

RESOLUCIÓN NO.000333
(11 de noviembre de 2021)

“Por la cual se ordena la terminación del procedimiento administrativo sancionatorio iniciado por el presunto incumplimiento de las obligaciones para afectar cláusula penal del contrato de interventoría No. 245 de 2018 suscrito entre CORMAGDALENA y Sociedad CONSTRUCCIONES CIVILES ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S. - CONCEP S.A.S”

LA JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DE LA CORPORACIÓN AUTONOMA 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, Ley 1508 de 2012, Decreto No. 1082 de 2015, Resolución No. 000334 de 2019 y

CONSIDERANDO

1. 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, 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 *“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".

Que el numeral 1° 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, 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 señala los principios de la función administrativa, así:

"(...) 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 (...)".

Que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, establece: *"(...) Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. **Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato (...)"**.*

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.

Que el artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto 1082 de 2015, estipula: *“(…)3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros. (…)*”. (Negrilla fuera de texto original).

Que mediante la Resolución N° 000334 de 31 de octubre de 2019, se delegan funciones en la 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.

2. ANTECEDENTES CONTRACTUALES

- 2.1. Que mediante la Resolución 000251 de 14 de septiembre de 2018, 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 en el Municipio de Barrancabermeja - Santander.
- 2.2. Que el 26 de septiembre de 2018, entre Cormagdalena y la Compañía de Equipos Pesados S.A. se suscribió contrato de obra con el objeto de *“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.”*
- 2.3. Que el 26 de septiembre de 2018, entre Cormagdalena y Construcciones Civiles Estudios y Proyectos S.A.S. se suscribió el Contrato de Interventoría No. 0-0245 de 2018; el cual tuvo como objeto *“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”*
- 2.4. Que el contrato de interventoría No. 0-0245-2018 fue garantizado con las pólizas 320-74-994000010183 y 320-47-99400001773505 de la Aseguradora Solidaria; las cuales fueron aprobadas el 2 de octubre de 2018.
- 2.5. Que el 11 de octubre de 2018, se suscribió acta de inicio del contrato de interventoría No. 0-0245-2018.
- 2.6. Que el 7 de diciembre de 2018 entre Cormagdalena y Construcciones Civiles Estudios y Proyectos S.A.S. Concep S.A.S., se suscribió el Otrosí No. 1 de adición y prórroga; allí se acordó adicionar el valor del contrato en la suma de OCHENTA Y SIETE MILLONES TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS PESOS MCTE (\$87.036.600) y prorrogar el plazo de ejecución por el término de dos meses.

- 2.7. Que el día 24 de enero de 2019, entre Cormagdalena y Construcciones Civiles Estudios y Proyectos S.A.S. Concep S.A.S., se suscribió el Otrosí No. 2, por el cual se prorrogó el plazo del contrato por dos (2) meses y se adicionó por un valor de CIENTO DIECISÉIS MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS PESOS MCTE (\$ 116.048.800).
- 2.8. Que el 26 de abril de 2019, entre Cormagdalena y Construcciones Civiles Estudios y Proyectos S.A.S. Concep S.A.S., se suscribió el Otrosí No. 3, en el que se acordó adicionar el contrato por un valor de CIENTO DOCE MILLONES CIENTO SESENTA MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS MCTE (\$112.160.475) y prorrogar el plazo de ejecución por CUARENTA Y CINCO DÍAS (45).
- 2.9. Que a través del Acta de Avance de Obra No. 1 del 11 de diciembre de 2018, la interventoría certificó la ejecución correcta y completa de los estudios y diseños (ítem 1 del presupuesto).
- 2.10. Que el 24 de enero de 2019, entre las partes se suscribió el Otrosí No. 2 de adición y prórroga; por medio del cual se volvió a adicionar el contrato de interventoría No. 0-245-2018, en la suma de CIENTO DIECISÉIS MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$116.048.800) y se prorrogó el plazo de ejecución por el término de dos meses.
- 2.11. Que el 26 de abril de 2019, se suscribió el Otrosí No. 3 de adición y prórroga; por el cual se adicionó el valor del contrato de interventoría No. 0-0245-2018, en la suma de CIENTO DOCE MILLONES CIENTO SESENTA MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$112.160.475) y se prorrogó el plazo de ejecución por el término de cuarenta y cinco días (45) y se modificó parcialmente la cláusula 3.1. del contrato de interventoría. Con base en las modificaciones la fecha de terminación del contrato quedó para el 11 de junio de 2019.
- 2.12. Que el día 11 de junio de 2019 se suscribió entre las partes el acta de finalización del contrato de interventoría No. 0-0245-2018.
- 2.13. Que el día 12 de noviembre de 2019 se suscribió el acta de entrega definitiva del contrato de interventoría No.0245-2018. Allí se dejó constancia que el interventor cumplió con el objeto del contrato y que el valor total de la interventoría correspondió a la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS SEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$393.606.944).
- 2.14. Que, posteriormente la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación en su ejercicio de supervisión revisó toda la ejecución contractual, los informes presentados por el interventor, las actas de avance de obra; las principales conclusiones quedaron consignadas en el Acta de las reuniones de 27 de mayo, 4 y 7 de junio de 2020, y fueron las siguientes:
 - a) Al revisar el Informe Final de Interventoría - Detalles y Obligaciones Cumplidas por el Interventor (página 35 y 36 del Informe Final de Interventoría), se evidenció que Concep S.A.S. no aprobó los estudios y diseños, indicados en el Acta de Avance de Obra No. 1 (Folio No. 1 de 1 del acta de avance de obra No.1 del contrato obra 0-0244 de 2018).
 - b) Al no ser aprobados los estudios y diseños del contrato 244 de 2018, Concep S.A.S. incumplió con sus obligaciones al certificar en las solicitudes de desembolso de 13 de diciembre de 2018, 14 de febrero de 2019, 24 de mayo de 2019 que el contratista Equipos Pesados dio cumplimiento al contrato; por tanto, solicitó el desembolso de los valores correspondientes y fueron pagados por Cormagdalena.

- c) A través del Acta de Avance de Obra No 02 del 10 de febrero de 2019, Concep S.A.S. certificó la especificación de la tubería como ASTM A53; sin embargo, lo certificado no corresponde a la tubería instalada. Tal como se evidenció en el Oficio CONCEP, 11-757-040-19.
- d) La Subdirección evidenció que el interventor solicitó a Equipos Pesados el cumplimiento de las normas CCP-2014 Y NSR- 2010, pero omitió solicitar el cumplimiento de las normas correspondientes a las disposiciones que deben seguir las obras en los muelles.
- e) La Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación evidenció que las muestras tomadas por la interventoría durante los ensayos de laboratorios no son suficientes para establecer la calidad de los concretos fundidos y aceptados por la interventoría. Lo anterior, porque dentro del informe final presentado por el interventor en fechado julio de 2019, en el anexo 1.11 *“Resultado ensayos de laboratorios”* se encuentra la evidencia de la rotura de ocho (8) ensayos de comprensión a la ruptura de muestras de concreto, seis (6) de ellas corresponden a pruebas de resistencia a los 8 días y dos (2) de ellas a pruebas de resistencia a los siete (7) días de fundido el concreto. En desarrollo del contrato de obra, objeto de esta interventoría, fueron fundidos y aprobados por la interventoría treinta y dos puntos cincuenta y seis metros cúbicos de concreto (32,56 M3) durante la ejecución del contrato. Es decir, se ejecutaron pruebas de concreto cada 5,42 metros cúbicos de concreto fundido. Teniendo en cuenta que los volúmenes de concreto fundido corresponden a vigas y plaquetas prefabricadas y concreto de relleno para pilotes con bajos volúmenes de concreto y realizados en diferentes fundidas. En ese entendido y de acuerdo a lo establecido en la NSR-10 C.5.6.2 — FRECUENCIA DE LOS ENSAYOS: Para los ensayos de resistencia de cada clase de concreto colocado cada día deben tomarse no menos de una vez al día, ni menos de una vez por cada 40 m3 de concreto, ni menos de una vez por cada 200 m2 de superficie de losas o muros. Lo anterior infiere una deficiencia en el control en la calidad de los materiales utilizados por el contratista.
- f) Teniendo en cuenta lo establecido en el contrato en el numeral 1.4 en el contrato, forma de pago, se debe pagar el reembolso contra factura de los costos directos ocasionados y aprobados por el supervisor, y revisado el ítem No. 10 de las actas de costos de interventoría, el cual corresponde a *“ensayos de laboratorio”*, durante el desarrollo del contrato se facturaron tres millones seiscientos mil pesos (\$3.600.000) sin incluir IVA. No se encuentra, que los costos presentados por la interventoría para este ítem correspondan con las pruebas y ensayos de laboratorio presentados en sus informes de interventoría.
- g) La Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación al revisar las actas de obra presentadas por el contratista y aprobadas por la interventoría, evidenció la aceptación del pago del ítem No. 19 *“pintura de tuberías de pilotes de 500 mm (20”) primer y acabado color verde”* mediante el acta de avance No. 1 de 11 de diciembre de 2018 y se facturaron 1042,06 metros cuadrados del ítem No. 19 y mediante el acta de avance No. 3 se aceptan para pago 171, 584 metros cuadrados del ítem No. 19 para un total aprobado por la interventoría de 1213 metros cuadrados del ítem

198. Sin embargo, dentro de los informes presentados por el contratista no se evidenció el registro de pruebas o controles al proceso de calidad a la pintura de las tuberías utilizadas para los pilotes. No existen pruebas de espesores, no existe registro de las certificaciones de calidad del fabricante de las pinturas. No se evidenció control a los procesos de mezcla de las pinturas emitidas por los fabricantes, no se observó verificación del tiempo transcurrido entre el *sandblasting* y la aplicación del *primer* (primera capa de pintura). También se observó que el acabado de los pilotes no es uniforme, ya que se presenta diferentes tonos y colores en el acabado final de los mismos. Además, que al no haber control de calidad de la pintura y del acabado de pintura de la tubería, no se asegura la calidad de los pilotes y su posible oxidación o degradación; lo cual podría reducir la calidad de las obras ejecutadas.
- 2.15. Que mediante el radicado No. 202003001214 del 8 de junio de 2020, la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación dio aviso a la Aseguradora Solidaria sobre el presunto incumplimiento de las obligaciones del contrato de interventoría.
- 2.16. Que el día 24 de septiembre de 2019, entre Cormagdalena y la Sociedad Colombiana de Ingenieros suscribieron el contrato de prestación de servicios profesionales No. 0-0210 de 2019 cuyo objeto es: *“PRESTAR LOS SERVICIOS PROFESIONALES DE ASESORÍA TÉCNICA INTEGRAL A LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA EN LAS OBRAS DE CONTENCIÓN Y RECUPERACIÓN DE ORILLAS DE LA TERMINAL FLUVIAL DE YUMA”*.
- 2.17. Que, en desarrollo del contrato, la Sociedad Colombiana de Ingenieros - SCI presentó el documento *“ASESORÍA TÉCNICA EN LAS OBRAS DE CONTENCIÓN Y RECUPERACIÓN DE ORILLAS DE LA TERMINAL FLUVIAL DE YUMA”* y en uno de los apartes se indicó la existencia en obra de 6 vigas prefabricadas, las cuales presentan dimensiones variables con diferentes alturas o anchos a lo largo de las mismas, se observa hormigúeo en algunos puntos, que hacen evidente la irregularidad en el proceso constructivo.
- 2.18. Que, de acuerdo con dicho informe, la ubicación final de los cabezales, de 10 pilotes hincados, no está acorde con la presentada en los planos de diseño. El interventor contaba con una comisión de topografía permanente en obra, facturando en este ítem \$38.800.000 a lo largo de sus 7 actas parciales lo cual supone una mala utilización de los recursos con que contaba la interventoría y una falta de control de las obras desarrolladas por el contratista de obra.
- 2.19. Que, sumado a lo anterior, la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación indicó que en virtud de las condiciones establecidas en el proceso de contratación y en el contrato 0244-2018; el contratista de obras debía entregar los planos y diseños de las obras a realizar y las especificaciones técnicas a más tardar tres días hábiles después del acta de inicio. En ese entendido, el contratista entregó el primer borrador de los estudios geotécnicos y estructural; pero la interventoría a través de diferentes comunicaciones hizo observaciones a los estudios de suelos, el diseño estructural y el estudio hidráulico presentados por el contratista. Estas observaciones realizadas por la interventoría no fueron finalmente resueltas por el contratista y al finalizar el contrato el día 11 de junio de 2019 no se tenían

- estudios y diseños aprobados por la interventoría y no se tenían las especificaciones técnicas de los diferentes ítems presentados por el contratista.
- 2.20. Que la Subdirección manifestó que, a pesar de lo anterior, el interventor nunca envió comunicaciones a CORMAGDALENA respecto de la necesidad de un diseño y especificaciones técnicas para poder realizar adecuadamente su trabajo de interventoría y posible problemática que le acarrearía, no informó el hecho de no contar con dichos documentos y la posibilidad de que finalizara la obra sin el soporte de unos estudios, diseños y especificaciones.
- 2.21. Que la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación expresó que, en el informe final de interventoría, capítulo 1 informe técnico, se evidenció que el interventor aprobó la ejecución de los diseños y el pago de este ítem; a pesar de no haberse aprobado los estudios y diseños. A su vez, en la página 39 del informe final, el interventor reconoció que es posible que la inversión realizada por CORMAGDALENA se pueda perder; la cual corresponde aproximadamente a \$543.000.000, debido a que no existe certeza de que las obras realizadas por el contratista (cuya interventoría está en cabeza de ellos) no cuentan con diseños avalados por profesional. Es decir que no solo se perderían los recursos de obra, también los recursos invertidos y pagados por la interventoría, que ascienden a cerca de 393.000.000, también se perderían.

3. HECHOS SUSCEPTIBLES DE INCUMPLIMIENTO A CARGO DE LA SOCIEDAD CONSTRUCCIONES CIVILES ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S.

De acuerdo con las citaciones C.E OAJ 202003001999 y C.E OAJ 202003002000 de 30 de septiembre de 2020, sustentadas en el informe de la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación contenido en los radicados CI-SDSN: 202001001135, CI-SDSN: 202001001390 del 28 de julio de 2020 y SDSN-CI-202001001630 de 1 de septiembre de 2020. A continuación, se relacionan los hechos susceptibles del presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la sociedad Construcciones Civiles Estudios y Proyectos S.A.S.

3.1. NO APROBACIÓN DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS DEL CONTRATO DE OBRA 244 DE 2018.

De conformidad con los hechos expuestos, la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación como supervisor del contrato revisó el informe final de interventoría e identificó que el contratista Construcciones Civiles Estudios y Proyectos - Concep S.A.S. no aprobó los estudios y diseños para la obra *“DE CONTENCIÓN Y RECUPERACIÓN INMEDIATA DE LA LÍNEA DE TABLESTACA COLAPSADA EN LA TERMINAL FLUVIAL DE PASAJEROS YUMA EN BARRANCABERMEJA - SANTANDER.”*, contrario a lo consignado por la interventoría en el Acta de Avance No. 1 de 11 de diciembre de 2018 y en las solicitudes de desembolso del 13 de diciembre de 2018, 14 de febrero de 2019 y 24 de mayo de 2019.

Para el supervisor, esta presunta omisión vulneraba la cláusula 1.1. del contrato 0-245-2018, 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."

La presunta omisión, también vulneraría la cláusula 2.1, Obligaciones del Interventor: Se tiene que el contratista *"Además de las obligaciones previstas en este Contrato y en la propuesta, las contenidas en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta, o aquellas otras que deban ser cumplidas de conformidad con la normativa aplicable, el INTERVENTOR se obliga a:*

(...)

d) Cumplir con las actividades y procedimiento de Interventoría, establecidos en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta para contratar la Interventoría.

g) Verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista de obra, contenidas en el contrato, anexos y en sus Apéndices y en los planes, programas y manuales presentados por el contratista.

De igual forma, la presunta omisión descrita comporta una presunta violación de las obligaciones generales indicadas en el Anexo Técnico en el punto 9.2:

"(...)

2."Vigilar la inversión de los recursos públicos y controlar que la misma sea eficiente y transparente."

3. "Garantizar que la ejecución del objeto contractual se someta a los plazos, términos, especificaciones, calidades y condiciones previstas o exigidas en el contrato y en los documentos del mismo.

3.2. INCORRECTA CERTIFICACIÓN DE LA TUBERÍA UTILIZADA EN LA OBRA.

De conformidad con lo indicado en el informe de incumplimiento remitido por el Subdirector de Desarrollo Sostenible; se tiene que en el acta de avance de obra No. 2 de 10 de febrero de 2019 y el 5 de mayo de 2019 mediante acta de avance No. 3, CONCEP S.A.S. certificó que la tubería utilizada en la obra cumplía con las especificaciones ASTM A53.

Sin embargo, el Subdirector de Desarrollo Sostenible evidenció que la tubería utilizada en la obra *"DE CONTENCIÓN Y RECUPERACIÓN INMEDIATA DE LA LÍNEA DE TABLESTACA COLAPSADA EN LA TERMINAL FLUVIAL DE PASAJEROS YUMA EN BARRANCABERMEJA - SANTANDER."* no cumplía con las especificaciones ASTM A53.

Si bien, se pone de presente que el diseñador del proyecto indicó que la tubería utilizada cumple con el diseño del proyecto; esta no cumple con la tubería especificada en el contrato y sus anexos. Tampoco el interventor avisó a Cormagdalena que el contratista utilizaría una tubería distinta a la contratada y la certificó como si fuera la contratada.

Lo anterior, se soporta en el Oficio Concep II-757-040-19; donde se indicó:

“La tubería especificada en los planos estructurales debe cumplir con la norma ASTM A53 grado B. De acuerdo a esta norma la tubería debe ser sin costura y la adquirida y utilizada por el contratista en la hincas de pilotes es con costura y con la siguiente especificación PIPE 20" IN HSAW 1270A APISL X40 BEVELED ENDS PSL-1.

En consideración a que el Contratista suministró una tubería con especificaciones diferentes a las contractuales, le solicitamos que el Proveedor de la Tubería y el ingeniero estructural que firma los planos de diseños, certifiquen que la tubería suministrada tiene las mismas propiedades de resistencia que las especificadas contractualmente y por lo tanto la utilización de la tubería suministrada garantiza la estabilidad y el funcionamiento de la estructura.

Toda la tubería que suministre el Contratista debe cumplir con la norma ASTM A53, como lo indican las especificaciones contractuales y los diseños presentados.”

Este hecho, presuntamente vulneraba la cláusula 1.1. del contrato 0-245-2018, 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.”**

A su vez, presuntamente viola la cláusula 2.1 que dice: Obligaciones del Interventor. Se tiene que el contratista *“Además de las obligaciones previstas en este Contrato y en la propuesta, las contenidas en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta, o aquellas otras que deban ser cumplidas de conformidad con la normativa aplicable, el INTERVENTOR se obliga a:*

(...)

d) Cumplir con las actividades y procedimiento de Interventoría, establecidos en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta para contratar la Interventoría.

g) Verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista de obra, contenidas en el contrato, anexos y en sus Apéndices y en los planes, programas y manuales presentados por el contratista.

También, presuntamente se incumplen las funciones técnicas y las obligaciones generales del contrato, señaladas en el Anexo Técnico en el numeral 6.3.2., de la siguiente manera:

6.3.2 FUNCIONES TÉCNICAS *“El Interventor realizará los procesos y actividades relacionadas con la medición, pruebas, evaluación y verificación de procedimientos, intervenciones y desempeño del Contratista en el área técnica de tal forma que se garantice el cumplimiento de las especificaciones técnicas y la ejecución de las obras*

(...)

6. Presentar ante el supervisor del contrato de interventoría los informes técnicos que contengan aquellos aspectos que repercutan en el normal desarrollo del contrato y que puedan implicar modificaciones al mismo

9.2: OBLIGACIONES GENERALES

**Oficina Principal
Barrancabermeja**
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

**Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá**
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

**Oficina Seccional
Barranquilla**
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



**El futuro
es de todos**

**Gobierno
de Colombia**

“(…)

2. "Vigilar la inversión de los recursos públicos y controlar que la misma sea eficiente y transparente."
3. "Garantizar que la ejecución del objeto contractual se someta a los plazos, términos, especificaciones, calidades y condiciones previstas o exigidas en el contrato y en los documentos del mismo."

3.3. EXIGENCIA AL CONTRATISTA DE OBRA DE LAS NORMAS CCP- 2014 y la NSR-2010, LAS CUALES NO CORRESPONDEN A LAS EXIGIDAS PARA EL DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE MUELLES.

En virtud a lo informado por el supervisor del contrato de interventoría, el interventor solicitó al contratista de la obra, el cumplimiento de las normas CCP- 2014 y la NSR-2010; a pesar de que una de las excepciones de aplicación de estas es el diseño y construcción de muelles y estructuras hidráulicas.

Esta presunta negligencia se evidencia en los oficios CONCEP, II-757-021-18 y CONCEP, II-757-040-19; donde se observa que el interventor solicitó el cumplimiento de las normas CCP-2014 y la NSR-2010, así:

CONCEP, II-757-021-18

"Estudio Geotécnico CIM029AGO18, adelantado por la empresa INCOSUELOS, Ingenieros Civiles S.A.S.:

-El informe se basa en los resultados de cuatro (4) perforaciones de 20.0m de profundidad ubicados en tierra, en el trasdós del muelle existente. Únicamente el sondeo S04 se ubica en la zona de intervención proyectada, objeto del presente contrato.

De esta forma y con base en lo establecido en la NORMA COLOMBIANA DE DISEÑOS DE PUENTES -CCP-14, capítulo 10-4-2- Exploración del suelo, se considera insuficiente el trabajo de campo realizado.

- Se aclara que, según se establece en el capítulo mencionado, los sondeos deberán disponerse de manera alternada al frente y detrás del muro. Por lo que deberá considerarse la ejecución de sondeos en agua que permita obtener información geotécnica tanto para la pantalla de pilotes interior como la exterior.

(…)

Dentro de los planos recibidos para la revisión estructural se encontró que se debe consignar la información solicitada por la NSR-10 de acuerdo con el numeral mencionado anteriormente, tal como grado de disipación de energía, cargas sobrepuestas para el diseño y grupo de uso.

CONCEP, II-757-040-19

"2. OBSERVACIONES AL DISEÑO ESTRUCTURAL.

En el plano P-03 de despiece de vigas encontradas la viga A, donde los estribos están espaciados a cada 25 cm y la estructura está diseñada sísmicamente para una capacidad de Disipación de energía

Moderada (DMO), y de acuerdo a la norma NSR-10 los estribos deben tener un espaciamiento máximo de 23.26 cm.

Esta actuación por parte del interventor presuntamente vulneraba la cláusula 1.1. del contrato 0-245-2018, 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.”*

A su vez, presuntamente se violó la cláusula 2.1 que dice: Obligaciones del Interventor. Se tiene que el contratista *“Además de las obligaciones previstas en este Contrato y en la propuesta, las contenidas en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta, o aquellas otras que deban ser cumplidas de conformidad con la normativa aplicable, el INTERVENTOR se obliga a:*

(...)

d) Cumplir con las actividades y procedimiento de Interventoría, establecidos en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta para contratar la Interventoría.

g) Verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista de obra, contenidas en el contrato, anexos y en sus Apéndices y en los planes, programas y manuales presentados por el contratista.

También presuntamente se incumplieron las obligaciones del interventor relacionadas con las funciones administrativas señaladas en el Anexo Técnico en el punto 6.3.1:

“6.3.1 FUNCIONES ADMINISTRATIVAS

El Interventor deberá realizar los procesos y actividades para la coordinación de la gestión administrativa en desarrollo de la ejecución del Contrato de la obra y del Contrato de Interventoría, de tal forma que se dé la interacción con el contratista y/o con el CORMAGDALENA. Lo anterior implica el establecimiento de un sistema de coordinación y comunicación eficiente con estas contrapartes incluyendo la entrega y archivo de información de forma oportuna y organizada, la digitalización de correspondencia y documentación del proyecto, la recepción y verificación de informes, entre otros.

(...)

3. Conocer las normas, especificaciones, permisos, trámites, licencias, resoluciones y demás requisitos que debe adelantar el contratista y que sean indispensables para el desarrollo normal del contrato.

3.4. NO SE EXIGIÓ AL CONTRATISTA DE OBRA LA CANTIDAD SUFICIENTE DE ENSAYOS DE CALIDAD DE LOS CONCRETOS USADOS EN LA OBRA.

Respecto de este hecho, se indicó en el informe de incumplimiento que dentro del informe final presentado por el interventor en julio de 2019, en el anexo 1.11 denominado “Resultado ensayos de laboratorios” se encuentra la evidencia de la rotura de ocho (8) ensayos de comprensión a la ruptura de muestras de concreto; de las cuales seis (6) de ellas corresponden a pruebas de resistencia a los ocho (8) días y dos (2) de ellas a pruebas de resistencia a los siete (7) días de fundido el concreto.

Que, en desarrollo del contrato de obra supervisado por la interventoría, fueron fundidos y aprobados por la interventoría treinta y dos puntos cincuenta y seis metros cúbicos de concreto (32,56 M3) durante la ejecución del contrato. Es decir, se ejecutaron pruebas de concreto cada 5,42 metros cúbicos de concreto fundido.

Teniendo en cuenta que los volúmenes de concreto fundido corresponden a vigas y plaquetas prefabricadas y concreto de relleno para pilotes con bajos volúmenes de concreto y realizados en diferentes fundidas, el subdirector considera que las muestras tomadas no son suficientes para establecer la calidad de los concretos fundidos y aceptados por la interventoría. Lo anterior, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones de la norma NSR-10 aplicable a los ensayos; en lo relacionado a la evaluación y aceptación del concreto, relacionadas con la frecuencia en los ensayos; las cuales se regulan en la norma NSR-10 C.5.6.2, así:

“C.5.6.2 — Frecuencia de los ensayos

C.5.6.2.1 — Las muestras (véase C.5.6.2.4) para los ensayos de resistencia de cada clase de concreto colocado cada día deben tomarse no menos de una vez al día, ni menos de una vez por cada 40 m3 de concreto, ni menos de una vez por cada 200 m2 de superficie de losas o muros. De igual manera, como mínimo, debe tomarse una muestra por cada 50 tandas de mezclado de cada clase de concreto.

C.5.6.2.2 — Cuando en un proyecto dado el volumen total de concreto sea tal que la frecuencia de ensayos requerida por C.5.6.2.1 proporcione menos de cinco ensayos de resistencia para cada clase dada de concreto, los ensayos deben hacerse por lo menos en cinco tandas de mezclado seleccionadas al azar, o en cada tanda cuando se empleen menos de cinco.

C.5.6.2.3 — Cuando la cantidad total de una clase dada de concreto sea menor que 10 m3, no se requieren ensayos de resistencia cuando la evidencia de que la resistencia es satisfactoria sea aprobada por el Supervisor Técnico.

C.5.6.2.4 — Un ensayo de resistencia debe ser el promedio de las resistencias de al menos dos probetas de 150 por 300 mm o de al menos tres probetas de 100 por 200 mm, preparadas de la misma muestra de concreto y ensayadas a 28 días o a la edad de ensayo establecida para la determinación de $c'f_c$.”

Del anterior hecho, se evidencia una presunta deficiencia en el control realizado por el interventor, sobre la calidad de los materiales utilizados por el contratista de obra. Además, que en los costos presentados por la interventoría en el ítem que corresponde a ensayos de laboratorio, se observó que durante el desarrollo del contrato se facturaron tres millones seiscientos mil pesos (\$3.600.000) sin incluir IVA; costos que no corresponden a las pruebas y ensayos de laboratorio presentados en los informes de interventoría. Ya que de conformidad con las formas de pago dispuestas en la cláusula 1.4 del contrato de interventoría se debía pagar el reembolso contra factura de los costos directos ocasionados y aprobados por el supervisor del contrato.

A pesar de ello, el 15 de mayo de 2019 a través de Acta de Avance de Obra No 03 de la misma fecha; el interventor certificó la calidad de los concretos empleados en obra. Pero al ser revisados por el nuevo supervisor del contrato, se evidenció que omitió solicitar al contratista de obra la cantidad suficiente de ensayos de calidad de los concretos utilizados en obra (Ítem 27 y 28 del presupuesto).

Estos hechos, presuntamente vulneraban la cláusula 2.1 que dice: Obligaciones del Interventor. Se tiene que el contratista *“Además de las obligaciones previstas en este Contrato y en la propuesta, las contenidas en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta, o aquellas otras que deban ser cumplidas de conformidad con la normativa aplicable, el INTERVENTOR se obliga a:*

(...)

d) Cumplir con las actividades y procedimiento de Interventoría, establecidos en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta para contratar la Interventoría.

g) Verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista de obra, contenidas en el contrato, anexos y en sus Apéndices y en los planes, programas y manuales presentados por el contratista.”

También presuntamente se vulnerarían las cláusulas del Anexo técnico, relacionadas con las funciones técnicas del interventor y las obligaciones generales, que rezan:

ANEXO TÉCNICO.

6.3.2 FUNCIONES TÉCNICAS *“El Interventor realizará los procesos y actividades relacionadas con la medición, pruebas, evaluación y verificación de procedimientos, intervenciones y desempeño del Contratista en el área técnica de tal forma que se garantice el cumplimiento de las especificaciones técnicas y la ejecución de las obras*

(...)

10. Exigir al contratista la realización de los ensayos de laboratorio o pruebas de campo de los equipos, materiales, bienes, insumos y productos, con el propósito de verificar el cumplimiento de las normas y especificaciones de la Corporación.

9.2. OBLIGACIONES GENERALES

“(...)

17: “Requerir al contratista cuando se evidencie mora en los plazos previstos para la presentación de informes, trabajos u obras, o deficiencias en el cumplimiento de las especificaciones técnicas de los bienes, obras o servicios contratados.

(...)

20: Verificar el cumplimiento de requisitos legales y contractuales pactados para aprobar los informes periódicos e impartir su visto bueno.

(...)

22 En general, verificar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones pactadas

(...)

24 Hacer seguimiento integral del contrato de obra.”

3.5. NO REGISTRO DE PRUEBAS Y CONTROLES AL PROCESO DE CALIDAD A LA PINTURA DE LAS TUBERÍAS UTILIZADAS PARA LOS PILOTES

En virtud al informe de incumplimiento remitido por la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación, se tiene que al revisar las actas de obra presentadas por el contratista y aprobadas por la interventoría, se evidenció la aceptación para pago del ítem No 19 “pintura de tuberías de pilotes de 500 mm (20”) primer y acabado color verde”. Que mediante el acta de avance No.

1 de fecha 11 de diciembre de 2018 se facturaron 1042,06 metros cuadrados del ítem No 19 y mediante el acta de avance No. 3 se aceptaron para pago 171, 584 metros cuadrados del ítem No 19 para un total aprobado por la interventoría de 1213 metros cuadrados del ítem 198.

Sin embargo, dentro de los informes presentados por el contratista no se encontró el registro de pruebas o controles al proceso de calidad a la pintura de las tuberías utilizadas para los pilotes; no existen pruebas de espesores, no existe registro de las certificaciones de calidad del fabricante de las pinturas. Tampoco se observó que se haya efectuado control a los procesos de mezcla de las pinturas emitidas por los fabricantes, la verificación del tiempo transcurrido entre el *sandblasting* y la aplicación de la pintura primer.

Sumado a lo expuesto, la Subdirección tampoco observó que el acabado de los pilotes sea uniforme; ya que existen diferentes tonos y colores en el acabado final de los mismos.

En ese entendido, al no haber control de la calidad de la pintura primer y del acabado de pintura de la tubería; no es posible determinar la calidad de los pilotes y su posible oxidación o degradación, lo cual podría reducir la calidad de las obras ejecutadas.

A juicio del supervisor del contrato, las normas presuntamente vulneradas por la situación planteadas son:

ANEXO TÉCNICO.

6.3.2 FUNCIONES TÉCNICAS "El Interventor realizará los procesos y actividades relacionadas con la medición, pruebas, evaluación y verificación de procedimientos, intervenciones y desempeño del Contratista en el área técnica de tal forma que se garantice el cumplimiento de las especificaciones técnicas y la ejecución de las obras.

9.2. OBLIGACIONES GENERALES

"(...)

20: Verificar el cumplimiento de requisitos legales y contractuales pactados para aprobar los informes periódicos e impartir su visto bueno.

(...)

22 En general, verificar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones pactadas

(...)

24 Hacer seguimiento integral del contrato de obra."

3.6. NO EJECUCIÓN DE PRUEBAS DE CONTROL DE CALIDAD EN LA SOLDADURA DE TUBOS DE METÁLICOS QUE CONFORMAN LOS PILOTES.

En el informe de incumplimiento remitido por la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación se indicó que, de conformidad con lo establecido en el acta final de interventoría, el CONCEP S.A.S aprobó el pago del ítem 11 del contrato *"Suministro e hincado de pilotes mecanicon 500 mm (20"), e=1/2", ASTM- A-53"* la cantidad de 301,65 metros lineales de un total contratado de 924 metros lineales. Teniendo en cuenta que los pilotes tienen entre 18 y 22 mts lineales de profundidad y que la tubería de 500 mm tiene una longitud máxima de 12 mts, se

hizo necesario la soldadura de tramos de tubería para alcanzar la longitud solicitada. Al hacer revisión de los documentos presentados por la interventoría en los diferentes informes, la subdirección no encontró evidencia de la ejecución de pruebas de control de calidad en la soldadura de los tubos metálicos que conforman los pilotes.

Esta presunta omisión comporta un presunto incumplimiento de las obligaciones del interventor, ya que la unión soldada de los diferentes tramos de los pilotes es fundamental para asegurar la uniformidad de resistencia de los pilotes y sin las pruebas adecuadas no existe certeza de las características y calidad de los pilotes hincados. Al no haber control de calidad de la soldadura realizada a la tubería, no se asegura la calidad de los pilotes y si su resistencia integral cumpliría las solicitudes de carga vertical y/o horizontal tomadas como referencia por parte del calculista en el diseño de la obra. Lo anterior podría reducir la calidad de las obras ejecutadas y aceptadas por la interventoría.

Lo descrito comporta un presunto incumplimiento de la cláusula 2.1 que consagra dice: Obligaciones del Interventor. Se tiene que el contratista *“Además de las obligaciones previstas en este Contrato y en la propuesta, las contenidas en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta, o aquellas otras que deban ser cumplidas de conformidad con la normativa aplicable, el INTERVENTOR se obliga a:*

(...)

d) Cumplir con las actividades y procedimiento de Interventoría, establecidos en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta para contratar la Interventoría.

También comporta una presunta vulneración de las siguientes cláusulas del anexo técnico:

ANEXO TÉCNICO.

6.3.2 FUNCIONES TÉCNICAS *“El Interventor realizará los procesos y actividades relacionadas con la medición, pruebas, evaluación y verificación de procedimientos, intervenciones y desempeño del Contratista en el área técnica de tal forma que se garantice el cumplimiento de las especificaciones técnicas y la ejecución de las obras.*

9.2. OBLIGACIONES GENERALES

“(...)

20: Verificar el cumplimiento de requisitos legales y contractuales pactados para aprobar los informes periódicos e impartir su visto bueno.

(...)

22 En general, verificar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones pactadas

(...)

24 Hacer seguimiento integral del contrato de obra.”

3.7. NO REALIZÓ UN CONTROL PERMANENTE DE LA OBRA.

De conformidad con el informe presentado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, denominado “ASESORÍA TÉCNICA EN LAS OBRAS DE CONTENCIÓN Y RECUPERACIÓN DE ORILLAS DE LA TERMINAL FLUVIAL DE YUMA” en el que se señalan irregularidades en el proceso constructivo; situación que demuestra una presunta falta absoluta de control por parte de la interventoría; ya que no existió un control permanente por parte de la interventoría. Tampoco se evidencia la revisión previa a la fundida por parte de la interventoría ni que se haya revisado la formaletería, sus dimensiones y su apuntalamiento e integridad.

Por esa falta de control, resulta evidente que las dimensiones de las vigas y su contractibilidad no son consecuentes con las presentadas en los planos de diseño y al no haber control de calidad de las dimensiones de las vigas prefabricadas, no se asegura la calidad de las vigas y no se tiene certeza de su resistencia integral ni se puede saber si estas cumplirían las solicitudes de carga vertical y/o horizontal asumidas por parte del calculista, en el diseño de la obra.

A pesar de lo hallado, las vigas de la obra fueron avaladas para pago por parte de la interventoría; sin que se hubiera hecho ningún tipo de reparo respecto a sus dimensiones y calidad, faltando a sus obligaciones.

La falta de un control permanente en la obra también queda en evidencia en la no aprobación de los estudios y diseños de la obra, y tampoco informó a Cormagdalena sobre estas circunstancias ni las implicaciones que esto acarrearía.

Otro hecho que reafirma este presunto incumplimiento consiste en que en el informe final que presentó el interventor se reconoce que la inversión realizada en obra se puede perder ya que no cuenta con diseños avalados por el profesional competente; lo que traería consigo la pérdida de la inversión efectuada en el contrato de interventoría.

Los hechos expuestos, presuntamente vulneran la cláusula 2.1 que establece: Obligaciones del Interventor. Se tiene que el contratista *“Además de las obligaciones previstas en este Contrato y en la propuesta, las contenidas en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta, o aquellas otras que deban ser cumplidas de conformidad con la normativa aplicable, el INTERVENTOR se obliga a: (...)*

d) Cumplir con las actividades y procedimiento de Interventoría, establecidos en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta para contratar la Interventoría.

g) Verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista de obra, contenidas en el contrato, anexos y en sus Apéndices y en los planes, programas y manuales presentados por el contratista.”

También presuntamente se vulneran las cláusulas del Anexo técnico, relacionadas con las funciones técnicas del interventor y las obligaciones generales, que señalan:

ANEXO TÉCNICO.

6.3.2 FUNCIONES TÉCNICAS "El Interventor realizará los procesos y actividades relacionadas con la medición, pruebas, evaluación y verificación de procedimientos, intervenciones y desempeño del Contratista en el área técnica de tal forma que se garantice el cumplimiento de las especificaciones técnicas y la ejecución de las obras

(...)

10. Exigir al contratista la realización de los ensayos de laboratorio o pruebas de campo de los equipos, materiales, bienes, insumos y productos, con el propósito de verificar el cumplimiento de las normas y especificaciones de la Corporación.

9.2. OBLIGACIONES GENERALES

"(...)

2. Vigilar la inversión de los recursos públicos y controlar que la misma sea eficiente y transparente.

3. Garantizar que la ejecución del objeto contractual se someta a los plazos, términos, especificaciones, calidades y condiciones previstas o exigidas en el contrato y en los documentos del mismo.

(...)

20: Verificar el cumplimiento de requisitos legales y contractuales pactados para aprobar los informes periódicos e impartir su visto bueno.

(...)

22 En general, verificar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones pactadas

(...)

24 acer (sic) seguimiento integral del contrato de obra."

3.8. NO HIZO UN CORRECTO USO DE LOS RECURSOS DE LA INTERVENTORÍA

Tal como se expuso en los hechos, la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación pone de presente que CONCEP S.A.S presuntamente realizó una mala utilización de los recursos con los que contaba la interventoría; toda vez que en el informe remitido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros se indicó que la ubicación final del cabezal de 10 de los pilotes hincados no está acorde con la presentada en los planos de diseño, situación que presuntamente no fue identificada por el interventor; a pesar de contar con una comisión de topografía permanente en la obra y que se facturó por ese ítem \$38.800.000 divididos en 7 actas parciales.

Los hechos expuestos, presuntamente vulneran la cláusula 2.1 que consagra: Obligaciones del Interventor. Se tiene que el contratista "Además de las obligaciones previstas en este Contrato y en la propuesta, las contenidas en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta, o aquellas otras que deban ser cumplidas de conformidad con la normativa aplicable, el INTERVENTOR se obliga a:

(...)

d) Cumplir con las actividades y procedimiento de Interventoría, establecidos en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta para contratar la Interventoría.

g) *Verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista de obra, contenidas en el contrato, anexos y en sus Apéndices y en los planes, programas y manuales presentados por el contratista."*

También presuntamente se vulneran las cláusulas del Anexo técnico, relacionadas con las funciones técnicas del interventor y las obligaciones generales, que establecen:

ANEXO TÉCNICO.

6.3.2 FUNCIONES TÉCNICAS *"El Interventor realizará los procesos y actividades relacionadas con la medición, pruebas, evaluación y verificación de procedimientos, intervenciones y desempeño del Contratista en el área técnica de tal forma que se garantice el cumplimiento de las especificaciones técnicas y la ejecución de las obras*

(...)

10. Exigir al contratista la realización de los ensayos de laboratorio o pruebas de campo de los equipos, materiales, bienes, insumos y productos, con el propósito de verificar el cumplimiento de las normas y especificaciones de la Corporación.

9.2. OBLIGACIONES GENERALES

"(...)

20: Verificar el cumplimiento de requisitos legales y contractuales pactados para aprobar los informes periódicos e impartir su visto bueno.

(...)

22 En general, verificar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones pactadas

(...)

24 Hacer seguimiento integral del contrato de obra."

4. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA.

La audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 inició el 11 de noviembre de 2020 y se desarrolló en las sesiones que se relacionan a continuación.

4.1. AUDIENCIA 12 DE NOVIEMBRE DE 2020.

El día 12 de noviembre de 2020 se instaló la audiencia por el presunto incumplimiento de las obligaciones para afectar cláusula penal del contrato de interventoría No. 245 de 2018 suscrito entre Cormagdalena y la Sociedad Construcciones Civiles, Estudios y Proyectos S.A.S. CONCEP S.A.S.

Tras comprobar la personería jurídica de los asistentes, se procedió a informar a los convocados que el trámite de la audiencia sería el establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

La audiencia fue presidida por la jefe de la Oficina Asesora Jurídica y se contó con la asistencia del personal de la Oficina Asesora Jurídica, la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación, el personal de la Sociedad Construcciones Civiles Estudios y Proyectos S.A.S. – CONCEP S.A.S. así como su apoderado, y el apoderado de la Aseguradora Solidaria.

Previo a la presentación de los descargos el apoderado de Construcciones Civiles Estudios y Proyectos S.A.S. – CONCEP S.A.S. presentó recusación contra la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, de conformidad con las causales señaladas en los numerales 1, 2 y 11 del artículo 11 de la Ley 1437.

Esta recusación fue complementada mediante comunicación con radicado 202002006084 de 12 de diciembre de 2020, en el que indicó:

“1. Dentro del proceso de liquidación bilateral que se intentó en abril de 2020, la Dra. DEISY GALVIS QUINTERO suscribió el Acta de Liquidación junto con otros funcionarios, quedando únicamente por suscribir el contrato el director de la entidad.

Dentro de los argumentos que se plantearan (sic) en los descargos se encuentran los relacionados con los motivos que llevaron a los funcionarios a expresar su consentimiento en suscribir acta de liquidación del contrato, y a su vez deberán ser estos funcionarios interrogados como testigos de los hechos contractuales.

2. En la audiencia del 04 de julio de 2019, dentro del procedimiento que se adelantó en contra del contratista de obra COMPAÑÍA DE EQUIPOS PESADOS S.A - COMEPSA, el suscrito en condición de apoderado especial de la Interventoría, intentó dejar constancia sobre una solicitud hecha a la interventoría, si (sic) embargo la Dra. DEISY GALVIS QUINTERO no permitió la intervención ya que consideró que no era el escenario adecuado para ello, no permitió finalizar la intervención, dando por terminada la audiencia y cortando las comunicaciones entre los asistentes.

Las anteriores afirmaciones reposan en el video de la mencionada audiencia que está en poder de Cormagdalena.

3. En la audiencia del 17 de julio de 2019, como continuación de la diligencia en contra de la COMPAÑÍA DE EQUIPOS PESADOS S.A - COMEPSA, la Dra. DEISY GALVIS QUINTERO decreto (sic) una prueba pericial y formuló las preguntas que debían ser resueltas por el perito. El suscrito en calidad de apoderado especial de la interventoría, solicitó la palabra para presentar una objeción frente a lo señalado por la Dra. DEISY GALVIS QUINTERO, puntualmente, en lo relativo a las preguntas formuladas que estaban encaminadas a estudiar el desempeño de la interventora y no del contratista, quien era el sujeto pasivo del procedimiento administrativo, a lo cual la Dra. DEISY GALVIS QUINTERO expresó que la interventoría no era parte del proceso y no podía oponerse o pronunciarse sobre la prueba, dado por terminada la diligencia y abandonando la mesa, expresando antes de concluir que se respetara al despacho y que “siempre las audiencias que se llevan a cabo con usted terminan en lo mismo”, a pesar de que en la misma no se actuó nunca de forma irrespetuosa.

De esta situación se dejó constancia a través de carta enviada el 17 de julio de 2019 en donde se dejó constancia de los hechos, y en posteriores cartas del 23 de julio en donde se solicitó información sobre el desarrollo de alguna diligencia en la que no hubiese sido invitado el interventor y que fue llevada a cabo precisamente con el fin de posicionar al perito. Igualmente, los mismos reposan en los videos que están en posesión de Cormagdalena.

4. En conversación desarrollada por vía telefónica el día 9 de abril de 2019 a las 11:00 am, en que participó la Dra. DEISY GALVIS QUINTERO, el Ingeniero Andrés López Cualla, miembros del equipo de Cormagdalena y el suscrito, con el fin de discutir la situación de suspensión del contrato y el hecho de que no se habían prorrogado las pólizas, se generó una fuerte discusión que concluyó con la afirmación

de la recusada en la que expresó: “Además...parece más una interpretación desde el punto de vista del constructor que del interventor que me extraña bastante” a lo cual se interpelló solicitando que se explicara a qué se refería con esa afirmaciones, a lo que respondió “pues yo estoy escuchando es más una defensa del contratista que una posición de la interventoría”. Sobre este particular, solicitamos un pronunciamiento de la recusada, en el sentido de expresar si ocurrieron en esa forma y el sentido que tuvieron esas afirmaciones. Que en consecuencia de lo anterior, el apoderado insistió en que se configuran las causales contenidas en los numerales 1, 2 y 11, del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que la Dra. Galvis Quintero en el curso del proceso, revisará su propia actuación desplegada en punto de la liquidación del contrato, poniendo en riesgo la imparcialidad, puesto que además realizó manifestaciones respecto de la interventoría del contrato en la conversación del 9 de abril de 2019, manifestando su concepto sobre estos aspectos.”

Dada la solicitud presentada se suspendió la audiencia.

Mediante radicado 202001002346 la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica remitió el escrito de recusación al Director de Cormagdalena, así como las razones por las cuales no aceptó el escrito de recusación; pues no le asistía ningún interés particular en las resultados del proceso ni situaciones que puedan alterar su juicio o afectar la imparcialidad; toda vez que los procedimientos adelantados con anterioridad se refieren a hechos e implicados diferentes, y se desplegaron con base en las funciones que le asisten en su condición de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.

El 3 de diciembre de 2020, el Director Ejecutivo resolvió la recusación presentada a través de la Resolución 000336 de 2020; en dicha resolución se tuvieron las siguientes consideraciones:

“Que en consecuencia, se entiende claro que esta causal invocada es objetiva, pues se concreta en circunstancias de hecho que comprobablemente puedan incidir en la esfera subjetiva del funcionario para tomar la decisión, que se refiera a aspectos personales de quien debe tomar la decisión. En el presente caso, los argumentos y pruebas que se aportaron por el recusante se refieren a la intervención que tuvo la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica en el trámite de los contratos, tanto de obra como de interventoría, y en el proceso administrativo sancionatorio iniciado en contra del contratista de obra, hechos que no se refieren a situaciones personales o particulares que puedan alterar el fuero interno de la Dra. Galvis.

Que así las cosas, tal como lo declara la funcionaria recusada, no se encuentra probada ninguna circunstancia que en efecto demuestre que el efecto de la decisión va a incidir en aspectos personales de la Dra. Galvis o de alguno de los miembros de su familia, por lo que no se tiene por configurada esta causal ni la razón por la que debe ser separada del conocimiento del asunto.

Que en relación con la causal contenida en el numeral 2º del artículo 11 invocados, referida a haber conocido del asunto en oportunidad anterior, se tiene claro que el proceso administrativo sancionatorio en cuestión, se inició con la convocatoria a la audiencia que se celebró el día 12 de noviembre de 2020, lo cual implica que hasta ahora se inició el asunto y no ha habido intervenciones anteriores por parte de la Dra. Galvis. También, se tiene claro que las funciones que en materia contractual desempeña la Oficina Asesora Jurídica con ocasión de las cuales se revisa la legalidad de los actos contractuales, no pueden considerarse actos de seguimiento y control del cumplimiento del contrato equivalentes a la supervisión del mismo, ni actos tendientes al cumplimiento del objeto contractual, que en este caso le correspondían a la Subdirección de Navegabilidad, con lo cual, no puede afirmarse que conoció de antemano o intervino

en los hechos del contrato, pues tampoco fue de su propia iniciativa que se inició el procedimiento sancionatorio.

Que además de lo anterior, aun cuando se hubiera intervenido en el trámite de las etapas contractuales, la naturaleza del asunto no corresponde con la naturaleza del proceso administrativo sancionatorio, con lo cual no se trata de lo mismo, ni puede predicarse la existencia de un conocimiento previo del proceso sancionatorio, que podría dar lugar a la causal invocada, con lo cual esta tampoco se encuentra probada. Que respecto del numeral 11 Ibidem, se tiene que las actuaciones relacionadas, como el proyecto de acta de liquidación del contrato, y el proceso administrativo sancionatorio adelantado en contra del contratista de obra, que se desarrollaron por parte de la Dra. Deisy Galvis son propias de las funciones y actividades que debe desarrollar la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica para el funcionamiento de la Entidad y ninguna escapa a su fuero funcional. Según la Resolución No. 000420 de 2016 “Por medio de la cual se actualiza el Manual de Funciones y Requisitos de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, dentro de las funciones del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica se encuentran:

“5. Revisar y conceptuar sobre los actos administrativos que sean sometidos a su consideración por el Director de la Corporación o por las dependencias de la misma y preparar los proyectos de los actos administrativos que le sean solicitados.

(...)

14. Revisar, conceptuar y custodiar los contratos y convenios que en desarrollo del objeto de la corporación se suscriban.

(...)

16. Responder por el cumplimiento de todos y cada uno de los requerimientos y formalidades legales que determine el Régimen de contratación en la celebración de contratos y convenios. En consecuencia, se entiende claro que dado que el pluricitado numeral 11, establece en su tenor literal para que se configure el impedimento el consejo o concepto debe haberse dado por fuera de la actuación administrativa, no hay lugar a afirmar la existencia del supuesto fáctico que consagra la norma, pues todos se cumplieron en el marco de sus funciones.”

Que de lo reseñado y el análisis de los argumentos y documentos aportados por el recusante, no se encontraron elementos de prueba que permitan afirmar la configuración de ninguna de las causales alegadas, con lo cual no existe motivo para separar del conocimiento de la actuación a la Dra. Deisy Galvis Quintero y se negará la recusación alegada.”

4.2. SESIÓN DEL 10 DE DICIEMBRE DE 2020

Mediante esta sesión, se notificó la Resolución 000336 de 2020, por medio de la cual se resolvió:

“RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR infundada la recusación formulada por el apoderado de CONSTRUCCIONES CIVILES ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S. -CONCEP S.A.S., contra la jefe de la Oficina Asesora Jurídica, Dra. DEISY GALVIS QUINTERO, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa del presente.

ARTÍCULO SEGUNDO: DEVOLVER el expediente a la Oficina Asesora Jurídica, a fin de que continúe con el trámite administrativo.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR en estrados el contenido de la presente decisión al apoderado de CONSTRUCCIONES CIVILES ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S. – CONCEP S.A.S. y a los demás interesados, de conformidad con lo establecido en el artículo 67 del CPACA.

ARTÍCULO CUARTO: INFORMAR que contra la presente decisión no procede recurso alguno.”

La anterior resolución también fue notificada por correo electrónico.

En esta audiencia, el apoderado de CONCEP S.A.S. solicitó la intervención de la Procuraduría General de la Nación para que velara por los derechos fundamentales de su representado.

En virtud de la solicitud del apoderado, mediante radicado 202003002993 del 10 de diciembre de 2020 la Oficina Asesora Jurídica solicitó el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación.

4.3. SESIÓN DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2020

Una vez se dieron a conocer los hechos que motivaron el inicio de la audiencia por presunto incumplimiento, las normas y cláusulas posiblemente violadas, así como las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica dio la palabra a las partes para que presentaran sus descargos:

El primero en presentar los descargos fue el apoderado de CONSTRUCCIONES CIVILES ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S. - CONCEP S.A.S, mencionando que previo a presentar los descargos requería indicar que el contrato objeto del procedimiento administrativo sancionatorio inició como producto de la declaratoria de urgencia manifiesta; por ello, no se podía contar con los requisitos de planeación requeridos en los contratos estatales en condiciones normales.

Seguidamente manifestó que el cambio de supervisor del contrato 0245 de 2019 infringió el Manual de Contratación de Cormagdalena, norma que no permite el cambio de supervisor una vez haya finalizado el contrato.

En el mismo sentido, aseveró que la obra objeto de la interventoría obedecían a unas obras de contención y no a la construcción de una terminal fluvial.

Seguidamente se pronunció sobre cada uno de los cargos, los cuales también allegó por medio del correo electrónico en doscientas (200) páginas más ocho (8) carpetas contentivas de informes semanales, informes diarios, informes mensuales de interventoría, hoja de vida soldadores, acta de comité, comunicaciones internas de Cormagdalena, correspondencia y actas de contrato.

Por su parte la aseguradora presentó sus descargos así:

“Manifiesto que coadyuvo en su integridad los argumentos expuestos por el Doctor CARLOS MENDOZA PUCCINI en su condición de apoderado de la firma CONCEP S.A., argumentos que de manera clara y a nuestro

juicio contundente, desvirtúan cada uno de los ocho presuntos incumplimientos que se le imputan a la interventoría; de una manera técnica y jurídica claramente expuesta.

Ahora bien, a nombre de Aseguradora solidaria Colombia queremos argumentar la falta de competencia que le asiste a la entidad para adelantar el presente procedimiento administrativo de carácter sancionatorio; toda vez que es claro que a las entidades estatales les asiste una competencia temporal con respecto al ejercicio de sus facultades excepcionales y más concretamente con él con respecto al ejercicio de las facultades de tipo sancionatorio.

De esta manera se ha establecido un término para que las entidades puedan declarar el incumplimiento de las obligaciones por parte de los contratistas así como tan pendiente declarar la caducidad de los contratos y también pues un término claramente definido para la imposición de sanción.

En ese sentido por parte del Consejo de Estado a través de Sentencia del 13 de septiembre de 1999 en el expediente 10264 se precisó hasta cuándo puede la administración hacer uso de dichas facultades de gestionar a continuación hago lectura de una parte de la parte jurisprudencia que nos corresponde:

“la Sala retoma y reitera la doctrina sentada en la sentencia del 29 de enero de 1998 expediente 3615 en cuanto rectificó la tesis anterior sobre el término para el ejercicio de las potestades excepcionales en la actividad contractual y sostuvo que la administración podrá declarar el incumplimiento después de vencido el plazo contractual y antes de la liquidación del contrato”

De esta manera. el análisis que la entidad efectúe sobre el incumplimiento de las obligaciones del contratista, así como la necesidad de implementar medidas correctivas como serían las del tipo sancionatorios, es válido que se adelante durante el plazo de ejecución del contrato pero no lo es con posterioridad al acto de liquidación o al término establecido para la liquidación del contrato momento en el cual la administración ya queda despojada sus facultades sancionatorias y en su lugar de entrada adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio para declarar un incumplimiento esta facultad atribuida al juez natural del contrato.

Pues bien, en el presente caso tenemos que por parte de la administración y del contratista se ha suscrito acta de recibo final de la interventoría, en donde uno de los acuerdos que se ha alcanzado es el de iniciar el proceso de liquidación del contrato de interventoría. Con base en dicha acta se ha solicitado a la aseguradora solidaria de Colombia la modificación de la garantía otorgada; es decir de la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales número 320-74-994000010183, en donde se hace expresa referencia al acta de recibo final del contrato de interventoría del 11 de junio de 2019 y con posterioridad a la suscripción de dicha acta y por parte de los protagonistas en la ejecución de este contrato interventoría se suscribió acta de liquidación o acta de formato de liquidación, el cual no puede ser desconocido por parte de la entidad toda vez que comí muy bien lo señaló en su exposición el Doctor Carlos Mendoza oficina está está no solamente inscrita en señal de aceptación por parte del representante legal de la firma concept sino también por parte de la contabilidad de la entidad por la oficina jurídica de la entidad y por parte del Supervisor del contrato de interventoría es decir el contenido del acta de liquidación ha sido avalado por los protagonistas por los y por las partes que directamente intervienen en la recepción del contrato interventoría.

De esta forma a juicio de la compañía aseguradora en este momento la entidad Cormagdalena no cuenta con la competencia necesaria la competencia funcional necesaria para adelantar el proceso administrativo sancionatorio en contra de concept.

De esta manera, respetuosamente solicitamos que se ve aplicaciones a la literal del artículo 86 de la Ley 1474 en el sentido de Ordenar el archivo del presente procedimiento administrativo sancionatorio; ya sea por los argumentos expuestos por el señor apoderado de la firma contratista, que desvirtúan cada uno de las imputaciones de incumplimiento o ya sea por la falta de competencia la entidad para continuar adelante el presente proceso administrativo sancionatorio.

En este sentido muy respetuosamente doctora Deisy presentó los argumentos a nombre de Aseguradora Solidaria Colombia.”

4.4. SESIÓN DEL 22 DE DICIEMBRE DE 2020

En esta sesión se dio apertura al periodo probatorio dentro del procedimiento administrativo sancionatorio. En ese entendido se decretaron los testimonios de los señores ANDRÉS LÓPEZ CUALLA en su calidad de Director de Interventoría, ARMANDO BALZA DE ÁVILA en su condición de Especialista Estructural de la Interventoría, MARTHA MORALES GUEVARA, en su condición de Especialista en Geotécnica de la Interventoría, FEDOR BASTIDAS FLÓREZ en su condición de Ingeniero Residente de Interventoría y CARLOS BARBOSA en su calidad de Especialista Estructural Del Contratista De Obra.

Respecto a los testimonios de la doctora Deisy Galvis, Jairton Diez, Silvia Ramírez y Leonardo Contreras, se negaron por considerarse que con ellos se buscaba suplir pruebas documentales y que no eran pertinentes, conducentes ni necesarios.

En esta audiencia, también se incorporaron las pruebas documentales presentadas por el apoderado de CONSTRUCCIONES CIVILES ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S. - CONCEP S.A.S. y el apoderado de la Aseguradora Solidaria. Así mismo, se decretó como prueba de oficio la prueba por informe a cargo de la Subdirección de Navegación y Desarrollo Sostenible, en la que se le solicitó:

- 1. “Informar si durante la ejecución del contrato de obra fueron aprobados los estudios y diseños del contrato de obra No 244 de 2018 y si se efectuó el pago relacionado con el cumplimiento de esta obligación; indicando la fecha y el valor consignado.*
- 2. Informar si son ciertas las afirmaciones realizadas por el contratista en el sentido de que Cormagdalena y el Interventor aprobaron los cambios de las condiciones técnicas que debía cumplir la tubería, de conformidad con lo señalado en el contrato; de ser ciertos, allegar los documentos a través de los cuales se autorizó dicho cambio por parte de la interventoría y Cormagdalena.*
- 3. Indicar cuáles normas técnicas podrían aplicarse y exigirse por parte de la interventoría del contrato de obra No. 244 de 2018 para dar cumplimiento al objeto contractual y demás documentos técnicos del contrato.*
- 4. Explicar por qué en el cumplimiento del objeto contractual y demás documentos técnicos del contrato en lo que se refiere a diseño no es aplicable la norma NRS10 y por qué dicha norma sí es exigible para la revisión de la cantidad suficiente de ensayos de calidad de los concretos usados en la obra.*
- 5. Indicar cuál es el respaldo contractual y/o técnico por medio del cual se exige el registro de pruebas o controles al proceso de calidad a la pintura de las tuberías utilizadas para los pilotes, para la prueba de espesores, el registro de las certificaciones de calidad del fabricante de las pinturas; así como el control a los procesos de mezcla de las pinturas emitidas por los fabricantes, la verificación del tiempo transcurrido entre el sandblasting y la aplicación de la pintura primer; los cuales eran exigibles para el contrato de obra No 244 de 2018.”*

Posteriormente, mediante comunicación de 6 de enero de 2021, el doctor Carlos Mendoza Puccini solicitó:

- 1. “Que se analicen los argumentos planteados de fondo, a la luz del Art 41 del CPACA.*
- 2. . Solicitamos se dé trámite a la corrección de las irregularidades que se han anunciado en la diligencia y que se repiten en este documento, los cuales todos constituyen una violación del Derecho Fundamental al debido proceso y a la defensa de la sociedad CONCEP S.A.S.*

3. *Se solicita que se revoque por violar el Art. 275 del C.G.P. constituir una violación al Derecho Fundamental al Debido Proceso de mis poderdantes la solicitud de prueba por informe.*
4. *Solicitamos de forma urgente la comparecencia la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que haga presencia un garante de los Derechos fundamentales de mis poderdantes dentro de la diligencia y que no se continúe el procedimiento hasta que se garantice la presencia de este.”*

La anterior solicitud fue respondida mediante radicado No. 202103000455 del 17 de febrero de 2021.

Por otro lado, mediante radicado 202101000018 del 15 de enero de 2021, la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación presentó la prueba por informe. Dicha respuesta fue remitida a Concep S.A.S. y a Aseguradora Solidaria; frente a la cual se pronunció el contratista el 21 de enero de 2021.

Esta prueba por informe fue trasladada a las partes para su pronunciamiento y dentro del término el apoderado del contratista se pronunció sobre la prueba por informe, los principales puntos fueron:

- 1- *Illegalidad de la prueba decretada de oficio*
- 2- *En primero lugar, debemos hacer referencia al hecho de la que información que se solicita, no es otra cosa que información que reposa en los archivos de la entidad y no debían haber sido sometida a una solicitud especial, sino que la propia entidad debió incluirla dentro del expediente del proceso de declaratoria de incumplimiento. En este sentido, la “solicitud de información” solo tiene sentido en la medida en que la entidad intenta refrendar los argumentos de incumplimiento que el propio SUBDIRECTOR DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y NAVEGACIÓN construyó en el informe de incumplimiento, tomando información parcializada con el objetivo de lograr una imagen distorsionada de la realidad contractual. En la única de las peticiones reales de información que hace la JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURIDICA de CORMAGDALENA, se solicita “informar si durante la ejecución del contrato fueron aprobados los estudios y diseños del contrato” el SUBDIRECTOR DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y NAVEGACIÓN se remite exclusivamente al informe final presentado por la interventoría en dónde se presenta el estado final del proyecto, y demuestra una absoluta falta de rigor o una positiva intención de obviar la información que reposa en los archivos de la entidad, que dan cuenta que durante la ejecución del contrato, la interventoría si aprobó los estudios iniciales. Es necesario resaltar como el SUBDIRECTOR DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y NAVEGACIÓN en el informe hace una cita parcial del documento y su análisis se limita exclusivamente a ese documento, obviando el devenir del contrato con sus diferentes variaciones, que implicaron la ejecución en un término ampliamente superior al proyectado por la entidad inicialmente, y dentro del cual se produjo abundante documentación relacionada con los estudios y diseños, entre ellos, el propio procedimiento sancionatorio adelantado en contra del contratista de obra que concluyó sin sanción y con la afirmación de que el contratista de obra había cumplido su obligación de entrega de los estudios y diseños. Como se indicó, la cita que el informe incluye es parcial y se ajusta exclusivamente a sustentar las afirmaciones del Supervisor del contrato en su informe de incumplimiento y saca de contexto las afirmaciones hechas por la interventoría; dicha cita se refiere al Oficio II-757-062-19 del 5 de abril de 2019, dirigido al Supervisor del Contrato, en el cual la Interventoría da su concepto con respecto a nueva solicitud de prórroga al finalizar el contrato de obra, proveniente del contratista de obra. La cita completa de dicha comunicación es la siguiente: “La Interventoría ha identificado y manifestado en reiteradas ocasiones a Cormagdalena que el incumplimiento por parte del Contratista de obra en la entrega de los estudios*

y diseños de las obras; el incumplimiento en la disposición de los equipos mínimos en el sitio del proyecto así como de los materiales para construcción de las obras diseñadas, aunado con la carencia de un Ingeniero Civil con experiencia que se desempeñe como Director de Obra de tiempo completo, han sido las principales causas del atraso que registra la obra actualmente. En la reunión técnica celebrada el miércoles 3 de abril en las oficinas de la Interventoría, en la cual participaron los Especialistas del Contratista y de la Interventoría, el Contratista se comprometió a remitir el 9 de abril del 2019 los estudios y diseños definitivos de las obras a construir en los cuales se incorporarían todas las observaciones planteadas por la Interventoría.”

Prueba por informe.

4.5. SESIÓN DEL 19 DE FEBRERO DE 2021

En la sesión de audiencia de 19 de febrero de 2020 se recibieron los testimonios de los señores ANDRÉS LÓPEZ CUALLA en su calidad de Director de Interventoría, ARMANDO BALZA DE ÁVILA en su condición de Especialista Estructural de la Interventoría, CARLOS BARBOSA en su calidad de Especialista Estructural Del Contratista De Obra.

Por su parte, el contratista a través de apoderado renunció a la recepción de los testimonios de MARTHA MORALES GUEVARA, en su condición de Especialista en Geotécnica de la Interventoría y FEDOR BASTIDAS FLÓREZ en su condición de Ingeniero Residente de Interventoría.

Respecto de la prueba por informe que fue decretada de oficio por la Oficina Asesora Jurídica, se ordenó su aclaración a cargo la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación, en el sentido de allegar los anexos indicados en la prueba por informe y que no fueron remitidos junto con el informe. La aclaración solicitada se remitió el día 21 de febrero mediante radicado No. 202101000311._

Luego de culminada la audiencia, el apoderado de CONCEP S.A.S. solicitó el decreto de las siguientes pruebas adicionales:

1. Testimonio de Carlos Andrés Quiza: quien actuó como Subdirector de Desarrollo Sostenible y Navegación de Cormagdalena durante el término del desarrollo del contrato, con el fin de que conteste las preguntas relacionadas al objeto del contrato, a su interacción con la interventoría y a las posibles situaciones de incumplimiento que este hubiere evidenciado dentro del procedimiento.
2. Testimonio de Leonardo Contreras Marín: Supervisor del contrato de interventoría durante todo el término de ejecución para que se pronuncie sobre las preguntas relacionadas con el desarrollo del contrato sobre la existencia o no de situaciones incumplimiento que se hubieren verificado por parte de él y las relacionadas con el objeto contractual.
3. Se allegue al expediente el video de la audiencia de rendición de cuentas de 2019.
4. Comparecencia como testigo del supervisor del contrato actual con el fin de que dé respuesta a las preguntas relacionadas con las obras que fueron supervisadas por él en la parte final del contrato cuando ya estaba finalizado el contrato de interventoría.

4.6. SESIÓN DEL 22 DE ABRIL DE 2021

En la sesión de audiencia llevada a cabo el pasado 22 de abril de 2021, la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena se pronunció sobre las pruebas adicionales solicitadas por el apoderado de Concep S.A.S.

En dicha audiencia se decretó la prueba documental solicitada, correspondiente al video de la audiencia de rendición de cuentas de 2019, el cual se anexó al expediente y se remitió vía correo electrónico a los asistentes.

Posteriormente, respecto de la solicitud de decretar nuevos testimonios, esta oficina rechazó la solicitud de testimonios adicionales.

4.7. Sesión del 10 de junio de 2021

1. En la sesión de audiencia de 10 de junio de 2021, la Oficina Asesora Jurídica decretó de oficio la recepción de los testimonios de los ingenieros: Carlos Andrés Quizá Galindo, Jairton Diez Diaz, Darío Daniels Cardozo, Leonardo Contreras; para que se pronuncien sobre los hechos que le consten de la ejecución y supervisión del contrato 245 de 2018.

2. Una vez concluida la audiencia, el apoderado de Concep Soluciones solicitó la comparecencia de la ingeniera Zulma Pardo y del ingeniero Santiago Duarte ambos de la asociación colombiana de ingenieros para qué, en su calidad de firmantes del documento *“Concepto Asesoría Técnica en las obras de contención y recuperación de orillas en la terminal fluvial de yuma”*, respondan preguntas que se le formulen sobre las circunstancias fácticas que no consten el expediente y relacionadas con las circunstancias también de tiempo, modo y lugar en los que fue realizado el concepto que hace parte, que se ha entregado como una prueba documental dentro de este proceso.

3. Mediante radicado 202102002430 de 1 de julio de 2021, el ingeniero Carlos Andrés Quizá manifestó que por motivos laborales no podría asistir a la audiencia citada.

4.8. SESIÓN DEL 7 DE JULIO DE 2021

- a) En la sesión de audiencia de 7 de julio de 2021, la Oficina Asesora Jurídica recepcionó los testimonios de los ingenieros Darío Daniels Cardozo y Leonardo Contreras.
- b) En atención a las justificaciones presentadas por los ingenieros Carlos Quizá y Jairton Diez, se ordenó volver a citarlos para escuchar sus testimonios.
- c) Finalmente, el despacho decretó la prueba testimonial solicitada por el apoderado de Concep, para que los ingenieros Zulma Pardo y Santiago Duarte respondan preguntas que se le formulen sobre las circunstancias fácticas que consten en el expediente y relacionadas con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que fue realizado el concepto *“ASESORÍA TÉCNICA EN LAS OBRAS DE CONTENCIÓN Y RECUPERACIÓN DE ORILLAS DE LA TERMINAL FLUVIAL DE YUMA”*,
- d) Mediante radicados 20212002643 y 202102002712 de 21 de julio de 2021 el apoderado de Concep presentó derecho de petición, el cual fue respondido mediante radicado CEOAJ202103002544 del 27 de julio de 2021.

4.9. SESIÓN DEL 30 DE JULIO DE 2021

- a) En la sesión de audiencia de 30 de julio de 2021, la Oficina Asesora Jurídica recepcionó los testimonios de los ingenieros Carlos Andrés Quizá, Zulma Pardo y Santiago Duarte.
- b) En atención a las justificaciones presentadas por el ingeniero Jairton Diez, la Oficina Asesora Jurídica prescindió de su testimonio.
- c) Habiéndose decretado y practicado todas las pruebas que se consideraron pertinentes, conducentes y necesarias, la jefe de la Oficina Asesora Jurídica cerró el periodo probatorio en el presente procedimiento.

4.10. SESIÓN DEL 17 DE AGOSTO DE 2021

En esta sesión se recepcionaron los alegatos de conclusión. Dentro de los alegatos, el apoderado de Concep tuvo como principales anotaciones que la jefe de la Oficina Asesora Jurídica debió declararse impedida, manifestó su inconformidad por la negación al decreto de testimonios y que ellos comprenden una violación al debido proceso

Posteriormente, indicó que la prueba por informe estuvo destinada a que se allegaran nuevos datos y la información que se solicitó tenía implícita la participación de la entidad, permitiendo incluir como prueba una manifestación de la administración. De igual forma, manifestó que esta prueba fue un prejuzgamiento y fue realizado por la misma persona que solicitó el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio.

Expresó que, a pesar de las solicitudes de saneamiento de las actuaciones, no se alegaron planteamientos fácticos ni jurídicos para su negación y las solicitudes efectuadas fueron resueltas de inmediato sin hacer un mayor análisis.

Finalmente, presentó sus consideraciones finales respecto a cada uno de los cargos.

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, se procede a efectuar las siguientes:

5. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR.

Previo a decidir sobre la presente actuación administrativa, es necesario reafirmar que el procedimiento fue adelantado respetando el derecho al debido proceso que le asiste a Construcciones Civiles Estudios y Proyectos S.A.S. CONCEP S.A.S. y a la Aseguradora Solidaria de Colombia, en cumplimiento de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas concordantes. Estas normas expresan:

Ley 1150 de 2007

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

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

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.”

Ley 1474 de 2011

“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.”

En consonancia con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se citó a Construcciones Civiles Estudios y Proyectos S.A.S. CONCEP S.A.S., así como a la Aseguradora Solidaria de Colombia; con la finalidad de que tanto el contratista como la aseguradora ejercieran su derecho a la defensa y contradicción durante el desarrollo de la audiencia, pudieran rendir las explicaciones del caso, aportaran pruebas y controvirtieran las presentadas por la Corporación en relación con los hechos expresados mediante los oficios de citación No. C.E OAJ 202003001999 y C.E OAJ 202003002000 de 30 de septiembre de 2020.

En este orden de ideas, la Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena -Cormagdalena, una vez iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionatorio contra la Construcciones Civiles

Estudios y Proyectos S.A.S. CONCEP S.A.S en virtud del Contrato de Interventoría No. 245 de 2018, se acogió a lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; análisis que a continuación se presenta, para lo cual se establecerá el marco jurídico para adoptar la decisión (5.1), hechos probados (5.2), caso en concreto (5.3), afectación de la Garantía Única de Cumplimiento (5.4) y consideraciones finales (5.5).

5.1 EL MARCO JURÍDICO

Antes de analizar el caso en concreto, esta oficina estima pertinente estudiar la naturaleza jurídica de la interventoría y la supervisión del contrato estatal; teniendo en cuenta que el procedimiento administrativo sancionatorio se inició contra Construcciones Civiles Estudios y Proyectos S.A.S. CONCEP S.A.S por un presunto incumplimiento de sus obligaciones.

5.1.1 Naturaleza jurídica de la interventoría y la supervisión de los contratos estatales.

5.1.1.1. La interventoría y supervisión en los contratos estatales

La existencia de la interventoría y la supervisión en los contratos estatales obedecen al deber que el legislador ha impuesto a las entidades en el numeral 1º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el cual se consagran los medios que ellas pueden utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación.

La norma citada establece que *“las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”, por lo que es en virtud de tal responsabilidad que se acude a la colaboración de un interventor –bien sea funcionario de la entidad o persona externa a la administración- que ejerza directamente dichos control y vigilancia, en virtud de los cuales se le exige que, a nombre de la entidad, “(...) realice una inspección de las obras, imparta órdenes por escrito necesarias para el adecuado cumplimiento del objeto y con sujeción a los términos del contrato, solucione inquietudes, haga recomendaciones y sugerencias, pida cambios, evalúe y apruebe los trabajos, controle las cantidades de obra y su calidad, rechace las actividades inadecuadamente ejecutadas, requiera informes del cumplimiento de las obligaciones, revise las cuentas, etc.; en fin, resulta indispensable un contacto directo y permanente con el contratista y, sobre todo, con las obras y trabajos, así como el conocimiento exacto del avance físico, técnico, jurídico y financiero del objeto contractual”*, sin que las labores del supervisor o el interventor lleguen al extremo de representar a la entidad como parte contratante, pues tal competencia está expresamente asignada a su máximo jefe o a quien éste se la hubiere delegado en legal forma.

La supervisión e interventoría están definidas en la Ley 1474 de 2011, así:

“ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. 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.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.

PARÁGRAFO 1o. *En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.*

PARÁGRAFO 2o. *El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”*

En virtud de la norma citada, la supervisión corresponde a un seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico ejercido por la misma entidad sobre el cumplimiento del objeto del contrato. La supervisión ejercida podrá realizarse a través de contratos de prestación de servicios quienes apoyarán; al respecto el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

“[L]a supervisión de los contratos es un deber de las entidades públicas (artículo 4 de la Ley 80 de 1993), que bien pueden realizarla a través de supervisores o interventores para que verifiquen la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades del contratista de la entidad pública. Esa labor es principalmente de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial. El ordenamiento jurídico admite que este tipo de funciones puedan ser encargadas a los funcionarios públicos de la entidad demandada, sin que se enmarquen en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Efectivamente, de vieja data, el artículo 120 del Decreto Ley 222 de 1983, al definir las calidades del interventor, señaló que las entidades públicas verificarían la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de sus contratistas por medio de un interventor. Este podía ser funcionario suyo o ser contratado externamente. Lo anterior significaba que en vigencia del mencionado decreto la denominación de interventor se utilizaba indistintamente de la vinculación que este tuviera con la entidad pública. Actualmente, la cuestión se mantiene en similares condiciones, sólo que se considera supervisor al funcionario de la entidad pública que desarrolle la vigilancia de los contratos de esta última, sin perjuicio de que esa labor se pueda apoyar a través de contratos de prestación de servicios, pero no para asumir la supervisión, so pena de variar de una consultoría a otra tipología diferente y, por

consiguiente, de eludir procesos de selección. Por su parte, se hablará de interventor cuando se trate de una vigilancia externa o contratada.¹

Por su parte, la interventoría es el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que realiza una persona natural o jurídica contratada por la Entidad Estatal para que efectúe un seguimiento especializado; al respecto el Consejo de Estado explicó la naturaleza de la interventoría así:

“[L]a interventoría en los contratos estatales comprende todas aquellas actividades que, en representación de la entidad contratante, realiza una persona, natural o jurídica, con el fin de vigilar o inspeccionar, controlar, verificar y colaborar en la ejecución de los contratos o convenios, para lo cual debe prestar asesoría y apoyo tanto a la entidad como al contratista. Se trata de una exigencia establecida en el ordenamiento jurídico, que tiene el propósito de asegurar el cumplimiento del objeto de los contratos estatales, en defensa de los fines de la contratación pública, para la satisfacción de los intereses generales y de las necesidades básicas de la colectividad. El interventor debe velar porque se cumplan las especificaciones técnicas del objeto del contrato al que deba hacerse la interventoría, al igual que las actividades o acciones administrativas, legales, financieras y presupuestales a cargo del contratista llamado a cumplir con dicho objeto e, igualmente, debe realizar un acompañamiento directo al contratista para asegurar la adecuada y total ejecución del contrato.”

A su vez, dicha Corporación también se pronunció sobre las principales características del contrato de interventoría:

“...El contrato de interventoría es principal y autónomo. Si bien es cierto que el objeto del contrato de interventoría supone y exige, según ya se indicó, la coordinación, la supervisión, el control y en veces hasta la dirección misma de otro contrato diferente, lo cierto es que la interventoría subsiste a pesar de la extinción de la obligación principal o de la finalización del contrato que aparece como principal, al cual debe su existencia. Adicionalmente, la interventoría no se encuentra circunscrita a aspectos técnicos del contrato que se pretende controlar, sino que puede abarcar la vigilancia y control de las condiciones financieras y económicas del mismo, tal y como lo resaltó la Corte Constitucional: “La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber, el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de esos recursos.”

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Corporación: “Con el acta de entrega y recibo de la interventoría la administración deja consolidada su posición en torno al contratista por sus trabajos de interventoría de acuerdo al contrato de conservación y por más que este último no se haya prorrogado, el interventor carece de facultades para exigir del contratante un supuesto derecho a prórrogas, como queriendo hacer el contrato de interventoría como un contrato accesorio del contrato de obra, y con esa perspectiva alegar que por la sola naturaleza accesorio debe obtener la misma suerte del contrato principal. Quien así razona olvida que si el contrato de interventoría está contemplado para su juzgamiento por la jurisdicción de lo contencioso administrativo es porque se trata de aplicar un régimen jurídico especial puesto que con el carácter esencial de los contratos administrativos es que se someten a un conjunto de reglas especiales. Además, al suscribir el contrato, el contratista interventor también pone de manifiesto que su suerte no va a depender del contrato de obra sino de razones de oportunidad o conveniencia pública, pero siempre dentro de los límites que sólo pueden variarse en una extensión razonable.”²

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 12 de diciembre de 2014.M.P. Ramiro Pazos. Rad 25-000-23-26-000-1996-13019-01

² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 8 de marzo de 1996. MP José María Carrillo Ballesteros. radicado

En ese entendido, la interventoría adelanta una función de verificación y control de la ejecución contractual, pero no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista. Es por ello que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que *“Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente”,* que *“Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias”* y, además, que *“ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”*, es decir que el negocio jurídico sobre el cual ejercerá vigilancia constituye el marco dentro del cual la misma debe llevarse a cabo.

Téngase en cuenta que el interventor o el supervisor, como encargados de vigilar la buena marcha del contrato, podrán exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tienen atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

De igual forma, se precisa que la Administración tendrá siempre la dirección y control del contrato, como quiera que al interventor no le compete declarar incumplimiento o imponer multas o sanciones, ni realizar actuaciones de ordenador del gasto como es la toma decisiones en la ejecución del contrato o en los procedimientos propios que se deriven de él como son los Procedimientos Administrativos Sancionatorios.

5.1.2. Naturaleza jurídica de la cláusula penal

Así las cosas, recordemos que la Cláusula Penal tiene su fundamento en el artículo 1592 del C.C. donde se disciplina:

“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”

En atención a esta definición, algunos tratadistas colombianos la definen como una cláusula de apremio para inducir al deudor al cumplimiento de la obligación principal, de lo cual se evidencia su connotación sancionatoria, siendo así en un principio para el derecho privado, en la cual la pena se podía exigir junto con la indemnización de perjuicios e incluso en el cumplimiento de la obligación principal.

Posteriormente en el artículo 1600 del C.C., se establece:

“[...] PENA E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.”

De dicha normatividad se reafirma que la cláusula penal tiene dos connotaciones una sancionatoria (la pena) y otra indemnizatoria, que de conformidad con la autonomía de la voluntad las partes pueden pactarse las dos, siendo acumulables, en el acuerdo de voluntades.

Una vez pactada la cláusula penal, sino se determina la connotación que va a tener en el contrato estatal, la doctrina especializada ha conceptuado que será entendida como estimación anticipada de perjuicios.

A su vez el artículo 1594 del C.C., establece:

“[...] TRATAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL Y DE LA PENA POR MORA. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.”

Ahora, con respecto a la temporalidad de la afectación de la Cláusula Penal y de acuerdo a lo señalado por el Consejo de Estado, la declaratoria unilateral que puede ejercer la administración en virtud del incumplimiento del contratista, una vez fenecido el término de ejecución del contrato pero en vigencia del contrato y en el plazo de liquidación del mismo, es la declaratoria de incumplimiento con el fin de afectar la cláusula penal pecuniaria, lo cual ha sido reiterado en los últimos pronunciamientos de la misma Corporación.

“[...] “En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste.

Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el mismo. Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley 1150 de 2007; menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983. [...]”³

De acuerdo con ello, la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal también puede ejercerse una vez vencido el plazo de ejecución del contrato, pero vigente el contrato, es

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad.05001-23-24-000-1993-00931-01 (21.488). Sentencia del 12 de Noviembre de 2014. M.P. Enrique Gil Botero.

decir que, puede declararse en el plazo de liquidación del contrato o dentro del acto liquidatorio, esto obedece a que la relación entre el contratista y la administración no se ha extinguido sino hasta el acto de liquidación, bien sea bilateral, unilateral o judicial.

Esta alta Corporación, ha analizado la temporalidad de la afectación de la cláusula penal de acuerdo a la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, de la siguiente manera:

“(…) La Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Al respecto sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria. (...) en vigencia de todos los estatutos contractuales, incluidas las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la potestad sancionatoria para cobrar la cláusula penal se puede ejercer durante el plazo del contrato e incluso con posterioridad a su vencimiento. (...)”⁴

En razón a lo anterior y en voces de ésta misma Corporación, sólo hasta la etapa de liquidación del contrato concluye el negocio jurídico, toda vez que hasta ese momento existen obligaciones que deben resolverse, con el fin de hacer el ajuste de cuentas necesarias. Y en vigencia de todos los estatutos contractuales se puede declarar el incumplimiento definitivo para afectar la cláusula penal hasta antes de la liquidación del contrato estatal.

En el mismo sentido, se debe analizar el término de liquidación de los Contratos Estatales, la cual consiste en el ajuste definitivo de lo que a la terminación normal o anormal del contrato se encuentre pendiente a favor o en contra de cada uno de los contratantes, siendo la actuación administrativa por el cual se extinguen las obligaciones de las partes que suscriben el acuerdo de voluntades.

Así, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, que disciplina el plazo para la liquidación de los contratos estatales, señala:

"Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C Rad. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697). Sentencia del 24 de Octubre de 2013. M.P. Enrique Gil Botero

entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.”(Negrilla fuera de texto).

En atención a la norma en cita, existen tres formas de liquidación, a saber: i) Unilateral. ii) Bilateral. iii) Judicial.

De la lectura de este artículo se evidencia que en principio debe agotarse la liquidación por mutuo acuerdo, y posteriormente se da un término de dos meses para realizarla unilateralmente, para finalmente decir que se podrá realizar la liquidación unilateral o bilateral dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término relacionado, que para nuestro caso estamos en el término anteriormente establecido para poder pronunciarnos dentro de la presente actuación administrativa.

5.3. LOS HECHOS PROBADOS

En concordancia con los antecedentes expuestos, se reitera que durante el desarrollo de las audiencias efectuadas dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa tanto al contratista como a la aseguradora; toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante los oficios de citación No. C.E OAJ 202003001999 y C.E OAJ 202003002000 de 30 de septiembre de 2020.; en las cuales se relacionaron los hechos relevantes y se remitieron las pruebas que soportan el presunto incumplimiento.

Asimismo, se permitió a los interesados presentar los 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:

- 5.3.1.** Que mediante la Resolución 000262 de 14 de septiembre de 2018, 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 en el Municipio de Barrancabermeja - Santander.
- 5.3.2.** Que el 16 de septiembre de 2018, entre Cormagdalena y Construcciones Civiles Estudios y Proyectos S.A.S. se suscribió el Contrato de Interventoría No. 0-0245 de 2018; el cual tuvo como objeto “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”

- 5.3.3.** Que el contrato de interventoría No. 0-0245-2018 fue garantizado con las pólizas 320-74-994000010183 y 320-47-99400001773505; las cuales fueron aprobados el 2 de octubre de 2018.
- 5.3.4.** Que el 11 de octubre de 2018, se suscribió acta de inicio del contrato de interventoría No. 0-0245-2018.
- 5.3.5.** Que el 7 de diciembre de 2018 entre Cormagdalena y Construcciones Civiles Estudios y Proyectos S.A.S. Concep S.A.S., se suscribió el Otrosí No. 1 de adición y prórroga; allí se acordó adicionar el valor del contrato en la suma de OCHENTA Y SIETE MILLONES TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS PESOS MCTE (\$87.036.600) y prorrogar el plazo de ejecución por el término de dos meses.
- 5.3.6.** Que a través del Acta de Avance de Obra No. 1 del 11 de diciembre de 2018, la interventoría certificó la ejecución correcta y completa de los estudios y diseños (ítem 1 del presupuesto).
- 5.3.7.** Que el 24 de enero de 2019, entre las partes se suscribió el Otrosí No. 2 de adición y prórroga; por medio del cual se volvió a adicionar el contrato de interventoría No. 0-245-2018, en la suma de CIENTO DIESCISÉIS MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$116.048.800) y se prorrogó el plazo de ejecución por el término de dos meses.
- 5.3.8.** Que el 26 de abril de 2019, se suscribió el Otrosí No. 3 de adición y prórroga; por el cual se adicionó el valor del contrato de interventoría No. 0-0245-2018, en la suma de CIENTO DOCE MILLONES CIENTO SESENTA MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$112.160.475) y se prorrogó el plazo de ejecución por el término de cuarenta y cinco días (45) y se modificó parcialmente la cláusula 3.1. del contrato de interventoría. Con base en las modificaciones la fecha de terminación del contrato quedó para el 11 de junio de 2019.
- 5.3.9.** El 11 de junio de 2019 se suscribió entre las partes el acta de finalización del contrato de interventoría No. 0-0245-2018.
- 5.3.10.** Que el 12 de noviembre de 2019 se suscribió el acta de entrega definitiva del contrato de interventoría No.0245-2018. Allí se dejó constancia de que el interventor cumplió con el objeto del contrato y que el valor total de la interventoría correspondió a la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS SEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$393.606.944).

5.4. CASO CONCRETO

El procedimiento administrativo sancionatorio contra la Construcciones Civiles Estudios y Proyectos S.A.S. CONCEP S.A.S se inició con fundamento en la solicitud de apertura de procedimiento administrativo sancionatorio remitida por la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación como supervisor del contrato a través de los oficios contenidos en los radicados CI-SDSN: 202001001135, CI-SDSN: 202001001390 del 28 de julio de 2020 y SDSN-CI-202001001630 de 1 de septiembre de 2020, por el presunto incumplimiento del contrato.

En ese entendido, la Oficina Asesora Jurídica adelantó el procedimiento administrativo sancionatorio para afectar la cláusula penal del contrato de interventoría No. 00245 de 2018, por el presunto incumplimiento de las obligaciones del contrato que fueron indicadas en la citación y se analizan a continuación:

5.4.1. NO APROBACIÓN DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS DEL CONTRATO DE OBRA 244 DE 2018.

5.4.1.1. Descargos y alegatos de los Intervinientes

Durante la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se recibieron los descargos y alegatos por parte del apoderado de Construcciones Civiles y Estudios S.A.S. y del apoderado de la Aseguradora Solidaria.

Los descargos estuvieron encaminados a desvirtuar los cargos de incumplimientos cobijados en la citación. Sumado a ello, presentaron pruebas y solicitaron la comparecencia de testigos.

5.4.1.1.1. Descargos y alegatos del apoderado de CONCEP S.A.S.

Descargos

En sus descargos el apoderado de Construcciones Civiles Estudios y Proyectos S.A.S. Concep S.A.S. manifestó que el 31 de octubre de 2018 el contratista de obra entregó el estudio geotécnico y el diseño estructural; luego, el 6 de noviembre de 2018 la interventoría remitió las observaciones presentadas y el 8 de noviembre de 2018 el contratista de obra dio respuesta a las observaciones realizadas a los Diseños Estructurales, quedando pendiente las observaciones planteadas a los estudios geotécnicos.

Expresó que a pesar de los requerimientos efectuados el contratista de obra no presentó los ajustes al estudio geotécnico y atendiendo que el contratista requería contar con un flujo de caja que permitiera continuar con la ejecución de la obra, mediante acta parcial de obra No. 1 del 11 de septiembre de 2018 se aprobó el pago del ítem “Estudios y Diseños” por un valor de \$10.000.000.

Aseveró que el pago aprobado no constituye un perjuicio para la entidad, toda vez que para ese momento las condiciones de la ejecución del contrato requerían de aprobación parcial de las actividades, sin que dicho valor compensara los costos reales de unos estudios y diseños como los requeridos para la obra.

Explicó que la anterior situación fue puesta en conocimiento de Cormagdalena, quienes tenían conocimiento de la aprobación del pago y que estaba pendiente por aprobar el estudio geotécnico. Agregó que en el informe final presentado por la interventoría se consignó que no fueron aprobados los estudios y diseños porque el contratista de obra presentó una modificación al diseño estructural previamente aprobado y frente al nuevo diseño el contratista de obra no respondió las observaciones efectuadas por la interventoría.

Indicó que, en vista del incumplimiento del contratista de obra, CONCEP S.A.S. solicitó el inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio por la **no entrega de los estudios y diseños**, el cual fue decidido el día 24 de enero de 2019 en cuya decisión se consignó que el incumplimiento fue superado.

Expresó que, a pesar de la reiteración continua de la interventoría, el contratista de obra no entregó la actualización de los estudios y diseños, por lo que volvieron a solicitar el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio.

Señaló las principales modificaciones presentadas por el contratista de obra a los diseños estructurales y las principales observaciones efectuadas por la interventoría, reiterando que el interventor actuó diligentemente, al revisar los estudios y emitir las observaciones necesarias, así como el seguimiento a los requerimientos planteados. Por ello, consideró que las manifestaciones realizadas por el supervisor son contrarias a la realidad ya que el interventor fue diligente en realizar los requerimientos necesarios al contratista de obra.

Alegatos de conclusión presentado por el apoderado de Concep S.A.S.

En sus alegatos el apoderado de Concep manifestó que el cargo formulado por el supervisor del contrato partió de una simple lectura del informe final y realizó un análisis parcializado y demuestra un desconocimiento del proyecto en el cual no tuvo participación. Reiteró que no se tuvo en cuenta la historia del contrato y las diferentes modificaciones que el contratista de obra realizó a los estudios y diseños, luego de la aprobación inicial de los mismo.

Indicó que Cormagdalena no tuvo en cuenta los documentos de aprobación de los estudios y diseños ni la Resolución 014 del 24 de enero de 2019, por medio de la cual se ordenó archivar el procedimiento sancionatorio por el presunto incumplimiento de la no entrega de los estudios y diseños.

Expresó que los testigos que fueron convocados al proceso dejaron constancia de que los estudios y diseños sí fueron aprobados y que posteriormente fueron modificados por el contratista de obra y que respecto de esas modificaciones posteriores no se dio aprobación.

Consideró que el cargo de incumplimiento está sustentado en un ejercicio carente de rigor, en donde solo se tomó la afirmación realizada por la interventoría en el informe final y se comparó con los hechos iniciales que indican que la interventoría aprobó los diseños iniciales y ordenó su pago, sin hacer un básico y elemental ejercicio de verificar qué ocurrió durante la ejecución del contrato.

Reiteró la necesidad de tener presente la Resolución No. 014 de 24 de enero de 2019, por medio de la cual se consideró que los estudios y diseños fueron entregados y posteriormente aprobados.

Alegó que el anterior supervisor del contrato indicó que la interventoría actuó de forma diligente en el desarrollo de sus obligaciones, que constató que los estudios y diseños fueron modificados en más de 4 ocasiones luego de haber sido aprobados y a esa situación se refiere el informe final.

Insistió que el cargo propuesto por Cormagdalena, según el cual Construcciones Civiles Estudios y Proyectos S.A.S. no aprobaron los estudios y diseños, pero sí ordenaron su pago, no es cierto y por el contrario la interventoría actuó de forma diligente, aprobando los primeros diseños y ordenando su pago.

Concluyó solicitando que debe ser desechado el cargo propuesto y en su defecto indicar que sí se cumplió.

5.4.1.1.2. Descargos y alegatos del apoderado de la Aseguradora Solidaria.

El apoderado de la asegura coadyuvó en su integridad los argumentos expuestos por el apoderado respecto de este cargo, indicando:

“Manifiesto que coadyuvo en su integridad los argumentos expuestos por el Doctor CARLOS MENDOZA PUCCINI en su condición de apoderado de la firma CONCEP S.A., argumentos que de manera clara y a nuestro juicio contundente, desvirtúan cada uno de los ocho presuntos incumplimientos que se le imputan a la interventoría; de una manera técnica y jurídica claramente expuesta.

Alegatos de conclusión.

Coadyuvaron los argumentos del apoderado de CONCEP, manifestando que existe un claro desconocimiento del objeto del contrato, no existe un conocimiento a qué tipo de obras se le iba a hacer interventoría, la imputación no se encuentra respaldada por un análisis de las actividades respaldadas.

Así mismo, manifestaron que en el proceso se ha logrado establecer que la supervisión no tiene conocimiento del alcance del objeto del contrato, no se tenía conocimiento a qué tipo de obras se iba a ejecutar y cual se. Solo hay un análisis documental, no se encuentran debidamente soportados los diferentes incumplimientos.

Que de conformidad con el literal d artículo 86, al no encontrarse el incumplimiento se debe proceder de forma inmediata con el cierre y archivo del procedimiento.

5.4.1.2. Análisis del incumplimiento.

En aras de determinar si es procedente el incumplimiento del contrato de interventoría 0245 de 2018, por la no aprobación de los estudios y diseños del contrato de obra; este despacho considera pertinente prefiar los derroteros en torno a los cuales se evaluará la conducta del contratista investigado, subrayando que dicho examen estará ligado a los argumentos expuestos por las partes y las pruebas allegadas al procedimiento.

Así, en lo que respecta a la no aprobación de los estudios y diseños, se procederá a constatar la obligación que le asistía a la interventoría, las labores adelantadas y se evaluarán los argumentos presentados.

a) Del contrato de interventoría

El contrato 0245 de 2018 imponía como una de las obligaciones del contratista, las señaladas en la cláusula 2.1, literales d y g:

“Cláusula 2.1 Obligaciones del Interventor.

Además de las obligaciones previstas en este Contrato y en la propuesta, las contenidas en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta, o aquellas otras que deban ser cumplidas de conformidad con la normativa aplicable, el INTERVENTOR se obliga a:

(...)

d) Cumplir con las actividades y procedimiento de Interventoría, establecidos en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta para contratar la Interventoría.

g) Verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista de obra, contenidas en el contrato, anexos y en sus Apéndices y en los planes, programas y manuales presentados por el contratista.

Por su parte, dentro del anexo técnico punto 9.2 se tienen como obligaciones generales:

“(...)

2. "Vigilar la inversión de los recursos públicos y controlar que la misma sea eficiente y transparente."

3. "Garantizar que la ejecución del objeto contractual se someta a los plazos, términos, especificaciones, calidades y condiciones previstas o exigidas en el contrato y en los documentos del mismo."

A la vez, en las funciones técnicas del Anexo Técnico punto 6.3.2 se dispuso:

“6.3.2 FUNCIONES TÉCNICAS

El Interventor realizará los procesos y actividades relacionadas con la medición, pruebas, evaluación y verificación de procedimientos, intervenciones y desempeño del Contratista en el área técnica de tal forma que se garantice el cumplimiento de las especificaciones técnicas y la ejecución de las obras

1. Revisión y aprobación de los estudios y diseños presentados por el contratista. El Interventor debe revisar y aprobar los estudios y diseños presentados por el Contratista; así mismo, debe solicitarle las correcciones a las que haya lugar. Lo anterior debe cumplirse dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.

(...)”

Bajo ese entendido, resulta claro que una de las obligaciones del interventor era la de la revisar y aprobar los estudios y diseños presentados por el contratista de obra y vigilar que la inversión de los recursos públicos sea eficiente y transparente.

b) De la ejecución del contrato.

Durante la ejecución del contrato de interventoría, se evidencian las siguientes gestiones relacionadas con los estudios y diseños:

- 1- De conformidad con lo indicado en el concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros de diciembre de 2019, el 25 de septiembre de 2018 la Compañía de Equipos Pesados S.A. presentó el presupuesto de obra, donde indicó que el precio unitario para elaboración de diseños, estudios de geotecnia y modelación estructural corresponde a un valor de \$13.000.000.
- 2- Mediante acta de 16 de octubre de 2018, se reunió el comité técnico administrativo del contrato 0-0244 de 2018, se indicó que para el 16 de octubre de 2018 el contratista de obra se comprometió a entregar los diseños el día 17 de octubre de 2018, para la revisión y aprobación de la interventoría.
- 3- El día 23 de octubre de 2018 el Comité Técnico del contrato 0-0244-2018, se dejó consignado: *“La interventoría manifiesta que en repetidas ocasiones a(sic) solicitado por escrito (oficios y bitácora) la entrega de estudios y Diseños, la evidencia de la consecución del material (tubería 20”), movilización y puesta en sitio del equipo mínimo requerido contractual, realización de la socialización y acta de vecindad y a la fecha no se ha obtenido respuesta alguna por el contratista. La supervisión, requiere a la interventoría tomar las acciones jurídicas y administrativas necesarias para dar avisos a un posible incumplimiento.”*
- 4- El día 31 de octubre de 2018, el contratista de obra remitió los estudios y diseños a la interventoría.
- 5- El día 6 de noviembre de 2018, mediante comunicación II-757-021-18/1326, la interventoría presentó las observaciones iniciales a los estudios geotécnicos y diseños estructurales, haciéndole recomendaciones conforme a las normas CCP -14 y NSR -10. En esta comunicación se concluyó:
“Los estudios y diseños suministrados se deben complementar con un levantamiento topográfico del sitio del proyecto, un estudio hidráulico actualizado que indique la máxima socavación esperada a lo largo de la estructura a construir, el cual debe acompañarse con un levantamiento batimétrico detallado del sector a intervenir.”
- 6- En noviembre de 2018, Construcciones Civiles Estudios y Proyectos S.A.S presentó el informe No 1, en el que indicó como una de las actividades desarrolladas por el contratista la siguiente:
“En el periodo comprendido entre el 11 de octubre al 10 de noviembre de 018, el Contratista de Obra ejecutó actividades correspondientes a:
 - *Diseños, (estudios estructurales), el Contratista presenta finalizando este periodo los estudios correspondientes a los diseños para la revisión y aprobación de la interventoría, los cuales se encuentran actualmente en correcciones por parte la firma Contratista.”*

- 7- El día 6 de noviembre de 2018, mediante comunicación con radicado II-757-023-18 solicitó al supervisor evaluar la imposición de multa contra la Compañía de Equipos Pesados S.A. Esta solicitud fue reiterada el 20 y 27 de noviembre de 2018.
- 8- El 11 de diciembre de 2018 se suscribió el acta de avance No. 1, entre el representante legal del contratista de obra y el interventor y en ella se indica que los diseños incluido geotecnia y estudios estructurales es una obra ejecutada y se acordó el pago por la suma de 10.000.000.
- 9- El día 17 de diciembre de 2018 Cormagdalena expidió el comprobante de egreso del acta de avance No. 1.
- 10- El día 24 de enero de 2019, la Oficina Asesora Jurídica archivó el procedimiento administrativo sancionatorio al evidenciarse que los estudios y diseños sí fueron entregados y exhortó al contratista a presentar un nuevo informe de incumplimiento respecto de los presuntos incumplimientos que fueron relacionados en la prueba por informe, así: *“Sin embargo, se colige, que de la prueba por informe a cargo de la interventoría CONSTRUCCIONES CIVILES ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S. debidamente controvertida e integrada, pueden existir presuntos incumplimientos relacionados con el avance de la ejecución de la obra y a la calidad de los estudios y diseños, los cuales deberán ser informados por la interventoría en virtud de la obligación de control y vigilancia que le asiste y serán materia de análisis de otro procedimiento administrativo sancionatorio, dado que debe respetarse el principio de legalidad y congruencia del procedimiento administrativo sancionatorio contractual.”*
- 11- El día 24 de febrero de 2019 en el acta de avance de obra No. 2, se relacionó los estudios y diseños como obra ejecutada.
- 12- El 24 de marzo de 2019: Acta de avance de obra No. 3. También se relacionó los estudios y diseños como pago por la ejecución.
- 13- En el informe final presentado por la Interventoría, se relacionan las actuaciones adelantadas por la interventoría respecto de la no corrección de los estudios y diseños:

– Incumplimiento en la entrega de los estudios y diseños por parte del Contratista

Fecha	Oficio No.	Asunto
26/10/2018	II-757-013-18-1259	Solicitud de inicio de proceso sancionatorio al Contratista por el incumplimiento en la entrega de los estudios y diseños, generado un incumplimiento de ocho (8) días en esta actividad primordial para el desarrollo del contrato de obra 0-0244-2018
31/10/2018	II-757-018-18-1295	Solicitud de multa por Incumplimiento al Contratista Comepsa teniendo en cuenta que a pesar de las solicitudes realizadas por la Interventoría, el Contratista no ha entregado los Estudios y Diseños a la Interventoría para su estudio y aprobación
06/11/2018	II-757-023-18-1333	Relación de hechos sobre los incumplimientos del Contratista en la entrega de los Estudios y Diseños a la Interventoría para su estudio y aprobación
27/11/2018	II-757-039-18-1457	Solicitud de multa por Incumplimiento en entrega de los Estudios y Diseños de las obras
13/04/2019	II-757-066-19-0642	Solicitud a Cormagdalena de aplicar el Incumplimiento en la No entrega de los estudios y diseños del proyecto según la Cláusula 6.1 Multas del contrato 0-0244-2018
14/05/2019	II-757-078-19-0763	Información sobre el incumplimiento del Contratista COMPAÑIA DE EQUIPOS PESADOS S.A. en la entrega de las observaciones del concepto hidráulico y geotecnista.



- 14- En noviembre de 2019, el perito Andrés Germán Neira Mesa concluyó al referirse sobre los estudios y diseños:

“las exigencias que desde un comienzo formuló la interventoría a los estudios y diseños realizados por el Contratista, en especial en los aspectos geotécnicos e hidráulicos, habrían elevado el alcance que en su concepto se pretendió al formularse la Declaración de la Urgencia y preverse los alcances de los estudios y diseños a realizar, o que de haberse contemplado en los términos requeridos por la interventoría habría implicado tiempos más amplios para estas actividades. Con esta afirmación no pretende el Perito desconocer la intención de la interventoría de realizar las cosas bajo un rigor técnico y un deber ser del quehacer Ingenieril que es válido como principio, pero que, en el marco de una obra de Urgencia Manifiesta con los antecedentes referidos, esto es con obras del mismo tipo, ubicadas al lado que habían sido recientemente construidas y por ende en condiciones geológico- geotécnicas e hidráulicas similares, habrían permitido una aproximación un poco más consecuente y rápida con la condición de urgencia, las similitudes de las soluciones finales se pueden apreciar contrastando el cortes arquitectónico y estructural mostrando atrás para las obras de 2014 y los que se muestran a continuación para las obras de 2019. (Nota los pilotes corresponden a la proyección de los que conformaría los costados del cajón formado).

Para el perito una aproximación como la que en su concepto habría sido la primera intención de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA, aprovechando todo el conocimiento disponible (estudios, diseños y experiencia constructiva precedente) habría permitido evitar un desgaste de las partes, como se aprecia en la amplia correspondencia que se genera entre la partes en relación con este tema y que se ilustra de manera más amplia, en la respuesta a la Pregunta 6.8 de este cuestionario.

Aún cuando algo por fuera del alcance de la pregunta puesta a consideración del Perito, pero por su afinidad con el tema, el Perito encuentra oportuno concluirla llamando la atención sobre las diferencias finales en los diseños de los pilotes utilizados para recuperar el terminal Yuma en 2014 y las que fueron objeto de la Urgencia Manifiesta en 2018. En efecto, las dimensiones de estas últimas, esto es: pilotes metálicos de 20 plg de diámetro y ½ plg de espesor con longitudes finales de 22 y 18m para las filas externa e interna de pilotes respectivamente (inicialmente la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA planteo todos de una longitud de 22 m), (sic) contrastan favorablemente con las del terminal Yuma en la que las filas de pilotes internos tienen una longitud de 13,5 m y un diámetro de 16 plg, mientras que los pilotes externos tienen 19, 5 m de longitud y 20 pulgadas de diámetro y un espesor de ½ plg. Lo anterior, coadyudaría (sic) a soportar que desde un principio de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA a partir de la experiencia previa, había adoptado una aproximación conservadora para las obras objeto de la Urgencia Manifiesta y que las expectativas respecto de los estudios y diseños en los aspectos geotécnicos e hidráulicos serían esencialmente con fines de validación. No así los elementos estructurales que claramente tendrían que acomodarse y diseñarse para las condiciones geométricas de la solución con nuevos cálculos.”

15- Al respecto tenemos el presupuesto señalado en la propuesta económica del contratista de obra:

ITEM 1 : ELABORACION DE DISEÑOS, ESTUDIOS DE GEOTECNIA Y MODELACION ESTRUCTURAL					UNIDAD: UND	
I - EQUIPO						
DESCRIPCION	UNIDAD	TIPO	TARIFA	REND.	VR.PARCIAL	
					0,00	
					0,00	
					0,00	
					0,00	
Sub-total Equipo						0,00
II - MATERIALES EN OBRA						
DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VR. UNITARIO	VR. PARCIAL		
Elaboracion de diseños, Estudios de Geotecnia y modelacion estructural	UND	1,0000	10.000.000,00	10.000.000,00		
					0,00	
					0,00	
					0,00	
					0,00	
Desperdicio	%				0,00	
Sub-total Materiales						10.000.000,00
III - TRANSPORTE						
MATERIAL	Vol (m3)	DIST (Km)	(M3-Ton)*Km	TARIFA (\$/ m3*Km)	VR. PARCIAL	
			0,0000		0,00	
			0,0000		0,00	
			0,0000		0,00	
Sub-total Transportes						0,00
IV - MANO DE OBRA						
CUADRILLA	JORNAL	P.SOCIALES	SUB-TOTAL	RENDIMIENTO	VR. PARCIAL	
		0,00	0,00		0,00	
		0,00	0,00		0,00	
		0,00	0,00		0,00	
Sub-total Mano de Obra						0,00
						10.000.000,00
V - COSTOS INDIRECTOS						
Firma y Sellos Autorizados:			Total Costo Directo		10.000.000,00	
			Administracion	20%	2.000.000,00	
			Imprevistos	5%	500.000,00	
			Utilidad	5%	500.000,00	
			Iva sobre Utilidad	19%	95.000,00	
			Total Costo Indirecto		3.000.000,00	
			Precio Unitario Total ajustado al peso		13.000.000,00	

16- El día 26 de septiembre de 2018 entre Cormagdalena y la Compañía de Equipos Pesados se suscribió el contrato de obra No. 0-0244 de 2018, en el cual se dejó consignado:

“EL CONTRATISTA declara que (i)” está plenamente calificado, (ii) que tiene experiencia necesaria para ejecutar el objeto del Contrato. Igualmente declara que conoce las condiciones técnicas y de calidad para la ejecución de los trabajos contratados, (iii) que conoce las especificaciones técnicas que hacen parte de este contrato, las condiciones de los sitios de trabajo, las vías de acceso, la disponibilidad y costo (sic) directos de los trabajos, y por ello declara que los ha incluido en su cotización. (Subraya fuera del texto)

Entendiéndose que Cormagdalena al suscribir el contrato se basó en el presupuesto de obra presentado por el contratista de obra y por ende aceptó lo allí estipulado.

17- El día 12 de noviembre de 2019, en el acta de entrega y recibo definitivo del contrato de la interventoría, se dejó consignado en las cantidades de obra ejecutada del contrato 244 de 2018, el ítem “Diseños, (incluye Geotécnia y estudios estructurales).

c) De los testimonios.

Ahora, en relación con lo manifestado por los testigos el ingeniero Andrés López manifestó que el 31 de octubre de 2018 el contratista de obra presentó los estudios y diseños, frente a los cuales la interventoría le efectuó algunas observaciones. El contratista atendió los requerimientos y modificó los diseños estructurales y por ello no fueron aprobados. El ingeniero se refirió a este aspecto así:

Oficina Principal
Barrancabermeja
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

Oficina Seccional
Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia

“Se lo solicitó. Bueno, el contratista presentó sus estudios y diseños, los diseños estructurales, atendió los requerimientos correctos de la interventoría, modificó los diseños, modificó los planos de construcción, eso desde ese punto de vista de diseño estructural, la interventoría los aceptó. El punto de vista geotécnico, el contratista no realizó las perforaciones en el sitio del proyecto cómo se le había requerido.

Entonces se le había solicitado para poder hacer una aprobación integral de todo el proyecto, porque dado los estudios estructurales habían sido el diseño estructural habían sido estructurales habían sido y estaban conformes solicitado por la interventoría.

Pasa el tiempo y el contratista no entrega, no atiende todos los requisitos de la interventoría y entonces le solicita Cormagdalena, iniciar un proceso sancionatorio contra el contratista por la no entrega de los estudios y diseños, pero, yo quiero dejar claro en este momento que la interventoría le manifestó al contratista en dos cartas y a Cormagdalena que los estudios y los diseños y los estructurales estaban aprobados. Que los estudios y los diseños estructurales quedaron aprobados por la interventoría, cómo les comentó, pero no había entregado los diseños, no había entregado los estudios geotécnicos.

También se le requirió que, como parte esencial de los soportes de los diseños, tenía que hacer un estudio hidráulico, para qué es tan importante el estudio hidráulico, el estudio hidráulico nos puede decir hasta cuánto, qué socavación se podría esperar al lado de la estructura y eso en cierta forma podría instruir en la longitud de los pilotes. Sin embargo, también existen estructuras que puede contrarrestar la socavación de los pilotes y tendríamos que hacer unos diseños, una estructura que evitara la socavación, pero tenía que presentar esos tipos de diseños, cosa que no realizó.

Entonces, en consideración a eso se le solicitó a Cormagdalena en diciembre, iniciar un proceso sancionatorio contra el contratista. Después de los alegatos del contratista y la interventoría, Cormagdalena desestimó el proceso sancionatorio y encontró que, en efecto, el contratista si había entregado los estudios y diseños.

Hay otro punto que es muy importante resaltar y es importante el conocimiento de todos los oyentes que a lo largo del proyecto el contratista presentó cuatro modificaciones al diseño inicial. De considerable importancia, esas modificaciones al diseño que me gustaría explicarlas, si me permiten presentar un documento para que entiendan la relevancia de estas modificaciones, no fueron aprobadas por la interventoría porque yo apruebo los diseños estructurales, pero el contratista a lo largo del proyecto debido a las dificultades que se venían presentando iba modificando el diseño inicial, ahí es donde puede nacer la confusión. Entonces, yo le solicitó Cormagdalena que, si me da el espacio yo trataría de presentar cuáles fueron las modificaciones que se le introdujeron al diseño y que son muy relevantes para que entienda porque el informe final se dice, que no se aprueban los diseños que entregó el contratista y no se entrega porque es cómo ponerles un ejemplo, yo contrato a una persona para que me diseñe una casa, le entregó le entregó los diseños, se los pago y después cuando va a construir la casa, me empieza a presentar otro tipo de diseño, pero ya habían sido aprobados y pagados los estudios y diseños, entonces hace algo similar fue lo que pasó en este contrato, por eso en el informe final se le dice a Cormagdalena la interventoría finalmente no aprobó los estudios y diseños no entregó al contratista los estudios geotécnicos acorde con los solicitados, no entregó los estudios Hidráulicos acordes con lo solicitado por eso no puede haber una aprobación integral y seguramente debería solicitarle al contratista tomarle de los de los dineros que se le debían en las últimas altas haberles descontados los 10 millones que costaron esos estudios. Que realmente la cifra es insignificante con respecto a lo que cuesta un estudio, un diseño estructural de una obra de la magnitud que estamos ejerciendo.”

En relación con que la no aprobación de los estudios y diseños pudo comportar una falta de control en la obra, el ingeniero expresó:

“Yo tengo que responder, que, para nada, perdona, pero no puede ser eso una afirmación que haga Cormagdalena, porque no tiene nada que ver lo uno con lo otro no se aprobaron los diseños porque el Señor cambió los diseños, pero eso no implica que yo dejara de hacerle el control de calidad al resto del

diseño de la obra, que estaba construyendo el contratista. Hubo un control permanente de la obra, como les explique para el hincado de los pilotes, para el control de la soldadura, para el control de la pintura, para el control de los concretos, para cada uno de los ítems de pago hubo un control, la interventoría no dejó nada al azar, todo fue controlado y podemos dar, mostrar los registros de absolutamente de todos los elementos. Para nada.”

Una vez revisadas las pruebas documentales aportadas se evidencia que en el informe mensual No. 5 el contratista manifestó que la interventoría había solicitado el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio, así:

1.14.3. Incumplimiento en la no entrega de los estudios y diseños del contrato a la interventoría

- En cuanto lo que se refiere a la entrega de estudios y diseños del contrato, debemos recordar que esta Interventoría ya había solicitado la realización de procedimiento de declaratoria de incumplimiento de dicha obligación, la cual fue llevada a cabo y sobre la cual CORMAGDALENA determinó que aun cuando los mismos habían sido entregados por fuera del termino contractual, ya se había subsanado el incumplimiento, por lo cual a través de la resolución No. 014 del 24 de enero de 2019, se decidió la cesación y archivo del procedimiento.
- En las diligencias desarrolladas, previo a la expedición del acto administrativo, esta Interventoría dejó claro que los estudios habían sido presentados, pero que los mismos no se ajustaban a los requerimientos necesarios de la obra y que el Contratista de obra no había dado respuesta a las observaciones que se habían realizado el 6 de noviembre de 2018, a través de oficio II-757-021-18, el cual

INTERVENTORÍA A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PRIORITARIAS DE CONTENCIÓN Y RECUPERACIÓN INMEDIATA A LA LÍNEA DE TABLESTACA COLAPSADA EN LA TERMINAL FLUVIAL DE PASAJEROS YUMA EN BARRANCABERMEJA-SANTANDER
CONTRATO No. 0-0245 de 2018.
INFORME TÉCNICO DE INTERVENTORÍA No. 5

contenía las observaciones a los diseños estructurales y estudios geotécnicos de la obra a construir.

La Interventoría mediante oficio II-757-046-18 del 3 de diciembre, así como en los Comités de Obra No. 5, 6 y 7 realizados el 15 de noviembre, 21 de noviembre y 13 de diciembre respectivamente, le solicitó al Contratista dar respuesta al oficio en el cual la Interventoría presentó las observaciones a los estudios geotécnicos para poder concluir su revisión y emitir su aprobación, pero el Contratista COMPAÑÍA DE EQUIPOS PESADOS S.A., solo dio respuesta parcial y tan solo el 28 de febrero de 2019, es decir, cuatro (4) meses después de iniciado el contrato y a 24 días de vencerse el plazo contractual, el Contratista remite a la Interventoría el oficio COMEPSA-YUMA 096/18 con los siguientes documentos:

- Estudio Geotécnico Actualizado.
- Diseño Estructural Actualizado.
- Concepto Hidráulico.
- Batimetría Actualizada.

Revisados los anteriores puntos y las pruebas allegadas al procedimiento es claro que el contratista de obra estaba obligado a entregar los estudios y diseños relacionados en el contrato, que los estudios y diseños presentados por el contratista de obra no fueron aprobados, que el interventor tenía como una de sus obligaciones la aprobación de los estudios y diseños, y que en el presupuesto de obra presentado por el interventor se indicaba que el precio unitario para elaboración de diseños, estudios de geotecnia y modelación estructural tenía un valor de \$13.000.000.

De otro lado, el apoderado de la interventoría enfatizó en sus descargos que la interventoría solicitó el inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio por la no entrega de los estudios y diseños; este procedimiento fue resuelto por este Despacho indicándole que el cargo formulado por la interventoría había sido la no entrega de los estudios y diseños; sin embargo, estos sí fueron entregados pero no se justificó, presentó ni demostró los elementos que generarían un incumplimiento como era la no corrección de los estudios y diseños.

Oficina Principal
Barrancabermeja
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

Oficina Seccional
Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



**El futuro
es de todos**

**Gobierno
de Colombia**

Al respecto, mediante comunicación externa CE- SDSD 201903001444 de 11 de junio de 2019 aportada en los descargos, el supervisor Leonardo Contreras les indicó:

“Respecto de las obligaciones señaladas, no se puede desconocer que el Interventor dentro de la ejecución contractual presentó a la supervisión informes técnicos referidos a las actividades desarrolladas por el Contratista de Obra, sin embargo, estos informes no fueron presentados de forma continua, oportuna y exacta ante la Corporación.

Lo anterior, en el entendido que durante el plazo de ejecución contractual, el Interventor debió comunicar a la Corporación en tiempo real, los incumplimientos que en que el Contratista de Obra se encontraba aunado a las recomendaciones técnicas, jurídicas, financieras, administrativas, operativas, entre ellas, y acompañado de un informe contundente donde indicara las obligaciones contractuales incumplidas, medidas sancionatorias que CORMAGDALENA debía ejercer, así como el análisis de los posibles daños y perjuicios que se le estaban causando a la Entidad, indicando en ésta última parte que, si bien la Corporación es la única que establece y conoce los daños reales, la Interventoría debió presentar un acompañamiento en ésta parte.

De esta última anotación se desprende el hecho que CORMAGDALENA haya iniciado procesos administrativos de incumplimiento contra el Contratista de Obra, sin poder hacerlas efectivas en razón a que la Interventoría no suministró, facilitó, aportó y argumentó de manera clara, concisa y precisa, los presuntos incumplimientos indilgados al Contratista con el respectivo acerbo (sic) probatorio para continuar con los procesos y permitiera a la Corporación tomar las medidas más convenientes para el cumplimiento de la urgencia decretada.

Expuesto lo anterior, se colige que dentro del plazo de ejecución del Contrato no fue posible caducar, multar y/o penalizar al Contratista de Obra, en razón a que CORMAGDALENA no contó con una Interventoría Integral que lo apoyara en presentar en tiempo real y con información técnica y jurídica clara, los presuntos incumplimientos frente a las obligaciones contractuales convenidas con el Interventor, lo que no solo retrasó el inicio de los respectivos procesos sancionatorios, sino que además, no le permitió a CORMAGDALENA tener el plazo suficiente para contratar una persona con experiencia que cumpliera con las condiciones inicialmente requeridas por la Corporación, perjudicando a la entidad en tal sentido que a hoy, el objeto del Contrato de Obra No. 0-0244-2018 no logró su cometido.

Por tanto, la resolución que resolvió el presunto incumplimiento por la no entrega de los estudios y diseños no puede ser una justificación para la no aprobación de los mismos ni avala realizar el pago por este ítem, ni ordenó la aprobación de los estudios y diseños, como se señaló con anterioridad lo que textualmente consideró fue: *“Sin embargo, se colige, que de la prueba por informe a cargo de la interventoría CONSTRUCCIONES CIVILES ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S. debidamente controvertida e integrada, pueden existir presuntos incumplimientos relacionados con el avance de la ejecución de la obra y a la calidad de los estudios y diseños, los cuales deberán ser informados por la interventoría en virtud de la obligación de control y vigilancia que le asiste y serán materia de análisis de otro procedimiento administrativo sancionatorio, dado que debe respetarse el principio de legalidad y congruencia del procedimiento administrativo sancionatorio contractual.”*

Ahora, es preciso verificar si la falta de aprobación de los estudios y diseños comprende un incumplimiento de las obligaciones del interventor.

De conformidad con lo indicado en el anexo técnico del contrato 245 de 2018 la interventoría tenía como funciones revisar y aprobar los estudios y diseños. Respecto de la función de revisar, entendida esta como someter algo a un nuevo examen para corregirlo o repararlo, en la pruebas

recaudadas se evidencia que la interventoría realizó observaciones continuas a los estudios y diseños presentados por COMEPSA, indicó los ajustes a realizar y reiteradamente requirió al contratista de obra para que efectuara las modificaciones señaladas; también impartió las órdenes por escrito para el adecuado cumplimiento del objeto y exigió la corrección en los términos señalados en el contrato.

En lo que respecta a la aprobación (definida por la RAE como “dar por bueno o suficiente algo o a alguien”) esta sólo debía realizarse una vez los estudios y diseños cumplieran con los requisitos exigidos para su aceptación. En este punto, la interventoría en cumplimiento de su contrato debía hacer las recomendaciones y sugerencias, pedir cambios, evaluar y aprobar los trabajos realizados a los estudios y diseños, y hacer seguimiento a las continuas comunicaciones que la interventoría dirigió al contratista de obra.

Al respecto, se evidencia que desde el 6 de noviembre de 2018 la interventoría efectuó las observaciones y recomendaciones a los estudios y diseños presentados; las cuales fueron resueltas parcialmente respecto a los diseños estructurales el 8 de noviembre de 2018. También se evidencia en los informes sucesivos que requirió constantemente la entrega de los estudios geotécnicos y una vez el contratista efectuó nuevas modificaciones a los diseños estructurales se requirió su entrega para su posterior aprobación; sumado a ello, por el incumplimiento reiterado solicitó a la Oficina Asesora Jurídica el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio por la no entrega de los estudios y diseños.

En esa medida, la no aprobación de los estudios y diseños fue con ocasión a que el contratista de obra no realizó las correcciones necesarias para que se cumplieran con los criterios de la interventoría y así proceder a su aprobación.

Ahora, en el informe de incumplimiento remitido por la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación se indicó que a pesar de que en el informe final la interventoría no aprobó los estudios y diseños, estos sí fueron reconocidos y pagados mediante actas parciales y el interventor a pesar de que el avance de los estudios y diseños no fue satisfactorio, Construcciones Civiles Estudios y Proyectos siguió reconociendo el ítem sin hacer la corrección en las demás actas parciales ni en el presupuesto final del contrato.

Frente a este punto, se observó que el valor presentado dentro del presupuesto de obra por el contratista de obra para la entrega del ítem estudios y diseños fue un valor de trece millones incluidos el A.I.U. Sin contar que, en el concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros se indicó que el valor presupuestado por lo general es mucho mayor.

Por ello, para este Despacho resulta claro que el valor autorizado fue con ocasión a la entrega de los estudios y diseños, y dicho valor no estaba supeditado a que fueran aprobados, de conformidad con la oferta económica del Contratista que hace parte del contrato de obra de conformidad con la cláusula 1.1 del mismo, y que se transcribieron en los numerales 15 y 16 del presente acápite.

CONCLUSIONES

En ese contexto, la Oficina Asesora Jurídica no encuentra fundamentado el cargo de incumplimiento por la no aprobación de los estudios y diseños presentados por el contratista de obra y en congruencia con las pruebas aportadas, la interventoría cumplió con sus funciones y autorizó el pago que correspondía por la entrega de los estudios y diseños según el presupuesto de obra aceptado por Cormagdalena.

Así las cosas, no prosperará el cargo de incumplimiento por la no aprobación de estudios y diseños.

5.4.2. INCORRECTA CERTIFICACIÓN DE LA TUBERÍA UTILIZADA EN LA OBRA

5.4.2.1. Descargos y alegatos de los Intervinientes

5.4.2.1.1. Descargos y alegatos del apoderado de CONCEP S.A.S.

Descargos

Indicó que, en los contratos suscritos con ocasión a la urgencia manifiesta, las especificaciones técnicas pueden variar o en muchos casos no existir al momento de la suscripción del contrato y por tanto el contratista de obra debe asumir el diseño y las características propias de la obra. A pesar de ello, Cormagdalena dispuso especificaciones puntuales sin que se hayan realizado previamente los estudios y diseños que permitieran determinar cuáles eran los materiales adecuados.

Expresó que, a pesar de las indicaciones dadas en el contrato, el contratista de obra informó de la imposibilidad de conseguir la tubería en el mercado nacional; ello fue puesto en conocimiento del supervisor del contrato y de la Subdirección de Navegación y Desarrollo Sostenible y que en el Comité Técnico Administrativo el supervisor sugirió el estudio de la posibilidad de cambiar las especificaciones de la tubería para aprobación por parte de la interventoría.

Relacionó las diversas comunicaciones presentadas por el contratista de obra en las que le informa a la interventoría la imposibilidad de adquirir la tubería de 20" (500mm) por ½, 12.7 mm y que el especialista estructural les informó que se podría cambiar por una tubería de 18", que también se debía traer del exterior. En las comunicaciones relacionadas se indicó que en la semana del 15 de octubre de 2018 se inició el proceso de adquisición de 70 tubos de 20" o 500mm, con espesor ½, provenientes de Estados Unidos y se encontraba en las instalaciones de alistamiento en Yondó y solicitó la ampliación del plazo del contrato por 45 días.

Expresó que mediante oficio No. II-757-040-19 de marzo 13 de 2019 la interventoría solicitó al contratista, que el ingeniero estructural que firmaba los planos y diseños certificara que la tubería suministrada tuviera las mismas propiedades de resistencia a las especificadas contractualmente y que su utilización garantizaba la estabilidad y funcionamiento de la estructura.

Esgrimió que la alusión del anterior oficio que se realizó en la citación al procedimiento administrativo sancionatorio constituye una actuación de mala fe por parte de Cormagdalena ya que a su juicio la comunicación indica que la tubería suministrada no cumplía con los requerimientos, sino que se exigía una certificación del ingeniero especialista y del fabricante, en donde se indicara que la tubería tuviera unas condiciones iguales o superiores a las incluidas en el contrato de obra.

Agregó que la tubería suministrada por el contratista supera ampliamente la norma ASTM A 53 GRADO B exigida en el contrato, tal como se evidencia en el siguiente cuadro:

NORMA ASTM A 53 GRADO B		TUBERÍA SUMINISTRADA POR EL CONTRATISTA API 5L (PSLI) 46X	NÚMERO DE VECES QUE SUPERA LA RESITENCIA DE LA TUBERÍA SUMINISTRADA POR EL CONTRATISTA LA NORMA ASTM A53 GRADO B
Límite de Fluencia (MPa)	240	467.9	1.95
Resistencia a la Rotura (MPa)	415	566	1.36

Concluyó que el cargo no responde a un análisis profundo y sustancial de las condiciones y calidades de los materiales que fueron suministrados, en lo que respecta a la tubería; sino que es un resultado de un ejercicio de comparación documental entre lo que dispuso el informe final y el contrato inicial sin tener en cuenta las consideraciones que tuvieron las partes para no oponerse al cambio de las especificaciones de la tubería que finalmente cumplió y excedió los requerimientos iniciales.

Alegatos:

En los alegatos presentados por el apoderado de la interventoría, se reiteraron los argumentos presentados en los descargos y se reiteró que de las comunicaciones entre las partes durante la ejecución contractual y relacionadas con la dificultad para comprar las tuberías dieron origen a la adición No. 1 del contrato, en el cual se extendió el plazo contractual por requerirse un cambio de tubería.

Enfatizó que el argumento de Cormagdalena de que la tubería utilizada no tiene las mismas características de la señalada en el texto del contrato es un argumento caprichoso e irresponsable que no se fundamenta en la técnica o en el conocimiento científico requerido y esperado de quienes ejercen una función pública.

Manifestó que resulta increíble que los supervisores post contractuales hayan obviado las comunicaciones compartidas entre las partes, en las que el cambio de la tubería fue una de las razones que dieron lugar a la Adición No 1 del contrato de obra.

Mencionó que el Otro Sí a través del cual se prorrogó el contrato de obra fue analizado y aprobado por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, quien funge como directora del



procedimiento administrativo sancionatorio y ordenó la apertura del mismo; por tanto, la decisión de dicha oficina no puede ser otra distinta a la de indicar que no se ha generado incumplimiento ya que Cormagdalena sí conoció y dio autorización para el cambio de la tubería de la obra.

Indicó que las modificaciones, aun cuando se hubieran hecho antes de la aprobación de Cormagdalena, quedaron saneadas por la misma entidad cuando permitió su cambio.

Precisó que, de acuerdo con las memorias de cálculo y los planos estructurales emitidos por el diseñador, los cuales reposan en este expediente, en el proyecto se requería una resistencia mínima a la fluencia de los pilotes de acero estructural de F_y mínimo de 245 MPa siendo la resistencia de las tuberías finalmente aprobadas e instaladas de 467.8MPa. Por lo tanto, la tubería colocada tenía una resistencia mayor a la requerida por el diseñador del proyecto en un 90.93 %, casi el doble.

Solicitó que se deseché el cargo por no existir incumplimiento contractual.

5.4.2.1.2. Descargos y alegatos del apoderado de la Aseguradora Solidaria.

El apoderado de la aseguradora coadyuvó en su integridad los argumentos expuestos por el apoderado respecto de este cargo, indicando:

“Manifiesto que coadyuvo en su integridad los argumentos expuestos por el Doctor CARLOS MENDOZA PUCCINI en su condición de apoderado de la firma CONCEP S.A., argumentos que de manera clara y a nuestro juicio contundente, desvirtúan cada uno de los ocho presuntos incumplimientos que se le imputan a la interventoría; de una manera técnica y jurídica claramente expuesta.

Alegatos de conclusión.

Coadyuvo los argumentos del apoderado de CONCEP, manifestando que existe un claro desconocimiento del objeto del contrato, no existe un conocimiento a qué tipo de obras se le iba a hacer la interventoría y que la imputación no se encuentra respaldada por un análisis de las actividades.

Señaló que en el proceso se ha logrado establecer que la supervisión no tiene conocimiento del alcance del objeto del contrato, no se tenía conocimiento de qué tipo de obras se iban a ejecutar y solo hay un análisis documental; a su vez no se encuentran debidamente soportados los diferentes incumplimientos.

Que de conformidad con el literal d artículo 86, al no encontrarse el incumplimiento se debe proceder de forma inmediata con el cierre y archivo del procedimiento.

5.4.2.2. Análisis del incumplimiento.

Con miras a determinar si se presentó un incumplimiento del contrato de interventoría 00245 de 2018 por la presunta incorrecta certificación de la tubería; este Despacho considera pertinente prefigurar los derroteros en torno a los cuales procederá a evaluar la conducta del investigado, subrayando que dicho examen estará inescindiblemente ligado a los argumentos expuestos por el contratista, su garante y las pruebas recaudadas. Es decir, el estudio de la responsabilidad contractual, además de ponderar los elementos de prueba obrantes en el expediente, abordará cada uno de los argumentos empleados como descargos por los intervinientes en la actuación.

Así, en lo que respecta a la incorrecta certificación de la tubería, se procederá a revisar cuáles eran las disposiciones contractuales que señalaban las características de la tubería y cuáles eran las obligaciones de la interventoría y en caso de evidenciarse un incumplimiento este no fue con ocasión de un eximente de responsabilidad.

a) Del contrato. Anexo técnico.

Dentro del anexo técnico del contrato de interventoría se dispuso como una de las características del contrato:

“Disponer de información adecuada para la toma de decisiones. Lo que hará posible que las actuaciones se ordenen a partir de unos determinados criterios y prioridades, y ponga de manifiesto las consecuencias sobre otras áreas de actuación.”

Obligaciones generales.

(...)

2. Garantizar que la ejecución del objeto contractual se someta a los plazos, términos, especificaciones, calidades y condiciones previstas o exigidas en el contrato y en los documentos del mismo.

De otro lado, el anexo técnico y parte integral del contrato de obra 244 de 2018 disponía que una de las obligaciones del contratista era el *“suministro e hincado de pilotes metálicos 500 mm (20”), e=1/2”, ASTM A53. Longitud 22 17 metros. En caso que el estrato de empotramiento se encuentre antes de la longitud 18 referida, se deberá ajustar el presupuesto de la obra.”*

En esa medida, cualquier modificación que se requiriera y aunque se haya basado en un concepto técnico y avalado por las partes correspondientes debía plasmarse en un acto con iguales características al que impuso la obligación, es decir un acuerdo de voluntades con las formalidades exigidas por la ley.

El Consejo de Estado se ha pronunciado en el mismo sentido, así:

“[U]n contrato que es solemne por prescripción legal –como el contrato estatal (...), solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario, dado que la convención modificatoria está tomando el lugar del

contrato originario y la solemnidad que se predica legalmente de éste, se exige para reconocer existencia, validez y eficacia a la convención que lo modifica.⁵

Bajo esa premisa, en los descargos, alegatos y en los testimonios se insistió en que Cormagdalena conocía del cambio en las características de la tubería de conformidad con lo acordado en el comité técnico administrativo del 16 de octubre de 2018 y de la necesidad de obtener las tuberías exigidas en el contrato o unas con un diámetro diferente a las avaladas; lo cual fundamentó la suscripción del otro sí No 1.

El acta de 16 de octubre de 2018 se dejó consignado lo siguiente:

“Teniendo en cuenta la observación por parte de la firma contratista en cuanto a la consecución de la tubería de 20” para pilotes, requiere de mayor tiempo de acuerdo a la programación de obra debido que esta tubería no se consigna en el país; Por (sic) tal motivo la supervisión de Cormagdalena sugiere se estudie la posibilidad de cambio de diámetro de la tubería avalados por los especialistas estructurales para la aprobación por parte de la Interventoría, teniendo en cuenta la tipología del contrato en una vigencia manifiesta.

Con base en lo anterior, el 6 de noviembre de 2018, el interventor requirió al contratista en los siguientes términos:

“2. Presentar un informe detallado de las acciones que ha aprendido su empresa para la consecución de la tubería que se utilizará para la hinca de pilotes.

Estamos a la espera del informe detallado.

3. Presentar un informe detallado de la compra de la tubería realizada por su empre. Entre otros aspectos se deberá indicar:

- Cantidad y Especificaciones de la tubería adquirida.

- Fecha de suministro de la tubería en el sitio del proyecto.”

No obstante, en el Otro sí No. 1 no se evidencia modificación alguna a las características de la tubería; por el contrario, en el fundamento se hizo alusión a la comunicación COMEPSA – YUMA 046/18 del 3 de diciembre de 2018 donde se indicó que se había iniciado formalmente el proceso de adquisición de 70 tubos de 20” o 500 mm, con espesor de ½ o 12.5 mm, proveniente de USA.

Y en la cláusula primera del Otro sí se dispuso:

“CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: Adicionar el plazo del Contrato de Obra No. 0-0244-2018 por el término de cuarenta y cinco (45) días calendario, contados a partir de la terminación del plazo inicial y, hasta el veinticuatro (24) de enero de 2019,

PARAGRAFO SEGUNDO(sic): La presente prórroga se concede sin perjuicio de las acciones que puede adelantar CORMAGDALENA frente a los hechos susceptibles de incumplimiento en que haya incurrido el CONTRATISTA.

CLÁUSULA SEGUNDA: GARANTÍA – EL CONTRATISTA se compromete para con CORMAGDALENA a tramitar ante la compañía Aseguradora los respectivos certificados de modificación de la garantía única, adicionando las vigencias de los amparos, en los mismos porcentajes señalados en la cláusula 5.1 y 5.2 del contrato principal para cada uno de tales amparos, obligación que debe cumplir a más

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de julio 12 de 2012, Expediente 15024, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

tardar dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de suscripción de la presente adición, plazo del cual debe presentar los documentos que corresponden en la Oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA.

CLAUSULA TERCERA: VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES – Salvo lo dispuesto en el presente documento, continúan vigentes todas las cláusulas y estipulaciones contenidas en el Contrato de Obra No. 0-0244-2018, que no hayan sido modificadas con el presente otrosí.

CLAUSULA CUARTA: PERFECCIONAMIENTO Y EJECUCIÓN – El presente documento se entiende perfeccionado con la suscripción de las partes.”

De otro lado, en relación con este cargo el ingeniero Andrés López manifestó en su testimonio lo siguiente:

“El contratista mira la posibilidad de hacer estos ajustes todavía no había entregado los diseños, recuerde que los diseños se entregaron el 31 de octubre, pero sigue buscando los pilotes para poder cumplir con lo especificado contractualmente. Después de muchos oficios que remite la interventoría Cormagdalena no dice no es posible conseguir definitivamente en Colombia esa tubería me toca ir a buscar al exterior y me toca ir a buscar a Estados Unidos que ha sido el único sitio en donde podido conseguir la cantidad de tubería, no solamente era conseguir un tubo era la cantidad de tubería que necesitaban conseguir más de 500 metros lineales de tubería no era un tubo, era mucha tubería. La cantidad de tubería, solamente la podía conseguir en Estados Unidos de la forma más rápida. Entonces, en ese momento nos remite un oficio a la interventoría y a Cormagdalena en que nos dice en Estados Unidos he conseguido una tubería que cumple con el diámetro, cumple con el espesor, que ustedes habían estipulado en sus especificaciones y es tubería recuperada, es tubería utilizada en Estados Unidos para el transporte de gas o de petróleo, que cumple con las normas API (American Petroleum Industry) y junto con ese documento que nos remite las especificaciones de esa tubería, ese documento que se remite se remite el mes de diciembre y junto con ese documento el contratista dice yo necesito un plazo adicional porque necesito importar todo esa tubería para poder ejecutar la obra.

En esa especificaciones que nos remite el contratista nos dice la resistencia a la fluencia de la tubería que les voy a entregar es de 467 megapascuales y la resistencia a la rotura es de 566 megapascuales o sea cuando uno analiza esa información pues se da cuenta que se supera ampliamente la solicitud de la norma ASTM A53; incluso llegando casi a doblarla, estamos entregando una tubería que cumple con el diámetro especificado, el espesor especificado y además cumple sobradamente casi el doble de la resistencia de la tubería.

Entonces ustedes me perdonan, pero es la comparación de que en las especificaciones se solicita comprar un Renault 4 y el contratista la entrega usted un Mercedes-Benz cumpliendo las especificaciones, al mismo costo, no implicó un peso adicional al contrato de obra, la ida de esa tubería con esa especificación muchísimo más mejorada.

Ahora usted me pregunta si Cormagdalena conocía o no de esa circunstancia, claro que se conocía esa circunstancia porque ese documento por el cual solicitó la prórroga del contrato fue el documento que se utilizó en los considerandos, en el otro sin número No 1º, que suscribió Cormagdalena con el contratista. O sea en el Considerando está estipulado que la tubería que se utilizaría para la construcción de la obra de contención del terminal fluvial Yuma iba a ser traída de Estados Unidos y que correspondía a tubería que cumplía con las especificaciones del América Petroleum Industry eso lo tenía claro, porque está escrito en el considerando del otro sin número uno que se firmó en diciembre del 2018, por el cual se le amplió el contratista 45 días de plazo para que trajera la tubería y empezara hincar sus pilotes.”

Por su parte, el ingeniero Armando Balza indicó:

“Bueno, lo que pasa es que hay dos tipos de tubería, la comercial que es la que acaba de expresar la A53 y el A36 que es la que uno comercialmente está, pero está es tubería como son tuberías muy especiales no son normales las que uno estructuralmente usa. Pero esta tubería tiene una especificación

mayor porque son para prácticamente para cuestiones petrolera y cosas así tienen unas especificaciones más altas entonces, pero ellos consiguieron la tubería traerla, cómo se llama la importación, se demoraba mucho en traerla y está también cumplía con las mismas características y bueno y da una mejor una mejor mayor seguridad a la estructura.”

“Sí aprobamos el cambio de la tubería por dos razones, la primera es que el refuerzo de afluencia y el esfuerzo de ruptura de esta tubería es superior a la que el ingeniero estructural había consignado bajo los planos estructurales, la superaba, o sea, eran de mayor resistencia en cuanto afluencia y rotura era una parte muy importante en la parte estructura para el diseño y lo segundo es que la norma ASTM A53, que está implícitamente en la norma NSR 10 permite que podamos utilizar tubería con costura y sin costura, prácticamente, y se aprobó en diciembre, aprobamos esa tubería.”

(...)

“A nosotros principalmente nos interesa la parte de la resistencia entonces para mí estructuralmente si yo envío una tubería y la persona me dice yo tengo que comprar en el mercado porque también dependemos del mercado. ahí está tuberías solamente y estás tubería tiene una mejor especificación que la que yo recomendé yo la pruebo.”

(...)

“No, no implicaba ningún riesgo, al contrario, como vuelvo y notificó como esta capacidad de resistir de la tubería es casi el doble de la que habíamos recomendado en los planos, no pasaba nada.”

Sobre este mismo tema, el ingeniero Carlos Barbosa manifestó:

“Bueno con respecto a ese punto también ha ocurrido algo que no ha debido pasar y que ya no deberíamos estar hablando de eso. Los planos y los diseños se hicieron con una tubería que cumple con la norma ASTM A53 grado B, ASTM es una entidad norteamericana dedicada a expedir especificaciones de construcción y de materiales de acero entonces, esa norma fue, esa norma aparece explícitamente en la NSR-10, norma sismorresistente Colombiana que fue el documento que se tomó para regular el diseño de esta estructura.

Esa norma ampara a tuberías metálicas que tengan costuras y que tampoco tengan costuras, ampan ambos tipos de elementos desafortunadamente, para nosotros pues, para nadie es desconocido que pertenecemos al tercer mundo, saliera a comprar al mercado ya sean tablaestacas o tuberías no es un proceso sencillo, hay que importarlas y ahí hay que ir buscando en qué sitio del mundo las producen, de tal manera que dada la urgencia manifiesta el contratista encontró que en algún lugar del mundo podía conseguir la tubería del diámetro y del espesor pero con otras especificaciones, esas otras especificaciones fundamentalmente para lo que interesa el diseño estructural, hay dos factores que miden la resistencia del material que es: la resistencia a la fluencia y la resistencia a la fractura, ambas resistencias son muy pero muy superiores a las de la tubería originalmente consignada o prevista en el diseño.

De tal manera que, el criterio de ingeniería aunque en el plano no diga que esa referencia o es especificación sea la que se debe usar o por criterio de ingeniería se decide que si es posible usarla porque cumple con los requisitos de resistencia muy pero muy sobrados.

(...)

“Bueno la verdad es que yo tengo entendido que son tuberías nuevas. No, de hecho el contratista para poderlas tener la aprobación tanto mi aprobación como diseñador estructural, como la aprobación del revisor de los diseños que era parte del equipo del interventor, él nos envió a todo el mundo incluso a Cormagdalena la ficha técnica de esa tubería, un procedimiento avalado por las normas como la ASTM o como la NSR-10 que aceptan qué es válido o constatar o permitir el uso de un material que se anexe un

documento expedido por el fabricante entonces, no pongo en duda que sean tuberías nuevas de hecho, en alguna oportunidad que estuve en puerto Yuma estaban a la vista y eran tuberías nuevas.”

Respecto de la posibilidad de que el cambio de la tubería presuponga un riesgo el ingeniero manifestó:

“Absolutamente no constituía daño ni riesgo potencial para la obra de hecho, yo emití un documento formal en donde explico toda la argumentación que he dicho aquí y en la cual baso mi consentimiento de que esa tubería se puede emplear.”

Al ser preguntado por el cambio de las especificaciones de la tubería, el ingeniero Leonardo Contreras supervisor del contrato durante la ejecución, indicó:

“Si mal no recuerdo desde la primera semana creo que fue el primer comité el contratista manifestó que en el mercado local no se encontraba esa tubería que estaba estipulada en el contrato, él nos mostró pruebas y evidencias de toda la gestión que hizo y desafortunadamente, para el proyecto no se encontró en el mercado la tubería que se estipuló inicialmente, sin embargo el contratista presentó una propuesta con una nueva tubería con un espesor distinto y diámetro distinto modelado y firmado por el ingeniero estructural, la cual estaba muy por encima de los estándares requeridos inicialmente, por eso la interventoría y yo como el supervisor del contrato se decidió la aprobación del uso de este nuevo elemento ya que superaba en varias veces los estándares que se habían requerido.”

(...)

“sí claro es que digamos en los procesos de construcción uno exige estándares mínimos por ejemplo, el concreto tú habrás oído que se pide en concreto de 3000 psi de 4000 psi, si se evidencia que el concreto es mayor a esa resistencia pues obviamente es aprobado porque está cumpliendo y superando los estándares mínimos que fueron requeridos, en este caso, en este elemento en particular el contratista presentó y sustentó toda la información técnica también emitida por el fabricante donde esté evidente que la tubería nueva tenía una mayor resistencia a la tubería que se había pedido inicialmente eso es totalmente válido en las construcciones civiles y en todo tipo de construcción estructural.”

Al preguntársele sobre la formalización del cambio de la tubería, el ingeniero indicó:

“Específicamente no recuerdo bien en qué tipo de documento, pero sí soy consciente de que es lo que voy a escrito y plasmado en comités y en oficios que se intercambiaron entre contratista y la interventoría en el cual también si mal no estoy sean está el certificado y la firma del ingeniero estructural del contratista.”

Ahora, por parte de Cormagdalena el ingeniero Carlos Quizá indicó:

“A ver voy a intentar acudir a mi memoria, recuerdo que, el tema de la tubería no era tanto un cambio en especificaciones hasta donde yo recuerdo sino más una demora en la consecución de la tubería, entiendo que la tubería que había sido establecida en su momento del contrato no se encontraba disponible en Colombia y había que traerla no sé de dónde y por tierra ocurrido etcétera, entonces eso se demoraba pero así como un cambio especificaciones no, no recuerdo no recuerdo eso no recuerdo que hubiese habido.”

(...)

“A ver si mal no recuerdo el contrato y es también la naturaleza una urgencia manifiesta permitirá tanto así que permitía entregar los unos diseños ajustados, el ajuste de los diseños no limitaba en absolutamente nada, ni siquiera en el presupuesto, inclusive del no sé si en el contrato, en la minuta, pues es referencia y se dice que si se requiere más presupuesto pues que de acuerdo con el diseño que presenta el contratista parece que en su momento se miraría la disponibilidad y la aprobación por parte

de la interventoría de esos ajustes en los diseños pero, de entrada si me pregunta que el cambio de diseño de la tubería referente al contratado es negativo yo diría que no siempre y cuando estuviera soportado en un diseño aprobado por la interventoría, que en teoría a veces pues si tuviera también la aprobación del supervisor.”

En ese entendido, a juicio del apoderado de la interventoría y de los testigos la tubería comprada y suministrada por el contratista de obra tenía unas mejores condiciones y podía emplearse en la obra; sin embargo, tal como lo manifiesta la interventoría en el Oficio CONCEP, II-757-040-19, *“Toda la tubería que suministre el contratista debe cumplir con la norma ASTM A53, como lo indican las especificaciones contractuales y los diseños presentados.”*

Por otro lado, en el informe final de interventoría, en el punto “Actividades desarrolladas por el contratista durante la ejecución del proyecto” se indicó que el contratista ejecutó la siguiente actividad:

“Suministro e hincado de pilotes metálicos 500mm (20”), e=1/2, ASTM A53. El contratista desarrolló esta actividad con el equipo requerido por la especificación técnica establecida en la Cláusula 3.1 del contrato de obra y se le reconoce 301.65 metros lineales de pilotes, lo que equivale al 32,65 % del total de la actividad.”

Lo indicado en el informe, claramente contradice lo manifestado en el Oficio CONCEP, II-757-040-19, en el que se indicó:

“La tubería especificada en los planos estructurales debe cumplir con la norma ASTM A53 grado B. De acuerdo a esta norma la tubería debe ser sin costura y la adquirida y utilizada por el contratista en la hinca de pilotes es con costura y con la siguiente especificación PIPE 20” IN HSAW 1270AAPI X40 BELEVED ENDS PSL -1”

De lo expuesto, resulta claro que la interventoría avaló el uso de una tubería que, a su juicio, superaba la resistencia de la tubería indicada en el contrato con sus respectivas especificaciones, y que en el Otro sí No. 1 suscrito por Cormagdalena no se señaló el cambio de las características de la tubería, pero fue aprobada por la interventoría.

De otro lado, en los informes semanales 6 al 8 que van del 12 de noviembre al 10 de diciembre se relacionó como actividades adelantadas la llegada de la tubería, el sandblasting y la pintura de las mismas; luego, el otrosí fue suscrito el 7 de diciembre de 2018 y en él no se indicó el cambio de las especificaciones de la tubería.

Por tanto, es visible que, a pesar de las nuevas condiciones de la tubería, la interventoría no solicitó a la Corporación la modificación de las especificaciones de la tubería. No obstante, de las pruebas aportadas y los testimonios rendidos por funcionarios de Cormagdalena se observó que tanto el contratista de obra como la interventoría pusieron en conocimiento las circunstancias presentadas y la necesidad del cambio de la tubería, esto se evidencia en las consideraciones del Otrosí No. 1.

También es claro que la aprobación de la interventoría respecto del cambio de las especificaciones de la tubería estuvo precedida de una verificación por parte de esta, de que las nuevas características cumplieran las condiciones mínimas requeridas por la obra y tuvo como objetivo que el contrato se gestionara de forma eficaz.

Ahora, en las pruebas recaudadas no se observa con certeza que lo anterior implique una afectación al contrato o un incumplimiento contractual; careciendo este Despacho de pruebas sólidas que permitan declarar más allá de toda duda razonable, un incumplimiento.

Respecto de estas circunstancias el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

*“La presunción de inocencia va acompañada de otra garantía: “el in dubio pro administrado”, toda vez que si el Estado no cumple con la carga probatoria que le corresponde y existen dudas razonables respecto de la responsabilidad de quien está siendo objeto de investigación, la única respuesta posible es la exoneración”.*⁶

Por su parte, en providencia posterior la Corte Constitucional se pronunció sobre el debido proceso e in dubio pro administrado, así:

*“La regla que ordena resolver las dudas razonables en favor del investigado (regla in dubio pro-reo, in dubio pro administrado, in dubio pro disciplinado) es una consecuencia natural de la presunción constitucional de inocencia y constituye la contracara misma de la carga de la prueba que pesa sobre el Estado, a través de las entidades que ejercen el poder público. Así, no obstante que la norma constitucional no exija expresamente que las dudas razonables sean resueltas en beneficio de la persona investigada, se trata de una conclusión forzosa que resulta de constatar que, a pesar de los esfuerzos demostrados durante el desarrollo del procedimiento y en desarrollo del deber de instrucción integral, el Estado no cumplió la carga probatoria que le incumbía y, por lo tanto, no logró recaudar o aportar pruebas suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia. Por lo tanto, la regla “en caso de duda, resuélvase en favor del investigado”, no es más que la confirmación de que la persona nunca ha dejado de ser inocente y, en el caso de sanciones de naturaleza administrativa, la no aplicación de esta regla, genera nulidad del acto administrativo. Aunque la jurisprudencia constitucional haya precisado que, en tratándose de procedimientos administrativos, la presunción de inocencia no es un derecho absoluto y se haya admitido, de manera excepcional, que el Legislador invierta la carga de la prueba de uno de los elementos de la responsabilidad, (el elemento subjetivo), a través de la previsión de presunciones de dolo y de culpa, dichas medidas han sido sometidas al cumplimiento de rigurosas condiciones y, en todo caso, se ha advertido que esta posibilidad se encuentra excluida para ciertos procesos, en particular, el proceso disciplinario, en donde debe operar plenamente la presunción de inocencia.”*⁷

Aunado a lo anterior, debe respetarse el principio de legalidad y congruencia del procedimiento administrativo sancionatorio, lo cual ha sido desarrollado por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“La potestad sancionadora de la Administración está sujeta al principio de legalidad establecido en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política. Sin embargo, cuando del ejercicio del ius puniendi se trata, estas disposiciones deben conjugarse con una de las manifestaciones más importantes del derecho al debido proceso, conocida como la tipicidad de las infracciones, regla consagrada en el artículo 29 de la Carta Política; esta norma preceptúa: “...Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.” De la anterior disposición se desprenden tres exigencias: la existencia de una “lex scripta”, de una “lex previa” y de una “lex certa.” (...) La disposición constitucional en comento impone al legislador el deber legal de tipificar las infracciones, cosa distinta es que le otorga la posibilidad de decidir si él va a delimitar todos y cada uno de los elementos que conforman la infracción administrativa o si por el contrario parte de esta tarea se va encomendar a la autoridad administrativa. Así las cosas, la prohibición que se desprende de la Carta política es la de que sea el reglamento quien de forma exclusiva defina en que consiste el comportamiento que de presentarse ameritaría sanción, pues este obrar si conllevaría una usurpación

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. MP Enrique Gil Botero. Rad. 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738)

⁷ Corte Constitucional, sentencia C495 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

de las funciones que corresponde a la rama legislativa. Esta interpretación es armónica con el artículo 113 de la norma fundamental, toda vez que en Colombia la construcción del modelo de Estado se ha hecho sobre el principio de colaboración armónica entre los diferentes poderes públicos.”

Respecto al principio de congruencia ha señalado:

“Entre el pliego de cargos y el fallo disciplinario debe existir correspondencia en lo que respecta a la denominación jurídica que se atribuye al disciplinado, en garantía de los derechos que le asisten, en particular los de acceso a la investigación, rendir descargos, motivo por el cual los cargos deben estar plenamente identificados en cuanto delimitan el marco de acción de su derecho de defensa; de igual manera garantiza el derecho de impugnación de las decisiones ya que su controversia está delimitada por los cargos que se hubieran formulado. Tal es la relevancia del principio de congruencia, que su desatención puede dar lugar a la invalidación de la actuación, por violación al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción.”⁸

En ese entendido, al no evidenciarse que se allegaran pruebas suficientes que generaran un grado de certeza a esta oficina y al presentarse una duda razonable respecto del cargo de incumplimiento por parte de la interventoría, este despacho no procederá a declarar el incumplimiento por el cargo de incorrecta certificación de la tubería utilizada en la obra.

CONCLUSIONES

En ese contexto, y atendiendo los principios de legalidad, de la sanción, debido proceso, in dubio pro administrado y la congruencia que debe existir entre los hechos y los incumplimientos, este Despacho no considera probado el cargo de incorrecta certificación de la tubería utilizada en la obra.

5.4.3. EXIGENCIA AL CONTRATISTA DE OBRA DE LAS NORMAS CCP-2014 Y LA NSR 2010, LAS CUALES NO CORRESPONDEN A LAS EXIGIDAS PARA EL DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE MUELLES.

5.4.3.1. Descargos y alegatos de los Intervinientes

5.4.3.1.1. Descargos y alegatos del apoderado de CONCEP S.A.S.

Descargos.

En los descargos presentados por el apoderado de la interventoría, se inició manifestando que el documento técnico que sustenta el incumplimiento no menciona cuál es la norma que a su juicio debía ser tenida en cuenta.

Agregó que a través de Comunicación Interna No. CI-SDSN: 202001001274 emitida el 9 de julio de 2020 por el ingeniero Jairton Habit Diez Díaz en su calidad de Subdirector De Desarrollo Sostenible

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. Luis Rafael Vergara Quintero. Rad. **11001-03-25-000-2011-00170-00**. Sentencia del 30 de junio de 2016.

y Navegación, se indicó que el objeto del contrato consistía en diseñar obras correspondientes a la recuperación de la tablestaca colapsada y una terminal fluvial, y se concluyó que el contrato de obra objeto de la interventoría no tenía como objeto la realización de obras prioritarias de contención y recuperación de la línea de tablestacado colapsado sino adicionalmente la construcción de un terminal fluvial.

Resaltó que en la cláusula 1.1 y 1.3 del contrato no se expresa ni se da a entender qué parte de las actividades proyectadas implicaban la construcción de un terminal fluvial y no se efectuaba una interventoría a la construcción de muelles o terminal fluvial, sino a diseños, obras de protección y contención que sí incluyen un marco técnico aplicable a las normas exigidas.

Argumentó que el diseño del proyecto debía ser el resultado de la aplicación de diversos criterios, cuyo fin es garantizar la calidad y estabilidad de la obra, haciendo uso de criterios técnicos nacionales e internacionales, partiendo del entendido de que las normas técnicas NSR-10 y CCP-14 están basadas en las normas americanas ACI y ASSHTO, respectivamente. Que de igual forma se puede acudir a los lineamientos consignados en los capítulos de encuadre sísmico (A.2, NSR-10), alcance geotécnico (Cap. 10.4.2, CCP-14), diseño de estructuras de contención (H.6, NSR-10), entre otros, para ser aplicados al desarrollo y/o revisión de estudios y diseños de proyectos portuarios, sin que eso implique incurrir en una inconsistencia o mala práctica ingenieril.

Relacionó algunas imágenes en las que se evidenciaban cuál era el estado de la Terminal Fluvial Yuma desde el año 2015 hasta el 2018 cuando falló la tablestaca y concluyó que las obras que fueron contratadas no incluían ni proyectaban la construcción de Terminal Fluvial ni un muelle, sino la zona colapsada. Por tanto, a juicio del apoderado, la estructura diseñada debía obligatoriamente seguir los requisitos mínimos exigidos por el reglamento colombiano de construcciones sismo resistentes (NSR10), para lo cual el diseño estructural realizado cumple con los requisitos mínimos establecidos en el reglamento antes mencionado.

Aseveró que, si el objeto del contrato se tratara de un muelle, las exigencias del contrato debían plantear los criterios de embarcación de diseño, movimientos de pasajeros y carga, equipos para el cargue y descargue de embarcaciones, y área de bodegas. Al tiempo definió el muelle como una estructura donde atracan grandes embarcaciones y estos requieren de elementos especiales como, defensas, estructura de atraques y bitas de amarre para sujetar las embarcaciones al muelle o en tierra.

Subrayó que al momento de la suscripción del contrato de obra se desconocía las condiciones de la zona específica de hinca de los pilotes, así como las condiciones geotécnicas de la zona para el desarrollo del proyecto lo cual podría generar inseguridad sobre los resultados del diseño presentado y por ello se debió aplicar la norma CCP-2014, ya que brindaba las condiciones para la verificación geotécnica de la zona de estudio y permitiría un resultado adecuado.

Explicó que el uso de la norma CCP-2014 fue *“resultado de un Comité de Obra celebrado en las oficinas de la Interventoría el 3 de abril de 2020 en donde participaron los Especialistas Estructurales y Geotécnicos del Contratista y de la Interventoría, en el cual se acordó que al no contar Colombia con una normativa nacional específica aplicable a este tipo de proyectos, se acepta como válida la*

extracción de los títulos y lineamientos, aplicables al diseño, de la única normativa colombiana vigente existente (NSR-10, CCP-14), con el fin garantizar la calidad y estabilidad de la obra.”

Concluyó que, si al momento de la suscripción del contrato Cormagdalena creía que se estaba acordando la construcción de un terminal fluvial y no la realización de obras de protección y contención, se requiere que internamente se efectúen las investigaciones correspondientes se ponga en conocimiento a los entes de control, pero no puede endilgarse responsabilidad de esa situación a la interventoría.

Alegatos.

En los alegatos de conclusión presentados por el apoderado del contratista reiteró que en la citación que dichas normas no podían ser utilizadas, pero no se expresó cuáles eran las normas que se consideraba eran las aplicables en este caso. Indicó que ello imposibilita una defensa técnica del caso y se evidencia una indebida tipificación del cargo

Agregó que la entidad comete un error procesal al indicar que se incumple el contrato por aplicar una norma que supuestamente no es apropiada para muelles, no solo porque está claro que la hipótesis en que se fundamenta es incorrecta, sino también porque no se indica cuál es el efecto de haber hecho uso de esa norma, específicamente porque dentro del contrato y su anexo técnico no se menciona cual era la norma que debía ser utilizada; así las cosas, si no hay una referencia contractual que indique la norma que se debía utilizar, la entidad debía informar a la interventoría cuál era la norma que debía aplicarse, para así poder ejercer la defensa técnica de forma adecuada; por ejemplo comparando las exigencias técnicas o el contenido de la norma para verificar si se trataba de una norma más exigente o menos exigente, si la misma desde el punto de vista técnico podía tener las mismas finalidades o si las guías normativas podían generar un efecto diferente al esperado.

Indicó que los testigos coincidieron que el objeto del contrato no era la construcción de un muelle sino la contención y recuperación de la línea de tablestaca colapsada, y que fue en el concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros en donde se expresó que la obra tenía las características de muelle.

Expresó que dentro del procedimiento no hay indicación alguna en la que se diga que las normas CCP-14 y NSR10 resultaran técnicamente inapropiada y que sus efectos permitieron el incumplimiento del contratista de obra; que las exigencias de dichas normas fue para guiar ciertas actividades puntuales, el diseño del proyecto debía ser el resultado de la aplicación de diversos criterios, cuyo fin principal es garantizar la calidad y estabilidad de la obra haciendo uso de criterios técnicos nacionales e internacionales.

Manifestó que en la prueba por informe no se podía solicitar que se allegara un concepto sobre las normas internacionales que se podían utilizar; a su vez, a su juicio, la entidad comete un error procesal al indicar que se incumple el contrato por aplicar una norma que supuestamente no es apropiada para muelles, pues la hipótesis en que se fundamenta es incorrecta ni se indica cuál es el efecto de haber hecho uso de esas normas.

Concluyó que el cargo de incumplimiento no puede prosperar porque no se ha generado una violación de las normas contractuales ni se ha producido un daño en la obra que se pueda ligar a las acciones de la interventoría.

5.4.3.1.2. Descargos y alegatos del apoderado de la Aseguradora Solidaria.

El apoderado de la aseguradora no se pronunció sobre este cargo.

5.4.3.2. Análisis del incumplimiento.

Para establecer si se presentó un incumplimiento del contrato de interventoría 0-245-2018 por la exigencia al contratista de obra de las normas CCP-2014 Y LA NSR 2010; este Despacho considera pertinente, se procederá a revisar cada uno los argumentos empleados en los descargos, los alegatos y las pruebas decretadas dentro del procedimiento.

a) Del objeto del contrato.

El objeto del contrato 0-0245-2018 consistió en *“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 ubicada en Barrancabermeja – Santander”*

Entre las obligaciones que tenía el interventor se encuentran:

“Además de las obligaciones previstas en este Contrato y en la propuesta, las contenidas en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta, o aquellas otras que deban ser cumplidas de conformidad con la normativa aplicable, el INTERVENTOR se obliga a:

(...)

d) Cumplir con las actividades y procedimiento de Interventoría, establecidos en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta para contratar la Interventoría.

g) Verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista de obra, contenidas en el contrato, anexos y en sus Apéndices y en los planes, programas y manuales presentados por el contratista.

Anexo Técnico en el punto 6.3.1:

“6.3.1 FUNCIONES ADMINISTRATIVAS

El Interventor deberá realizar los procesos y actividades para la coordinación de la gestión administrativa en desarrollo de la ejecución del Contrato de la obra y del Contrato de Interventoría, de tal forma que se dé la interacción con el contratista y/o con el CORMAGDALENA. Lo anterior implica el establecimiento de un sistema de coordinación y comunicación eficiente con estas contrapartes incluyendo la entrega y archivo de información de forma oportuna y organizada, la digitalización de correspondencia y documentación del proyecto, la recepción y verificación de informes, entre otros.

(...)

3. Conocer las normas, especificaciones, permisos, trámites, licencias, resoluciones y demás requisitos que debe adelantar el contratista y que sean indispensables para el desarrollo normal del contrato.

Ahora, previo a determinar si la interventoría incumplió sus obligaciones es preciso indicar que la norma NSR10 tiene entre sus exclusiones lo siguiente:

b) NSR-10 Capítulo A.1 Introducción.

“A.1.2.4 -Las excepciones del Reglamento de Construcciones Sismo Resistentes, NSR -10, es aplicable a edificaciones (construcciones cuyo uso primordial es la habitación u ocupación por seres humanos) y no se aplica a:

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 a edificaciones.”

Por su parte, la norma CCP-2014 indica en su alcance lo siguiente:

“Las disposiciones de esta Norma están concebidas para diseño, evaluación y rehabilitación de puentes viales tanto fijos como móviles. Sin embargo, no se incluyen aspectos mecánicos, eléctricos y de seguridad para los vehículos y peatones en puentes móviles. No se incluyen disposiciones para puentes exclusivamente ferroviarios ni para los usados en el tendido de servicios públicos. Esta norma se pueden aplicar para puentes que no están completamente cubiertos en el alcance de éstas, incluyendo criterios de diseño adicionales donde se requiera.”

De conformidad con lo indicado en el informe del supervisor del contrato mediante los oficios CONCEP, II-757-021-18 y CONCEP, II-757-040-19 el interventor solicitó el cumplimiento de las normas CCP-2014 y la NSR-2010, así:

CONCEP, II-757-021-18

“Estudio Geotécnico CIM029AGO18, adelantado por la empresa INCOSUELOS, Ingenieros Civiles S.A.S.:

-El informe se basa en los resultados de cuatro (4) perforaciones de 20.0m de profundidad ubicados en tierra, en el trasdós del muelle existente. Únicamente el sondeo S04 se ubica en la zona de intervención proyectada, objeto del presente contrato.

De esta forma y con base en lo establecido en la NORMA COLOMBIANA DE DISEÑOS DE PUENTES - CCP-14, capítulo 10-4-2- Exploración del suelo, se considera insuficiente el trabajo de campo realizado.

- Se aclara que, según se establece en el capítulo mencionado, los sondeos deberán disponerse de manera alternada al frente y detrás del muro. Por lo que deberá considerarse la ejecución de sondeos en agua que permita obtener información geotécnica tanto para la pantalla de pilotes interior como la exterior.

(...)

Dentro de los planos recibidos para la revisión estructural se encontró que se debe consignar la información solicitada por la NSR-10 de acuerdo con el numeral mencionado anteriormente, tal como grado de disipación de energía, cargas sobreimpuestas para el diseño y grupo de uso.” (Subraya fuera del texto)

CONCEP, II-757-040-19

“2. OBSERVACIONES AL DISEÑO ESTRUCTURA.

En el plano P-03 de despiece de vigas encontradas la viga A, donde los estribos están espaciados a cada 25 cm y la estructura está diseñada sísmicamente para una capacidad de Disipación de energía Moderada (DMO), y de acuerdo a la norma NSR-10 los estribos deben tener un espaciamiento máximo de 23.26 cm.

A su vez, dentro de los descargos y alegatos presentados por el apoderado de la interventoría se insistió en que el objeto del contrato de obra no era la construcción de un muelle y alegó un error en la citación y denominación de los cargos; puesto que no se indicó qué normas se debían exigir por parte de la interventoría.

c) De la prueba por informe:

Respecto de esta última aseveración, en el ejercicio de la prueba por oficio, la Oficina Asesora Jurídica procedió a decretar la prueba por informe en la cual se le solicitó al Subdirector de Desarrollo Sostenible y Navegación que informara cuáles normas técnicas podrían aplicarse y exigirse por parte de la interventoría de contrato de obra No. 244 de 2018 para dar cumplimiento al objeto contractual y demás documentos técnicos del contrato.

Como respuesta, la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación informó que *“en Colombia no existe una normativa única para los diseños de infraestructura portuaria, por lo cual para el desarrollo de este tipo de proyectos es necesario remitirse a la normativa internacional especializada elaborada en otros países, mundialmente aceptadas y que presentan mayores avances en este tipo de diseños”*.

Seguidamente se relacionaron las normas o códigos especializadas como son la normativa Estadunidense, las normativas europeas y las asiáticas.

La respuesta dada a esta prueba fue refutada por el apoderado de la interventoría manifestando que la prueba no cumple con lo dispuesto en el artículo 275 del Código General del Proceso toda vez que con ella no se suministró datos que se encuentren de los archivos o registros de la entidad y respecto de este cargo indicó:

“En la misma línea ya comentada anteriormente, la solicitud esta destinada a que se emita un juicio sobre cuales deben ser las normas técnicas aplicables por la interventoría, lo que implica que se le solicita a quien emitió el informe de incumplimiento exprese un concepto técnico que sustente el cargo de incumplimiento que éste mismo propuso. Por su parte, también es importante resaltar que la “solicitud de información” claramente esta encaminada a suplir una de las falencias del informe de incumplimiento realizado por el SUBDIRECTOR DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y NAVEGACIÓN y que se replicó en la citación a descargos, que fueron mencionadas y que constituyen parte de los descargos sobre la falta de una tipificación correcta del incumplimiento, y al hecho de que nunca, dentro de este procedimiento se le ha indicado a mi representada cual era la norma técnica adecuada, como para considerar que se incumplió el contrato. Con la prueba por informe, se intenta tardíamente traer al proceso un “concepto técnico” que identifique cuales son las normas técnicas que debían ser exigidas y que configurarían la supuesta falencia de la interventoría durante la ejecución del contrato. Ahora bien, en cuanto a las implicaciones técnicas de las afirmaciones incluidas en la prueba por informe, debemos iniciar refiriéndonos a un grave planteamiento que dirige el sentido de la prueba por informe y que entendemos

solo hasta este momento del proceso, constituye también uno de los ejes centrales del proceso de declaratoria de incumplimiento, y es el hecho de que CORMAGDALENA a través de su SUBDIRECTOR DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y NAVEGACIÓN, quien ejerce el cargo de supervisor del contrato con posterioridad a su culminación, entiende que el objeto del contrato objeto de este procedimiento se refiere a la CONSTRUCCIÓN DE UN MUELLE Y LA REALIZACIÓN DE OBRAS PORTUARIAS FLUVIALES, tal y como lo expresa en la respuesta del punto No. 4 de la prueba por informe, las cuales distan absolutamente del objeto contractual y los anexos técnicos que sustentaron la contratación.”

Al respecto, es necesario revisar la procedencia de la prueba por informa regulada en el artículo 275 del Código General del Proceso, así:

“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.”

Sobre este punto, la doctrina se ha pronunciado sobre la conducencia, pertinencia prueba por informe así:

“Este medio iniciarse de prueba permite que antes de emitir sentencia se cuente con información necesaria para dicho fallo, de manera que el operador judicial forme su convencimiento, aún más si se tiene en cuenta que la producción de la prueba depende de un tercero ajeno a la controversia que ostenta calidades que le permiten dar fe respecto de la veracidad de determinada información sin que realice algún tipo de juicio de valor en torno a ella.”

Conducencia:

“Así las cosas, respecto de la prueba por informe, es posible concluir que en su consagración misma en el artículo 275 del Código General del Proceso el legislador definió su procedencia y conducencia, señalando de forma expresa que podrá solicitarse a una entidad que rinda informe “[...] sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe [...]”, con lo cual — en principio— se puede concluir que es un medio de prueba con la idoneidad de dar fe de la información (archivos, datos, etc.) que reposa en custodia de quien rinde el informe.

En todo caso, valga decir que aunque la conducencia de la prueba por informe se satisface como se indicó líneas atrás, no existe prohibición legal para que por medio de ella se acrediten otros asuntos, siempre y cuando se respeten las disposiciones legales que establecen que algunos hechos solo pueden probarse con determinados medios de prueba; verbigracia, no se puede probar la existencia de una persona mediante un informe, pues la única prueba que tiene tal virtud es el registro civil de nacimiento.”

Pertinencia

“Así las cosas, el informe que se le solicite a la entidad deberá tener estrecha relación con los hechos que las partes pretenden probar en el proceso, los cuales, a su vez, deben estar ligados a la controversia que se somete al aparato jurisdiccional, máxime si las partes no han podido obtener y aportar el informe por su cuenta y optan por solicitarle al juez que pida que se rinda tal in- forme, pudiendo representar un retraso en el trámite.

Es posible concluir, entonces, que para que el medio de prueba por informe sea decretado o incorporado al proceso no es suficiente con que sea lícito y conducente, sino que es indispensable también su pertinencia en este.

Utilidad

En este caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 168 del Código General del Proceso, cuando el juez advierta que el informe puede resultar inútil, bien sea porque no aporta al acervo probatorio o porque pretende recaer sobre hechos ya probados, deberá rechazar su decreto de plano, pues la prueba será superflua. Valga anotar que este requisito de la utilidad es una materialización del principio de economía procesal, pues muestra con claridad que debe propenderse siempre al menor desgaste del aparato jurisdiccional, de los operadores jurídicos y de las partes mismas del proceso.”⁹

Conforme lo anterior, la prueba por informe decretada por la Oficina Asesora Jurídica y rendida por el Subdirector de Desarrollo Sostenible y Navegación, quien dio fe de la información solicitada, la cual reposaba en su despacho, tiene estrecha relación con los hechos que se quieren probar y resulta útil al procedimiento.

Por lo anterior, la prueba por informe será valorada y aceptada en el presente procedimiento.

d) Del cargo de incumplimiento.

De la revisión del material probatorio y de los testimonios rendidos por los testigos, resulta claro que el objeto del contrato no correspondía a la construcción de un muelle sino a la construcción de obras prioritarias de contención y recuperación de la línea de tablestaca y que la interventoría en el ejercicio de sus obligaciones requirió al contratista de obra el cumplimiento de las normas NSR 10 y CCP 2014.

También es claro que de la lectura de las excepciones expresamente señaladas en la NSR 10, esta norma sólo deberá ser aplicada a edificaciones y la norma CCP 2014 sólo está concebida para el diseño de puentes.

Bajo estas premisas, le asiste razón al apoderado y a los testigos intervinientes en la medida que el objeto del contrato no es un muelle. Sin embargo, obvian que el cargo señalado corresponde a que se exigió al contratista de obra el cumplimiento de las normas CCP-2014 y la NSR 2010, complementándose con que estas normas no son las exigidas para el diseño y construcción de muelles.

Ahora, de los ingenieros expertos que rindieron su testigo, los ingenieros Andrés López, Carlos Barbosa y Armando Balza indicaron que la obra objeto de la interventoría no cumplía las características de muelle ni de una construcción hidráulica y por tanto podrían ser aplicables las normas NSR 2010 ni CCP - 2014

Por su parte la ingeniera Zulma Pardo, una de las signatarias del concepto “ASESORÍA TÉCNICA EN LAS OBRAS DE CONTENCIÓN Y RECUPERACIÓN DE ORILLA EN LA TERMINAL FLUVIAL DE YUMA”,

⁹ La Prueba Por Informe. En Universidad . Externado. Colombia, *Derecho Probatorio: Desafío Y Perspectivas* (Págs. 265-298). Bogotá: Universidad Externado.

manifestó en su testimonio que a su juicio la obra tiene las características de la construcción de una estructura hidráulica tipo muelle. Es importante destacar que lo anterior, obedece a un concepto que debe ser valorado integralmente con las demás pruebas aportadas en el plenario.

Finalmente, el ingeniero Leonardo Contreras (Supervisor del contrato durante la ejecución) indicó:

“No estoy de acuerdo, según eso que me acaba de expresar esa afirmación proviene de una persona que desconoce totalmente él porque del contrato de urgencia manifiesta, ya que como lo dije minutos atrás no se contrató ni los diseños, ni construcción de muelle ni de puerto, ni ninguna de ese tipo de infraestructura, lo que se contrató fue una obra para recuperar los 18 metros de tablestaca que habían colapsado, lo que quiere decir una obra de contención.”

A su vez el ingeniero Carlos Quizá (Subdirector de Desarrollo Sostenible y Navegación) manifestó que la obra no comprendía a la construcción de un muelle, toda vez que la urgencia manifiesta sólo estaba destinada a lo que realmente era urgente.

Ahora, respecto de las normas que la Subdirección de Desarrollo Sostenible señala que debieron ser aplicadas por la interventoría, es importante resaltar, que las mismas no se encuentran específicamente pactadas en el contrato y tampoco existe un requerimiento por parte del supervisor de la interventoría en exigir una aplicación de normas distintas.

En ese punto, este despacho considera que dentro del presente procedimiento administrativo sancionatorio no se probó efectivamente qué norma específicamente debía exigir la interventoría y tampoco demostró que la exigencia de dichas normas era imperativa para el tipo de construcción objeto del contrato de interventoría.

En ese entendido, es preciso aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con el principio del debido proceso e in dubio pro administrado que expresa:

“La regla que ordena resolver las dudas razonables en favor del investigado (regla in dubio pro-reo, in dubio pro administrado, in dubio pro disciplinado) es una consecuencia natural de la presunción constitucional de inocencia y constituye la contracara misma de la carga de la prueba que pesa sobre el Estado, a través de las entidades que ejercen el poder público. Así, no obstante que la norma constitucional no exija expresamente que las dudas razonables sean resueltas en beneficio de la persona investigada, se trata de una conclusión forzosa que resulta de constatar que, a pesar de los esfuerzos demostrados durante el desarrollo del procedimiento y en desarrollo del deber de instrucción integral, el Estado no cumplió la carga probatoria que le incumbía y, por lo tanto, no logró recaudar o aportar pruebas suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia. Por lo tanto, la regla “en caso de duda, resuélvase en favor del investigado”, no es más que la confirmación de que la persona nunca ha dejado de ser inocente y, en el caso de sanciones de naturaleza administrativa, la no aplicación de esta regla, genera nulidad del acto administrativo. Aunque la jurisprudencia constitucional haya precisado que, en tratándose de procedimientos administrativos, la presunción de inocencia no es un derecho absoluto y se haya admitido, de manera excepcional, que el Legislador invierta la carga de la prueba de uno de los elementos de la responsabilidad, (el elemento subjetivo), a través de la previsión de presunciones de dolo y de culpa, dichas medidas han sido sometidas al cumplimiento de rigurosas condiciones y, en todo caso, se ha advertido que esta posibilidad se

encuentra excluida para ciertos procesos, en particular, el proceso disciplinario, en donde debe operar plenamente la presunción de inocencia.”¹⁰

Bajo la anterior premisa, y del análisis probatorio mencionado, es necesario destacar que no se logró desvirtuar la presunción de inocencia o inculpabilidad de la interventoría respecto del cargo de incumplimiento de exigencia al contratista de obra de las normas CCP-2014 y la NSR 2010, las cuales no corresponden a las exigidas para el diseño y construcción de muelles, y por ende, no se considera configurado el presente cargo; en cumplimiento del principio de responsabilidad, debido proceso e in dubio pro administrado.

CONCLUSIÓN

Bajo el anterior análisis, la Oficina Asesora Jurídica no encuentra fundamentado los cargos formulados ya que no se logró comprobar con total certeza que la interventoría no debía exigir al contratista de obra las normas NSR10 y la CCP de 2014 y tampoco se comprobó más allá de toda duda razonable que la construcción correspondía a un muelle y tampoco se generó la certeza de qué normas debieron aplicar. Por ello, no se observa la exigencia fehaciente del incumplimiento del contrato por la exigencia al contratista de obra de las normas NSR10 y CCP 2014.

5.4.4. LA CANTIDAD INSUFICIENTE DE ENSAYOS DE CALIDAD DE LOS CONCRETOS USADOS EN LA OBRA.

5.4.4.1. Descargos y alegatos de los Intervinientes

5.4.4.1.1. Descargos y alegatos del apoderado de CONCEP S.A.S.

Descargos

El apoderado de la interventoría, al efectuar sus descargos indicó que CORMAGDALENA ha expresado que la norma NSR 10 no es aplicable al caso sin sustento alguno y que este es uno de los pocos cargos de contenido técnico planteado por la entidad como incumplimiento de la Interventoría, a pesar de que la comparación no se realiza desde una óptica verificada técnica, sino nuevamente desde la comparación documental de lo expresado en el informe final de la Interventoría y los parámetros de la Norma NSR-10.

Manifestó que en varios oficios se analizó por parte de la interventoría los concretos utilizados para el relleno de los pilotes y para la conformación de las plaquetas prefabricadas.

Recalcó también que la Interventoría cumplió cabal y diligentemente con la realización de los ensayos de calidad de los concretos y que CORMAGDALENA realizó el reembolso contra factura de los costos en las actas mensuales.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C495 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Resaltó que, la entidad ha utilizado como sustento para llevar a cabo este procedimiento, los estudios documentales de quienes no participaron en la obra y que, o bien desconocen de forma completa la realidad del contrato por mera falta de diligencia, o constituyen actuaciones encaminadas expresamente a intentar configurar de forma ilegal un incumplimiento contractual.

Alegatos

En los alegatos de conclusión el apoderado de la interventoría reiteró que existe una incongruencia entre este cargo y el anterior, ya que en el primero se indica que no se debió exigir las normas NSR 10 Y LA CCP DE 2014.

Expresó que este cargo de incumplimiento también está llamado a no prosperar, debido a que las características de la obra no obligaban a que se exigiera un número mayor de ensayos de resistencia, se desconoce cuál era el número requerido por Cormagdalena por cuando nunca fue exigido en obra y tampoco aparece descrita esa expectativa en el documento de citación a descargos.

Concluyó que la interventoría actuó de forma diligente exigiendo un número prudente de ensayos que en todo caso supera los requeridos por la norma técnica, de manera tal que no se incumplió ninguna exigencia contractual.

5.4.4.1.2. Descargos y alegatos del apoderado de la Aseguradora Solidaria.

La aseguradora no se pronunció específicamente sobre este cargo.

5.4.4.2. Análisis del incumplimiento.

En relación al análisis de este cargo, resulta necesario remitirnos a las consideraciones expuestas en relación al punto anterior, en las cuales se manifestó que no existía plena certeza de la exigibilidad de las normas NSR 10 y la CCP 2014 para el contrato mencionado, y en ese sentido, tampoco existe tal certeza en relación a la aplicación de las normas mencionadas para la determinación de la cantidad necesaria de ensayos de calidad de concreto, que se reprochaba en el cargo en comento; por ende, no se requiere de explicaciones adicionales para la consideración de la no prosperidad del cargo de incumplimiento mencionado.

CONCLUSIONES

Por lo anterior y atendiendo a los principios de legalidad de la sanción, la congruencia que debe existir entre los hechos y las actuaciones que originan presuntos incumplimientos relacionados y endilgados, la Oficina Asesora Jurídica encuentra fundamentado los descargos presentados, ya que al revisar los fundamentos del cargo por el presunto incumplimiento de la cantidad insuficiente de los ensayos de calidad de los concretos usados en la obra se contradice lo dispuesto en las normas CCP 2014 y NSR 10, y con los argumentos esgrimidos por el supervisor para el cargo anterior.

5.4.5. NO REGISTRO DE LOS CONTROLES AL PROCESO DE CALIDAD A LA PINTURA DE LAS TUBERÍAS UTILIZADA PARA LOS PILOTES.

5.4.5.1. Descargos y alegatos de los Intervinientes

5.4.5.1.1. Descargos y alegatos del apoderado de CONCEP S.A.S.

Descargos

En los descargos, el apoderado de la interventoría Indicó que el anexo técnico en su numeral 9.1.3. únicamente dispuso un requerimiento sobre la calidad de las pinturas, mas no estableció especificaciones adicionales para realizar el proceso de verificación de la calidad de las pinturas, disponiendo: *“9.1.3. SISTEMA COMBINADO DE PILOTES – PLAQUETAS PREFABRICADAS DE CONCRETO. Pintura de tubería de Pilotes 500 mm (20”), primer y acabado color verde”*.

Manifestó que no se estableció dentro del contrato o sus anexos técnicos, tanto de Interventoría como de obra que fuere necesario realizar la medición de los espesores de la pintura para el pago de este ítem; tampoco dispuso de alguna especificación que indicara un espesor mínimo de la capa de pintura que debería ser exigible en el momento del recibo de la actividad, como tampoco se señaló un procedimiento de control de esta actividad.

Expresó que el procedimiento de aprobación del sandblasting y pintura de la tubería fue conocido por CORMAGDALENA a través del supervisor del contrato en las visitas que a lo largo de la ejecución del contrato éste realizó a los patios donde el contratista adelantaba esta labor.

Manifestó que los hechos que dan origen a la variación en el color responden al agotamiento del color verde en la ciudad, por lo cual se procedió a escoger un color similar, de manera que no se interrumpiera el desarrollo del proyecto por una circunstancia estética irrelevante desde el punto de vista técnico. Sobre este particular, es necesario señalar que CORMAGDALENA en sus especificaciones determinó que el color de la tubería era verde, pero no qué tonalidad de verde.

Señaló que a su juicio la entidad no ha realizado ni un solo ejercicio técnico que demuestre que los pilotes que fueron hincados bajo la supervisión de la interventoría se encuentren en alguna situación de riesgo o que posiblemente demuestren algún tipo de posible falla.

Indicó que el proceso de aprobación del sandblasting y pintura de la tubería fue conocido por Cormagdalena a través del supervisor del contrato y semanalmente fueron reportados los avances de los trabajos de pintura de los pilotes a Cormagdalena, y que el control de la mezcla de la pintura se hizo de acuerdo con las especificaciones del fabricante de la pintura.

Mostró el registro fotográfico de las pinturas de los pilotes y de la ejecución del sandblasting de tubería para hincas de pilotes, así como las especificaciones técnicas, las instrucciones de uso y demás requerimientos exigidos por el fabricante de la interventoría, reiterando que la interventoría exigió y verificó la calidad de la pintura por medio de los certificados de calidad de esta y estuvo presencialmente verificando el desarrollo de los procesos.

Expresó que en relación con la diferencia de color que se evidencia en las tuberías este se debe a que el color verde que se estaba utilizando se agotó se procedió a utilizar un verde distinto; ya que en el contrato se exigía que la pintura fuera verde pero no la tonalidad.

Concluyó indicando que la entidad no ha realizado ni un solo ejercicio técnico que demuestre que los pilotes que fueron hincados bajo supervisión de la interventoría se encuentren en situación de riesgo que posiblemente demuestren algún tipo de posible falla y no hay un riesgo o daño consumado diferente al incumplimiento del contratista.

Alegatos.

Reiteró que en el contrato ni en el anexo técnico no se evidencian normas técnicas que permitan indicar cuál era el procedimiento técnico para garantizar el espesor de las pinturas o los procesos a aplicar para evidenciar qué procesos de mezcla fueron utilizados.

Volvió a exponer que la interventoría sí llevó a cabo procesos de verificación tal como lo indicaron los testigos.

Concluyó que el cargo de incumplimiento no puede prosperar por cuanto la interventoría sí realizó seguimiento al proceso de verificación de la pintura y sí garantizó que la utilizada cumpliera con los mínimos dispuestos por el fabricante y que al no tener un marco de referencia sobre cómo debía ser el procedimiento por los supervisores ni que se haya informado la existencia de un daño no es posible declarar el incumplimiento.

5.4.5.1.2. Descargos y alegatos del apoderado de la Aseguradora Solidaria.

El apoderado del asegurado no se pronunció sobre este cargo.

5.4.5.2. Análisis del incumplimiento.

a) Del contrato y anexo técnico.

Dentro de las obligaciones de la interventoría se encuentran:

“ANEXO TÉCNICO.

6.3.2 FUNCIONES TÉCNICAS "El Interventor realizará los procesos y actividades relacionadas con la medición, pruebas, evaluación y verificación de procedimientos, intervenciones y desempeño del Contratista en el área técnica de tal forma que se garantice el cumplimiento de las especificaciones técnicas y la ejecución de las obras.

(...)

9.2. OBLIGACIONES GENERALES

“(...)

20: Verificar el cumplimiento de requisitos legales y contractuales pactados para aprobar los informes periódicos e impartir su visto bueno.

(...)

22En general, verificar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones pactadas

(...)

24 Hacer seguimiento integral del contrato de obra."

Por su parte, dentro del contrato 0-0244-2018 objeto de la interventoría, en su anexo técnico se indicó:

"9.1.3. SISTEMA COMBINADO DE PILOTES – PLAQUETAS PREFABRICADAS DE CONCRETO.

- Suministro e hincado de pilotes metálicos 500 mm (20"), $e=1/2"$, ASTM A53. Longitud 22 metros. En caso que el estrato de empotramiento se encuentre antes de la longitud 18 referida, se deberá ajustar el presupuesto de la obra.
- Suministro e instalación de plaquetas prefabricadas ($e=0,15$ Y $f_c=4000$ psi).
- Relleno de Pilote metálico con arena de río seleccionada (6 ml del pilote).
- Geotextil NT 2000.
- Megabolsas en geotextil reforzado TR 4000, dimensiones: ancho = 2.15 Mts, alto = 1,5 Mts, largo = 4,25 Mts, relleno con arena de río seleccionada.
- GeoBolsas en geotextil reforzado TR 4000, dimensiones: ancho = 1,2 Mts, alto = 0.30 mts, 25 largo = 2.60 Mts, rellenas con arena de río seleccionada.
- Relleno de Geoestructuras sintéticas con arena de río seleccionada.
- Servicio de SandBlasting, grado comercial, tubería de Pilotes 500 mm (20").
- Pintura de tubería de Pilotes 500 mm (20"), primer y acabado color verde." (Subraya fuera del texto).

En ese entendido, en representación de Cormagdalena la interventoría debía controlar, verificar, colaborar en la ejecución del contrato, velar porque se cumplan las especificaciones técnicas del objeto del contrato objeto de la interventoría.

Bajo ese presupuesto, en lo relacionado al cargo de no registro de los controles al proceso de calidad a la pintura de las tuberías utilizada para los pilotes el interventor estaba obligado a verificar y velar porque se cumplieran con las especificaciones señaladas en el contrato, esto es que la pintura de las tuberías de los pilotes 500 mm (20") tuvieran un primer y acabado color verde. Sumado a ello, el interventor como experto y conocedor de las normas y requerimientos técnicos de la naturaleza del contrato estaba llamado a orientar a la entidad y al contratista al cumplimiento de las normas técnicas que debe cumplir el contrato de obra.

De conformidad con lo expuesto, se hace necesario determinar si la interventoría realizó los procesos y actividades necesarias para la medición, pruebas, evaluación y verificación de procedimientos para garantizar las especificaciones técnicas y la ejecución de la obra.

El cargo del presente incumplimiento se fundamenta en el informe de incumplimiento remitido por el supervisor del contrato, quien indicó que del estudio de los informes no se evidenció el registro de las pruebas o controles al proceso de pintura de las tuberías utilizadas para los pilotes; por su parte en los descargos el contratista indicó que en el contrato no se indicaron que para el pago de este ítem era necesario realizar la medición de los espesores de la pintura, que en el contrato no se dispuso de especificaciones para un espesor mínimo de la capa de la pintura ni un procedimiento de control de esta actividad. A pesar de ello, se indicó que en los informes semanales se evidencia que la interventoría realizó el seguimiento a las actividades a desarrollar.

En efecto, revisadas los 30 informes semanales, se evidencia que en los informes de las semanas 5, 6, 7 y 8 que corresponden al 12 de noviembre al 10 de diciembre de 2018, el interventor relaciona como actividades desarrolladas por el contratista el servicio de sandblasting y la pintura de las tuberías de los pilotes y que la interventoría supervisó y realizó una verificación visual de dichas actividades. También se evidencian las imágenes donde se observa la ejecución del sandblasting de las tuberías y las tuberías pintadas de verde. Por último, se allegó el certificado presentado por el contratista de obra sobre la pintura aplicada a los pilotes.

A pesar de ello, no se encontró un registro detallado de cada una de las verificaciones ni donde se hayan dejado las observaciones planteadas por el interventor de las pruebas de espesores, control de los procesos de mezcla de las pinturas ni una constancia del procedimiento de verificación del tiempo transcurrido entre el proceso de sandblasting, la aplicación del *primer* y pintura de los pilotes. Tampoco se evidenció un registro de la verificación de que el contratista haya seguido las instrucciones dadas por el fabricante de la pintura.

Ahora, no es de bien recibo la manifestación de la interventoría en indicar que no siguió un procedimiento porque en el contrato no se dispuso las especificaciones para un espesor mínimo de la capa de pintura ni realizar la medición de los espesores de la pintura; ello porque en cumplimiento del contrato estaba obligado a efectuar mediciones, pruebas, evaluación y verificación de los procedimientos realizados por el contratista de obra; a su vez, la experticia que se espera del interventor y el conocimiento de este tipo de obras le garantizaba a Cormagdalena que la vigilancia y verificación de los procedimientos relacionados con obra cumpliera con los estándares de calidad que deben ser de conocimiento de la interventoría y que en su rol de experto debió tener un procedimiento para el seguimiento a la ejecución de este ítem.

No obstante, del análisis probatorio no se logró determinar cuál era el procedimiento técnico que se debía seguir para la medición de los espesores, el registro de pruebas o controles al proceso de calidad de la pintura y cuál era el valor del espesor mínimo de la capa de pintura. Por lo tanto, no existe un marco técnico base y contractual que permita concluir la existencia de un incumplimiento en este cargo.

A pesar de la información allegada no es claro si las pruebas de campo a las que se refiere el supervisor comprenden las verificaciones visuales realizadas por la interventoría y tampoco se indica cómo es el procedimiento que debía seguir la interventoría para realizar las pruebas de laboratorio ni las características que deben tener las certificaciones de calidad emitida por el fabricante de la pintura para así determinar si la certificación allegada cumple o no con los requerimientos y si se cumplió o no las pruebas de verificación requerida.

Por ello, ante la carencia de dicha información y pruebas que generen un grado de certeza, esta oficina no puede determinar si el interventor incumplió o no la obligación de realizar los procesos y actividades relacionadas con la medición, pruebas, evaluación y verificación de procedimientos ni si con las actividades adelantadas se cumplió efectivamente con esta obligación.

CONCLUSIONES

En ese contexto y en virtud de los principios del debido proceso, de la buena fe y responsabilidad consagrados en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, la Oficina Asesora Jurídica no encuentra fundamentado el cargo de *“NO REGISTRO DE PRUEBAS Y CONTROLES AL PROCESO DE CALIDAD A LA PINTURA DE LAS TUBERÍAS UTILIZADAS PARA LOS PILOTES”* y exhorta a la Subdirección a que en los informes de incumplimiento se exponga de manera detallada los cargos que se planteen y así se pueda realizar un análisis minucioso de los presuntos incumplimientos.

5.4.6. NO EJECUCIÓN DE PRUEBAS DE CONTROL DE CALIDAD EN LA SOLDADURA DE TUBOS DE METÁLICOS QUE CONFORMAN LOS PILOTES.

5.4.6.1. Descargos y alegatos de los Intervinientes

5.4.6.1.1. Descargos y alegatos del apoderado de CONCEP S.A.S.

Descargos

El apoderado de la interventoría presentó los descargos en los siguientes términos:

Enunció que, no se encuentra mención alguna sobre la metodología que debía utilizarse o siquiera referencia alguna a la manera en que se debía llevar a cabo el control de calidad de las soldaduras, de manera que en este estado no se pueda hacer una comparación entre lo esperado por Cormagdalena según el contrato y lo ejecutado por la Interventoría.

Una vez finalizado el proceso de soldadura, la Interventoría realizaba una inspección visual cuidadosa y meticulosa con el objeto de detectar cualquier defecto superficial en las juntas soldadas. Este procedimiento consistía en verificar que las soldaduras estuvieran libres de aristas agudas, excesivas salpicaduras, cráteres, grietas, porosidades u otras imperfecciones. Y que los refuerzos en las soldaduras tuvieran un contorno regular.

En el Informe Mensual No. 3 de Interventoría, correspondiente al período comprendido entre enero 11 a febrero 10 de 2019, remitido a la entidad mediante oficio II-757-028-19, se presentó el certificado de la soldadura empleado para la unión de las tuberías que conforman los pilotes.

Se verificó durante los procedimientos de hinca de pilotes la resistencia de la mencionada operación en cada uno de los pilotes soldados, en donde se demostró que, a cada pilote se le aplicaba una carga que superaba ampliamente la carga dinámica de diseño que cada uno de ellos debía soportar. Con ello queda más que demostrada la calidad de la soldadura y de los pilotes. Ningún pilote o soldadura presentó algún tipo de falla durante el proceso de hinca.

Actualmente la estructura de pilotes está siendo sometida a la carga producida por la acción de la corriente y los esfuerzos producidos por los Big Bags los cuales ejercen un empuje sobre las plaquetas y estas a su vez sobre los pilotes resistiendo solamente con la reacción del empotramiento de los pilotes en el suelo, al no existir una viga corona.

La posible falla que podría presentar los pilotes sería como consecuencia de que estos están soportando unas cargas laterales sin que se haya construido la viga corona.

Alegatos

Expresó que el cargo fue formulado bajo una óptica hipotética sin haberse realizado un proceso de verificación de la soldadura de los pilotes y describió el protocolo utilizado por la interventoría para la verificación de la calidad de la soldadura.

Manifestó que la deficiencia en la estructuración de los cargos de incumplimiento impide identificar cuál era el procedimiento esperado por el supervisor post contractual por ello consideró que la declaratoria de incumplimiento resultaría ilegal porque no hay evidencia alguna que permita concluir que los pilotes han fallado o que presentan riesgo de fallo

5.4.6.1.2. Descargos y alegatos del apoderado de la Aseguradora Solidaria.

La aseguradora no se pronunció sobre este cargo.

5.4.6.2. Análisis del incumplimiento.

a) Del contrato

Dentro de las obligaciones contractuales de la interventoría se encuentran:

“Además de las obligaciones previstas en este Contrato y en la propuesta, las contenidas en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta, o aquellas otras que deban ser cumplidas de conformidad con la normativa aplicable, el INTERVENTOR se obliga a:

(...)

d) Cumplir con las actividades y procedimiento de Interventoría, establecidos en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta para contratar la Interventoría.”

Al respecto, en el informe de incumplimiento remitido por el supervisor del contrato se indicó que la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación manifestó que, al hacer una revisión de los documentos presentados por la interventoría en los diferentes informes, la subdirección no encontró evidencia de la ejecución de pruebas de control de calidad en la soldadura de los tubos metálicos que conforman los pilotes.

Esta omisión comporta un incumplimiento de las obligaciones del interventor, ya que la unión soldada de los diferentes tramos de los pilotes es fundamental para asegurar la uniformidad de resistencia de los pilotes y sin las pruebas adecuadas no existe certeza de las características y calidad de los pilotes hincados. Al no haber control de calidad de la soldadura realizada a la tubería, no se asegura la calidad de los pilotes y si su resistencia integral cumpliría las solicitudes de carga vertical y/o horizontal tomadas como referencia por parte del calculista en el diseño de la obra. Lo anterior podría reducir la calidad de las obras ejecutadas y aceptadas por la interventoría.

Ahora, corresponde a este despacho determinar si se evidencia o no un incumplimiento por la no ejecución de pruebas de control de calidad en la soldadura de tubos metálicos que conforman los pilotes.

b) De las pruebas aportadas:

En el concepto presentado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros se indicó:

“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 contratadas. 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 nuevamente.”

Por su parte, el ingeniero Andrés López en su testimonio manifestó:

“A ver, en el anexo técnico que dio origen al contrato de interventoría no se especifica ninguna metodología para realizarle pruebas a la soldadura de los pilotes, no se especifican ningún tipo. Ahí hay unas pruebas destructivas y no destructivas, no se especificó ninguna prueba para hacerle inspección a la soldadura de los pilotes, ¿qué hizo la interventoría? la interventoría siguió la metodología de inspección visual de la soldadura, que es una metodología que es aceptada por la guía técnica colombiana qué, es avalada por el instituto nacional de normas técnicas Icontec. Esa norma, que es la norma 110 establece, que usted puede hacer una inspección visual de la tubería para ser aceptada siempre y cuando sea realizada por una persona de conocimiento. El ingeniero residente que utilizamos es una persona conocedora, que tenía experiencia en este tipo de soldadura.

Que busca la inspección visual, busca verificar que la soldadura quede bien aplicada en toda su extensión, no quede con salpicaduras, no quede con grietas, no quede con porosidad, no quede con imperfecciones; y la metodología que nosotros, cuando en efecto para poder y como había que construir pilotes de 22 metros y normalmente la tubería venía de 12 metros era obvio y evidente que tocaba poner dos tubos para poderlos hincar. Esa soldadura lo primero que se hace, es un biselado de los extremos de los pilotes que se van que se van a soldar y era la verificación de que quedaran a tope esos son biseles y ahí se verificaba topográficamente eso es otro punto que debemos discutir, topográficamente la verticalidad de los pilotes, eso es un punto muy importante que quedarán verticales los pilotes no pueden quedar ladeados un poquito, tenían que quedar completamente verticales para proceder a aplicar el primer base que se llama la soldadura de los pilotes entonces cumplido ese primer punto, de un biselado correcto de los pilotes y verticales y confrontados, se produciría el primer paseo de los pilotes, eso se utilizaba para este proyecto se utilizó un electrodo de unas características 1100 o algo por el estilo, por el momento, me tocó revisar el informe 6011 para ser exactos, 6011 fue el electrodo que se utilizó para el primer pase.

Posteriormente, se realizó el segundo pase de la tubería con electrodo 70-18, ese electrodo, es un electrodo que se utiliza como una resistencia a la afluencia muy alta del orden de 305 megapascuales, o sea es un electrodo que incluso, supera la resistencia de la tubería o sea que el punto más fuerte de una tubería que ha sido soldada es la soldadura es la que tiene mayor resistencia del mismo pilote, o sea un pilote falla por cualquier lado menos por la soldadura.

Entonces, se aplicó el segundo pase de la soldadura, se verificaba que quedara bien aplicada que no tuviera visualmente ni porosidades, ni grietas, ni cráteres, ni tuviera vistas agudas para proceder al tercer cordón, que era el cordón ya de presentación final de la soldadura.

Otro punto importante para recalcar era que, dentro del personal, la selección del personal que se utilizaba para la soldadura, todo el personal fuera calificado. El contratista utilizó personal calificado para la soldadura, lo cual garantiza la calidad de la soldadura, eso es un punto muy importante que hay que resaltar.

Finalmente, yo le quiero comentar, que, durante la hinca de los pilotes se lleva un riguroso registro del número de golpes que sé, por los cuales se hincan los pilotes para poder determinar cuál es la carga que se está aplicando al pilote. Entonces, se lleva un registro del número de golpes que se requieren para hincar un pie dentro del suelo o del lecho del río que era nuestro caso.

En general, para hincar los últimos dos metros de los pilotes, se le aplicó con el martinete de la piloteadora un total de 140 golpes para hincar un pie se le aplicaron 140 golpes por medio del martinete, si uno coge esa energía que se le aplica al pilote y con unas ecuaciones las convierte, eso a que carga es equivalente, eso equivale al orden de 290 toneladas de carga, o sea si a un pilote se le aplican 140 golpes para hincar un pie, eso equivale que se le hubiera puesto una carga de 290 toneladas, una carga de 290 toneladas es una carga altísima, cuando en los diseños la carga a la cual va a estar sometida ese pilote en su vida útil, recuerden que nosotros los pilotes sobre una placa y ahí pasan caminando gente, esté tan sólo 9 toneladas o sea al pilote se le aplicó una carga de 39 veces, la cual va a estar sometida en su vida útil y el pilote no falló y la soldadura no falló, luego, se hizo se hizo la mejor de las pruebas de carga a las cuales está sometido una estructura.

Las estructuras se someten a pruebas de carga. Por ejemplo, si usted construye un puente, se hace una prueba de carga que consiste en poner sobre toda la longitud del puente volqueta, llena de arena esa situación y la vida útil no se va a suceder, no va a pasar que vaya un trancón y precisamente el tranco sea de 200 volquetas, pero aquí todas estaban rellenas de arena, pero se trata de llevar la estructura a una condición extrema de carga para ver si fallaría o no fallaría, nosotros exigimos cada pilote 39 veces la carga de diseño. Luego, lo llevamos a un punto extremo de solidificación y la estructura no falló, eso nos garantiza que la soldadura quedó muy bien aplicada y la resistencia del pilote es la adecuada.

Toda esa información, toda esa información de los registros de técnica están en los informes semanales, están los informes mensuales, están en las actas de pago, cada pilote tiene su historia y se sabe exactamente cuál fue la carga a la cual fue sometida como prueba de carga.

El procedimiento de inspección visual indicado por el testigo efectivamente está regulado en la Guía Técnica Colombiana GTC 110 - Guía Técnica para la Inspección visual de Soldaduras.¹¹

A su vez, en el informe mensual No. 3 se evidencia registro fotográfico realizados por la interventoría en el proceso de las soldaduras y en la bitácora de 11 de diciembre se relaciona la revisión del proceso de soldaduras, lo que permite inferir que se realizó un seguimiento visual del procedimiento; sin embargo, no se encontró una constancia del procedimiento descrito en los descargos y en el testimonio realizado por el señor Andrés López.

¹¹ Tomado de <https://pdfslide.tips/documents/gtc-110-guia-tecnica-para-la-inspeccion-visual-de-soldadura1.html>

Revisado el contrato 245 de 2018 y el anexo técnico no se observa la exigencia de un procedimiento para el control de calidad de soldadura de tubos metálicos ni se excluye el uso de la inspección visual como procedimiento de verificación.

Bajo ese entendido este Despacho no encontró pruebas suficientes que demuestren que la interventoría efectivamente no efectuó las pruebas de calidad en la soldadura de los tubos y al contrario sí existen evidencias de haberse realizado una inspección visual y que dicho procedimiento se encuentra avalado.

CONCLUSIONES

En ese contexto, la Oficina Asesora Jurídica no encuentra fundamentado el cargo de incumplimiento por la *NO EJECUCIÓN DE PRUEBAS DE CONTROL DE CALIDAD EN LA SOLDADURA DE TUBOS DE METÁLICOS QUE CONFORMAN LOS PILOTES*.

5.4.7. NO REALIZÓ UN CONTROL PERMANENTE EN LA OBRA.

5.4.7.1. Descargos y alegatos de los Intervinientes

5.4.7.1.1. Descargos y alegatos del apoderado de CONCEP S.A.S.

Descargos

En los descargos el apoderado de la interventoría expresó que la entidad citó una serie de actividades que no fueron ejecutadas y que, al no haberse aprobado estudios y diseños, se evidenciaba una total falta de control, concluyendo con la afirmación hecha por la Interventoría en su informe final en donde se alerta sobre el riesgo de pérdida de la inversión, sin informar los riesgos y que acarrearía dicha situación.

Expresó que existe un absoluto desconocimiento de las particularidades de la obra por parte de quienes participaron en la creación del documento de incumplimiento de la Interventoría y una velada intención de construir una situación de incumplimiento a través de pequeñas circunstancias que se erigen como causales de incumplimiento, no por los efectos materiales en la obra o la ocurrencia de alguna situación que pueda evidenciar la ocurrencia o consolidación de un daño, sino en una revisión específica documental ordenada para encontrar posibles falencias de desarrollo del contrato, en una etapa post contractual.

Indicó que la interventoría realizó un seguimiento a la obra tan estricto que se emitieron: 7 Informes mensuales, 30 Informes semanales, 44 informes diarios dirigidos a CORMAGDALENA en los cuales se indicaba siempre el porcentaje de avance del proyecto y el atraso que registraba la obra, y 102 oficios dirigidos al Contratista y a CORMAGDALENA en relación con los problemas que registraba la obra.

Evocó el informe de la Auditoría Financiera CGR-CDSI 003, proferido por la Contraloría General de la República en el que se relacionó el informe de 27 de mayo de 2019 presentado por Concep a Cormagdalena, así como las comunicaciones dirigidas al director de la entidad sobre los presuntos incumplimientos en que habría incurrido el contratista de obra.

Relacionó los diversos oficios elaborados por el contratista y remitidos al contratista de obra y a Cormagdalena.

Arguyó que las afirmaciones relacionadas con las irregularidades en el proceso constructivo son el resultado de que quien elaboró el informe no participó durante la ejecución de la obra.

Manifestó que cualquier afirmación que se desprenda de los hallazgos relacionados en el informe de la Sociedad Colombia de Ingenieros relacionadas con la responsabilidad de la interventoría, no pueden ser endilgados a la interventoría; a menos que se diferencien las obras ejecutadas antes del 11 de junio de 2019 y las ejecutadas con posterioridad.

Afirmó que sí es posible garantizar la calidad de las vigas si se llegase a presentar en la construcción de una obra, diferencias entre los elementos estructurales construidos y los estipulados en el plano de diseños, ello porque se conocen las características y la calidad del concreto y se conoce el despiece de los aceros que conforman las vigas, por lo cual se puede determinar la capacidad de carga de las vigas y se podría verificar si cumplen con las especificaciones.

Concluyó que en el informe final de la interventoría se advirtió del panorama contractual negativo los cuales obedecen al incumplimiento del contratista y no pueden ser endilgados a la interventoría; a su vez, las situaciones de incumplimiento contractual que se declararon en el procedimiento sancionatorio en contra del contratista de obra, no han sido trasladadas técnicamente a la Interventoría y mucho menos las situaciones de incumplimiento fueron o han sido ligados a la responsabilidad de la Interventoría, de manera tal que no existe nexo causal entre nuestras actuaciones y las situaciones de incumplimiento que se declararon en contra del contratista de obra.

Alegatos

Indicó que el cargo contiene una falta de tipificación correcta del incumplimiento, que impide una defensa técnica correcta, y por ende una violación al debido proceso que viciaría de nulidad cualquier decisión sancionatoria de la entidad en Concep.

Expresó que la entidad utiliza un solo hecho para el cargo de que no realizó un control permanente en la obra por cuanto se evidenciaron vigas de diferentes dimensiones, lo cual se reconoce en el informe final.

Aseveró que no hay prueba alguna dentro del expediente del procedimiento administrativo sancionatorio que permita ligar el hecho de la existencia de un incumplimiento de la interventoría como efecto o causa de los hallazgos de dicho informe.

Mencionó que en el informe de incumplimiento y en la citación no se indica de forma puntual cuáles o cuántas vigas tienen las deficiencias relacionadas.

Señaló que existe una falencia en la forma en que se estructuró la causal de incumplimiento, violándose el principio de legalidad y tipicidad que impiden el derecho de defensa; a su vez, la jurisprudencia ha determinado que el incumplimiento no puede proponerse sobre hechos genéricos, sino que deben ser concretos y así se cumplan los postulados del derecho sancionador.

Reiteró que el seguimiento efectuado por la interventoría fue tan estricto que se efectuaron informes mensuales, semanales y diarios, dirigidos a Cormagdalena; en ellos se alertaron a la entidad de la situación de incumplimiento del contratista de obra y las solicitudes de caducidad. Que esas comunicaciones de la interventoría se hicieron en el ejercicio de control y vigilancia, y la capacidad del interventor va hasta poner en conocimiento de los hechos de incumplimiento a la administración que podrá ejercer las potestades exorbitantes.

Finalizó reafirmando que Concep no incurrió en un incumplimiento por no realizar control permanente a la obra sino por el contrario tanto el acta de terminación, de recibo final de interventoría dan cuenta que las obligaciones contractuales se cumplieron, que la interventoría fue diligente al enunciar las circunstancias del contrato y que las afirmaciones sobre el estado actual de la obra y la posible pérdida de las inversiones no son imputables a la interventoría.

5.4.7.1.2. Descargos y alegatos del apoderado de la Aseguradora Solidaria.

El apoderado de la aseguradora no se pronunció sobre este cargo.

5.4.7.2. Análisis del incumplimiento.

En aras de determinar si la interventoría incumplió o no sus obligaciones contractuales o si se configura que la interventoría “no realizó un control permanente en la obra”; este Despacho considera pertinente revisar las cláusulas presuntamente vulneradas cotejándolas con las pruebas allegadas al expediente y los argumentos esgrimidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio.

En esa medida, de conformidad con lo indicado en el informe de incumplimiento remitido por el supervisor del contrato, las cláusulas contractuales presuntamente vulneradas son las señaladas en el contrato y en el anexo técnico así:

“Además de las obligaciones previstas en este Contrato y en la propuesta, las contenidas en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta, o aquellas otras que deban ser cumplidas de conformidad con la normativa aplicable, el INTERVENTOR se obliga a:

(...)

d) Cumplir con las actividades y procedimiento de Interventoría, establecidos en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta para contratar la Interventoría.

g) Verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista de obra, contenidas en el contrato, anexos y en sus Apéndices y en los planes, programas y manuales presentados por el contratista.

ANEXO TÉCNICO.

6.3.2 FUNCIONES TÉCNICAS *“El Interventor realizará los procesos y actividades relacionadas con la medición, pruebas, evaluación y verificación de procedimientos, intervenciones y desempeño del Contratista en el área técnica de tal forma que se garantice el cumplimiento de las especificaciones técnicas y la ejecución de las obras*

(...)

10. Exigir al contratista la realización de los ensayos de laboratorio o pruebas de campo de los equipos, materiales, bienes, insumos y productos, con el propósito de verificar el cumplimiento de las normas y especificaciones de la Corporación.

9.2. OBLIGACIONES GENERALES

“(…)

2. Vigilar la inversión de los recursos públicos y controlar que la misma sea eficiente y transparente.

3. Garantizar que la ejecución del objeto contractual se someta a los plazos, términos, especificaciones, calidades y condiciones previstas o exigidas en el contrato y en los documentos del mismo.

(...)

20: Verificar el cumplimiento de requisitos legales y contractuales pactados para aprobar los informes periódicos e impartir su visto bueno.

(...)

22 En general, verificar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones pactadas

(...)

24 Hacer seguimiento integral del contrato de obra.”

Como sustento de este cargo, la Subdirección de Navegación y Desarrollo Sostenible se fundamentó en el 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*” en donde se señalaron irregularidades en el proceso constructivo situación que demuestra una presunta falta absoluta de control por parte de la interventoría, así como la no revisión previa a la fundida ni que se haya revisado la formaletería sus dimensiones y su apuntalamiento e integridad.

También se indicó que las dimensiones de las vigas y su contractibilidad no son consecuentes con las presentadas en los planos de diseño y al no haber un control de calidad de las dimensiones de las vigas prefabricadas no se asegura la calidad de las vigas y no se tiene certeza de su resistencia integral ni se puede saber si estas cumplirían las solicitudes de carga vertical y/o horizontal asumidas por parte del calculista. Reiteró el supervisor que a pesar de ello las vigas de la obra fueron avaladas para pago por parte de la interventoría, sin hacer reparo alguno.

Relaciona como falta de control permanente en la obra la no aprobación de los estudios y diseños, que no se informó a Cormagdalena sobre dichas circunstancias y que en el informe final la interventoría reconoció que la inversión realizada en obra se puede perder ya que no cuenta con diseños avalados.

a) Irregularidades en el proceso constructivo

Sobre este punto se revisará lo relacionado con las vigas y la formaletería, toda vez que los cuestionamientos relacionados con los ensayos de calidad, el proceso de soldadura y la no aprobación de estudios y diseños fueron revisados en los cargos anteriores.

b) Dimensiones de las vigas.

En el informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros se indica que al revisar el plano y verificar las vigas, irregularidades en el proceso constructivo ya que las vigas 1, 3, 4, 5 y 6 tienen dimensiones irregulares en altura y ancho. Esta manifestación fue reiterada en los testimonios de la Ingeniera Zulma Pardo y Santiago Duarte.

Respecto de las vigas, en los descargos se expuso que luego de finalizado el contrato el contratista de obra continuó realizando actividades alguna de las cuales corresponden a la construcción e instalación de las vigas. De igual forma se reiteró que las variaciones en las dimensiones de las vigas no necesariamente originarían una falta de calidad de las mismas indicando algunas fórmulas de factibilidad. Esa misma información fue reiterada en los testimonios rendidos por los ingenieros Andrés López, Armando Balza y Carlos Barbosa.

En el informe final, se indicaron como avances del contratista de obra lo siguiente:

ITEM	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD CONTRACTUAL	CANTIDAD EJECUTADA	VALOR UNITARIO	VALOR PARCIAL	% EJECUCION DE CONTRATO ACUMULADO
1	Diseños, (Incluye Geotecnia y estudios estructurales)	UN	1,0	1,00	\$ 10.000.000	\$ 10.000.000	0,72%
2	Localización y Replanteo y Control topográfico	Mes	1,0	1,00	\$ 7.497.766	\$ 7.497.766	0,54%
3	Movilización y Desmovilización de Maquinaria	UN	6,0	3,00	\$ 6.000.000	\$ 18.000.000	1,30%
4	Cerramiento Provisional con Tela Verde.	ML	100,0	100,00	\$ 11.200	\$ 1.120.000	0,08%
5	Demolicion y desmonte de estructuras y pisos.	M2	153,0	91,40	\$ 6.090	\$ 556.826	0,04%
7	Retiros de Materiales Sobrantes (Incluye disposición final)	M3	518,4	8,00	\$ 21.395	\$ 171.160	0,01%
11	Suministro e hincado de pilotes metalicos 500 mm (20") , e=1/2", ASTM A53	MI	924,0	301,65	\$ 769.453	\$ 232.105.497	16,70%
13	Relleno de Pilote metalico con arena de río seleccionada (6 ml del pilote)	M3	49,5	6,00	\$ 116.287	\$ 697.722	0,05%
18	Servicio de SandBlasting, grado comercial, tubería de Pilotes 500 mm (20")	M2	1.344,0	1.213,64	\$ 31.089	\$ 37.730.854	2,71%
19	Pintura de tubería de Pilotes 500 mm (20"), primer y acabado color verde.	M2	1.344,0	1.213,64	\$ 29.912	\$ 36.302.400	2,61%
21	Suministro y figurado de Acero de la estructura y concretos del muelle	KG	14.204,7	5.796,61	\$ 3.671	\$ 21.279.355	1,53%
25	Concreto fc= 4000 psi para viga prefabricadas 0,4 x 0,5 m	M3	9,1	3,53	\$ 533.100	\$ 1.881.843	0,14%
25	Concreto fc= 4000 psi para viga prefabricadas 0,4 x 0,5 m	M3	9,1	3,03	\$ 533.100	\$ 1.615.293	0,12%
26	Concreto fc= 4000 psi para plaquetas prefabricas e = 0,15	M3	90,5	26,00	\$ 533.100	\$ 13.860.600	1,00%
33	Plan de Manejo Ambiental Integral, Plan de Seguridad Ocupacional e Industria, Plan de Calidad, señalización, y su implementación.	GL	0,5	0,50	\$ 8.000.000	\$ 4.000.000	0,29%
37	Provision estimada para obras adicionales y/o Complementarias.	UN	1,0	0,61	\$ 19.500.000	\$ 11.895.000	0,85%
							28,69%

En los ítems relacionados con los numerales 25, se evidencian la descripción de dos concreto fc: 4000 psi para viga prefabricada de 0.4 *0.5, uno con una cantidad ejecutada de 3.53 con un porcentaje de ejecución 0.14 y el otro con una cantidad ejecutado de 3.03 con una cantidad ejecutada del 0.12%

De igual forma, en el Acta de Avance No. 3 de 15 de junio de 2019 solo se aprobó para el pago el avance de dos vigas, correspondientes a la cantidad ejecutada previamente indicada.



c) Formaletería

Sobre este punto, la Subdirección de Navegación y Desarrollo Sostenible indicó que no evidencia que no se haya revisado la formaletería, sus dimensiones y su apuntalamiento.

Respecto de la formaletería en su testimonio el ingeniero Andrés López manifestó:

“Ahí está el registro de las vigas, viga por viga. Ahí está el registro también que dicen que no se realizó una adecuada revisión de la formaletería. Si se realizó la adecuada revisión de la formaletería, si se revisó que el apuntalamiento de la formaletería cumpliera, se revisaron las dimensiones de las vigas y por alguna razón, alguna viga se corrió son problemas que tuvimos en algún momento constructivo pero, dentro de la interventoría se realizaron cada una de las vigas cumplieran con lo que especificaba los diseños, por eso llámame la atención mucho lo que dijo la sociedad ingenieros bueno, para no ser más repetitivo. Pues ahí estaba la situación viga por viga, aquí está en el caso de los concretos desfigurado para las plaquetas, este ítem corresponde al suministro y figurado de acero de la estructura y concreto del muelle, la plaqueta y cuña, ahí está el refuerzo que se le colocó, ahí está la constancia de la formaletería y su apuntalamiento.”

Por su parte en el informe presentado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros se hace una descripción de la formaletera textil donde se encuentran algunas vigas, la descripción de la formaletería y en sus conclusiones se recomendó:

“Respecto a las recomendaciones de la SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS para proteger las zonas de ribera de una manera ágil y efectiva, pero teniendo en cuenta que es una solución a corto plazo, se describen soluciones empleando colchagavión o colchacreto articulado. El uso del tipo de protección dependerá de la profundidad del cauce en la orilla. En caso de que la altura del cauce (y por lo tanto de la protección) sea muy alta, no se considera el uso de colchagavión, por dificultad en su instalación; por otro lado, al estar expuesta la malla de gavión, puede verse afectada su durabilidad. En caso de mayor profundidad puede considerarse el uso de una protección en concreto instalado por medio de una formaletera textil tal como colchacreto articulado, flexocreto o similar, (nombre dependiendo del fabricante). Estos elementos permiten la fundida de elementos de concreto, se puede ajustar a la forma del terreno y genera bloques de concreto de aproximadamente 10 cm de espesor, unidos por medio de tendones de poliéster o nylon, lo que lo hace ligeramente flexible. Debe garantizarse un adecuado perfilado del terreno, y que no se presenten elementos que puedan punzonar la formaletera textil durante la instalación.”

De conformidad con lo anterior, y una vez verificado los argumentos del cargo mencionado, no se evidencia que los mismos estén demostrados, o que existan pruebas que evidencien más allá de toda duda razonable que la interventoría no tuvo un control permanente en la obra, que amerite un reproche de incumplimiento.

Por el contrario, de los anexos presentados y de los informes diarios, semanales y mensuales que allegó la interventoría sí se evidencia una revisión cotejada de los ítems relacionados con la obra; teniendo en cuenta las características propias de la urgencia manifiesta.

CONCLUSIONES

Al no evidenciarse pruebas que demuestren que la interventoría no realizó un control permanente en la obra y valoradas las pruebas documentales presentadas, los descargos, los alegatos, los testimonios y demás elementos probatorios; este despacho no evidencia un incumplimiento atribuible a la interventoría por la falta de control permanente en la obra.

5.4.8. NO HIZO UN CORRECTO USO DE LOS RECURSOS DE LA INTERVENTORÍA.

5.4.8.1. Descargos y alegatos de los Intervinientes

5.4.8.1.1. Descargos y alegatos del apoderado de CONCEP S.A.S

Descargos

Aseveró que en los cargos expuestos no hay ninguna disposición relativa al cumplimiento del contrato por haberse hincado los pilotes en sitios diferentes al dispuesto en los planos y que resulta incomprensible que se analice como incumplimiento sobre los gastos en los que incurrió la interventoría en su equipo de topografía.

Expresó que, durante la vigencia de las actividades de la interventoría, esta sí informó a Cormagdalena sobre los hechos de que se estaban hincando pilotes en sitios diferentes a los proyectados; ya que en la zona donde se hincarían los pilotes yacía la estructura en concreto y la tablestaca que había colapsado. Por ello, era necesario desplazar ligeramente la localización del pilote para que el escombros que encontraba sobre el lecho del río no impidiera la hinca del pilote o lo desviara.

Relacionó el oficio II-757-019-19 del 6 de febrero de 2019, por medio del cual la interventoría le indicó al contratista de obra que la hinca de pilotes por fuera de las coordenadas dispuestas en el diseño, era una responsabilidad exclusiva del Contratista por no haber ejecutado previamente el retiro de los escombros de las estructuras colapsadas y de la tablestaca fallada.

Dentro de las obligaciones del Contratista, identificadas en el Anexo Técnico, se establece el retiro de la tablestaca y demás elementos colapsados. El Contratista no realizó esta actividad y procedió a la hinca de pilotes, encontrándose con que algunos de ellos no era posible hincarlos en el sitio previsto en los diseños por la presencia del material que había colapsado. Esto se evidencia en varios oficios remitidos por la Interventoría y por el mismo Contratista.

Aseveró que las actividades desplegadas por la interventoría específicamente las relacionadas con el equipo de topografía constituyen un claro cumplimiento de sus obligaciones, en especial porque se identificó y se puso en conocimiento del contratista y de Cormagdalena la situación específica relacionada con la hinca de pilotes.

Concluyó que la interventoría contó con un equipo topográfico que cumplió con sus obligaciones y las comunicó a Cormagdalena y que el desplazamiento que registran algunos pilotes no se debe a la práctica de la comisión de Topografía de la interventoría, sino que es consecuencia de la forma en que CORMAGDALENA definió la manera y la maquinaria que se utilizaría para la hinca.

Alegatos

En los alegatos presentados por el apoderado de la interventoría, se reiteró que el cargo formulado no fue el resultado de un ejercicio de verificación en sitio por parte de la entidad sino que se basó en el informe emitido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, documento que a juicio del apoderado no constituye un elemento probatorio con el que se pueda determinar las situaciones de incumplimiento contractual, no se trata de un peritaje controvertido sino un informe que debía ser verificado por la entidad.

Relacionó que en el testimonio rendido por el ingeniero Santiago Duarte, este se refirió a la posibilidad de que en el proceso de hincado se presentaran variaciones entre los diseños y la obra final, que son tolerancias válidas dentro de los procesos constructivos y que dentro del concepto rendido nunca se hizo un análisis de si la ubicación de los pilotes estaba dentro o fuera de las tolerancias, concluyendo que la preocupación en la obra no se había dado sobre la ubicación de los pilotes sino en que el martillo no tenía el peso indicado y requerido, lo cual también indicó la interventoría.

Manifestó que dentro del periodo probatorio no se comprobó que la ubicación de los pilotes afectara la estabilidad de la obra y que el ingeniero Duarte indicó que esa no era una preocupación, sino que fue un hecho alertado por la interventoría, como lo fue la utilización de una maquinaria no apropiada para la hinca.

Esgrimió que el incumplimiento se refiere a que no se dio correcta utilización de los recursos de la interventoría, puntualmente a los gastos de topografía; pero dentro de las pruebas aportadas se comprobó que los recursos destinados al equipo topográfico efectivamente fueron destinado a ese personal y que no se utilizó para otra finalidad. Sumado a ello, consideró que no hay pruebas que demuestren que la interventoría no haya gastado los recursos en el equipo de profesionales especializados y si se refería a un tema de calidad debió ser anunciado y desarrollado.

Concluyó que este cargo debería ser desechado por la entidad por cuanto no existe perjuicio derivado de él, que no existe una situación concreta que materialice un perjuicio económico a la entidad, en relación con la hinca de pilotes por fuera de las zonas específicas que indicaba el diseño.

5.4.8.1.2. Descargos y alegatos del apoderado de la Aseguradora Solidaria.

El apoderado de la aseguradora no se pronunció sobre este cargo.

5.4.8.2. Análisis del incumplimiento.

Respecto del cargo de no uso correcto de los recursos de la interventoría se evaluará la conducta de la interventoría revisando los argumentos presentados por el supervisor, los descargos, los alegatos y las pruebas aportadas.

a) Del contrato

Oficina Principal Barrancabermeja Carrera 1 No. 52 - 10 Sector Muelle PBX: (7) 6214422 FAX: (7) 6214507	Oficina Gestión y Enlace - Bogotá Calle 93B No. 17 - 25 Oficina 504 PBX: (1) 6369093 FAX: (1) 6369052	Oficina Seccional Barranquilla Vía 40 No. 73 - 290 Oficina 802 PBX: (5) 3565914
--	--	---

A juicio del supervisor, la interventoría incumplió el contrato y el anexo técnico; específicamente las siguientes cláusulas:

“Cláusula 2.1

Obligaciones del Interventor. Se tiene que el contratista *“Además de las obligaciones previstas en este Contrato y en la propuesta, las contenidas en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta, o aquellas otras que deban ser cumplidas de conformidad con la normativa aplicable, el INTERVENTOR se obliga a:*

(...)

d) Cumplir con las actividades y procedimiento de Interventoría, establecidos en el Anexo Técnico de la Invitación Pública No. 2 del proceso de contratación directa a través de la modalidad de urgencia manifiesta para contratar la Interventoría.

g) Verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista de obra, contenidas en el contrato, anexos y en sus Apéndices y en los planes, programas y manuales presentados por el contratista.

ANEXO TÉCNICO.

6.3.2 FUNCIONES TÉCNICAS *“El Interventor realizará los procesos y actividades relacionadas con la medición, pruebas, evaluación y verificación de procedimientos, intervenciones y desempeño del Contratista en el área técnica de tal forma que se garantice el cumplimiento de las especificaciones técnicas y la ejecución de las obras*

(...)

10. Exigir al contratista la realización de los ensayos de laboratorio o pruebas de campo de los equipos, materiales, bienes, insumos y productos, con el propósito de verificar el cumplimiento de las normas y especificaciones de la Corporación.

9.2. OBLIGACIONES GENERALES

“(...)

20: Verificar el cumplimiento de requisitos legales y contractuales pactados para aprobar los informes periódicos e impartir su visto bueno.

(...)

22 En general, verificar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones pactadas

(...)

24 Hacer seguimiento integral del contrato de obra.”

La supervisión indicó que de conformidad con lo manifestado por la Sociedad Colombiana de Ingeniería la ubicación final del cabezal de 10 de los pilotes hincados no está acorde con la presentada en los planos de diseño, situación que presuntamente no fue identificada por la interventoría, aunque contaba con una comisión de topografía permanente en la obra y que se facturó por ese ítem \$ 38.800.000.

En su defensa la interventoría sostuvo que sí hizo uso correcto de los recursos y utilizó tus topógrafos; además las variaciones en los hincados de los pilotes no representan una pérdida de la calidad de la obra.

Revisado el Concepto Asesoría Técnica de la Sociedad Colombiana de Ingenieros respecto de los cabezales de los pilotes se indicó:

4.1. “De la estructura del muelle.

En el sitio se encuentran 6 vigas sobre una formaleta de madera, las cuales no están posicionadas para empezar armadura de las vigas perimetrales, cabezales de los pilotes. Estos elementos están fundidos irregularmente y tienen dimensiones diferentes a los planos recibidos a continuación se presenta el análisis que se hizo de los mismos.”

Por su parte, durante la audiencia de recepción de testimonio se pronunciaron sobre este cargo el ingeniero Andrés López y el Ingeniero Santiago Duarte quienes se pronunciaron.

El ingeniero Andrés López manifestó sobre la hincas de pilotes y el registro topográfico, en los siguientes términos:

“Quiero que miren el tamaño del planchón que se estaba utilizando, ese planchón, puede tener aproximadamente 100 metros y ese planchón tenía que ser movilizado a través de ese remolcador, luego, posicionar esa estructura ese andamiaje al frente para hincar un pilote y esperar que con la corriente del río, que con las lanchas pasando, con los buques pasando, con los con los remolcadores pasando, creando oleaje y creando nuevas circunstancias, se pudiera hincar un pilote al milímetro, es un despropósito de ingeniería, eso no sucede, los pilotes van a quedar razonablemente hincados en el sitio diseñado cuando digo razonablemente, me refiero a unos escasos centímetros y le aseguro que así quedaron los pilotes, no me pueden, no me han dicho en el informe qué me dice el incumplimiento en cuanto fue que se desplazó un pilote, con respecto a su diseño para poderle controvertir es afirmación. Lo que yo quiero acá es dejar claro la dificultad de hincar un pilote frente, aquí otra imagen, el mismo planchón, aquí no aparece el remolcador tratando de colocar el pilote que se va a hincar en el sitio de diseño, eso es muy difícil hacerlo en el río magdalena.”

(...)

“Ah otra parte decía que no se hizo registro topográfico, la interventoría estuvo continuamente realizando registro topográficos para como le decía para poder hincar los pilotes y poderlos unir, tocaba verificarlos topográficamente que quedaran alineados, cuando se realizaban quedaban perfectamente verticales cuando se realizaban la hincas de los pilotes como en este caso en esta foto que estoy mostrando en este momento se realizaba la hincas de pilotes, había un topógrafo indicándole a los operarios del planchón y al operario de la del remolcador que se corriera un poquito para la derecha, que se corriera poquito a la izquierda para llegar exactamente al punto exacto que estaba en hincarse el pilote o lo más cercano cuando una precisión razonable porque no se podía hacer una precisión razonable al milímetro.”

(...)

“Bueno yo tengo que decirle que en el informe que nos presentaron no nos indican qué pilote es el que dice que presenta una variación por eso desde el principio dice no sé se refiere a los pilotes que hincamos durante la supervisión que yo realice o se refieren a los pilotes que hincó el contratista después, no hay una precisión con respecto a eso, por eso, no me permito responder a qué pilote se refiere o de cuánto es la desviación que ellos están diciendo que pudo haber ocurrido.”

Respecto de los pilotes hincados, el ingeniero Santiago Duarte indicó:

“No, la observación y lo que uno puede concluir con la visita es que la obra quedó muy inconclusa, con lo que se pudo revisar de la información es que no coincidieron o no, lo existente no correspondía a

muchas de las cosas que estaban planteadas en los diseños, la ubicación de los pilotes estaba distinta o había una diferencia o así quedó establecido con el levantamiento topográfico realizado, hay una diferencia entre la posición de algunos de los elementos, algunas de las vigas, las dimensiones que figuraban en los diseños no coincidían con las dimensiones de las vigas construidas y la situación que se observa por lo menos en el momento de la visita como les digo esto fue finales noviembre del año 2019 es que la obra se encontraba en muy mal estado con muchas posibilidades de seguir fallando, se encontraba un carcavamiento bastante grande, el material bajo las placas y bajo la parte que no se puede terminar y en riesgo de que siguiera perdiendo la tablestaca o los elementos que se encontraban.”

Por su parte, la ingeniera Zulma indicó:

“Se hizo un levantamiento, los pilotes que están registrados en los dibujos no son de un informe del interventor lo único que no se exploró es lo que está sumergido o sea el levantamiento muestra que está construido en qué posición está construido y esa verificación la hicimos nosotros igual tiene concreto y cuál no y que tuviera las varillas de los planos y las vigas también cuántas vigas también y está documentado en qué condiciones están las vigas, eso se verificó, lo que está sumergido no, sólo que está tirado porque pues ahí no aceptas que están tiradas y por eso se deja ahí escrito que debe ser verificado.”

Posteriormente, el apoderado realizó varias preguntas relacionadas con la obra:

“Pregunta apoderado:

Ok, voy a, antes le había dicho que era la última pregunta, pero me voy a retractar de eso y le voy a hacer una última pregunta dentro de la información que se le puso de presente al inicio de esta diligencia hay una serie de situaciones de incumplimiento sí, dentro de estas situaciones de incumplimiento está el hecho de que la ubicación final de los cabezal de 10 pilotes hincados no estaba acorde a los planos de diseño nos puede indicar usted si conoce que cómo se hizo el proceso de hinca de los pilotes.

Respuesta Ingeniero Santiago Duarte:

No, específicamente cómo se hizo el proceso de hinca no, no lo tengo claro.

Pregunta del apoderado:

Dentro de la información que reporta digamos el expediente del contrato, los informes indican que la manera en la que se hizo el pilotaje fue a través de una básicamente de golpe por golpe, sabe usted que digamos que el martinete eso digamos que máquina con la que se hizo la hinca estaba encima de un planchón en el agua, digamos el proceso de hinca. le hago una pregunta en la práctica porque entiendo bueno muy precariamente le hago una pregunta aquí porque usted es experto en hidráulica y para mí eso es agua y eso es movimientos le pregunto lo siguiente, es normal que en un proceso como este de hinca de pilotes desde un planchón se presenten este tipo de variaciones.

Ingeniero Santiago Duarte:

Es normal que se presente algún tipo de variación desde el planchón pero es que eso depende del proceso constructivo y de las desde los controles que se generen durante el ese proceso y el anclaje del planchón para evitar precisamente ese que sea esa la diferencia que se pueda llegar a presentar es normal y normalmente queda una pequeña tolerancia que es válida digamos dentro del proceso en el momento de la hinca de los elementos sí y ahora aquí por ejemplo los que están a orillas del río son los que menos movimientos o menos desplazamiento tienen

Pregunta apoderado:

Y le hago una pregunta los que digámoslo los pilotes hincados en la forma en la que fueron ubicados y se encuentran hicieron ustedes algún tipo de análisis para identificar qué se encuentren dentro de las tolerancias o no.

Ingeniero Santiago Duarte:

“No, aquí la preocupación que más generó fue que el martillo parece el martillo no cumplía con el peso indicado el peso requerido que era básicamente que eso así hasta donde recuerdo, quedó indicado por parte de la interventoría.”

De otro lado, mediante el Oficio II – 757-019-19 la interventoría respondió al contratista de obra que las dificultades presentadas en la hinca de pilotes eran consecuencias de no seguir las recomendaciones indicadas.

Ahora, respecto del uso de los recursos de la interventoría específicamente el uso de la comisión topográfica; este Despacho evidenció que en los informes mensuales Nos. 1,2,3,4, 5, 6, 7 y en el informe final se relaciona el ítem de comisión topográfica por un valor de ocho millones cada una.

De igual forma, en los informes se evidenciaron fotografías relacionadas con la comisión topográfica y en algunos planos topográficos.

Por lo tanto, sí se observa que la interventoría hizo uso de los recursos topográficos para la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales del interventor; lo cual también le sirvió para indicar las situaciones planteadas con el martillo de los pilotes hincados.

CONCLUSIONES

Al revisar el cargo planteado y de conformidad con la valoración del material probatorio no se puede aseverar a grado conclusivo cuáles son las inconsistencias presentadas en la ubicación de los cabezales de los pilotes en relación con los planos de diseño ni que dichas variaciones se ocasionaron por no haberse usado correctamente los recursos de la interventoría.

Asimismo, conforme al informe y demás material probatorio allegado al expediente, no se puede concluir la existencia del nexo causal entre las variaciones de la ubicación de la hinca de los pilotes y el no uso correcto de los recursos topográficos de la interventoría.

De igual forma, respecto de las variaciones en la hinca de los pilotes, no se evidencia que haya ocurrido por la negligencia o incumplimiento del interventor y sí queda demostrado que se requirió y advirtió al contratista de obra por las irregularidades presentadas al momento de la hinca de los pilotes.

Con base en lo expuesto, este despacho no encuentra fundamentado los cargos presentados por el no uso de los recursos de la interventoría ni una relación causal con las variaciones en la hinca de

los pilotos; por el contrario, queda desvirtuado que la interventoría no haya hecho uso de los recursos topográficos.

Respecto de este cargo no se declarará el incumplimiento.

5.4.9. DE LA FALTA DE COMPETENCIA

5.4.9.1. Descargos y alegatos de los Intervinientes

5.4.9.1.1. Descargos y alegatos del apoderado de CONCEP S.A.S.

El apoderado de la interventoría alegó la falta de competencia de Cormagdalena de iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio toda vez que la declaración de incumplimiento definitivo se ha entendido que únicamente puede ocurrir una vez concluye el término de ejecución del mismo.

Relacionó algunas jurisprudencias del Consejo de Estado y concluyó que a su juicio Cormagdalena perdió competencia para declarar el incumplimiento del contrato y deberá abstenerse de emitir una decisión al respecto y debe ir a la jurisdicción ordinaria para solicitar las declaratorias de incumplimiento que se analizan.

5.4.9.1.2. Descargos y alegatos del apoderado de la Aseguradora Solidaria.

El apoderado de la Aseguradora Solidaria alegó la falta de competencia para adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio, toda vez que a su juicio a las entidades estatales le asiste una competencia temporal con respecto al ejercicio de sus facultades excepcionales, en especial el ejercicio de las facultades de tipo sancionatorio.

Expresó que se ha establecido un término para que las entidades puedan declarar el incumplimiento de las obligaciones por parte de los contratistas, así como declarar la caducidad de los contratos y para la imposición de sanción.

Concluyó que el análisis que la entidad efectúe sobre el incumplimiento de las obligaciones del contratista y para efectuar medidas correctivas como serían las del tipo sancionatorio debe efectuarse durante el plazo de ejecución del contrato, pero no con posterioridad al acto de liquidación o al término para la liquidación del contrato, ya que queda despojada de sus facultades sancionatorias y para adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio.

5.4.9.2. Análisis de la solicitud

Este Despacho reafirma que desde el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio para hacer efectivo la cláusula penal ha tenido la potestad y la competencia para adelantar el procedimiento, esto se reafirma con la jurisprudencia del Consejo de Estado que expresa:

“De otro lado, y en sentido contrario, la Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Al respecto sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria. En este sentido ya expresó la Subsección C de la Sección Tercera –sentencia del 25 de mayo de 2011, exp. 18.017-, providencia que reitera la posición histórica de la Sala –incluso se citan dos providencias que hacen la línea jurisprudencial- que:

“5. Competencia temporal de la entidad estatal para declarar el incumplimiento del contrato, y hacer efectivas la cláusula penal pecuniaria.

“Definido el anterior problema, se debe considerar ahora si era posible declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, vencido su plazo, teniendo en cuenta que BENEDAN impuso la sanción dos semanas después de vencido el término del contrato –resolución No. 392-, decisión confirmada cuatro meses después – resolución No. 811-.

“La Sala recuerda que en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 –aplicable al contrato sub iudice- la jurisprudencia admitió que la administración podía declarar el incumplimiento -no la caducidad- de los contratos de tracto sucesivo, después de vencido el plazo de ejecución, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso antes de efectuarse la liquidación del contrato, tal como se desprende del siguiente pronunciamiento, que recoge una línea jurisprudencial ininterrumpida hasta hoy:

“Ha dicho la jurisprudencia que los poderes exorbitantes que tiene la entidad pública contratante sólo pueden ejercerse dentro de la vigencia del contrato. Así podrá terminarlo unilateralmente, declararlo caducado por incumplimiento o por las demás causales permitidas en la ley, modificarlo o interpretarlo unilateralmente, imponer multas o sanciones o liquidarlo motu proprio, etc., etc.

(...)

“Para la Sala, la doctrina expuesta merece ratificación parcial, pero con algunas precisiones en torno a la declaratoria de incumplimiento, la que, en ciertas circunstancias, sí podrá hacerse por la Administración contratante después del vencimiento del término del contrato.”¹²

En vista de lo expuso, no hay lugar a dudas que este Despacho ha actuado a la luz y amparo de las disposiciones legales y es competente para adelantar el procedimiento y emitir una decisión.

5.4.10. DEL ACTA DE RECIBO FINAL

5.4.10.1. Descargos y alegatos de los Intervinientes

5.4.10.1.1. Descargos y alegatos del apoderado de CONCEP S.A.S.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero. Rad. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697)

En los descargos y alegatos presentados por el apoderado, este manifestó que el 11 de junio de 2019 se suscribió el acta de finalización del contrato en donde se hace un recuento del contrato de interventoría, se relacionó la duración, las actividades ejecutadas, valores, etc.; sin indicarse la existencia de incumplimiento de la interventoría, reafirmando su contenido y su validez por parte de la supervisión del contrato.

Indicó que el acta de entrega definitiva del contrato de interventoría suscrita el 12 de noviembre de 2020, fue refrendada por la misma citación a descargos de la entidad. Expresó que, en ella, se dejó constancia que el interventor cumplió con el objeto del contrato y el valor total del contrato tampoco fue controvertido por Cormagdalena.

5.4.10.1.2. Descargos y alegatos del apoderado de la Aseguradora Solidaria.

El apoderado de la aseguradora solicitó el archivo del procedimiento administrativo sancionatorio aduciendo que entre Cormagdalena y el contratista suscribieron acta de recibo final de la interventoría donde se acordó iniciar el proceso de liquidación del contrato de interventoría y con base en esa acta se solicitó a la Aseguradora Solidaria de Colombia la modificación de la garantía otorgada es decir de la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales número 320-74-994000010183, en donde se referencia el acta de recibo final del contrato de interventoría de 11 de junio de 2019.

5.4.10.2. Análisis de la solicitud.

De conformidad con los documentos aportados en el procedimiento administrativo sancionatorio, se evidencia que el 11 de junio de 2019 entre Cormagdalena y Concep se suscribió el acta de recibo final en donde se acordó dar por finalizado el contrato y se acordó iniciar el proceso de liquidación.

Posteriormente, el 12 de noviembre de 2019, entre Cormagdalena y Concep se suscribió el acta de entrega y recibo definitiva sin la indicación de salvedades.

Al respecto el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el acta de recibo final e indicado:

“Es decir que dicha acta de recibo final es concebida como un medio de verificación de la ejecución del objeto contractual, para determinar si el mismo se efectuó cabalmente y de acuerdo con las especificaciones pactadas en el contrato, lo que significa que dicha acta constituye un elemento anterior y útil para la liquidación de los contratos, puesto que a través de ella se constata cualitativa y cuantitativamente el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista como paso previo para efectuar el respectivo corte de cuentas que implica la liquidación del contrato -aunque en algunas ocasiones, las partes de hecho liquidan el contrato en la que denominan acta de recibo final.”¹³

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 28 de febrero de 2013. M.P. Danilo Rojas. Rad.25000232600020010211801.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, el acta de recibo final suscrita por el contratista y el interventor, tenía como finalidad precisamente el cumplimiento del requisito contractual para el pago final del valor del contrato y correspondía a un deber del funcionario interventor, encargado de verificar que la ejecución del contrato obedeciera al objeto del mismo, que las obligaciones del contratista se hubieran cumplido de acuerdo con lo pactado y que la calidad de los trabajos realizados fuera óptima y sirviera a los fines de la contratación, tal y como reza la cláusula décima del contrato.

No obstante, el acta de recibo final no tiene las características del acta de liquidación y tampoco finaliza la relación contractual, tal como lo indica el Alto Tribunal:

“De acuerdo con la naturaleza y finalidad tanto del acta de recibo final de los contratos como de la liquidación de los mismos, es claro que existen diferencias entre una y otra, pues al paso que la primera se refiere a la verificación del cumplimiento de las obligaciones del contratista de cara a lo estipulado en el contrato, es decir la comprobación material de la ejecución del objeto contractual en los términos pactados, la segunda corresponde a un corte de cuentas definitivo entre las partes con la finalidad de que las mismas se declaren a paz y salvo y que extingue de manera definitiva el vínculo contractual entre ellas.

En ese sentido, la suscripción del acta de recibo final sin salvedades no es óbice para que la administración en el uso de sus facultades y previo a la liquidación del contrato pueda volver a verificar que se haya cumplido el contrato, máxime cuando se presenten hechos, denuncias o circunstancias posteriores a la suscripción del acta en cita.

Bajo ese entendido, este Despacho inició y desarrolló el procedimiento administrativo sancionatorio respetando el derecho al debido proceso y garantizando los principios de contradicción y los derechos de las partes.

5.5. CONSIDERACIONES FINALES

Con fundamento en las razones antes expuestas y al no evidenciar la existencia certera y alejada de toda duda de que el contratista interventor incurrió en el incumplimiento del contrato por los cargos de (i) no aprobación de los estudios y diseños del contrato de obra 244 de 2018, (ii) incorrecta certificación de la tubería utilizada en la obra, (iii) exigencia al contratista de obra de las normas CCP-2004 y la NSR-2010, las cuales no corresponden a las exigidas para el diseño y construcción de muelles; (iv) no se exigió al contratista de obra la cantidad suficiente de ensayos de calidad de los concretos usados en la obra, (v) no registro de pruebas y controles al proceso de calidad a la pintura de las tuberías utilizadas para los pilotes, (vi) no ejecución de pruebas de control de calidad en la soldadura de tubos de metálicos que conforman los pilotes, (vii) no realizó un control permanente de la obra, (viii) no hizo un correcto uso de los recursos de la interventoría y por la carencia de pruebas y argumentos suficientes y concretos por parte del supervisor del contrato; este Despacho ordenará el archivo de las diligencias de carácter sancionatorio iniciadas por el presunto incumplimiento de las obligaciones para afectar cláusula penal del contrato de interventoría No. 245 de 2018 suscrito entre CORMAGDALENA y Sociedad CONSTRUCCIONES CIVILES ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S. - CONCEP S.A.S

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR la terminación del presente procedimiento administrativo sancionatorio iniciado por el presunto incumplimiento de las obligaciones para afectar cláusula penal del contrato de interventoría No. 245 de 2018 suscrito entre CORMAGDALENA y Sociedad CONSTRUCCIONES CIVILES ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S. - CONCEP S.A.S., identificada con NIT 800.190.821-6, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado de la Sociedad CONSTRUCCIONES CIVILES ESTUDIOS Y PROYECTOS S.A.S. - CONCEP S.A.S. NIT 800.190.821-6 y al representante legal y/o apoderada de la ASEGURADORA SOLIDARIA COLOMBIA S.A., identificada con NIT860524654 - 6.

ARTÍCULO TERCERO: INFORMAR la presente resolución a la Subdirección de Navegación y Desarrollo Sostenible para lo de su competencia.


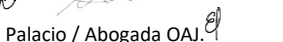
ARTÍCULO CUARTO: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO QUINTO: ARCHIVAR el presente procedimiento sancionatorio, de conformidad con las consideraciones expuestas con anterioridad.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los once (11) días del mes de noviembre de 2021.

DEISY GALVIS QUINTERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Sonia Guerrero Silva / Abogada OAJ 
OMMA
Proyectó: Elena Palacio / Abogada OAJ. 

Oficina Principal
Barrancabermeja
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

Oficina Seccional
Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



**El futuro
es de todos**

**Gobierno
de Colombia**