual, evento este que en todo caso resulta diferente de los hechos sobre los cuales se edifica la teoría de la imprevisión, donde la ejecución de la prestación a cargo del cocontratante no se torna en imposible, sino que entraña una mayor onerosidad que acarrea el desequilibrio de la ecuación financiera.³⁷

Al respecto ha señalado el Consejo de Estado:

“[...] El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada

³⁴ Rodrigo Escobar Gil. Teoría general de los contratos de la administración pública

³⁵ Jaime Orlando Santofimio. Compendio de derecho administrativo

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencias del 26 de febrero de 2004, exp. 14043

³⁷ Jaime Orlando Santofimio. Compendio de derecho administrativo, pág. 715.

en razón del hecho imprevisible. En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato. En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor. Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado [...] En tales condiciones, se tiene que la fuerza mayor justifica la inejecución del contrato y no determina indemnización o compensación alguna en beneficio de la parte contratante, la cual queda eximida de responsabilidad a pesar de haber incumplido el contrato; en tanto que la teoría de la imprevisión no justifica la inejecución del contrato, se aplica cuando el contrato se ha ejecutado con la alteración de su ecuación económica y da derecho a que el contratista obtenga el restablecimiento mediante la compensación correspondiente³⁸

Adicionalmente, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que si bien es cierto el presente contrato se suscribió en el marco de una Urgencia Manifiesta, no es menos irrefutable que dentro de la correcta diligencia administrativa se encuentra la verificación de la capacidad financiera de sus colaboradores, como se hizo en este caso con COMEPSEA a quien se le tuvo en cuenta su capacidad y experiencia basado en la Obra contratada con similares características unos años atrás. Así como el Contratista tiene la corresponsabilidad de contar con unas finanzas sanas que permitieran garantizar su propuesta, el correcto cumplimiento del objeto contractual y el interés general. Por lo que el Contratista no podría ahora pretender constituir una Fuerza Mayor basado en problemas financieros de su propia Compañía y máxime cuando se encuentra demostrado con las facturas presentadas y pagadas, que Cormagdalena como Entidad contratante ha cumplido sus obligaciones conforme se pactó, además de la continuación en la ejecución del contratista al margen de la visión del avance de obra.

Luego se observa que no hay asidero fáctico y legal para justificar el incumplimiento basado en razones financieras, pues no se prueba una Fuerza Mayor. Tal vez el Contratista pretendió probar circunstancias que generaron una mayor onerosidad, aunque se recuerda que este Despacho no cuenta con la facultad de reconocer prestaciones económicas a COMEPSEA a través de este instrumento administrativo, pero no probó una imposibilidad de cumplimiento del objeto contractual.

Por las razones expuestas, este Despacho desestima el alegato propuesto como causal de justificación ante el posible incumplimiento y se permite continuar con el análisis de las circunstancias materiales externas y su implicación en los plazos de ejecución del contrato.

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. 14-781:

Circunstancias materiales externas y su implicación en los plazos de ejecución del contrato.

Continuando con los argumentos de defensa del Contratista, se extrajo como tercer punto lo que COMEPSA alega como circunstancias materiales externas constitutivas de Fuerza Mayor o Caso Fortuito.

Al respecto el Contratista manifestó en los descargos:

"Con relación al rendimiento de la operación, es importante mencionar que debido a la ubicación del sistema de pilotes (Frente del río) y al método y procedimiento de hincado, los equipos fueron especialmente adecuados para este proyecto en especial, sobre todo para la línea de pilotes trasera, frente a la estructura colapsada, por lo tanto los niveles del río influyen de manera directa en el rendimiento de la operación, debido a que en niveles muy bajo se presentan dificultades para llegar a las coordenadas estipuladas para cada pilote, y en niveles muy alto el río arrastra un mayor volumen de residuos sólido como lo relacionamos en nuestro informe remitido como anexo del oficio COMEPSA-YUMA 146/19, donde evidenciamos la gran cantidad de material vegetal, troncos, que se estacionaba en el área de estribor (derecha), de la barcaza de pilotaje, los cuales produjeron que esta se embalsara y ocasionara la inestabilidad de la misma. Esta situación amerito la utilización de tiempos y equipos (remolcadores y excavadoras), para el retiro de los troncos con el objetivo de lograr desembalsar la barcaza"...

..."el pasado 5 de mayo de 20109, se presentó dificultades en el hincado del pilote P-15, encontrando estructura desconocida en el fondo del río, como lo relacionamos en nuestro informe enviado el 31 de mayo como anexo del oficio COMEPSA-YUMA 147/19, lo cual hizo necesario la utilización de un grupo especializado de buzos industriales para realizar labores de inspección y corte sumergido bajo agua. En conclusión, la inspección de buzo arrojo la presencia de una inmensa estructura en el fondo del río, y conjuntamente con las labores de Buceo, se realizaron maniobras con los equipos Link Belt 308 A de 75 Toneladas y Excavadora brazo largo marca Hyundai de 38 toneladas para lograr liberar la zona de pilotaje. Producto de estas maniobras se presentaron daños en los equipos utilizados por lo cual se vio obligadamente frenada la actividad e pilotaje, mientras se solucionaban los inconvenientes"...

En respuesta, la Interventoría señaló en la prueba por informe No. II-757-106-19 del 20 de junio de 2019.

..."Finalmente, el Contratista menciona como excusa por su atraso los niveles del río Magdalena; la acumulación de material vegetal y troncos que se acumularon unos días en el sector del proyecto y a la presencia de estructuras desconocidas en el lecho del río.

En relación con los niveles de agua, el Contratista al suscribir el contrato declaró que conocía las condiciones del sitio del proyecto. Por otra parte, el Contrato se ejecutó entre octubre de 2018 y junio de 2019, período en el cual se presentó todo el rango de niveles del río. Niveles medios octubre — diciembre; niveles mínimos enero-marzo y niveles máximos abril junio.

Adicionalmente, el Contratista hace seis (6) años aproximadamente, formó parte del

CONSORCIO CVR, el cual ejecutó para CORMAGDALENA el contrato No. 0-079-2013 cuyo objeto era el Diseño y Construcción de Obras de Contención y Mantenimiento en la Terminal Fluvial de Pasajeros YUMA en Barrancabermeja Santander; una obra con características muy similares a las que se pretendía construir para atender la Urgencia Manifiesta, por lo cual las condiciones de trabajo en el río Magdalena eran ampliamente conocidas por él.

La Interventoría afirma categóricamente que la acumulación de material vegetal y troncos (palizada) que el Contratista aduce que se presentó entre el 13 y 23 de mayo nada tuvo que ver con los ya pésimos rendimientos en la hinca de pilotes y en el hecho de que el Contratista pensara en cambiar el sistema de hinca.

Como lo indicó la Interventoría en su oficio II-757-095-19 del 31 de mayo de 2019 y el oficio 11-757-096-19 del 4 de junio de 2019, el Contratista decidió cambiar el sistema de pilotaje, y es así como el día 10 de mayo después del Comité de Obra No. 11; el Contratista nos informó durante la inspección de obra que se realizó conjuntamente entre la Interventoría y el Supervisor del Proyecto, que COMEPSA había decidido cambiar el sistema de hinca para mejorar los rendimientos y nos mostró la canastilla sobre la cual estaban trabajando.

De lo anterior, se determina que el Contratista decidió el cambio del sistema de pilotaje antes de las palizadas, por lo cual cambio sistema nada tuvo que ver con el hecho de la palizada.

Por otra parte, tal como lo señala la Interventoría a través del oficio I1-757-095-19 del 31 de mayo de 2019, entre el periodo del 13 al 23 de mayo el Contratista adelantó actividades encaminadas al desarrollo del proyecto, en dicho oficio citamos:

"Los días 13, 14 y 17 de mayo de 2019 se realizaron actividades de hinca de dos pilotes, en las mismas condiciones como se venían realizando, lo que indica que no existe una clara programación de las actividades a desarrollar, lo que demuestra una descoordinación entre la parte administrativa y técnica de su empresa".

En igual forma describimos que:

"Entre los días 15, 16, 18 y 19 de mayo de 2019 el Contratista realiza labores de llenado de pilotes con material de río, instalación de acero de refuerzo y fundida de pilotes de concreto de 4000psi."

De lo anteriormente expuesto, se demuestra claramente que durante periodo de ocurrencia de la palizada, el Contratista sí desarrolló actividades propias del contrato y en ningún momento se suspendieron las labores, ni parcial, ni totalmente.

Por otra parte, como lo hemos mencionado ya reiterativamente, al presentar la propuesta para ejecutar la Urgencia Manifiesta que nos ocupa, era del conocimiento del Contratista que en el fondo del río se encontraban la tablestaca metálica las estructuras de concreto del Terminal constituidas por la rampa de acceso y la escalera, y que el contrato exigía su extracción.

El Anexo Técnico de la Urgencia Manifiesta en su punto 5. ACTIVIDADES URGENTES, establece

"el Contratista deberá adelantar de manera inmediata las siguientes obras, que se consideran urgentes a fin de eliminar el riesgo de colapso de la estructura del terminal Fluvial"

- i. Movilización y desmovilización de equipos.*
- ii. Cerramiento provisional.*
- ii. Excavaciones y demoliciones.*
- iv. Extracción de 18 Metros lineales de Tablestacas colapsadas.*
- v. Estabilización del edificio del Terminal Fluvial de Yuma.*

De igual forma, en el anexo técnico de la Urgencia Manifiesta, se muestra la situación de las estructuras colapsadas"...

... "el equipo de trabajo del Contratista, pudo verificar las condiciones que presentaban las estructuras colapsadas y que debió en su momento presentar un plan para el retiro de éstas.

Como se puede determinar, anexo técnico como de lo evidenciado en obra, las estructuras que para el Contratista son "estructuras desconocidas", no son más que la tablestaca, la rampa de acceso y la escalera colapsada.

Así las cosas, es apenas obvio que en el sector donde colapsaron la tablestaca y las estructuras de concreto, el cual coincide justamente con el sitio donde el Contratista diseñó la hincada de los pilotes frontales del proyecto, estas estructuras colapsadas iban a interferir con el proceso de hincada si no eran extraídas con anterioridad.

Esta situación se hizo visible para COMEPSA el 4 de febrero de 2019, hace cuatro (4) meses y mucho antes de la suscripción del Otrosí No. 3. En ese entonces "las estructuras desconocidas" impidieron la hincada de un pilote y el Contratista informó que contrataría a unos buzos para que realizaran las inspecciones del caso y así continuar con los trabajos de hincada

Han pasado cuatro (4) meses desde que el Contratista se percató que no era posible hincar los pilotes sin extraer las estructuras, actividad que debió realizarse en el mes de noviembre de 2018 (hace siete meses), tal y como

estaba previsto y concebido en el cronograma inicial del proyecto que el Contratista presentó.

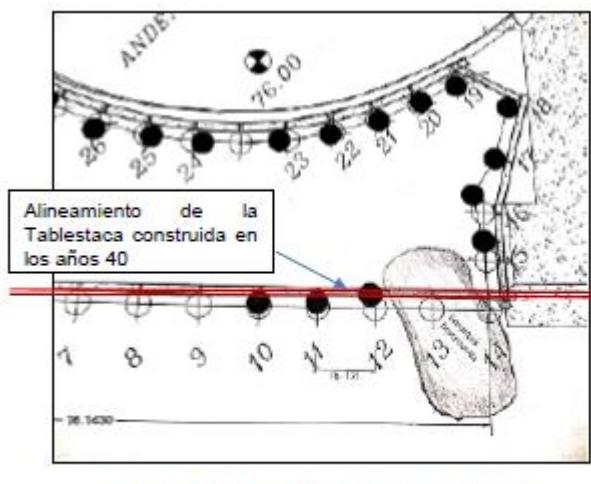
En conclusión, el Contratista COMEPSA fue incapaz de extraer las “estructuras desconocidas”, que no son otra cosa que la tablestaca metálica, las estructuras en concreto de la rampa de acceso y la escalera que yacen en el fondo del río; por lo tanto, tampoco pudo realizar la hincada de los pilotes, y como esta actividad se encuentra en la ruta crítica del proyecto, tampoco pudo realizar las demás actividades del cronograma de obra, trayendo como consecuencia el incumplimiento definitivo del contrato, generando un gran perjuicio a Cormagdalena y a la comunidad de la región usuaria del muelle fluvial, la cual después de diez (10) meses que se presentara el colapso del tablestacado del terminal, no ha podido hacer uso de sus instalaciones.

Como quiera que este argumento ocupó gran parte de la defensa del Contratista por su presunta vocación para romper el nexo causal. Este Despacho requería esclarecer los hechos previamente narrados además de su incidencia en el presunto incumplimiento de COMEPSA, por lo cual se le solicitó al Perito en el dictamen decretado, se sirviera responder:

5. ¿Las estructuras en el fondo del río que el Contratista presenta como “estructuras desconocidas”, corresponden a la tablestaca metálica, concreto de la rampa de acceso y la escalera colapsada como lo afirma la Interventoría?
6. ¿La palizada que el Contratista presenta como hecho constitutivo de fuerza mayor, tenía vocación para generar imposibilidad de avanzar con la obra?

En respuesta al primer interrogante, el Perito señaló:

“(…).A partir de una simple repaso de los antecedentes del muelle y de los eventos ocurridos en el sitio del muelle entre 2013 y 2015 para el Perito no queda otra opción sino concluir que los elementos enterrados en el lecho del río y que afectaron la hincada de los pilotes en las localizaciones 13 y 14, cuando estos se iban a instalar el 5 de mayo de 20193 obligando a su relocalización, son parte de restos de la escalera y la rampa de acceso en concreto que ocupaban el sitio donde se presentó la falla de la tablestaca de contención en agosto de 2018.



Restos de Estructuras Enterradas en el Sitio de la Obra
Fuente Informe de los Buzos Industriales mayo 2019

En efecto, tomando como referencia la figura elaborada por los buzos que realizaron la inspección se puede apreciar como el elemento enterrado atraviesa el alineamiento de la línea externa de pilotes del nuevo muelle, que a su vez corresponde con el del tablestacado que falló en agosto de 2018. Puesto que, por otra parte, no hay elementos para presumir que su presencia es anterior a la misma, ya que la tablestaca fue instalada hace algo más de 70 años y alcanzaba una profundidad del orden de 10 a 12 m de acuerdo con las evaluaciones de la Universidad Nacional de Colombia y que, su localización tampoco podría por idénticas razones, atribuirse a escombros provenientes de la falla del muelle en el 2013 y a las actividades posteriores para su restitución, la única explicación válida para la presencia de ese bloque en ese sitio, es por los restos de las estructuras falladas en 2018, cuya detección y remoción oportuna no habría sido realizada por la falta de una adecuada planificación de la obra, dando como era ha lugar la importancia debida a las actividades de inspección y adecuación del sitio, soportadas en especificaciones de construcción rigurosas sobre el alcance y requerimientos de esta actividad, como ya se señaló en respuesta a la Pregunta 6.4 de este cuestionario.

Actividades cuyos referentes y alcances en la declaración de la Urgencia Manifiesta y en Anexo Técnico de la contratación estaban apenas esbozados en términos muy generales, pero a la vez de manera taxativa y que el Contratista debería desarrollar a acorde con su experiencia previa y conocimiento del sitio.

En la declaración de Urgencia Manifiesta.

Con respecto a las intervenciones, que deben ser urgentes, para atender la situación de riesgo de la terminal Yuma se consideran las siguientes actividades:

- Actualización y ajuste de estudios y diseños realizados en el mismo sector con
- **Retiro del material colapsado, concretos y tablestacas.**
- Inspección y retiro de estructuras en el fondo del río frente a la zona colapsada que actualmente generan socavación.
- Construcción de estructuras hincadas para la estabilización de la orilla y la recuperación del paramento del antiguo tablestacado.
- Rellenos con materiales pétreos o prefabricados para recuperar el área perdida.
- Estructuras para proteger a la cimentación del módulo 1 del terminal fluvial (sala de espera y taquillas)
- Reconstrucción de andenes, escaleras y rampas en concreto.



En el Anexo Técnico.

5. ACTIVIDADES URGENTES.

Una vez suscrito el Acta de Inicio del Contrato, el Contratista deberá adelantar de manera inmediata las siguientes obras, que se consideran urgentes a fin de eliminar el riesgo de colapso de la Estructura del terminal Fluvial.

- i. Movilización y desmovilización de equipos. El Contratista tendrá hasta tres días para movilizar el equipamiento necesario. En caso de incumplimiento, se causarán las multas pertinentes.
- ii. **Extracción de 18 Metros lineales de Tablestaca colapsada.**
- iii. Excavaciones y demoliciones.
- iv. Extracción de 18 Metros lineales de Tablestaca colapsada.
- v. **Reconstrucción de andenes, escaleras y rampas en concreto.**

9.1.2. EXCAVACIONES.

- **Excavaciones y demoliciones a maquinas.**
- Retiro de materiales sobrantes.
- **Extracción de 18 metros lineales de tablestaca colapsada.**

Para el Perito además, es viable pensar que como resultado de las actividades de preparación del terreno y la remoción de la tablestaca que se habrían realizado, al parecer manera progresiva durante los tres primeros meses de la obra y sin unas especificaciones y procedimientos claros para controlar su ejecución habrían podido llevado a mover y reposicionar el bloque en la posición en que finalmente fue encontrado por los buzos, sitio en el que además por ser la zona de ejecución de los trabajos con la presencia del planchón y sus anclas, se pudo haber favorecido el aquietamiento de las aguas y por ende una mayor sedimentación, lo que explicaría su detección por debajo de una capa de 1.5 m de sedimentos, como lo describe el informe de los buzos.

Así las cosas, para el Perito la idea que en el sitio de la obra aparecieron “estructuras desconocidas” cuya presencia no era advertible previamente y que, por lo tanto, no se habrían podido establecer los procedimientos adecuados para su remoción carece de soporte. Los elementos afectados por la falla de agosto de 2018 eran identificables

en su tamaño y características y su retiro total era claramente una condición para realizar la obra.

En respuesta al segundo interrogante, el Perito señaló:

"Las palizadas a partir de la parte media del río Magdalena, de Puerto Berrio hacia abajo, suelen ser un fenómeno recurrente en épocas invernales, particularmente en los meses de abril, mayo y octubre, coincidiendo con eventos de crecientes, sin embargo, debe quedar claro, no es un fenómeno climático y no se presentan con la misma frecuencia que las crecientes, ya que son el resultado de las actividades antrópicas y procesos de inestabilidad en las cuencas de los principales afluentes del río. En el sector Barrancabermeja es la cuenca del río Carare uno de las más importantes aportantes de troncos y material vegetal en descomposición la que da lugar a estas palizadas.

Para el Perito estos antecedentes permiten advertir como la ocurrencia de estos eventos o fenómenos aunque probables, son imprevisibles en términos de su momento de ocurrencia y sus características (extensión y duración) y que cuando tienen lugar afectan de manera muy importante todas las actividades en el río, no solo de transporte de carga y/o pasajeros sino igualmente la operación de estructuras y/o embarcaciones estacionarias como el muelle flotante de Yuma o las barcazas o planchones utilizadas para realizar el pilotaje y el izaje y colocación de las plaquetas de concreto, los elementos más importantes de las obras objeto de la Urgencia Manifiesta.

Instalaciones flotantes que al mantenerse en un sitio fijo actúan como una barrera de contención de la palizada, que en consecuencia produce un desbalance en las presiones laterales que actúan sobre ellas y que, dependiendo de la forma de su casco y la carga de troncos, estos puede meterse por debajo inclinándolas,

desestabilizándolas e incuestionablemente, afectando cualquier actividad que se esté realizando sobre ellas, más aun de aquellas que exigen un control riguroso de verticalidad como es el hincado de pilotes; además de poner en un alto riesgo al personal y a los equipos que se encuentran sobre las mismas, condiciones que obligan a realizar de manera inmediata operaciones especiales de reorientación, además del uso de maquinaria tipo palas para agilizar el retiro de los troncos y ramas para restablecer la estabilidad de tales instalaciones.

En concepto del Perito la situación y las condiciones descritas atrás se ilustran de forma satisfactoria en el diagrama y las fotografías reproducidas abajo, que el Contratista presentó a la Interventoría sobre la palizada ocurrida en el sitio de la obra entre el 13 y el 23 de mayo de 2019, con el Oficio Comepsa - Yuma 146/19 de mayo 30. En el diagrama se esquematiza la manera como se afecta la estabilidad de la barcaza y en las fotografías se muestran las actividades realizadas y los equipos de remoción que debieron ser utilizados para superar la contingencia,



Esquema de las acciones de la palizada sobre la barcaza
y secuencia fotográfica sobre la palizada y su manejo de mayo 2019
(Fuente: Informe de Palizada mayo 2019)

En el informe ya mencionado, el Contratista presenta además una relación y descripción detallada de los tiempos consumidos en las actividades realizadas para la remoción y estabilización de su plataforma de trabajo, en el período en que la palizada tuvo lugar.

FECHA	DESCRIPCION	ACTIVIDAD REALIZADA	DURACION (Horas)
13-may-19	PALIZADA LATERAL AL BOTE COLON	LIMPIEZA Y REMOCION MECANICA	4.0
14-may-19	PALIZADA LATERAL AL BOTE COLON	LIMPIEZA Y REMOCION MECANICA	3.4
15-may-19	PALIZADA LATERAL Y DEBAJO DEL BOTE COLON	DESEMBALSAMIENTO CON 3 REMOLCADORES Y AYUDA CON EXCAVADORA HYUNDAI	6.9
17-may-19	PALIZADA LATERAL AL BOTE COLON	LIMPIEZA Y REMOCION MECANICA	5.0
18-may-19	PALIZADA LATERAL AL BOTE COLON	LIMPIEZA Y REMOCION MECANICA	4.9
19-may-19	PALIZADA LATERAL Y DEBAJO DEL BOTE COLON	LIMPIEZA Y REMOCION MECANICA	3.5
20-may-19	PALIZADA LATERAL Y DEBAJO DEL BOTE COLON	LIMPIEZA Y REMOCION MECANICA	4.8
21-may-19	PALIZADA LATERAL Y DEBAJO DEL BOTE COLON	LIMPIEZA Y REMOCION MECANICA	5.2
22-may-19	PALIZADA LATERAL Y DEBAJO DEL BOTE COLON	DESEMBALSAMIENTO CON 2 REMOLCADORES Y AYUDA CON EXCAVADORA HYUNDAI	7.8
23-may-19	PALIZADA LATERAL AL BOTE COLON	SE REALIZA DESEMBALSAMIENTO CON 3 REMOLCADORES Y SE POSICIONA BOTE DE FORMA LONGITUDINAL AL RIO MAGDALENA	5.6
HORAS EMPLEADAS PARA REMOCION Y LIMPIEZA DE PALIZADA			51.1

Con base en lo anterior, para el Perito las palizadas aunque se puedan calificar como fenómenos recurrentes, al no ser eventos de tipo climático y presentarse además con características impredecibles, tiene los elementos para ser consideradas Fuerza Mayor en relación con las actividades que se desarrollan en el río y dentro de ellas por supuesto, las de las obras de la Urgencia Manifiesta que no podían llevarse a cabo sino desde una barcaza o planchón y que, como fue soportado por el Contratista, por las palizadas presentadas entre mayo 13 y 23 de 2019 no pudieron continuarse de manera normal, esto es con los rendimientos y los recursos tecnológicos y de personal previstos, sino por el contrario teniendo que ser interrumpidas para salvaguardar el personal y los equipos y dar prioridad a las actividades de remoción de troncos y ramas, de forma tal de lograr la estabilización de la plataforma de trabajo.

En este aspecto, el Perito encuentra la posición de la Interventoría de no reconocer la situación creada por la palizada como de fuerza mayor y en consecuencia tampoco, sus impactos en el plazo de ejecución de la obra, contradictoria con el concepto favorable de su recomendación a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA para suscribir al Otrosí No. 1 del Contrato, en el que parte del plazo adicional concedido se dio por la ocurrencia de lluvias fuertes, tal como se aprecia en el documento respectivo, siendo las lluvias no solo eventos son más previsibles probabilísticamente que las palizadas, sino que, en la matriz de riesgos del Anexo Técnico, en criterio que no comparte el Perito, es un riesgo que se le asigna al Contratista en un 100%.

14	Presencia de condiciones climáticas o nivel de agua del río muy alto que impidan la ejecución de los trabajos.	100%	-	B	M
* A = Alto ; M = Medio; B = Bajo					
* La asignación del riesgo en porcentaje corresponde al porcentaje del valor del evento a presentarse.					

Para concluir para este Perito, **la palizada no solo constituye un evento de Fuerza Mayor por sus claras implicaciones en el desarrollo normal de la obra de Urgencia Manifiesta, sino que en el contexto de los plazos tan limitados que se estaban manejando para su ejecución, no está por demás, llamar la atención que el tiempo de duración de la palizada, del orden de 11 días, es comparable al que tomó el Contratista para hincar y fundir los pilotes faltantes, luego de la fecha de terminación contractual.**

Continuando con este argumento, la defensa del contratista manifestó en los alegatos finales:

Lo primero que debe recordarse y anotarse, es que el presente contrato fue suscrito bajo la modalidad de urgencia manifiesta. Esto implica que ni CORMAGDALENA ni el propio contratista tienen el tiempo prudente para planificar la totalidad de la obra, incluyendo plazos y presupuestos.

Quiere decir, además, que es mucho más factible que en el curso de ejecución de las obras las partes encuentren circunstancias que tienen mayor probabilidad de afectar el ritmo de las obras y hasta suspenderlas, por la poca posibilidad de resistir la ocurrencia de dichos eventos.

Así ocurrió en el presente caso con las dificultades encontradas en relación con las pólizas, o por la presencia de una familia de caimanes que impedía los trabajos y por las complicaciones para adquirir la tubería requerida para el proyecto³⁹. Circunstancias estas que fueron reconocidas en los otrosías y en las suspensiones como causas suficientes para ampliar el plazo del Contrato y/o suspenderlo.

Pero además de estas, durante la ejecución del Contrato se presentaron otras situaciones externas al contratista COMEPSA que también afectaron de gran manera la ejecución los tiempos del proyecto.

Una de ellas fue la palizada, que, en palabras del propio Dictamen, hubiera justificado al menos una prórroga adicional de once (11) días, sin contar con

³⁹ Página 255 del dictamen, el perito señala: “Para el perito, aunque si bien es cierto el contratista conocía las condiciones del contrato, para este mismo, le era imposible predecir la existencia o no de la tubería de pilotaje, con la que realizó exactamente la intervención que realizó en el pasado. En este caso en particular el interventor desconoce las pruebas fácticas de la falta de material, por lo que su decisión está basado en una posición subjetiva, salida de la realidad del contrato”

lo reprocessos y tiempos muertos de planificación y ejecución. Esto dice el dictamen:

"Para concluir para este Perito, la palizada no solo constituye un evento de Fuerza Mayor por sus claras implicaciones en el desarrollo normal de la obra de Urgencia Manifiesta, sino que en el contexto de los plazos tan limitados que se estaban manejando para su ejecución, no está por demás, llamar la atención que el tiempo de duración de la palizada, del orden de 11 días, es comparable al que tomó el Contratista para hincar y fundir los pilotes faltantes, luego de la fecha de terminación contractual."

Además, se presentaron fuertes lluvias y otras circunstancias como el hallazgo de "estructuras desconocidas" en el fondo del río que dificultaron notoriamente las obras.

Precisamente, respecto de las denominadas "estructuras desconocidas", tanto en el Dictamen original como en la audiencia de 14 de febrero de 2020, el Ing. Guillermo Ángel Reyes, miembro del equipo de Peritos, manifestó expresamente que, en su criterio técnico, la existencia de las estructuras desconocidas no era una circunstancia "imprevisible" y que COMPESA podía saber que se encontraría con tales eventos durante la ejecución de la obra.

Ahora bien, independientemente de que COMPESA hubiera podido "prever" tal situación o no, lo cierto es que el elemento de "previsibilidad" no puede medirse como si se tratase de cualquier otro contrato donde la Entidad y el contratista tienen tiempo para planificar, estudiar y diseñar. No, en el presente asunto, al tratarse de un contrato suscrito bajo la modalidad de urgencia manifiesta y ante la amenaza inminente de la posible ruina del edificio de la Terminal Yuma, es claro que la carga de previsibilidad no puede ser la misma y que, por ende, el impacto de estas circunstancias sí debe tenerse en cuenta para efectos de determinar el plazo real del Contrato.

Además, es importante recordar que el Perito, en la audiencia de 14 de febrero de 2020 reconoció que, en todo caso, la existencia de las "estructuras desconocidas" sí había generado un impacto en el plazo del Contrato. Esto, entre otras, pues COMPESA tuvo que implementar medidas extraordinarias para solucionar la situación de las "estructuras desconocidas", como lo fueron la contratación de buzos y el uso de maquinaria especializada. Así lo muestran las siguientes fotografías:

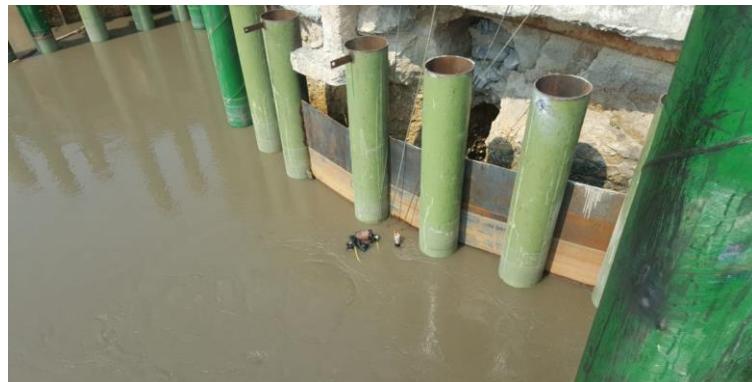


Imagen 1. Inspección de Buzo para identificar Estructura desconocida



Imagen 2. Retro con martillo para tratar de retirar estructura desconocida

Esto, por si sólo demuestra que al tener que acudirse a actividades “no previstas” en el Contrato, se está ante un hecho que tuvo consecuencias “imprevisibles” y además, “irresistibles”. Esto, pues por más que el encuentro con las “estructuras desconocidas” pudiera ser un hecho anticipable, lo cierto es que el evento como tal tuvo todas las características de un evento de fuerza mayor y caso fortuito por las consecuencias que tuvo. Al respecto, resulta importante recordar lo dicho por el H. Consejo de Estado en Sentencia de 15 de junio de 2000, Exp 12423, C.P. María Elena Giraldo Gómez, en la que se dijo:

“(...) la fuerza mayor sólo se demuestra: ‘...mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña).

(...) lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias () En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no solo debe ser irresistible sino también

imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa.”

Así, es claro que el encuentro, tratamiento y solución de las “estructuras desconocidas” es una situación ajena y no imputable a COMEPESA, que implicó que COMEPESA debiera desplegar actos más allá de los exigidos contractualmente, para los que ni siquiera existían precios unitarios aprobados y que implicaron una sustancial demora en la ejecución del objeto contractual, por lo que hubieran sustentado la necesidad de ampliar el plazo y de ajustar el presupuesto para atender dicha situación.

En conclusión, estas circunstancias mencionadas, sumadas a las afectaciones climatológicas anormales (altos niveles del Río Magdalena), así como a la negativa injustificada de la Interventoría de recomponer el presupuesto del Contrato, habrían justificado la prórroga por un plazo mucho mayor que el que se otorgó en el Otrosí No. 3 y tal como fue solicitado por COMEPESA en varias oportunidades (ver oficio COMEPESA-YUMA 150-19).

Vale traer a colación lo dicho por el Perito en el documento de 10 de febrero de 2020 al responder la pregunta No. 4 formulada por CORMAGDALENA, así:

“Para el caso de la obra de la recuperación del muelle del Terminal de Pasajeros Yuma es claro para este Perito que la decisión de la Interventoría de no reconocer el fenómeno de las palizadas ocurridas en mayo de 2019 como un evento de Fuerza Mayor, no permitió que el plazo de ejecución se extendiera hasta el 22 o 23 de junio de 2019, con lo que y de acuerdo con los conceptos de la misma Interventoría, se habría podido llegar a una fecha muy próxima a la que ella estimaba se necesitaba para la terminación de la obra.

(...)

Así las cosas, es claro que en el presente asunto no sólo NO existe un Informe de la Interventoría que permita sustentar cual es supuesto el incumplimiento del contratista en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sino que además, existe suficiente evidencia de hechos y circunstancias que hubieran ameritado la extensión del plazo del Contrato, con lo cual COMPESA habría podido culminar las obras a su cargo, en lugar de tener que defenderse de un procedimiento injusto como el presente.

En el mismo orden, de existir un supuesto incumplimiento en cabeza de COMEPESA, es claro que esas mismas circunstancias que ameritaban la suscripción de una nueva prórroga, constituyen también eventos eximentes de responsabilidad que no fueron tenidos en cuenta tampoco por la Interventoría antes de solicitar el inicio del procedimiento sancionatorio y que hoy justifican el cierre del mismo sin sanción.

De la lectura de los argumentos de la defensa, la respuesta de la Interventoría a estos alegatos y el análisis del Perito, este Despacho encuentra dos hechos diferentes, con circunstancias y efectos igualmente distintos. El primer hecho, tiene

que ver con las denominadas “estructuras desconocidas” como hecho constitutivo de Fuerza Mayor y la segunda, el fenómeno de la palizada.

Para abordar este alegato, esta Oficina Asesora Jurídica empezará desarrollando lo concerniente al primer hecho, así:

Las denominadas “estructuras desconocidas” como un hecho constitutivo de Fuerza Mayor

Respecto este primer hecho, este Despacho busca determinar si el Contratista conocía o le era previsible la existencia de estas estructuras en el fondo del río y sus consecuencias. Tras la revisión del contrato se encontró en la Cláusula 9.3 Documentos del contrato: “son documentos del contrato, y por lo tanto forman parte integral del mismo, los siguientes: b) El anexo técnico de la invitación pública No. 1, al remitirnos al anexo técnico referenciado en el contrato, se lee en el punto 5º actividades urgentes:

“5. ACTIVIDADES URGENTES.

Una vez suscrito el Acta de Inicio del Contrato, el Contratista deberá adelantar de manera inmediata las siguientes obras, que se consideran urgentes a fin de eliminar el riesgo de colapso de la Estructura del terminal Fluvial.

- i. Movilización y desmovilización de equipos. El Contratista tendrá hasta tres días para movilizar el equipamiento necesario. En caso de incumplimiento, se causarán las multas pertinentes.
- ii. Cerramiento provisional.
- iii. **Excavaciones y demoliciones.**
- iv. **Extracción de 18 Metros lineales de Tablestacas colapsadas.**
- v. Estabilización del Edificio del Terminal Fluvial de Yuma.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Adicional a la mención como actividad urgente del anexo técnico, salta a la vista en numerosas fotografías que acompañan los documentos contractuales, la imagen de la Tablestaca colapsada



Zona de colapso de escales y andenes.

Luego es claro para este Despacho que, si el Contratista no conocía la existencia de material colapsado en el fondo del río, si le era fácilmente previsible su presencia tal como concluye el Perito en la respuesta 5 del dictamen:

“la idea que en el sitio de la obra aparecieron “estructuras desconocidas” cuya presencia no era advertible previamente y que, por lo tanto, no se habrían podido establecer los procedimientos adecuados para su remoción carece de soporte. Los elementos afectados por la falla de agosto de 2018 eran identificables en su tamaño y características y su retiro total era claramente una condición para realizar la obra.”

Sin embargo, la defensa del Contratista afirma en los descargos que: “Por más que el encuentro con las “estructuras desconocidas” pudiera ser un hecho anticipable, lo cierto es que el evento como tal tuvo todas las características de un evento de fuerza mayor y caso fortuito por las **consecuencias** que tuvo. Y cita la Sentencia del Consejo de Estado de 15 de junio de 2000, Exp 12423, C.P. María Elena Giraldo Gómez:

“(...) la fuerza mayor sólo se demuestra: ‘...mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña).’

“(...) lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias () En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no solo debe ser irresistible sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa.”

Respecto a este argumento, del cual la defensa desprende que la circunstancia de imprevisibilidad e irresistibilidad no se deriva de la presencia de las “estructuras desconocidas” mismas, sino de las consecuencias que su aparición y necesidad de extracción conllevaron. Esta Oficina Asesora Jurídica debe traer en cita la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de junio de 1958, la cual señala respecto a la conducta culposa:

“cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También se ha definido la culpa como el error de conducta en que no habría ocurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible”

Y es que no hay que perder de vista que el Contratista es un comerciante en los términos del artículo 10 del Código de Comercio y por tanto un profesional en su labor, que COMEPSA es una Compañía con una amplia trayectoria y experiencia en proyectos de estas características, luego le era considerablemente previsible tanto la existencia de las estructuras, como la necesidad de limpiar el terreno a intervenir previo a iniciar la instalación de los pilotes, teniendo en cuenta la alta probabilidad de que este material colapsado interfiriera con los diseños y actividades a ejecutar; además de **las posibles dificultades que pudiese llevar su extracción**, máxime cuando los materiales que componían la infraestructura colapsada se encontraban expuestos en la parte superior del muelle y eran fácilmente perceptibles.

Como lo señala igualmente el Consejo de Estado “el error proveniente de impericia o negligencia están excluidos de la posibilidad de restablecimiento por ser errores inexcusables.”⁴⁰

Adicionalmente, se aprecia con acierto la conclusión del Perito cuando afirma que el retiro total del material colapsado era una condición para realizar la obra.

Por las razones expuestas, respecto al primer hecho “estructuras desconocidas” este Despacho lo desestima como un hecho imprevisible constitutivo de Fuerza Mayor eximiente de culpa.

El fenómeno de la palizada.

Como segundo hecho externo, la defensa señala el fenómeno de la palizada.

Vale la pena advertir que cuando se valoró esta información en conjunto con lo señalado por la Interventoría, se evidenció que en la comunicación II-757-096-19 del 04 de junio de 2019, la Interventoría negó la solicitud de suspensión del contrato solicitada por COMEPSA, basado en el hecho de que la palizada del río Magdalena en nada afectó las actividades que venía realizando el Contratista para la fecha de ocurrencia de esos hechos, señalando:

“..En visita de obra realizada el día 10 de mayo de 2019 inmediatamente después del Comité de Obra No. 11, usted informó a la Interventoría y al Supervisor del proyecto por parte de Cormagdalena, que a partir del lunes 13 de mayo de 2019 iban a realizar un cambio en el sistema de hinca de pilotes, instalando a la grúa una canastilla con lo cual esperaban aumentar considerablemente el rendimiento de esta actividad.

Los días 13, 14 y 17 de mayo de 2019 se realizaron actividades de hinca de dos pilotes, en las mismas condiciones como se venían realizando, lo que indica que no existe una clara programación de las actividades a desarrollar, lo que demuestra una descoordinación entre la parte administrativa y técnica de su empresa.

Entre los días 15, 16, 18 y 19 de mayo de 2019 el Contratista realiza labores de llenado de pilotes con material del río, instalación de acero de refuerzo y fundida de pilotes en concreto de 4000psi.

El 20 de mayo de 2019, el Contratista decide cambiar el sistema de hinca de pilotes, por uno en el cual se utiliza el martillo de pilotaje sobre una guía suspendida por la grúa Link-Belt. Con este sistema, el Contratista plantea hipotéticamente la disminución de los tiempos de posicionamiento del bote, ya que al estar el martillo suspendido por una grúa móvil no será requerido el movimiento del bote para posicionarlo.

⁴⁰ Consejo de Estado, sección 3º, sentencia del 30 de junio de 1994, M.P. Julio Cesar Uribe Acosta

Desde el 20 de mayo se realiza el acondicionamiento del sistema de pilotaje y han quedado suspendidas las actividades de hinca y rehinca de pilotes, ya que no se ha podido adecuar correctamente el nuevo sistema de hinca.⁴¹

Con base en este informe, esta Oficina Asesora Jurídica advierte que el análisis a desarrollar no se debe centrar en examinar si el hecho natural de la palizada es imprevisible e irresistible o no, porque como afirma el Perito en su dictamen y este Despacho está de acuerdo, es posible prever la ocurrencia de una palizada pero resulta imposible conocer cuándo va a ocurrir. Así las cosas, el punto de análisis para determinar si este hecho constituyó una Fuerza Mayor eximiente de responsabilidad, debe centrarse en determinar si la palizada rompe el nexo de causalidad entre el hecho de COMEPSA (el incumplimiento del Contratista al vencimiento del plazo contractual) y el daño a Cormagdalena (no recibir la obra completa).

Recordemos que el Consejo de Estado ha dicho respecto a la Fuerza Mayor que “es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño”⁴² y que como ya se señaló previamente, para el régimen de los contratos, este hecho constitutivo de Fuerza Mayor debe derivar en la imposibilidad de cumplir el objeto contractual sin responsabilizar al Contratista por ello.

Para el caso que nos ocupa, COMEPSA prueba la ocurrencia de un hecho natural extraño y externo, imprevisible e irresistible, pero no prueba que este hecho lo haya eximido de responsabilidad por el presunto incumplimiento, pues como señaló la Interventoría, durante los mismos días de la palizada, COMEPSA siguió ejecutando la obra e incluso hincó dos pilotes en las mismas condiciones que lo venía haciendo. Con base en esto, este Despacho encuentra nuevamente que no puede confundirse la teoría de la imprevisión como instrumento que da lugar a equilibrar la ecuación financiera del contrato, (principio del equilibrio económico del contrato), si es que, en un hipotético caso, el hecho pudo configurar sobrecostos o una mayor onerosidad para el contratista; con el concepto de Fuerza Mayor que imposibilita la ejecución del contrato.

En consecuencia, esta Oficina Asesora Jurídica desestima la palizada como hecho constitutivo de Fuerza Mayor eximiente de responsabilidad.”(...)

Teniendo en cuenta los argumentos y precisiones citadas, este Despacho conserva lo señalado en la resolución recurrida sobre la fuerza mayor y su incidencia en el incumplimiento contractual.

5.1.6. Valoración técnica actualizada del cumplimiento.

“No se cuenta a la fecha con una valoración técnica y actualizada que refleje el real avance de las obras a la fecha, sin pretender separar lo ejecutado antes y después de

⁴¹ Comunicación Interventoría CONCEP S.A.S. No. II-757-096-19 del 04 de junio de 2019

⁴² Consejo de Estado, Sentencia proferida el 16 de marzo de 2000, Exp. 11.670, C.P. Alier Eduardo Hernandez Enriquez

agotado el plazo de ejecución, tampoco que abarque en su integridad la revisión documental del contrato y que por ello resulte contundente y convincente para la entidad adoptar una decisión como en derecho corresponde.

Lo que más se acerca a ese trabajo juicioso, y ponderado es el dictamen pericial, sin embargo, bajo criterios inaceptables, CORMAGDALENA se aparta de éste en los aspectos que terminan siendo los más relevantes en el acto administrativo que se recurre.

Por lo anterior de antemano se solicita que antes de un pronunciamiento definitivo en sede del recurso de reposición que nos ocupa, se ordene y practique una prueba que a la fecha de cuenta del real y definitivo avance de obra ejecutada, con revisión documental que así lo sustente, lo que claramente implicará la revocatoria de lo decidido por cuanto desaparecerán los presupuestos del incumplimiento definitivo declarado.”

El recurrente afirma que no hay una prueba que refleje el real avance de la obra, sin embargo, como se recordó en antecedencia, durante el procedimiento se practicaron varias pruebas encaminadas a dilucidar el porcentaje de avance, que una vez analizadas en conjunto, bajo los considerandos de la resolución de este recurso, llevaron a este Despacho a tomar una decisión.

En cuanto al argumento frecuente de la defensa acerca de la valoración de la prueba pericial, se reitera lo señalado en el numeral 5.1.3. de la presente decisión.

Ahora, con respecto a la prueba solicitada en este recurso, este Despacho la encuentra inútil y la rechazará de plano. Al respecto, el artículo 168 del Código General del Proceso dispone:

“ARTÍCULO 168. RECHAZO DE PLANO. El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.”

Conforme nos enseña el profesor Jairo Parra, la prueba es inútil cuando sobra, por no ser idónea, no en sí misma, sino con relación a la utilidad que le debe prestar al proceso, ya que éste solo puede recaudar las pruebas necesarias para el pronunciamiento del fallo.⁴³

En este caso, practicar otra prueba pericial adicional resultaría inútil y repetitiva por cuanto el objeto probatorio que persigue ya fue ampliamente debatido en el procedimiento, no se aporta un juicio de pertinencia, necesidad y utilidad que justifique la práctica de pruebas adicionales, y a juicio de este Despacho, practicar una prueba en tal sentido sería atentatorio del principio de economía procesal. En consecuencia se rechaza de plano la prueba solicitada y se deja constancia que al tenor del artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, contra la presente decisión no proceden recursos.

“ARTÍCULO 40. PRUEBAS. Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la

⁴³ Manual de derecho probatorio, Jairo Parra Quijano

oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.”

Así las cosas, daremos paso al segundo grupo de alegatos, denominados por la defensa como argumentos de orden técnico, así:

5.1.7. Urgencia Manifiesta.

“Se ha pretendido citar frecuentemente la urgencia manifiesta como una circunstancia que implica un agravante en la situación acaecida en la ejecución del contrato, no obstante se desconoce, que conforme al artículo 42 de la Ley 80 de 1993, se trata de una medida excepcional que facilita el proceso de contratación, con el fin de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y que por su inmediatez impidan acudir a la modalidades de selección fijados en la ley para las condiciones de normalidad.

No conlleva la declaratoria de urgencia manifiesta ninguna especialidad al momento de ejecutarse el contrato estatal, tampoco implica que se exima dicha etapa contractual de vicisitudes y circunstancias que obliguen a modificar los plazos inicialmente contemplados.

Por lo anterior, existe una indebida invocación permanente a la figura de la urgencia manifiesta en éste contrato, como si se tratara de una condición que generara obligaciones adicionales, y simplemente no, su declaratoria facilita la selección del contratista, y de ahí en adelante todo funciona como en cualquier contrato estatal y resulta aplicables todas las disposiciones propias de la ejecución y liquidación.

Desde la misma denominación del contrato “CONTRATAR LA URGENCIA MANIFIESTA PARA LLEVAR A CABO LAS OBRAS PRIORITARIAS DE CONTENCIÓN Y RECUPERACIÓN INMEDIATA DE LA LÍNEA DE TABLESTACA COLAPSADA EN LA TERMINAL FLUVIAL UBICADA EN BARRANCABERMEJA – SANTANDER”, incurrió la contratante en el error de vincular la figura de la urgencia manifiesta en el objeto del contrato, cuando tal como ya se explicó, es una circunstancia exógena que sólo permite facilitar la selección del contratista y que en nada revierte al momento de iniciar la ejecución.”

Se observa por el Despacho que el citado argumento, corresponde a una apreciación subjetiva e inadecuada del recurrente, pues en la resolución 00252 de 2020 esta Oficina no presupone agravantes derivados de tal circunstancia, ni mayores cargas obligacionales como lo afirma la defensa.

Se puede observar a lo largo de la resolución recurrida, como la Urgencia Manifiesta se menciona como un antecedente contractual que habilitó la contratación directa del contrato 0-244-2018 y sirve de base para explicar la necesidad y finalidad de éste, como en el siguiente extracto:

“La Urgencia Manifiesta

La doctrina definió la Urgencia Manifiesta como una causal de contratación directa determinada para conjurar situaciones apremiantes que requieren la necesidad inmediata de bienes, obras o servicios.⁴⁴

El sistema normativo Colombiano la contempla en el artículo 42 de la ley 80 y el artículo 2 numeral 4 de la ley 1150 de 2007.

El día 14 de septiembre a través de la resolución No. 000251, CORMAGDALENA declaró la Urgencia Manifiesta para llevar a cabo las obras prioritarias de contención y recuperación inmediata de la línea de tablestaca colapsada en la Terminal Fluvial Yuma ubicada en el municipio de Barrancabermeja – Santander

En el marco de esta Urgencia Manifiesta, el 26 de Septiembre de 2018 se firmó el contrato No. 0-0244 de 2018, entre CORMAGDALENA y la Compañía de Equipos Pesados S.A., cuyo objeto es “CONTRATAR LA URGENCIA MANIFIESTA PARA LLEVAR A CABO LAS OBRAS PRIORITARIAS DE CONTENCIÓN Y RECUPERACIÓN INMEDIATA DE LA LÍNEA DE TABLESTACA COLAPSADA EN LA TERMINAL FLUVIAL YUMA UBICADA EN EL MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA – SANTANDER”⁴⁵

Por lo anterior, la afirmación del recurrente no conduce a demostrar de manera precisa alguna inconformidad con la resolución 000252 de 2020 de tal modo que amerite o conlleve a su modificación o aclaración, en tal sentido se mantendrá lo señalado en la resolución inicial sobre el particular.

5.1.8. Funcionalidad de la obra.

“Cuando la Supervisión en su informe hace referencia a la funcionalidad como una condición necesaria para aceptar lo construido por el Contratista a la fecha de los informes obrantes en el expediente, está desconociendo no sólo pruebas contundentes como el dictamen pericial, sino también el muy citado por CORMAGDALENA anexo técnico del Contrato, que al parecer aplica para unas situaciones pero para otra no.

En los objetivos generales y específicos definidos en el anexo técnico, expresamente se señaló que lo que se buscaba era realizar de manera inmediata las obras prioritarias de contención y recuperación en la tablestaca colapsada y recuperación del terreno adyacente a esta, en la terminal fluvial de pasajeros Yuma en Barrancabermeja – Santander; también atender la urgencia manifiesta para llevar a cabo las obras prioritarias de contención y recuperación inmediata de la línea de tablestaca colapsada en la terminal fluvial ubicada en Barrancabermeja – Santander; ajustar el presupuesto estimado y elaborar los planos de construcción de la obra prioritaria de la estructura de contención y recuperación del paramento de la tablestaca colapsada en el terminal fluvial de Yuma, así como las estructuras requerida para garantizar la estabilidad Geotécnica del muelle y del talud; construir las obras de contención y recuperación inmediata del paramento de la tablestaca colapsada en el terminal fluvial de Yuma

⁴⁴ Davila Vinueza. Ob. Cit., pp 331 a 335

⁴⁵ Numeral 4.1., página 125 y 126 de la resolución 0-252-2020

consistentes en obras hincadas y estructurales con una longitud de empotramiento suficiente de los elementos en el estrato más resistente y la adecuación del terreno adyacente con relleno de material DEL RÍO MAGDALENA.

Claramente si se pretende hablar de funcionalidad de la obra debe contratarse frente a los objetivos definidos por la entidad contratante, no frente a situaciones ajenas al contrato y que resultan ideales hipotéticos de quien elaboró el informe. Adicionalmente, consideramos una falta de respeto a nuestra experiencia en el área de la construcción de éste tipo de obras, que se pretenda señalar que el Contratista se limitó a realizar un suministro de materiales, cuando son evidentes las actividades constructivas por él adelantadas.

Ahora bien, preguntamos a CORMAGDALENA, en más de año y cuatro meses que el Contratista dejó de ejecutar obra, ¿ha colapsado la estructura que se encontraba en riesgo antes del proceso contractual?

Los elementos instalados por el Contratista como parte de sus obligaciones contractuales, ¿han generado utilidad o cumplido con los objetivos generales y específicos definidos en el anexo técnico?

Estos son los aspectos relevantes al momento de mirar la funcionalidad de la obra ejecutada, que no fue posible su culminación por las circunstancias que todos conocemos y que no es pertinente ahondar en ellas en este recurso.”

5.1.9. Avance final de ejecución.

“Como se ha venido exponiendo, el avance de ejecución evidenciado supera el 70%, la obra es funcional hasta lo ejecutado, en cuanto no se ha presentado colapso de ninguna de las estructuras protegidas, a pesar del paso del tiempo sin realizar actividades, además, hasta el momento que se encontraba actuando la Interventoría, de manera conjunta con la entidad se avaló el pago de avances de obra por un 38.75%, situación que no puede desconocer hoy en día CORMAGDALENA, a menos que pretenda desconocer la teoría de los actos propios, ampliamente desarrollada en nuestra jurisprudencia contractual pública.

Reiteramos que no se cuenta a la fecha con un dictamen o informe actualizado que revele la realidad de ejecución, que además se convierte en un insumo ineludible para que se adopte una decisión de fondo.

Atendiendo que se ha contado como medios de prueba con informes y dictamen pericial que además de no resultar homogéneos en sus conclusiones tampoco están actualizados al momento que se adopte la decisión definitiva, solicitamos que sea la Interventoría, quien como cumplimiento de sus obligaciones contractuales, realice un alcance a su informe final y establezca con claridad el avance final de ejecución, con la documentación que así lo soporte y que además dado la responsabilidad que conlleva elaborar dicho documento, sirva como punto final frente a las discusiones sobre los porcentajes de ejecución de obra.

Además, ese alcance actualizado del informe final, con la totalidad de elementos probatorios que sustentan la ejecución del contenido obligacional del contrato, servirán también para adelantar el proceso de liquidación del contrato y establecer así de manera

definitiva el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista y el pago de lo que hasta la fecha no ha recibido.”

La defensa reitera su alegato según el cual hubo un porcentaje de avance superior al 70%. Sin embargo, como se expuso de manera amplia, este Despacho no encontró mérito probatorio para concluir dicho porcentaje, por lo que descartando lo concerniente a la funcionalidad y calidad de la obra, en los términos de la resolución del presente recurso, fijó el avance porcentual final en 32,85%.

Por otro lado, se debe precisar que si bien es cierto el porcentaje de obra pagado por Cormagdalena al Contratista fue de 38.75%, se recuerda al recurrente, que en el acta parcial de entrega No. 2 se dejó el compromiso de realizar el rehincado de los pilotes que no alcanzaron la cota de diseño y que en el expediente sancionatorio no obra prueba que demuestre que el Contratista realizó el rehincado de los pilotes que no alcanzaron dicha cota, esto era alcanzar la profundidad de 22 metros. Por lo cual, pese a que su valor fue reconocido dentro de los pagos realizados por Cormagdalena a COMEPESA en cumplimiento de su obligación contractual de pago, para efecto del Procedimiento Administrativo Sancionatorio que nos ocupa, al no haber cumplido con el requerimiento del ítem, además de no encontrarse probado el cumplimiento del compromiso del rehincado de esos pilotes por parte del Contratista, no pueden ser reconocidos como porcentaje de avance.

	
<p>Observacion: Estas cantidades parcial de hinca de tuberia de 500 mm seran cuantificadas para el presente corte con el compromiso de que la COMPAÑIA DE EQUIPOS PESADOS S.A, realizará la rehinca de todos los pilotes instalado hasta la fecha de acuerdo a la cota de diseño con el equipo requerido en el contrato de obra martillo de liberacion de energia de 70000 lb/pie</p>	

Ahora, la defensa solicita una prueba por informe a cargo de la Interventoría para que se establezca con claridad el avance final de ejecución. Sobre esta solicitud, nuevamente este Despacho encuentra inútil y reiterativa la prueba por lo que la rechazará de plano de conformidad con el artículo 40 de la ley 1437 de 2011. Dejando de presente al recurrente que la Interventoría ya emitió un informe final del contrato 0-244-2018, el cual fue en su momento debidamente incorporado al proceso y puesto en conocimiento de las partes para su respectiva contradicción, además del vencimiento de la obligación contractual para la entonces firma Interventora.

5.1.10. Director de Obra.

“Reiteramos en este punto los argumentos expuestos en los descargos iniciales y luego en los alegatos de conclusión, siempre hubo director de obra con dedicación exclusiva, no obstante, las personas tienen algunos imprevistos que en ocasiones le obligan a ausentarse de sus labores, y esto al parecer no lo entendió en su momento la Interventoría.”

Finalmente, la defensa reitera el alegato expuesto sobre el director de obra con dedicación exclusiva. Sin embargo, como no aporta hechos distintos a los ya analizados, este Despacho reproduce lo señalado en la resolución recurrida y mantiene su decisión sobre el particular.

5.1.11. Alcance al recurso de reposición de COMEPSA

Mediante documento de fecha 7 de abril de 2021, el apoderado de la COMPAÑÍA DE EQUIPOS PESADOS S.A. – COMEPSA manifestó a la entidad el alcance del recurso de reposición que fue interpuesto el día 28 de septiembre de 2020 en contra de la Resolución 252 de 2020, por medio de la cual se declaró el incumplimiento definitivo de las obligaciones contractuales y se afectó la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato de obra No. 244 de 2018.

En dicho escrito, el apoderado manifestó:

"El alcance al recurso se desarrolla a partir de un planteamiento teórico y unas alternativas jurídicas, que permitirán, además de la ejecución total de la obra contratada, el cumplimiento de los fines de la contratación y especialmente la satisfacción del interés general (...)"

(...) Con las acciones específicas que se proponen, se busca desarrollar de manera eficiente, en lo técnico, en lo administrativo y financiero, con la calidad requerida, la terminación de las obras del Contrato No 0-0244 de 2018, y así puntualmente, lograr la recuperación de la zona norte del terminal fluvial Yuma, con miras a:

- *Mitigar o controlar daños en la estructura construida y sus edificios anexados, por no haberse terminado la obra en forma debida.*
- *Devolver a la población de Barrancabermeja, Santander, una terminal fluvial operativa, funcional y segura para sus operaciones fluviales normalmente"*

Igualmente expresó que se desarrollarían las siguientes actividades a cargo de la COMPAÑÍA DE EQUIPOS PESADOS S.A. – COMEPSA, las cuales en el escrito presentado se detallaron a precisión, y que a título enunciativo son:

- Inspección general de obras y materiales existentes.
- Sacar barro acumulado al interior de la zona de pilotes.
- Movilización de equipos.
- Colocación de láminas de acero al carbón para fundir muro pantalla.
- Instalación de plaquetas prefabricadas.
- Llenado y colocación de mega-bolsas, con arena y geo-bolsacreto.
- Fundida de Viga Corona sobre pilotes y Viguetas prefabricadas.
- Fundida de losa superior.
- Pisos y adoquín".

El contratista señala en su escrito que la ejecución de los trabajos se realizaría en *"un turno diurno diario de 8 horas (...) se estima que las actividades propuestas se ejecuten en un plazo no mayor a cuarenta y cinco (45) días"*.

Frente a la forma cómo se debe escoger al profesional especializado para que valore el estado actual de las obras, el contratista indicó:

"En este punto la propuesta es que se escoga un profesional independiente a las partes contractuales, con acreditada idoneidad y experiencia, perteneciente a la lista de peritos que maneja la Sociedad Colombiana de Ingenieros, para que en un

periodo de tiempo no mayor a quince (15) días, realice una valoración de las obras ejecutadas, determinando su calidad y porcentaje de ejecución. El resultado de la valoración será vinculante para las partes del Contrato No. 0-0244 de 2018.

Determinado con claridad el porcentaje faltante, se dará inicio a la ejecución de actividades en el plazo y forma descrito de manera precedente.”

En cuanto a la selección de la interventoría que ejercería la vigilancia sobre el proyecto y la propuesta de actividades a desarrollar se dijo:

“En ese orden de ideas, la propuesta se encamina a que, la misma persona que adelante la evaluación a que se refiere el numeral anterior, realice la interventoría de las obras pendientes de ejecutar, para garantizar a la entidad contratante, que la ejecución de estas no solo se ajusta al contrato, sino también, a la normatividad técnica vigente y aplicable al tipo de obra contratado por CORMAGDALENA.

El contratista Comepsa proveerá los recursos necesarios requeridos para la contratación del experto o expertos independientes propuestos, a su vez este profesional experto NO tendrá limitaciones en su control y conceptos y solo será un subordinado de la entidad, no de Comepsa, todo lo contrario, será un actor imparcial, objetivo, con suficiencia capacidad técnica e idoneidad acreditada, para garantizar a CORMAGDALENA el recibo de una obra que responde a lo contratado”.

En cuanto a las garantías existentes se dijo:

“En desarrollo de cualquiera de las alternativas que hacen parte de esta propuesta, o de la que a bien defina CORMAGDALENA, es necesario y obligatorio la participación de la compañía aseguradora, quien además de asegurar los riesgos propios de la etapa de terminación que se está proponiendo, deberá asegurar también la estabilidad de la obra en los términos exigidos en el contrato.

La aseguradora en virtud de la garantía de estabilidad expedida, y garantizada con bienes del contratista, que se encuentra vigente actualmente, deberá ampliar las coberturas en lo necesario para que las actividades de finalización y luego lo atinente a estabilidad de la obra, queden amparados dentro de la citada póliza”.

Finalmente, desde el punto de vista jurídico se plantearon las siguientes opciones a efectos de poder continuar con la ejecución de las obras pendientes:

“Alternativa 1, el vencimiento del plazo de ejecución no extingue las obligaciones del contrato. Plazo de gracia.

Construimos y sustentamos el planteamiento a partir del análisis del plazo en el contrato estatal, entendido como aquel espacio de tiempo dentro del cual el contratista debe cumplir con sus obligaciones (plazo de ejecución), conforme al artículo 1551 del Código Civil, “el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación”, no obstante, debemos resaltar que en los casos de contratos de obra, como el que nos atañe, la expiración de dicho plazo no extingue las obligaciones a cargo del contratista.

(...) En el caso concreto, no se pretende evadir, bajo ninguna circunstancia, la responsabilidad contractual, que resultará declarada por la entidad contratante haciendo efectiva de manera parcial la cláusula penal pactada como tasación anticipada de perjuicios, en este caso, por el no cumplimiento y entrega oportuna de la obra contratada, sin embargo, nada de ello impide que el contratista pueda ejecutar, por fuera del plazo de ejecución, y en los cuarenta y cinco (45) días a que se refiere este documento, las obligaciones a su cargo que se encuentran pendientes.

Así las cosas, al no extinguirse las obligaciones a cargo del contratista con el vencimiento del plazo de ejecución, CORMAGDALENA no ha perdido la oportunidad de recibir las obras contratadas, retardadas en su cumplimiento, con la ineludible declaratoria de responsabilidad contractual, por lo que puede pactar con el contratista un plazo para la entrega definitiva del objeto contratado sujeto a la condición de que su incumplimiento acarrearía la confirmación en todas sus partes de la Resolución impugnada.

Tampoco puede cerrarse la puerta al denominado plazo de gracia, desarrollado en el artículo 1715 del Código Civil, aplicable a la contratación estatal en virtud de la remisión expresa de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, en cuanto no hay regulación en el Estatuto de Contratación Estatal que haga referencia al plazo en los contratos estatales, lo que hace enteramente aplicable la citada disposición civil.

De manera excepcional, y persiguiendo el cumplimiento de los fines del Estado en la contratación, es posible afirmar que, el vencimiento del plazo de ejecución en los contratos de obra no impide que la entidad reciba las tareas realizadas por fuera de éste, como tampoco conlleva la imposibilidad de que el contratista ejecute prestaciones y cumpla con obligaciones de manera extemporánea, mientras el contrato esté vigente (no liquidado).

No está proscrito de nuestra legislación contractual el denominado plazo de gracia, concedido en ejercicio de la autonomía de la voluntad por el acreedor al deudor para permitirle el cumplimiento de sus obligaciones por fuera del plazo inicialmente estipulado, por lo que en el caso que nos ocupa podría CORMAGDALENA habilitar un tiempo adicional al contratista para que cumpla a cabalidad con las obligaciones a su cargo que se encuentran pendientes.

Ahora bien, teniendo en cuenta que a la fecha existen obligaciones pendientes, a cargo del contratista, no puede entenderse que han dejado de producir efectos, toda vez que el contrato no se ha liquidado y ello mantiene su exigibilidad, ratificando, conforme lo dispone el artículo 1625 del Código Civil, que el vencimiento del plazo no constituye un modo de extinción de las obligaciones.

En tal sentido, vencido el plazo de ejecución, es posible que la entidad permita el cumplimiento de obligaciones fuera del mismo, mientras no se haya liquidado. Todo esto sin perjuicio que la contratante pueda exigir su cumplimiento mediante el ejercicio de medidas de control y vigilancia de la actividad contractual, como la imposición de multas y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, derivadas del cumplimiento tardío de las obligaciones”.

"Alternativa 2 Arreglo directo.

Esta segunda alternativa apunta a que se acuda a uno de los mecanismos de solución directa de controversias contractuales que reguló la Ley 80 de 1993 desde su versión original, que a la fecha no se ha derogado ni modificado, en los artículos 68 y 69, que no quedaron cubiertos en la derogatoria del artículo 118 de la Ley 1563 de 2012. El arreglo directo, en esta etapa del procedimiento sancionatorio que se encuentra en curso, permitiría a las partes de manera ágil, rápida y directa, resolver las discrepancias surgidas en la ejecución del Contrato No. 0-0244 de 2018, y además, otorgar al contratista un plazo para que termine la ejecución de las obligaciones a su cargo y entregue la obra contratada, sujeto a una condición en la que, si no se cumple a cabalidad con el contrato en ese nuevo plazo, se confirma la decisión de incumplimiento total del contrato con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva.

(...) Se trata entonces en palabras de la Corte Constitucional, de un pilar fundamental del Estatuto de Contratación Estatal, con base en el que, al ser un pacto contractual, se deriva una obligatoriedad de cumplimiento y vinculación para las partes. El arreglo directo permitirá no solo la ejecución de las actividades u obligaciones pendientes del contrato, con la consecuente entrega final del objeto contratado, sino que permitirá a las partes establecer acuerdos vinculantes sobre el nuevo plazo, la condición a la que queda sometido el acuerdo (cumplimiento), y demás situaciones que consideren pertinentes incluir en el texto que se suscriba.

Así las cosas, en sede de arreglo directo, podrá CORMAGDALENA y el contratista poner fin a su controversia, permitir la culminación de la obra y lograr el cumplimiento de los fines estatales en la contratación. Como ya se anotó, esta alternativa no excluye tampoco el ejercicio de las facultades de control y vigilancia de la actividad contractual en cabeza de la entidad contratante, como la imposición de multas o efectividad parcial de la cláusula penal, por el contrario, permite el reconocimiento de un posible incumplimiento parcial al momento que se venció el plazo de ejecución del contrato, y el condicionamiento de lo acordado, en el sentido de que al no cumplir en los cuarenta y cinco (45) días solicitados, se confirmaría la decisión de incumplimiento total del contrato.

En una y otra opción, la COMPAÑÍA DE EQUIPOS PESADOS S.A. – COMEPESA solicitó que en caso de incumplimiento del término de 45 días para culminar con el proyecto se procediera a la confirmación de lo decidido en la Resolución No. 252 de 28 de septiembre de 2020. 9. La solicitud puntual hecha a la entidad fue la siguiente:

"(...) De manera respetuosa solicitamos que su Despacho analice las alternativas propuestas, y en sede del recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución 000252 de 28 de septiembre de 2020, en la que se declaró el incumplimiento definitivo de las obligaciones y se afectó la cláusula penal del Contrato No. 0-0244 de 2018, permite al contratista cumplir con las obligaciones contractuales pendientes y entregar la obra objeto del citado contrato, apelando a cualquiera de las alternativas propuestas o inclusive a una tercera que considere viable CORMAGDALENA".

En este punto es menester recordar que nos encontramos en el marco de un Procedimiento Administrativo Sancionatorio, por lo que esta autoridad administrativa no cuenta con 99

habilitación legal para suscribir cualquier propuesta de “prórroga” o “periodo de gracia”, comoquiera que la competencia se encuentra en cabeza del ordenador del gasto y no en esta Jefe de Oficina Asesora Jurídica. Adicionalmente, se recuerda que cualquier actuación en tal sentido debe observar las formalidades y los instrumentos legales para tal efecto.

Sin embargo, en gracia de discusión, este Despacho analizará si es jurídicamente viable que CORMAGDALENA concediera un “periodo de gracia” como el propuesto en el caso que nos ocupa, sin que en todo caso dicho análisis sustituya la competencia del ordenador del gasto.

Al respecto, la jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado nos ilustra:

“Aparte de lo anterior resulta necesario advertir que la terminación del contrato, en el presente caso, se dio por vencimiento del plazo pactado, sin que se pueda entender que fue prorrogado simplemente porque con posterioridad a tal momento se hayan adelantado actividades tendientes a culminar trabajos aún pendientes para poder entregar las obras a satisfacción y proceder a la liquidación del contrato, que es la etapa inmediatamente posterior a la finalización del negocio jurídico.

Legalmente -art. 1551, C.C.- el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación. Y según sus efectos, el mismo puede ser suspensivo o extintivo, siendo el primero aquel cuyo cumplimiento marca la exigibilidad de la obligación y el ejercicio del derecho, pues antes se suspenden tanto la una como el otro, pero una vez llega el término fijado, se puede ejercer el derecho y se torna exigible la obligación; y el segundo, aquél durante el cual el derecho puede ser disfrutado pero una vez se cumple, el mismo desaparece o se extingue, como sucede, a título de ejemplo, con el contrato de arrendamiento. En los contratos estatales, como el que es objeto de la presente controversia, por lo general el plazo es de la primera modalidad, es decir, suspensivo, pues obedece al término que se pacta para ejecutar las prestaciones objeto del contrato, y las obligaciones se hacen exigibles una vez culmina el mismo. De igual manera, el cumplimiento del plazo acordado por las partes, que es el que se considera como necesario y suficiente para la ejecución del objeto contractual, marca el momento de la terminación del contrato y el inicio de la etapa de liquidación.

(...) De acuerdo con lo anterior, el hecho de que la administración, con posterioridad al vencimiento del plazo pactado, acceda a que el contratista continúe realizando distintas labores, no se traduce en una prórroga o adición de dicho término; como lo ha dicho la jurisprudencia

“(...) el hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo previsto en el contrato para ejecutarlo, razón por la cual, una vez finaliza, sin haber sido formalmente adicionado -recuérdese que el contrato estatal es solemne, y por lo tanto las prórrogas y adiciones deben constar por escrito-, el contrato se termina y se da inicio a la etapa de liquidación (...)”⁴⁶ (negrilla y subrayado fuera de texto)

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 19 de febrero de 2021, Exp. 47.774.

En otra jurisprudencia sobre el plazo de ejecución de los contratos, el Consejo de Estado señaló:

(...) la estipulación de un plazo de ejecución del contrato es de vital importancia para el cumplimiento puntual de su objeto y, por tanto, en orden a atender y satisfacer la necesidad pública que dio lugar a su celebración; además, responde a estrictos principios de la contratación pública, como los de economía y planeación, y resulta congruente con las normas presupuestales que reclaman precisar en el tiempo los compromisos contractuales que las entidades públicas adquieran en las respectivas vigencias fiscales, con cargo a las apropiaciones que conforman su presupuesto anual.

De ahí que, lo normal sea acatar el contrato dentro la vigencia del plazo de ejecución que se señaló en el contrato y, mientras no se hayan cumplido las prestaciones preservar esa vigencia de acuerdo con lo señalado en la ley, de manera que cuando las necesidades exijan un mayor tiempo para el cumplimiento de las obligaciones se proceda a suscribir un contrato adicional o modificatorio para ampliar o prorrogar el plazo inicialmente convenido, pues, no se olvide que en virtud del principio de legalidad que rige la contratación pública, en este ámbito no existen figuras como la tácita reconducción del contrato o el simple acuerdo implícito para la extensión del plazo. (...)

De otra parte, no se desconoce que en los contratos cuya ejecución se prolonga en el tiempo (verbigracia el de obra pública), el vencimiento del plazo contractual no representa la extinción ipso jure de los mismos, por lo cual la ley prevé un plazo para liquidarlos, precisamente, con el objetivo de extinguirlos, pues una cosa es que termine el plazo de ejecución y otra, muy distinta, que termine el vínculo contractual.

Tampoco pasa inadvertido que a la terminación del plazo de ejecución, la Administración debe verificar si la obligación de dar, hacer o no hacer sobre la que versa el contrato se ha cumplido en su totalidad, para dar paso a su liquidación, etapa en la que se realizará una verificación o control del cumplimiento del objeto contractual y se efectuará el balance económico a que haya lugar, de mutuo acuerdo por las partes o unilateralmente por la Administración en caso de renuencia del contratista para hacerlo⁴⁷ (negrilla y subrayado fuera de texto)

De lo señalado por la jurisprudencia citada se puede concluir que:

- i.) Cualquier prórroga o extensión del plazo contractual requiere autorización de la entidad y las formalidades propias del artículo 39 y 41 de la Ley 80 de 1993;
- ii.) Sólo es jurídicamente viable suscribir una prórroga cuando la ejecución se encuentra aún vigente.
- iii.) El hecho de que una entidad estatal acepte o reciba en mora el cumplimiento de una obligación no puede entenderse como una extensión regular del plazo previsto en el contrato para ejecutarlo, si no se prorroga formalmente, el contrato termina.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031

Ahora, con relación al otorgamiento de un “*periodo de gracia*”, encuentra este Despacho que en efecto la Agencia Nacional de Compras Públicas – Colombia Compra Eficiente en su concepto C-646-2020, expuso:

“Sin perjuicio de la responsabilidad contractual, el vencimiento del plazo de ejecución en los contratos de obra no impide que la entidad reciba las tareas realizadas fuera de este término ni equivale a la imposibilidad de que el contratista realice prestaciones extemporáneas. Esta tesis se sustenta en dos (2) argumentos: por un lado, el artículo 1625 del Código Civil no dispone que el vencimiento del plazo sea una forma de extinción de las obligaciones y, por otro, en las obligaciones de dar o hacer es posible conceder plazos de gracia.

En primer lugar, el principal modo de extinción de las obligaciones es el pago efectivo, el cual define el artículo 1626 del Código Civil como «la prestación de lo que se debe». Este pago puede ser oportuno o extemporáneo. En este último caso, ni el contrato se extingue ni la entidad pierde la oportunidad para recibir el objeto contratado, pues al cumplimiento in natura se suma la responsabilidad contractual por «no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento» –art. 1613 ibidem–. Para estos efectos el vencimiento del término produce la mora ex re, caso en el cual se exceptúa la obligación de reconvenir en la medida que el plazo interpela por sí mismo –art- 1608.1 ibidem–. Además, aunque la doctrina considera que la enumeración del artículo 1625 ibidem no es completa, el único plazo que elimina la fuerza obligatoria del contrato es el extintivo. Esto significa que ante el vencimiento de un plazo suspensivo –como se pacta usualmente en los contratos de obra– las obligaciones del contratista subsisten mientras no se extingan por el cumplimiento de la prestación adeudada.

En segundo lugar, el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de conceder plazos de gracia. A esto se refiere el artículo 1715, inciso final, del Código Civil cuando dispone que «Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor». En efecto, «las esperas» impiden la compensación porque son convenios entre las partes para prorrogar un plazo. Esta naturaleza convencional se desprende del verbo «conceder», el cual define la RAE como «Dar, otorgar, hacer merced y gracia de algo»

En contraste, «El plazo de gracia es aquel que, fuera del contrato y sin formar parte de él, obtiene buenamente el deudor de su acreedor que no le exige el cumplimiento inmediato de la obligación teniendo derecho a ello [...], por lo que nace en una conducta omisiva y unilateral del acreedor, especialmente, cuando no interviene la voluntad del deudor. Esta explicación es relevante en la medida que si el plazo suspensivo impidiera el cumplimiento posterior de las obligaciones, el plazo de gracia estaría prohibido en el derecho colombiano por estar fuera del término de ejecución inicialmente pactado. No obstante, de la definición del término contenido en el artículo 1715 del Código Civil se infiere todo lo contrario, es decir, que con la inactividad del acreedor respecto a la exigibilidad de las obligaciones se habilita un tiempo adicional para el cumplimiento, aunque sea extemporáneo.

Del concepto citado se puede concluir que:

- i.) Sin perjuicio de la responsabilidad contractual, el vencimiento del plazo de ejecución en los contratos de obra no impide que la entidad reciba las tareas realizadas fuera de este término ni equivale a la imposibilidad de que el contratista realice prestaciones extemporáneas.
- ii.) El único plazo que elimina la fuerza obligatoria del contrato es el extintivo. Esto significa que ante el vencimiento de un plazo suspensivo –como se pacta usualmente en los contratos de obra– las obligaciones del contratista subsisten mientras no se extingan por el cumplimiento de la prestación adeudada.
- iii.) Al cumplimiento *in natura* se suma la responsabilidad contractual por no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.
- iv.) El artículo 1715 del Código Civil contempla dos hipótesis: la primera hace relación a “*las esperas*” con una génesis convencional de prorrogar el plazo; y la segunda, “*el plazo de gracia*” que tiene su origen en la conducta omisiva y unilateral del acreedor respecto a la exigibilidad de las obligaciones adeudadas.

Con base en las conclusiones extraídas encontramos que la viabilidad jurídica de recibir y ejecutar obras por fuera del plazo de ejecución podría darse bajo dos caminos: **el primero**, que las obras que desea el contratista ejecutar en favor de la entidad para culminar con el objeto del contrato solo podrían ser recibidas por la entidad **a título de indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento tardío**, como una reparación *in natura* derivado del juicio de responsabilidad contractual (a costo y riesgo del contratista por el monto del perjuicio); y **el segundo**, bajo el **“plazo de gracia”** que contempla el **artículo 1715 del Código Civil originado en la inactividad del acreedor con respecto a la exigibilidad del plazo** (este camino con las consecuencias disciplinarias y fiscales a que hubiese lugar por la omisión del funcionario encargado de recibir en término).

En el caso en concreto, el plazo de ejecución finalizó el 11 de junio de 2019 sin prórrogas adicionales, vencido este plazo resulta inviable suscribir una nueva prórroga formal y se entiende terminado el plazo de ejecución.

Ahora, contemplar la viabilidad de un “*plazo de gracia*” transcurridos más de 22 meses desde el vencimiento del plazo, para un contrato que inicialmente avistaba un término de dos meses en su ejecución y que adicionalmente encuentra probado un porcentaje de inejecución superior al 67,15%, además de una resolución de incumplimiento proferida, en la cual, entre otras cosas, se debaten circunstancias técnicas de la obra, deriva en un escenario contrario a los principios y reglas de la contratación pública.

En dichos términos se da resolución al recurso de reposición interpuesto por el Contratista y se da paso a los argumentos del recurso expuestos por la Compañía Garante.

5.2. Consideraciones sobre el recurso de Seguros del Estado

A continuación, el Despacho procederá a pronunciarse sobre los argumentos presentados por la Compañía Garante recurrente y abordará el examen de los mismos, conforme al orden empleado por Seguros del Estado en la sustentación de la reposición.

5.2.1. Violación del debido proceso, derecho a la defensa y falsa motivación:

“El artículo 29 de nuestra Constitución Política, en cuanto al Debido Proceso señala:

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En línea con lo anterior, se resalta que las Entidades Públicas poseen potestad sancionadora, la cual se traduce en aquella facultad que tiene la administración pública para imponer sanciones a través de un procedimiento administrativo que garantice el derecho a la defensa y al debido proceso.

Al respecto es importante aclarar que con la expedición de la Ley 1150 del 16 de julio de 2007 “por la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”, dispone:

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

Como puede observarse, el postulado del debido proceso es aplicable tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 128 del Decreto 1510 de 2013, reglamentario del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la póliza de cumplimiento solo podrá hacerse efectiva mediante la expedición de un acto administrativo que contenga la declaratoria del siniestro de incumplimiento y la cuantificación de los perjuicios ocasionados, previo el agotamiento del procedimiento establecido en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que al tenor dice:

“Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que

podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, **aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad:**

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

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, **ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa.** En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento. (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

El caso en concreto:

En el presente caso tal y como se demostrará a continuación, CORMAGDALENA vulneró así el Debido Proceso del contratista y de su garante así:

3. En la citación inicial de audiencia de fecha 10 de diciembre de 2018, la Entidad señaló los cargos de la siguiente manera:

IV. PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA

De acuerdo a lo expuesto por la interventoría del contrato, el presunto incumplimiento versa sobre:

1. El atraso significativo de 32,37% en contraste con el programa de inversiones presentado por el Contratista, incumpliendo el cronograma y fechas pactadas
2. Tener una disposición de tiempo completo por parte del Director de Obra, el cual deberá tener el perfil de Ingeniero Civil

De acuerdo a lo anterior durante todo el procedimiento administrativo se discutió el atraso en la ejecución de la obra, nunca se citó para dirimir temas de calidad y funcionalidad de la obra, sin embargo, CORMAGDALENA tomó la decisión de sancionar al contratista y afectar la póliza de cumplimiento basados en un informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros de fecha diciembre de 2019. El 3 de julio de 2020 en audiencia la Entidad Incorpora informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros de fecha diciembre de 2019 y decretó “prueba por informe de la supervisión con el fin de determinar objetivamente elementos de calidad y funcionalidad de la obra basado en las especificaciones técnicas aplicables al objeto del contrato”, incorporación que se realizó posterior a haber presentado los alegatos finales el 28 de febrero de 2020, aproximadamente 4 meses después.

Es así como en la página 145 de la Resolución objeto del presente recurso indica:

Sobre lo relativo a la calidad de la obra, tras la incorporación del Concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, este Despacho observó que en las conclusiones de dicho documento, el Consultor afirmó:

(...) “De acuerdo con la revisión estructural realizada sobre planos y en campo, se pudo determinar que existen muchísimas incertidumbres en torno a la calidad, estabilidad y diseños de la obra contratada. Es así como se pudo comprobar que existen muy pocos ensayos de resistencias de concretos, que no son representativos, no existen ensayos de calidad de soldaduras, los diseños de cimentaciones no se cumplen, las dimensiones de las vigas prefabricadas no cumplen con el diseño estructural y que hubo poco control de calidad al fundirlas, y no existen registros fiables respecto a la profundidad efectiva de los pilotes instalados entre otros muchos defectos. Por lo que, si CORMAGDALENA requiere habilitar la obra inconclusa, la SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS le recomienda realizar el rediseño completo de la obra, tomando en cuenta los elementos que se pueda comprobar su estabilidad, para minimizar la pérdida en tiempo y dinero causados por las actuaciones tanto del contratista, como del interventor. Por lo tanto, en conclusión, esta obra no se puede habilitar, hasta que se rediseñe nuevamente⁷⁸ (...) (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Como se puede observar se vulneró del debido proceso y derecho a la defensa de la Aseguradora y el Contratista, vulneró el principio de legalidad y congruencia, toda vez que las dos partes presentaron descargos, pruebas y alegatos, teniendo en cuenta la citación a audiencia y los cargos señalados en ella.

Al respecto la sentencia 1274 de 2008, estableció lo siguiente:

“... la incongruencia tiene la entidad suficiente para configurar una vía de hecho, ya que la incongruencia que es capaz de tornar en vía de hecho la acción del juez “es sólo aquella que subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando una alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, que quiebra irremediablemente el principio de contradicción y el derecho de defensa”, a tal grado que “la disparidad entre lo pedido, lo debatido y lo probado sea protuberante”, esto es, “carente de justificación objetiva y relativa a materias medulares objeto del proceso”. De lo contrario, “el grado y el tipo de desajuste entre la sentencia y lo pedido, lo debatido y lo probado en el proceso, sería insuficiente para que se configure una vía de hecho judicial, así pueda existir una irregularidad dentro del proceso.

Tal es la incongruencia e irregularidad del procedimiento administrativo, que se tomó la decisión de declarar el incumplimiento del 100% del contrato, teniendo como referencia la presunta incertidumbre a la calidad y funcionalidad de la obra, con el informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y lo manifestado por el supervisor del contrato. Nótese como se sancionó como si se tratara de un procedimiento por Estabilidad y Calidad de la obra, situación que no era objeto del procedimiento administrativo.

Teniendo en cuenta la incertidumbre en torno a la calidad y funcionalidad de la obra inicialmente advertida por la Interventoría y reiterada aquí por el Concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, se le solicitó a la Supervisión dentro de la prueba por informe decretada que se sirviera responder:

“Sírvase informar a esta Oficina Asesora Jurídica si el porcentaje de obra adelantado por COMEPESA, cumple con los criterios de funcionalidad exigidos contractual y técnicamente para esta obra, de tal modo que se pueda garantizar en algún porcentaje la seguridad y beneficio de la Entidad y de los fines públicos”⁷⁹.

A la anterior pregunta, la Supervisión respondió:

“Con el fin de responder a esta pregunta es importante en primera instancia establecer la finalidad o necesidad que se pretendía resolver, al realizar el contrato por parte de CORMAGDALENA y el resultado obtenido de tal forma que se pueda establecer si la obra o parte de ella, cumple total o parcialmente lo solicitado en el contrato y sus documentos.

...

Por otra parte la Supervisión se acoge al criterio de funcionalidad esbozado en la tercera pregunta reiterando lo escrito y que se transcribe a continuación:

“Al observar los trabajos realizado se concluye que estos no cumplen ninguno de los objetivos trazados al iniciar el proceso de contratación. No existen obras que protejan de la erosión el terminal de Yuma y la superestructura del muelle de pasajeros.”

“Por todo lo expresado anteriormente, esta supervisión considera que la obra construida, o más bien, los elementos estructurales instalados en el marco de la urgencia manifiesta del contrato del asunto NO son funcionales desde el punto de vista técnico.”

Teniendo en cuenta que la Supervisión se reafirma en sus consideraciones iniciales y que la obra ejecutada no representa ningún beneficio para la entidad y para la comunidad, en cuanto a que no son funcionales, útiles, eficaces ni utilizables. Y que adicionalmente no cumplen ninguno de los objetivos trazados al momento de realizar la contratación por parte de Cormagdalena. Esta Supervisión considera que el porcentaje a ser reconocido por el Contratista es de Cero (0%).⁸¹

Decisión fundada en una prueba irregular e inoportunamente allegada al proceso:

Por mandato constitucional ninguna autoridad de la administración podrá ejercer funciones distintas a las expresamente atribuidas por la ley, (Art 121 CN) no existiendo empleo público que no cuente con las funciones debidamente detalladas en la misma, siendo un deber de los servidores públicos el ejercer sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Art. 123 CN).

Así mismo, la Constitución Política de Colombia en sus artículos 6 y 124 establece de manera expresa que los servidores públicos serán responsables por infringir la ley y la Constitución; y por la omisión o extralimitación en las funciones expresamente asignadas.

En materia sancionatoria se han establecido unas facultades especiales a la administración con el fin de que ejerzan el ius puniendi como atribución excepcional dada al estado, regulada de manera especial por los principios del debido proceso, legalidad y tipicidad que garantizan a los administrados involucrados en este tipo de asuntos, el respeto de sus derechos constitucionales.

Así las cosas el derecho al debido proceso, de orden constitucional, enmarca las garantías que deben ser respetadas por la administración al momento de iniciar un proceso de carácter administrativo, determinando de manera clara que: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio". (Art. 29 C.N.) De esta manera se determina que los procesos deben ser adelantados de conformidad con las normas preexistentes y con la observancia plena de las etapas y pautas dadas en el juicio.

Para el caso en concreto tenemos que las normas preexistentes, del procedimiento administrativo sancionatorio que nos incumbe, encuentran su regulación general en el capítulo III de la parte general del CPACA, artículos 47 y siguientes, donde se determina de manera general en el primero de los artículos lo siguiente: "Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes".

En concordancia con lo anterior, el artículo 77 de la ley 80 de 1993 determina que: "En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil."

Así las cosas, tenemos que, en el Procedimiento administrativo sancionatorio de carácter contractual, existe una regulación general establecido tanto en la parte primera del CAPACA como en la ley 80 de 1993, normas que determinan que el procedimiento deberá estarse a lo regulado expresamente en la ley especial y que todos aquellos asuntos no regulados expresamente por la ley especial serán regulados por los preceptos del CPACA o del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.

Verificada la norma especial, artículo 86 de la ley 1474 de 2011, del procedimiento administrativo sancionatorio, es evidente que existe un vacío frente al régimen probatorio que deberá surtirse en dicho procedimiento, razón por la cual, y en aplicación de la interpretación sistemática de las normas, es necesario que se dé aplicación a la regulación que trae CPACA en ese asunto, donde se regula el régimen probatorio en los artículo 211 y siguientes, aclarándose en este mismo estatuto que en todo lo no regulado, deberán seguirse las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas y frente al caso en estudio tenemos que su despacho, sin que mediara un auto que decretara pruebas, el 3 de julio de 2020, incorporó dos pruebas: informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y prueba por informe del Supervisor del contrato. Frente a los informes incorporados, partiendo del concepto de carga de la prueba, consagrado en el artículo 167 del Código General del Proceso, incumbe a las partes probar, bajo los medios de prueba que consideren adecuados, los supuestos de hecho de las normas jurídicas cuyas consecuencias se desea obtener.

En el caso específico, a pesar de no encontrarse inmerso en un procedimiento de carácter judicial, las normas contenidas en el Código General del Proceso resultan plenamente aplicables, al no existir una regulación específica que sea suficiente, de tal manera que las pruebas decretadas por su despacho en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal d) del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, la Oficina Asesora Jurídica incorporó el Informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros de diciembre de 2019 y el informe final de la Interventoría CONCEP. Así mismo, por ser considerada por esta autoridad administrativa como conducente, pertinente y útil, se decretó la presentación de PRUEBA POR INFORME A CARGO DE LA SUPERVISIÓN, con el fin de determinar objetivamente elementos de calidad y funcionalidad de la obra basado en las especificaciones técnicas aplicables al objeto contratado, concediéndole hasta el 10 de julio de 2020 para allegar vía correo electrónico la presentación del informe.

Así las cosas, se incorporaron dos pruebas documentales: un documento de la Sociedad Colombiana de Ingenieros denominado “asesoría técnica en las obras de contención y recuperación de orillas de la terminal fluvial de Yuma” fechado de diciembre de 2019 y puesto en conocimiento de esta Oficina en junio de 2020, el cual según las consideraciones señaladas en el mismo documento: “es un concepto y estimación racional de los efectos técnicos, económicos, o financieros de los documentos expuestos por la Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, en desarrollo de la asesoría técnica en las obras de contención y recuperación de orillas de la terminal fluvial de Yuma⁵⁰”, por lo que al ser un documento que analiza desde un punto de vista técnico, parte de las controversias que nos ocupan, este despacho consideró pertinente, necesario y útil incorporarlo al expediente y valorar su posición frente a los cargos adelantados al Contratista.

Vulneran de manera flagrante el debido proceso, pues no se garantizó el derecho de defensa y contradicción de los dos informes incorporados por la Entidad el 3 de julio de 2020, es decir independiente que se hubiera hecho el traslado, no se incorporaron desde el inicio del procedimiento, teniendo la Entidad conocimiento del informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros desde diciembre de 2019, sumado a que cuando el perito contratado por COMEPSA presentó su informe lo hizo basado en lo que había dentro del procedimiento a la fecha, luego no se dio la oportunidad para debatir y controvertir

de manera técnica dichos informes y como se ha insistido el informe no cumple los requisitos y para obtener un concepto técnico se tenía que haber realizado un peritaje en el cual se tuviera las misma oportunidad que tuvieron las partes de contradecir, controvertir y solicitar aclaraciones en audiencia, ya que en la diligencia se hizo presente el Perito como es el deber ser para que una prueba tenga valor probatorio correspondiente.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia 980 de 2010, C-758 de 2013 y C-034 de 2014, ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a (i) ser oído durante toda la actuación; (ii) la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; (iv) que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) gozar de la presunción de inocencia; (vii) el ejercicio del derecho de defensa y contradicción; (viii) solicitar, aportar y controvertir pruebas; y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.

En tal sentido, resulta indispensable hacer claridad a la falta de conducción de la prueba por informe decretada por su despacho y a la irregularidad y falta de oportunidad de la introducción del informe rendido por la Escuela Colombiana de Ingenieros en el proceso.

Frente a la prueba por informe, esta se encuentra consagrada en los artículos 275 y siguientes del Código General del Proceso, en los cuales se concibe la posibilidad de solicitar a las distintas personas naturales o jurídicas, información en concreto relacionada con hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, el cual se entenderá presentado bajo la gravedad de juramento, tal como se expone a continuación:

“ARTÍCULO 275. PROCEDENCIA. A petición de parte o de oficio el juez podrá solicitar informes a entidades públicas o privadas, o a sus representantes, o a cualquier persona sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, salvo los casos de reserva legal. Tales informes se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento por el representante, funcionario o persona responsable del mismo.

Las partes o sus apoderados, unilateralmente o de común acuerdo, pueden solicitar ante cualquier entidad pública o privada copias de documentos, informes o actuaciones administrativas o jurisdiccionales, no sujetas a reserva legal, expresando que tienen como objeto servir de prueba en un proceso judicial en curso, o por iniciarse.”

Partiendo de lo anterior, la posibilidad de solicitar la presentación de informes relativos a hechos, actuaciones, cifras o demás datos, permite allegar al proceso la información que en primera medida no hace parte del mismo, por tratarse de documentos o datos que no se encuentran disponibles al público y que reposan sobre los archivos de una entidad. De tal forma, no es procedente solicitar una prueba de oficio a ser aportada por la misma entidad que la solicita, quien desde un inicio ya debía contar con tal documentación como soporte del incumplimiento contractual que se pretende imputar al contratista

COMEPSA, por cuanto se está omitiendo la finalidad de la prueba por informe: dar a conocer cifras, datos, o información que por su naturaleza misma reposa en una entidad.

Sumado a ello, decreta la presentación de prueba por informe a cargo de la Supervisión, con el fin de determinar objetivamente elementos de calidad y funcionalidad de la obra, basado en las especificaciones técnicas aplicables al objeto del contrato.

Así pues, analizando el informe incorporado el pasado 3 de julio de 2020 por parte del funcionario oficiado para tal efecto, logra evidenciarse las apreciaciones subjetivas del funcionario, al incluir aseveraciones relacionadas con disposiciones normativas de sismo resistencia. Aunado a ello, se contraría el fin del medio probatorio, al oficiarse a la misma dependencia que ya había aportado en su momento el informe de interventoría que sirvió como base para declarar el incumplimiento total del contrato amparado. De la naturaleza misma de la prueba por informe, se concluye la objetividad con que debe contar la misma, por lo cual a quien le sea solicitado deberá limitarse a aportar la información o datos que se soliciten, y a abstenerse de realizar valoraciones o juicios de carácter subjetivo.

De esta forma, es posible concluir que, al pretender obtener un informe técnico especializado, el medio probatorio idóneo sería un dictamen pericial, a ser rendido por un tercero, ajeno al conflicto, objetivo y con conocimientos técnicos especializados en la materia que se discute. De esta forma, la prueba por informe rendida por la Supervisión no cumple con el requisito de conducción o idoneidad, toda vez que en el dicho informe se rindieron conceptos subjetivos y de carácter técnico que escapan del alcance de la prueba por informe.

Debiendo tener en cuenta adicionalmente que dicho informe también resulta improcedente al no encontrarse que el mismo tenga una relación directa con los cargos de la citación o el objetivo técnico que buscaba la Entidad.

Ahora bien, frente a la irregularidad y falta de oportunidad de la introducción del informe rendido por la Escuela Colombiana de Ingenieros en el proceso, tenemos que también existe una vulneración del debido proceso, por no dar cumplimiento a las normas propias del peritaje rendido por dicha entidad. Es así como, desde el inicio de la actuación administrativa tanto el peritaje de la Sociedad Colombiana de Ingenieros como el informe de supervisión se presentaron de manera posterior al debate probatorio ya surtido, incluso cuando ya se habían presentado los alegatos de conclusión dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, no existiendo oportunidad de que la prueba pericial se controvirtiera de conformidad con lo expresamente regulado en el artículo 220 del CPACA, una razón más que confirma la vulneración al debido proceso, derecho a la defensa y contradicción.

De esta manera, el artículo 220 del CPACA determina:

“ARTÍCULO 220. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN APORTADO POR LAS PARTES. Para la contradicción del dictamen se procederá así:

4. *En la audiencia inicial se formularán las objeciones al dictamen y se solicitarán las aclaraciones y adiciones, que deberán tener relación directa con la cuestión materia del dictamen. La objeción podrá sustentarse con otro dictamen pericial de parte o solicitando la práctica de un nuevo dictamen, caso en el cual la designación del perito*

se hará en el auto que abra a prueba el proceso. También podrá sustentarse solicitando la declaración de testigos técnicos que, habiendo tenido participación en los hechos materia del proceso, tengan conocimientos profesionales o especializados en la materia.

5. Durante la audiencia de pruebas se discutirán los dictámenes periciales, para lo cual se llamará a los peritos, con el fin de que expresen la razón y las conclusiones de su dictamen, así como la información que dio lugar al mismo y el origen de su conocimiento. Los peritos tendrán la facultad de consultar documentos, notas escritas y publicaciones y se pronunciarán sobre las peticiones de aclaración y adición, así como la objeción formulada en contra de su dictamen. Si es necesario, se dará lectura de los dictámenes periciales.

Al finalizar su relato, se permitirá que las partes formulen preguntas a los peritos, relacionadas exclusivamente con su dictamen, quienes las responderán en ese mismo acto. El juez rechazará las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Luego el juez podrá interrogarlos.

6. Cuando la prueba pericial hubiese sido decretada por el Juez, se cumplirá el debate de que trata el numeral anterior en la audiencia de pruebas. En esa misma audiencia, las partes podrán solicitar adiciones o aclaraciones verbales al dictamen y formular objeción por error grave, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 222 de este Código”

Así las cosas, es evidente que en el presente caso, su despacho vulneró el debido proceso al tomar una decisión con fundamento en dos pruebas que se decretaron y practicaron en contra de la ley, vulnerando los derechos de defensa y debido proceso de los encartados, razón por la cual, al desconocer los postulados constitucionales y legales indicados, se está actuando en contra del principio de legalidad y debido proceso, por lo tanto la prueba y la decisión proferida por su despacho son nulas de pleno derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 214 del CPCA que determina:

“214. EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA POR LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO.
Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.”

En concordancia con lo cual, el acto administrativo está viciado de nulidad según lo establecido en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011:

“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (...)” (Subraya fuera del texto original)

En conclusión, la Resolución No. 252 de 2020 se encuentra viciada de nulidad, al ser expedida con violación al debido proceso, razón por la cual esta Aseguradora solicita a la Administración la revocatoria del mencionado proveído.

Aunado a lo anterior tenemos que se presenta una *Falsa Motivación*:

Sobre la falsa motivación, la Sección Cuarta del Consejo de Estado ha precisado que esta "causal autónoma e independiente se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa"

Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, la Sala ha señalado que "es necesario que se demuestre una de dos circunstancias:

- b) bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente".

El caso en concreto

Al respecto es importante realizar las siguientes consideraciones:

La Entidad pretende afectar la póliza No. 75-44-101093899 en su amparo de Cumplimiento, basada en informes que primero se incorporaron después de haber presentado los alegatos y segundo que su contenido no tiene nada que ver con el porcentaje de ejecución de la obra, objeto de este procedimiento desde el inicio con la citación y sus cargos, como bien se indicó en líneas anteriores no es con un informe que se debía llegar a una conclusión de presunto incumplimiento, era mediante un dictamen pericial, como el que fue contratado y pagado por COMEPSA, en el cual se establecen varios puntos importantes:

*...el porcentaje de avance de la obra es de 70.36%

*...la palizada no sólo constituye un evento de fuerza mayor por sus claras implicaciones en el desarrollo normal de la obra de urgencia manifiesta, sino que en el contexto de los plazos tan limitados que se estaban manejando... del orden de los once días es comparable al que tomó el contratista para entrar y fundir los pilotos faltantes luego de la fecha de terminación contractual.

*...si hubo un avance de obra por parte del contratista posterior al vencimiento del plazo contractual *... el 60.04% fue ejecutado dentro del plazo contractual, es decir hasta el 11 de junio de 2019 y 10.32% fue realizado posterior a esa fecha.

*...para el caso de la obra de la recuperación del muelle del Terminal de Pasajeros Yuma es claro para este Perito que la decisión de la Interventoría de no reconocer el fenómeno de las palizadas ocurridas en mayo de 2019 como un evento de Fuerza Mayor, no permitió que el plazo de ejecución se extendiera hasta el 22 o 23 de junio de 2019, con lo que y de acuerdo con los conceptos de la misma Interventoría, se habría podido llegar a una fecha muy próxima a la que ella estimaba se necesitaba para la terminación de la obra. Oficio CONCEP II-757-090-19 de mayo 29 de 2019, para formalizar la solicitud de incumplimiento definitivo aportado dentro de la etapa correspondiente y que la Entidad no tuvo en cuenta a la hora de tomar una decisión...

* La Doctora Deisy Galvis, preguntó al perito:

Dra. DEISY GALVIS: finamente queremos preguntarle si tras el análisis de la documentación e información que ha sido revisada por usted para la elaboración del dictamen ¿recomendaría entonces a esta entidad el recibo a satisfacción del 70.37% de las obras ejecutadas, partiendo del análisis de la documentación e información que ustedes realizaron?

INGENIERO GUILLERMO ÁNGEL: En principio sí, o sea advirtiendo todo lo que el peritazgo señala, cuáles son los elementos con que ha respaldado la calidad de lo que se ha hecho, los ensayos que prescribió y obtuvo una vez para poder analizar, si de acuerdo.

Dra. DEISY GALVIS: ¿lo recomendaría?

INGENIERO GUILLERMO ÁNGEL: Sí

Por lo anteriormente expuesto encontramos que la Resolución No. 252 de 2020, se encuentra viciada de nulidad porque CORMAGDALENA desestimó una prueba que si fue decretada, controvertida y que corresponde a un dictamen pericial contratado por COMEPSA, el cual si guarda relación con los cargos indicados en la citación de la audiencia. Si la Entidad hubiera realizado la debida valoración a esta prueba habría conducido a una decisión sustancialmente diferente, lo que conlleva a que la Resolución debe ser revocada en su integridad.

Como se evidencia, los alegatos presentados por la Compañía Aseguradora se encuentran estrechamente ligados a los argumentos del Contratista previamente considerados, por lo cual se reitera que no hubo vulneración al debido proceso con la incorporación de las mal denominadas “pruebas extemporáneas”, pues como se señaló en antecedencia, esta Autoridad Administrativa cuenta con la potestad legal de traer pruebas al procedimiento hasta el momento previo a la toma de decisión, pruebas que fueron trasladadas a los convocados en garantía de su derecho de defensa, contradicción de la prueba y debido proceso. Sin embargo, en adopción de la posición más conservadora del juicio de congruencia externa, este Despacho decidió modificar parcialmente la decisión adoptada en la resolución 000252 de 2020 y adelantar un análisis probatorio ligado exclusivamente a determinar el avance de obra ejecutado en precisa consistencia con el cargo formulado en la citación, separando las pruebas que no tuvieran por objeto de manera incuestionable, determinar un avance porcentual de ejecución. Por consiguiente, se replican los fundamentos expuestos previamente y se desvirtúa cualquier posibilidad de vulneración del debido proceso a los administrados.

Para finalizar la sustentación del recurso, la defensa de Seguros del Estado presenta como alegato subsidiario la falta de proporcionalidad en la sanción impuesta, así:

5.2.2. Falta de proporcionalidad en la sanción impuesta con cargo al amparo de cumplimiento:

El régimen legal colombiano establece la proporcionalidad como un principio rector de las actuaciones administrativas y sancionatorias administrativas, este principio, como muchos otros, es traído del derecho privado, donde se garantiza la retribución del cumplimiento parcial del deudor, de cara a las obligaciones exigidas y aceptadas por el acreedor.

Al respecto, el artículo 1596 del Código Civil, establece:

"ARTICULO 1596. REBAJA DE PENA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal."

Por su parte, el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), en cuanto a las decisiones discrecionales indica:

"ARTÍCULO 44. Decisiones discretionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y **proporcional a los hechos que le sirven de causa.**" (Negrita y subrayado fuera del texto original)

A su turno, el Consejo de Estado mediante sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 13.074, indicó lo siguiente:

"La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, la segunda, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad. En este horizonte, se reitera, que el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i: en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa" (Negrita y subrayado fuera del texto original)

CODIGO CIVIL. Artículo 1625. Modos de Extinción. (...) Las obligaciones se extinguieren además en todo o en parte: (...) 10) Por la prescripción.

Igualmente, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante Sentencia del 13 de noviembre de 2008, en relación con la graduación de la sanción indicó:

"(...) con base en el principio de proporcionalidad y en el criterio auxiliar de la equidad, si el juez verifica que el contratista cumplió, efectivamente, parte del objeto estipulado en el contrato, y que este, además, fue aceptado por la entidad contratante, puede disminuir la sanción penal en proporción al porcentaje de obra ejecutada. Partiendo de lo anterior, es necesario que el juez, además de estos aspectos, analice lo concerniente al cumplimiento del contrato a partir del porcentaje de obra ejecutado, y recibido por esta. (...)" (Negrita y subrayado fuera del texto original)

Concepto de Colombia Compra Eficiente (<https://colombiacompra.gov.co/content/es-posible-pactar-la-clausula-de-proporcionalidad-en-el-seguro-de-cumplimiento-en-favor-de>)

“¿ES POSIBLE PACTAR LA CLÁUSULA DE PROPORCIONALIDAD EN EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES?

Según la cláusula de proporcionalidad, la aseguradora solo pagará la totalidad del valor asegurado en caso en que haya incumplimiento total por parte del contratista de las obligaciones surgidas del contrato. En los demás casos la aseguradora pagará el valor asegurado en proporción a su incumplimiento. El artículo 2.2.1.2.3.2.4 del Decreto 1082 de 2015 señala que no es posible admitir, en los seguros de cumplimiento en favor de entidades estatales, que se pacte esta cláusula.

Sin embargo, esta situación debe diferenciarse de: i) Las entidades estatales pueden pactar cláusulas penales en sus contratos y adicionalmente las pueden hacer efectivas unilateralmente según lo dispone el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. ii) El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 dispone que son aplicables a los contratos que celebra el Estado, las normas comerciales y civiles pertinentes, salvo en lo regulado de forma específica en la normatividad que rige para la contratación estatal. iii) No existe norma especial en la Ley 80 de 1993 ni en la ley 1150 de 2007 sobre la cláusula penal y por lo tanto deben aplicar las normas del derecho privado iv) En la aplicación de la cláusula penal al contratista incumplido, la Entidad Estatal debe aplicar los artículos antes enunciados. Teniendo en cuenta que el bajo el amparo de cumplimiento se otorga cobertura al pago de la cláusula penal (numeral 3.4 del artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015), al momento de hacer exigible el pago de la cláusula penal a la aseguradora, también debe aplicar tales preceptos. En atención a lo anterior no es viable que en el seguro de cumplimiento se pacte la cláusula de proporcionalidad, **pero si lo es que, al momento de requerir el pago de la cláusula penal a la aseguradora, se tenga en cuenta por parte de la Entidad Estatal el porcentaje ejecutado del contrato.**”

(Negrita y subrayado fuera del texto original)

Para el manejo de garantías en Procesos de Contratación, Colombia Compra Eficiente (https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140708_guia_para_el_manejo_de_garantias_en_procesos_de_contratacion.pdf)

Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad: La cláusula de proporcionalidad es aquella en virtud de la cual la aseguradora sólo paga por completo el valor asegurado en los eventos en que haya siniestro total; de forma que sólo se paga una parte del valor asegurado en casos de siniestro parcial. Esta cláusula no puede incluirse en contratos estatales y de incluirse no produce efecto alguno.

Como ejemplo: en un contrato amparado con un valor asegurado de 100 millones de pesos, si hay cláusula de proporcionalidad y ocurre un siniestro parcial correspondiente a un incumplimiento del 70% del contrato, la aseguradora sólo está obligada a pagar una indemnización máxima de 70 millones, valor proporcional al siniestro, lo cual no es aplicable en contratos estatales.

No se debe confundir la cláusula de proporcionalidad con la proporcionalidad de la cláusula penal, en la cual si el contratista incumple, la pena se hace efectiva sobre el porcentaje incumplido.” (Negrita y subrayado fuera del texto original)

CASO CONCRETO:

CORMAGDALENA desconoce por completo el porcentaje de ejecución de la obra, que fue certificado mediante la prueba pericial solicitada y contratada por COMEPSA, el Perito en su dictamen, después de una revisión ítem a ítem concluyó un avance de obra de 70.36%

"Como conclusión de todo lo anterior, este perito determinó que, con base en la documentación suministrada, el porcentaje de avance de la obra es del setenta punto treinta y seis por ciento (70,36%). Se hace la claridad que existen actividades para las cuales no se cuentan con soportes que permitan estimar una cantidad exacta y real en cuanto a su ejecución por lo cual en algunos casos este perito únicamente pudo establecer lo que la interventoría del proyecto había avalado previamente."

CORMAGDALENA violó el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, el cual determina que (...) "2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas". (...), así como de los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011, los cuales hacen alusión a la "SUPERVISION E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL" y "FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES", respectivamente y teoría de los actos propios.

En relación con la figura de la Supervisión, COLOMBIA COMPRA EFICIENTE en La Guía para el Ejercicio de las Funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado G-EFSICE-01, define la supervisión así:

"...La supervisión de un contrato estatal consiste en "el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercido por la misma entidad estatal cuando no se requieren conocimientos especializados". El artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 permite que las Entidades Estatales celebren contratos de prestación de servicios para apoyar las actividades de supervisión de los contratos que suscriben..."

De igual manera, COLOMBIA COMPRA EFICIENTE en La Guía para el Ejercicio de las Funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado G-EFSICE-01, define la interventoría de la siguiente manera:

"...La interventoría es el seguimiento técnico a la ejecución de contratos de distintas tipologías, realizado por una persona natural o jurídica contratada para ese fin por la Entidad Estatal, en los siguientes casos: (i) cuando la ley ha establecido la obligación de contar con esta figura en determinados contratos, (ii) cuando el seguimiento del contrato requiera del conocimiento especializado en la materia objeto del mismo, o (iii) cuando la complejidad o la extensión del contrato lo justifique. No obstante, la Entidad Estatal puede determinar que la interventoría cubra no sólo acciones de carácter técnico, sino también administrativo, financiero, contable y/o jurídico. El contrato de interventoría es principal y autónomo y aunque el objeto del mismo supone la existencia de otro contrato respecto del cual se va a ejercer la vigilancia, el mismo es independiente de éste último y por lo tanto, su existencia no depende de la existencia del contrato vigilado. Sin embargo, los contratos de interventoría pueden prorrogarse por el mismo plazo que se hubiera

prorrogado el contrato objeto de vigilancia con el fin de que no se interrumpa el seguimiento al contrato vigilado. El contrato de Interventoría debe ser supervisado directamente por la Entidad Estatal, en consecuencia, siempre que una Entidad Estatal suscriba este tipo de contratos debe designar a un funcionario que haga la supervisión del contrato y que verifique su cumplimiento en las condiciones pactadas...”.

En cuanto a las funciones de los supervisores e interventores es claro que su deber es ejercer el control y vigilancia sobre la ejecución contractual de los contratos vigilados, dirigida a verificar el cumplimiento de las condiciones pactadas en los mismos.

De otra parte, el artículo 83 de la Constitución Nacional consagra que “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

Por su parte, el numeral 4. del artículo 3º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, hablando del principio de la buena fe, establece que “En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes”

En ese sentido, la doctrina de los actos propios, proclama el principio general de derecho que indica la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos. Constituye un límite del ejercicio de una facultad o potestad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del ordenamiento jurídico, un comportamiento acorde con tal principio.

Conforme a lo antes mencionado y refiriéndonos al principio del respeto del acto propio, es necesario precisar que éste es una de las manifestaciones concretas del principio de buena fe, el cual previene que la administración contravenga sus actuaciones precedentes en perjuicio de los particulares y busca que dichas actuaciones conserven la debida coherencia y respeto por los compromisos adquiridos.

Jurisprudencialmente, la Corte Constitucional ha definido el principio del respeto al acto propio en los siguientes términos: “El principio de respeto por el acto propio comporta el deber de mantener una coherencia en las actuaciones desarrolladas a lo largo del tiempo[30], de manera que deviene contraria al principio aludido toda actividad de los operadores jurídicos que, no obstante ser lícita, vaya en contravía de comportamientos precedentes que hayan tenido la entidad suficiente para generar en los interesados la expectativa de que, en adelante, aquéllos se comportarían consecuentemente con la actuación original. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en desarrollo de este principio, se sanciona “como inadmisible toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto” (Corte Constitucional. Sentencia T-248/2008. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil)

En ese sentido, el principio de respeto del acto propio, opera cuando un sujeto de derecho ha emitido un acto que ha generado una situación particular, concreta y definida a favor de otro. Dicho principio limita la actuación de ese sujeto de derecho en el sentido de que no podrá modificar unilateralmente su decisión, pues la confianza del administrado no se genera por la convicción de la apariencia de legalidad de una

actuación, sino por la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida a través de un acto que creó situaciones particulares y concretas a su favor.

Aterrizando las anteriores consideraciones al caso concreto, tenemos que, el contrato estableció una forma de pago, de la siguiente manera:

CORMAGDALENA pagará el valor del contrato mediante actas mensuales parciales de recibo de Obra firmadas por el contratista e CONTRATISTA (Sic) y/o supervisor. El pago de la última cuenta presentada por el contratista estará supeditado a la suscripción del acta de liquidación del contrato de Obra, previa aprobación por parte del CONTRATISTA, el contratista (sic) y del Supervisor del contrato y, actualización de la garantía única en caso de que haya lugar. Una vez sean presentados los documentos exigidos para el pago, éste se hará efectivo una vez se surtan los procesos internos por parte de CORMAGDALENA para tal efecto. Estos pagos se realizarán mediante transferencia electrónica de fondos, en cuenta corriente o cuenta de ahorros en la entidad bancaria donde el CONTRATISTA indique, para lo cual a la firma del contrato adjuntará la certificación bancaria con vigencia no mayor a 30 días." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Como se observa se pagaría por entregas parciales de obra, luego, no puede desconocer CORMAGDALENA la clase de contrato que suscribió, que en ningún momento se asemeja a un contrato "llave en mano", razón por la cual se realizaron pagos a COMEPESA, que ahora por una apreciación del supervisor, sin ninguna prueba técnica indican que por funcionalidad se ejecutó 0%, desconociendo sus propios actos y funciones.

PAGOS A COMEPESA				
No. De pago	valor de la factura	descuentos	valor pagado	fecha del pago
1.	\$ 123.335.664	\$ 9.929.486	\$ 113.406.178	17/12/2018
2.	\$ 419.753.802	\$ 33.793.466	\$ 385.960.336	4/03/2019
3.	\$ 158.673.424,50	\$ 12.774.453,00	\$ 145.898.971,50	4/06/2019
Total pagado	\$ 701.762.890,50			

En este punto Vale la pena resaltar que tanto **Supervisores como Interventores** son los encargados de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales, y en esa medida, **sus decisiones como representantes de la entidad contratante no sólo son vinculantes para el contratista, sino que además comprometen la responsabilidad de la contratante.**

Por lo anterior la cuantificación de la sanción debe hacerse con base en el porcentaje probado como incumplido del Contrato, y por tal motivo, el porcentaje de ese incumplimiento es el que se debe hacer efectivo de la cláusula penal con lo cual la misma, se reducirá proporcionalmente de acuerdo con el porcentaje del contrato equivalente a las obligaciones cumplidas.

Para facilitar esta exposición se hará el siguiente ejercicio matemático para que sea tenido en cuenta:

El porcentaje de incumplimiento del contrato es del 29.64%.

Si el valor del contrato es \$1.819.537.900 y la Cláusula Penal es del 20%, la tasa máxima como sanción será la siguiente:

Fórmula:

$$S = (VTC * CP) * PI$$

Sanción: S

Valor total del contrato: VTC

Cláusula Penal: CP

Porcentaje de Incumplimiento: PI

$$S = (\$1.819.537.900 * 20%) * 29.64\%$$

$$S = 363.907.580 * 29.64\%$$

$$S = \$107.862.206$$

Del anterior ejercicio, encontramos que la sanción no podrá superar el valor de ciento siete millones ochocientos sesenta y dos mil doscientos seis pesos \$107.862.206

Si el contratista hubiera incumplido el 100% del contrato la sanción sería del 20% del valor del contrato, es decir, \$363.907.580, pero como lo que incumplió presuntamente fue el 29.64% es este el porcentaje que se debe tener en cuenta sobre el valor de la sanción no sobre el valor de todo el contrato.

Así las cosas y en conclusión para este argumento subsidiario, CORMAGDALENA debe proceder a ponderar el porcentaje presuntamente incumplido del contrato, con el fin de que en ese porcentaje o proporción se haga efectiva la cláusula penal, claro está, siempre y cuando sea desvirtuado por parte de la entidad contratante, el argumento principal expuesto en el presente recurso de reposición.

Como argumento subsidiario la Compañía Garante alega la falta de proporcionalidad en la sanción, pues a juicio de la Aseguradora, el incumplimiento del Contratista equivale al 29,64% y en tal medida se debió tasar la afectación de la cláusula penal.

Adicionalmente, trae a colación el principio del “*venire contra factum*” o teoría de los actos propios, declarando que Cormagdalena realizó tres pagos correspondientes a tres actas parciales de avance de obra al Contratista, por lo cual no podría ahora desconocer tal circunstancia.

Como se evidencia, la primera aseveración de Seguros del Estado, parte de una condición errónea, pues no es cierto que el porcentaje de incumplimiento determinado por este Despacho sea del 29,64%. Sin embargo, en consideración a la modificación del porcentaje de incumplimiento determinada en el presente recurso, una vez finalizada la resolución del recurso, se procederá a recalcular la tasación de la sanción y la afectación proporcional de la cláusula penal.

Ahora, con respecto a la segunda afirmación, esta Autoridad encuentra probado que en efecto Cormagdalena realizó tres pagos por la suma total de \$701.762.890,50 correspondientes a tres actas de avance parcial reconocidas por la Interventoría y Supervisión. Dicho avance financiero corresponde al 38.6% del presupuesto total. Sin embargo, se reitera al recurrente el compromiso establecido en el acta parcial de entrega No. 2, de realizar el rehincado de los pilotes que no alcanzaron la cota de diseño, al igual que se reitera que al no haber cumplido con el requerimiento del ítem, además de no

encontrarse probado el cumplimiento del compromiso del rehincado de esos pilotes por parte del Contratista, no pueden ser reconocidos como porcentaje de avance, tal como lo consideró el Interventor del contrato en su informe final, de conformidad con el análisis probatorio explicado con anterioridad.

En consecuencia, el porcentaje concluido descontando estos ítems, corrobora con mayor precisión el porcentaje de incumplimiento finalmente determinado por este Despacho en la resolución del presente recurso, esto es el incumplimiento del 67,15% del contrato.

En los anteriores términos se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el Contratista y la Compañía Garante contra la resolución 000252 de 2020 y se procede de conformidad a recalcular la tasación de la sanción y afectación de la cláusula penal, así:

VI. ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD PARA LA TASACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.

Que conforme a lo expuesto en las consideraciones, la Cláusula Penal adicional a la función de sancionar al contratista incumplido tiene como finalidad indemnizar, otorgándole a la administración la facultad para cobrar a título de indemnización anticipada los perjuicios generados por aquel incumplimiento y pese a que no se exige para la administración probar el perjuicio, deberá sí, declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado.

En tal sentido, el Consejo de Estado ha señalado:

*"Resulta que la ley señala que la cláusula misma es un cálculo anticipado de los perjuicios, de manera que si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independientemente del monto del perjuicio. No obstante, esto tiene dos excepciones: i) Según el art. 1600 del C. C. no se puede pedir, a la vez, la pena y la indemnización de perjuicios -de hecho, la cláusula penal es una cálculo anticipado de estos-, salvo que así se haya pactado expresamente, en cuyo caso se puede perseguir lo uno y lo otro, y ii) de acuerdo con el artículo 1596 del C. C.: "Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal." 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."*⁴⁸(negrilla fuera de texto)

⁴⁸ Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009), noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008), Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

En reciente pronunciamiento de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴⁹, se reiteró lo siguiente:

“De acuerdo con lo anterior, en los contratos estatales el legislador ha contemplado diferentes mecanismos que pueden ser utilizados por la entidad contratante frente a la mora o el incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, como la imposición de multas, la declaratoria de caducidad del contrato o la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

En relación con esta última, así mismo, se prevé la posibilidad de que las partes incluyan en el contrato el cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que para la entidad representará el incumplimiento contractual del contratista, mediante el pacto de una cláusula penal pecuniaria, que, por lo tanto, podrá hacerse efectiva como consecuencia de la declaratoria de caducidad, si el contrato está vigente, o de la declaratoria de incumplimiento.

En este último caso, es decir, cuando se ha pactado la cláusula penal, la entidad no está obligada a acreditar el monto de los perjuicios sufridos y podrá cobrar el monto total de la cláusula penal, pero si considera que los perjuicios fueron superiores al mismo, deberá demandar ante el juez del contrato para acreditarlo dentro del respectivo proceso. (...)

La jurisprudencia de la Sección, de tiempo atrás así lo entendió, tal y como lo sostuvo, al referirse a la cláusula penal pecuniaria consagrada en el artículo 72 del anterior estatuto de contratación administrativa y esa ha sido la posición que se ha mantenido en los últimos años:

“Esta providencia analiza la posibilidad que tiene el juez de aplicar el monto de la cláusula penal, esto es, que como resultado del proceso judicial podrá graduarla, pero advierte sobre la necesidad de probar los mayores perjuicios producidos por el incumplimiento, que superan lo calculado en la cláusula penal⁵⁰. ”

En el caso que nos ocupa, el porcentaje final de incumplimiento se estimó en 67,15%, de acuerdo a las razones, pruebas y consideraciones referidas en los acápite anteriores de la presente resolución al recurso interpuesto contra la decisión inicial.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia del 28 de noviembre de 2019. Rad. 36.600. C.P. María Adriana Marín.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009, C.P. Enrique Gil Botero. Reiterada en Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2017, expediente 39285, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, en la cual se sostuvo que “(...) la tasación de perjuicios por declaratoria del siniestro de incumplimiento debe estar atada, precisamente, al incumplimiento detectado por la entidad, pues no sería proporcional hacer valer la totalidad de la estimación anticipada de perjuicios –para lo que interesa al sub lite– si el incumplimiento no recae sobre la totalidad del objeto contractual. (...) En ese orden, es claro que la reducción de la estimación anticipada de perjuicios está condicionada al efectivo cumplimiento por parte de la contratista de las obligaciones contractuales”.

Conforme a la Cláusula 6.6 del contrato No. 0-0244-2018, se establece que:

"En caso de declaratoria de incumplimiento, o cuando se haya llegado al tope máximo posible de imposición de multas conforme lo dispuesto en el presente contrato, el contratista pagará a Cormagdalena a título de pena, una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, la cual no es óbice para que por parte de la entidad contratante se haga efectiva la garantía única de cumplimiento y se adelanten todas las gestiones tendientes a obtener por parte del contratista y/o su garante el pago de la totalidad de los perjuicios causados.

Para la cancelación del valor de la cláusula penal, no se requerirá que CORMAGDALENA constituya en mora al contratista. El contratista facultará a CORMAGDALENA para descontar y compensar las sumas de dinero correspondientes al valor total o parcial de la cláusula penal de los saldos a favor del contratista.

El procedimiento para el establecimiento y aplicación de la cláusula penal será el dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 del 12 de julio de 2011."

Teniendo en cuenta que el valor total del contrato es por MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS PESOS (\$1.819.537.900), y el 20% del valor del contrato señalado en la Cláusula Penal corresponde a TRECIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS SIETE MIL QUINIENTOS OCENTA PESOS (\$363.907.580), la presente Cláusula Penal se tasa proporcional al porcentaje de incumplimiento determinado por el 67,15% de su valor, así:

Fórmula:

$$S = (VTC * CP) * PI$$

Sanción: S

Valor total del contrato: VTC

Cláusula Penal: CP

Porcentaje de Incumplimiento: PI

$$S = (\$1.819.537.900 * 20%) * 67.15\%$$

$$S = 363.907.580 * 67.15\%$$

$$S = \$244.363.939,97$$

Así las cosas, la Cláusula Penal se tasa por **DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRECIENTOS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON NOVENTA Y SIETE CENTAVOS (\$244.363.939,97)**

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Con fundamento en las razones expuestas en la parte considerativa, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra merito suficiente para modificar parcialmente la resolución 000252 de 2020 por medio de la cual "se declara el incumplimiento definitivo de las obligaciones y se afecta la cláusula penal del contrato No. 0-0244 de 2018 suscrito por la COMPAÑÍA DE EQUIPOS PESADOS S.A. - COMEPSA" y declara el incumplimiento parcial determinado en el 67,15% de las obligaciones para afectar Cláusula Penal del contrato de obra No. 0-0244 de 2018, celebrado entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA- y COMPAÑÍA DE EQUIPOS PESADOS S.A. - COMEPSA en relación con los presuntos incumplimientos de: **1. El atraso significativo de 32.37% en contraste con el programa de inversión presentado por el**

123

contratista, incumpliendo el cronograma y fechas pactada. 2. Tener una disposición de tiempo completo por parte del director de obra, el cual deberá tener el perfil de Ingeniero Civil en los términos del oficio de citación No. CE-OAJ-201903001377 del 30 de mayo de 2019 a la **COMPAÑÍA DE EQUIPOS PESADOS - COMEPSA.** y oficio No. CE-OAJ-201903001378 del 30 de mayo de 2019 a la compañía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

En consecuencia y en concordancia con los parámetros derivados del debido proceso que aplica al caso que nos ocupa, atendiendo particularmente los escritos y las manifestaciones de los intervenientes en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, las consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica, así como lo consignado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se DECLARA EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO No. 0-0244 de 2018 PARA AFECTAR LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA, iniciado a la **COMPAÑÍA DE EQUIPOS PESADOS S.A. - COMEPSA.** por las razones expuestas con anterioridad, IMPONER A TÍTULO DE PENA LA SUMA DE **DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRECIENTOS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON NOVENTA Y SIETE CENTAVOS (\$244.363.939,97)** conforme a la Cláusula 6.6 del contrato No. 0-0244 de 2018, SINIESTRAR LA PÓLIZA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO No. **75-44-101093899** y sus anexos modificatorios expedidos por la compañía aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** en su amparo de cumplimiento, la cual se encuentra debidamente aprobada.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR, los numerales cuatro, cinco, seis, siete y ocho de la Resolución No. 000252 del 28 de septiembre de 2020, de conformidad con las consideraciones expuestas, en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR el numeral uno de la Resolución No. 000252 del 28 de septiembre de 2020 de conformidad con lo expuesto, en la parte considerativa de la presente resolución, el cual quedará así:

“DECLARAR el incumplimiento parcial del contrato de obra No. 0-0244 de 2018, celebrado entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA- y COMPAÑÍA DE EQUIPOS PESADOS S.A. - COMEPSA. NIT. 900079860 cuyo objeto es “CONTRATAR LA URGENCIA MANIFIESTA PARA LLEVAR A CABO LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PRIORITARIAS DE CONTENCIÓN Y RECUPERACIÓN INMEDIATA DE LA LÍNEA DE TABLESTACA COLAPSADA EN LA TERMINAL FLUVIAL DE PASAJEROS YUMA UBICADA EN BARRANCABERMEJA - SANTANDER”, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.”

ARTÍCULO TERCERO: MODIFICAR el numeral dos de la Resolución No. 000252 del 28 de septiembre de 2020 de conformidad con lo expuesto, en la parte considerativa de la presente resolución, el cual quedará así:

“HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA e imponer a título de pena la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRECIENTOS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON NOVENTA Y SIETE CENTAVOS (\$244.363.939,97) por el

incumplimiento parcial del contrato de obra No. 0-0244 de 2018, celebrado entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA- y COMPAÑÍA DE EQUIPOS PESADOS S.A. - COMEPESA. NIT. 900079860, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.”

ARTÍCULO CUARTO: MODIFICAR el numeral tres de la Resolución No. 000252 del 28 de septiembre de 2020 de conformidad con lo expuesto, en la parte considerativa de la presente resolución, el cual quedará así:

“SINIESTRAR LA PÓLIZA única de cumplimiento No. 75-44-101093899 y sus anexos modificatorios expedidos por la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., por la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRECIENTOS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON NOVENTA Y SIETE CENTAVOS (\$244.363.939,97), por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.”

ARTÍCULO QUINTO: MODIFICAR el numeral cuarto de la Resolución No. 000252 del 28 de septiembre de 2020 de conformidad con lo expuesto, en la parte considerativa de la presente resolución, el cual quedará así:

“SINIESTRAR LA PÓLIZA única de cumplimiento No. 75-44-101093899 y sus anexos modificatorios expedidos por la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., por la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRECIENTOS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON NOVENTA Y SIETE CENTAVOS (\$244.363.939,97), por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.”

ARTÍCULO SEXTO: NOTIFICAR la presente resolución en los términos del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado de la **COMPAÑÍA DE EQUIPOS PESADOS S.A. - COMEPESA.**, y al representante legal y/o apoderado de la compañía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, o a quienes hagan sus veces.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Contra la presente resolución no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los 17 días del mes de agosto de 2021.

DEISY GALVIS QUINTERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Daniel Acosta Moreno-Asesor OAJ  - Sonia Yadira Guerrero Silva- Abogada OAJ 
Revisó: -OMAA S.A.S 