



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

“Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición en contra de la Resolución 2021060091680 del 28 de septiembre de 2021 mediante la cual se culmina un procedimiento administrativo por presunto incumplimiento del contrato de obra 4600009284 de 2019 cuyo objeto es el MEJORAMIENTO Y CONSTRUCCION DE OBRAS COMPLEMENTARIAS DEL CORREDOR VIAL GRANADA- SAN CARLOS (60AN16-1), EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA.”

EL SECRETARIO DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido, entre otras, en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, ley 1882 de 2018, su Decreto Reglamentario 1082 de 2015, los Decretos departamentales 0007 y 0008 del 02 de enero de 2012, Decretos Departamentales D2020070000007 de 2020, D2020070002567 del 5 de noviembre de 2020, Decreto D2021070000521 del 31 de enero de 2021 y D2021070000528 del 1 de febrero de 2021, expedidos por el señor Gobernador del Departamento de Antioquia, delegadas en el Secretario de Infraestructura Física mediante el Decreto Departamental 007 de 2012

ANTECEDENTES

1. Que el día **28 de septiembre de 2021**, el Secretario de Infraestructura Física de la Gobernación de Antioquia expidió durante el curso de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 la **Resolución 2021060091680** *“Mediante la cual se culmina un procedimiento administrativo por presunto incumplimiento del contrato de obra 4600009284 de 2019 cuyo objeto es el MEJORAMIENTO Y CONSTRUCCION DE OBRAS COMPLEMENTARIAS DEL CORREDOR VIAL GRANADA- SAN CARLOS (60AN16-1), EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA.”*
2. Que la precitada Resolución resolvió:



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

“ARTÍCULO PRIMERO. DECLARAR que, durante la vigencia del plazo contractual, el **CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR**, identificado con **NIT 901.255.658-9**, representado por el señor **DUVER OSSO PERDOMO**, e integrado por **OR INGENIERIA S.A.S (25%), DLA INGENIERIA S.A.S (25%), HIGO S.A (25%) e INGEVESI IC S.A.S (25%) INCUMPLIÓ EL CONTRATO DE OBRA N°460009284 de 2019**, cuyo objeto es **“MEJORAMIENTO Y CONSTRUCCION DE OBRAS COMPLEMENTARIAS DEL CORREDOR VIAL GRANADA- SAN CARLOS (60AN16-1), EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA.”**, de manera parcial y definitiva.

ARTÍCULO SEGUNDO. Como consecuencia del incumplimiento contractual, hacer efectiva la cláusula penal del contrato en la suma de **OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CINCO (\$890.751.605)** que corresponde al 16% de la cláusula penal pactada.

ARTÍCULO TERCERO. Declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento dentro de la Garantía única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales N°AA055735 expedida por **LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C.**, en tanto se materializó el riesgo de incumplimiento del contrato, asegurado mediante póliza de cumplimiento.

ARTÍCULO CUARTO. En consecuencia, afectar el amparo de cumplimiento dentro de Garantía única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales N°AA055735 expedida por **LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C.**, por valor equivalente a **OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CINCO (\$890.751.605)**

ARTÍCULO QUINTO. Ordenar la compensación de la suma ya mencionada, en el trámite de pago de obligaciones contractuales y/o en el proceso de liquidación del contrato.

ARTICULO SEXTO. Notificar la presente Resolución al representante legal del **CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR**, señor **DUVER OSSO PERDOMO** y al representante legal de la Compañía Aseguradora **LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C.**, o quien ejerza la representación de la aseguradora en esta diligencia. Esta notificación se entiende realizada en los estrados de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474.

ARTICULO SEPTIMO. Comunicar la presente Resolución a las dependencias y funcionarios encargados de atender su cumplimiento al interior de la Secretaría de Infraestructura Física y de la Secretaría de Hacienda.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

ARTÍCULO OCTAVO. En firme la presente Resolución, publíquese en SECOP de acuerdo con lo ordenado por el artículo 31 de la ley 80 de 1993 y comuníquese a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio competente.

ARTÍCULO NOVENO. De quedar en firme la presente decisión, el contenido patrimonial de la misma se hará efectivo directamente mediante compensación o deducción de las eventuales sumas adeudadas en favor del contratista, mecanismo que opera de pleno derecho.

ARTÍCULO DÉCIMO. Contra la presente resolución procede el recurso de reposición, el cual debe presentarse y sustentarse en la presente audiencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.”

3. En dicha audiencia se fijó como fecha para la interposición y sustentación del recurso de reposición el día 5 de octubre de 2021, en la cual el contratista y el garante indicaron los siguiente:

- **CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR:** Indica que el consorcio contratista nunca incumplió con sus obligaciones contractuales, lo cual a su juicio se encuentra probado con las pruebas testimoniales y documentales obrantes en el expediente, por lo cual se valoran los principios de ponderación y sana crítica, pues no se valora cada prueba, toda vez que solo se transcribe los informes de interventoría, los cuales no fueron validados por el Representante Legal de la interventoría.

Expresa que la SIF desconoció el principio de planeación, toda vez que la entidad demoró el inicio de las obras y fue una de las causas generadoras para que el contrato no se ejecutara en los plazos pactados, pues a su juicio el contratista cumplió con lo establecido en los documentos contractuales, por lo cual no es posible indignarle la responsabilidad al consorcio, pues la realización de los estudios previos era una carga que le correspondía a la entidad contratante, por lo cual a su juicio la entidad debía conocer el bien o servicio que se va a contratar desde la perspectiva jurídica, comercial, financiera, organizativa, técnica y de análisis de riesgo, de los cual se debe dejar constancia en el proceso.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

Expone que en el contrato se pactó una cláusula equivalente al 10% del valor total del contrato, mientras que el pliego se estableció por un 20%, por lo cual existe una discrepancia entre el porcentaje de ambas cláusulas y en consecuencia, solicita la aplicación únicamente del 10% del valor del contrato como cláusula penal y que solo es procedente en los casos de declaratoria de caducidad de los contratos, y al no darse la caducidad no es viable aplicar sanción consecuencial. Igualmente, argumenta que el consorcio cumplió con 84 a 86 % de la totalidad de la obra.

- **LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C:** *Indica que existe un problema de capacidad del funcionario para conocer y fallar esta decisión, debido a que no se encuentra expresamente el acto administrativo de delegación del Gobernador al Secretario de la SIF para adelantar los presentes procesos administrativos sancionatorios contractuales.*

- *Arguye que existe una violación al debido proceso por: I) las falencias existentes en el acto de citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; II) problemas de legalidad que antecedieron la citación y III) en cuanto al procedimiento en si mismo, en la medida en que no fue escuchada la argumentación del contratista.*

Igualmente, presenta inconformidad con las faltas y las sanciones, y la ausencia de motivación sobre la aplicación del infraseguro.

Finalmente, solicita visita al sitio de la obra

4. En consecuencia, una vez agotadas las etapas previstas en audiencia y luego de haber escuchado los distintos argumentos presentados por el contratista de obra y la compañía aseguradora, se tiene que:

CONSIDERACIONES

A. DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES

La Constitución Política contempla el debido proceso como derecho fundamental y sobre su ámbito de aplicación señala que “El debido proceso se aplicará a toda clase



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

de actuaciones judiciales y administrativas”. La claridad de esta norma no ha dejado lugar a ninguna duda sobre la extensión de las garantías del debido proceso a toda clase de actuaciones administrativas y es ello lo que ha llevado a la Corte Constitucional a afirmar que “[u]na de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas”¹.

Sin embargo, dicha extensión tiene algunas particularidades que también han sido reseñadas por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos”².

En ese orden de ideas, las garantías del debido proceso aplican por expreso mandato constitucional a toda actuación administrativa, pero ello debe ser interpretado en consideración a los principios que caracterizan cada escenario y las diferencias entre procesos judiciales y procedimientos administrativos.

Con base en estas consideraciones la Corte ha resaltado la importancia de aplicar en todos los casos los principios y garantías derivados del debido proceso, pero armonizando los mandatos del artículo 29 superior con los principios del artículo 209 constitucional, de manera que no se pierda de vista que *“mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa [...]”*³.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

² Ibídem.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-640 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 resulta relevante respecto al desarrollo legislativo que, en materia de contratación estatal, se ha dado al principio y derecho constitucional al debido proceso. El mencionado artículo prescribe que *“El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales”*.

Apoyándose en esta norma, así como de las garantías derivadas directamente de la Constitución y otras normas procedimentales, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de aclarar que:

“Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación ha sido categórica en afirmar que en materia contractual también se debe respetar este derecho fundamental al debido proceso, siempre que la administración en su papel de parte contratante dentro de un negocio jurídico, pretenda ejercer su poder de autotutela declarativa mediante la expedición de actos administrativos de carácter particular y concreto, en tal forma que se garantice el pleno conocimiento del contratista sobre la actuación adelantada por la administración y su posibilidad de ejercer en debida forma el derecho de audiencia y de defensa⁴.”

Con base en las antedichas consideraciones, la máxima corporación de lo contencioso administrativo concluyó “no cabe duda alguna en relación con la aplicación del debido proceso en materia contractual y especialmente cuando se trate de decisiones sancionatorias”⁵.

Estas consideraciones son fundamentales pues de entrada permiten poner de presente que la Administración se encuentra obligada a respetar las garantías del debido proceso en materia contractual sin importar la declaratoria a realizar o el asunto a decidir, y ello ha ocurrido en el caso que nos ocupa.

De conformidad con lo anterior, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir, las cuales se sintetizan, de forma

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 30 de enero de 2013. Exp. 24.743. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁵ Ibídem.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

esquemática, así: i) *citación a audiencia*. Es necesario remitir una citación a audiencia al contratista y al garante –cuando proceda–, cuyo contenido se señalará más adelante. ii) *Audiencia*. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso; y iii) *Decisión*. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne, por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la imposición o no de multas y sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio del control judicial que llegue a efectuarse.

Descendiendo al caso en concreto, se tiene en primer lugar que la citación a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, del 26 de marzo de 2021 contenía los siguientes aspectos: I) señalamiento de los hechos que soportan la actuación, en particular la descripción detallada de cuáles son las actuaciones u omisiones del contratista que materializan el incumplimiento de las obligaciones objeto de la actuación; los cuales consistieron básicamente en que durante la vigencia del plazo contractual, específicamente a partir del mes de noviembre, la interventoría del contrato de obra presentó varios oficios, entre ellos: I-CYC-1037-20 de 18 diciembre de 2020 radicado Gobernación de Antioquia No.202001038940, I-CYC-1055-21 de 05 enero de 2021 radicado Gobernación de Antioquia No. 2021010001475, I-CYC-1058-21 de 06 enero de 2021 radicado Gobernación de Antioquia No.,2021010002044, I-CYC-1095-21 de 30 enero de 2021 radicado Gobernación de Antioquia No.2021010031747; en los cuales manifestó al contratista CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR y a la Gobernación de Antioquia del incumplimiento a la reprogramación de la obra y el programa de inversión de la obra,



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

advirtiéndolo así sobre el riesgo definitivo de incumplimiento del contrato por parte del contratista.

Igualmente, desde la precitada citación se indicó que mediante oficio de interventoría I-CYC-1125-21 del 2 de marzo de 2021, la interventoría del contrato de obra 460009284 describe los hechos, constitutivos de presuntos incumplimientos de obligaciones contractuales del contratista de obra CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR. De ello se extrae, fundamentalmente, lo siguiente:

AVANCE FÍSICO	
% PROGRAMADO	100%
% EJECUTADO	84%
ATRASO	16%

AVANCE FINANCIERO	
% PROGRAMADO	100%
% EJECUTADO	81.70%
ATRASO	18.30%

Inclusive se clasifican los presuntos incumplimientos según lo indicado por la interventoría, de la siguiente manera:

- No ha realizado el pago de la tasa por utilización de aguas de los permisos de concesión de aguas, por ende, los expedientes no han sido cerrados por parte de la autoridad ambiental competente.
- No ha cumplido con las medidas compensatorias derivadas de los permisos de aprovechamiento forestal.

Respecto del programa 2 “Programas de actividades constructivas”-Proyecto 1 “Manejo integral de materiales de construcción:



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

•No ha realizado el manejo integral de los materiales de construcción, puesto que según la interventoría a la fecha de la terminación del contrato se encuentra material de construcción en todo el corredor vial, sin señalizar y sin la protección como se puede evidenciar en el siguiente registro fotográfico, incumpliendo con lo establecido en las medidas de manejo del PAGA.

-Respecto del proyecto 3 “Señalización frentes de obra y sitios temporales”:

•No ha señalado los frentes de obra y sitios temporales como lo estipula el PAGA.

-Respecto del proyecto 4 “Manejo y disposición final de escombros y lodos”:

•No ha dado cumplimiento a lo requerido por la interventoría, en comunicado I-CYC-974-20 del 9 de noviembre de 2020, en el cual se le solicitó la conformación del ZODME y a la fecha no muestra conformación final.

-Respecto del programa 3 “Gestión Hídrica”:

•No ha cerrado el expediente ni ha presentado los soportes de pago por concepto de utilización de agua en la Quebrada La Aguada.

•No ha cerrado el expediente ni ha presentado los soportes de pago por concepto de utilización de agua en la Quebrada La Hondita.

•No ha cerrado el expediente ni ha presentado los soportes de pago por concepto de utilización de agua de Río Calderas.

•No ha terminado la construcción del puente vehicular ni ha presentado el cierre de expediente en Ocupación de cauce box Culvert K16+350, box Culvert K16+780 y Puente vehicular K20+850.

•No ha realizado la solicitud del cierre del expediente en las 3 estructuras que están pendientes a CORNARE.

Respecto del programa 4 “Biodiversidad y Servicios Económicos:



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

- No ha realizado el pago el pago por compensación con la modalidad de BanCO2 (MASBOSQUES), y acto administrativo de cierre de expediente ante CORNARE.

Aunado a lo anterior, la interventoría en el oficio I-CYC-1125-21 del 2 de marzo de 2021 presenta a partir de la página 44 el informe del incumplimiento al Programa de Gestión Social Plan de Inversión Social, PROYECTO PRODUCTIVO -PGS –6.7-24, del Contrato de obra No. 4600009284 “Mejoramiento y construcción de Obras complementarias del corredor vial Granada San Carlos código 60AN 16-1”. De lo allí reportado, se evidencia que presuntamente el contratista:

- Incumplió con el cierre de las PQRS en el plazo contractual establecido que, según la interventoría, deja pasivos sociales con comunidades, proveedores y empleados, centrados en pago de salarios, servicios, adecuación de accesos y daños en predios privado.
- No realizó la reunión de cierre de obra.
- No presentó las actas de vecindad de cierre, lo que, según la interventoría, es un insumo importante para dirimir posibles controversias y el no tener el cierre de dicho documento puede generar posibles demandas por los propietarios de las viviendas colindantes, con el corredor vial.
- Incumple con el 50% de los talleres programados por el PAGA, puesto que solo ejecuta cuatro talleres con las comunidades, aun cuando el PAGA, programa de Gestión Social, había programado ocho.
- A pesar de las reiteradas solicitudes por parte de la interventoría al contratista, este no ha ejecutado el Plan de Inversión Social, ya que según la interventoría este es del 0% en lo referente a la ejecución del Proyecto Productivo. Lo anterior, ocasiona incumplimientos afectan integralmente el contrato de obra en tanto que se configuran causales que impiden el cierre social del mismo.

De lo anterior se extrae que la citación que antecede este trámite administrativo sancionatorio es un simple acto de comunicación, no define nada, solamente informa



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

al actor del inicio de la actuación administrativa por parte del Departamento de Antioquia, que lo convierte en un acto de trámite, lo que a ninguna luces representa prejuzgamiento, pues el contratista y el garante contaban con todo el trámite del proceso para presentar sus respectivos descargos, solicitud y práctica de pruebas, así como de presentar las alegaciones finales y los respectivos recursos, pues nótese que solo hasta la expedición del acto administrativo recurrido es que la administración tomó una decisión de fondo del asunto. Es claro que toda citación a un proceso sancionatorio implica la imputación de eventuales incumplimientos y ello es el objeto de la misma.

Ahora bien, en este punto debe precisarse que las solicitudes de la entidad dirigidas a la interventoría tenían como fin la actualización del informe base del presente procedimiento, así como también verificar el estado actual de cumplimiento de las obras en el corredor vial Granada- San Carlos, nunca direccionar el contenido de los informes, sino garantizar al contratista y a su garante, que los incumplimientos eventuales que se le imputaban fueran vigentes.

II) se adjuntaron los informes de supervisión y/o de interventoría del **CONSORCIO CYC ANTIOQUIA** que soportan la actuación, donde la entidad fundamenta su decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio.

III) se acompañaron todas las pruebas adicionales con que cuente la entidad y que sirven para acreditar el incumplimiento, como el expediente contractual; tales como los documentos contractuales que obran en el SECOP.

IV) descripción de cuáles son las normas, cláusulas u obligaciones posiblemente violadas o incumplidas por el contratista; las cuales fueron definidas en la respectiva citación como el numeral 2.7 de los estudios previos, el numeral 7 de los pliegos de condiciones, el anexo de la guía de manejo ambiental, social y seguridad y salud en el trabajo publicado con el pliego de condiciones cláusula cuarta del contrato de obra 4600009284 de 2019, artículo 5 de la Ley 80 de 1993.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

v) indicación de las consecuencias que podrían generarse para el contratista, como era la declaratoria de incumplimiento con la finalidad de hacer efectiva la cláusula penal a favor del Departamento de Antioquia, conforme a las reglas de tasación correspondientes (razonabilidad y proporcionalidad).

vi) debe indicarse el lugar, fecha y hora para realización de la audiencia, sin perjuicio de que ésta se pueda realizar por medios electrónicos, la cual ha sido realizada con presencia del consorcio contratista y la compañía aseguradora.

Por lo cual no hay lugar a declarar la violación al debido proceso que tenga como causa la citación a la respectiva audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

En segundo lugar, y respecto a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1574 de 2011. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que éstos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso.

Lo cual se garantizó a través de la audiencia del 09-04-2021 en la intervención del apoderado del CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR la cual inició desde el minuto 1:28:58 hasta el minuto 3:04:16 de la primera parte del video por presunto incumplimiento del contrato de obra; continuó con su intervención desde el primer segundo del segundo video hasta el minuto 1:01:09, momento en el cual intervino el Director de Asuntos Legales para solicitarle al apoderado del consorcio que fuera concluyendo su intervención debido a que llevaba casi 3 horas de intervención en descargos y se le dio la oportunidad de complementar sus descargos por escrito si a bien lo tenía, opción que el apoderado del consorcio rechazó en su oportunidad legal, aunado a que continuó su intervención en un término adicional.

Llama la atención a este Despacho la insistencia del apoderado de LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C en manifestar que existe una presunta vulneración al



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

debido proceso por no garantizar la intervención del CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR, máxime si se tiene en cuenta que dicho apoderado se tomó aproximadamente 4 horas con treinta y seis minutos en sede de descargos, 1 hora en sede de alegatos de conclusión y 2 horas en sede de recursos, para un total de aproximadamente 7 horas y media de intervención, lo cual lejos de reñir con el debido proceso, se encuentra en consonancia con el principio de eficacia que permite que las autoridades remuevan de oficio las dilaciones o retardos injustificados, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa, y con el principio de economía que permite optimizar el tiempo, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas. Es claro que las intervenciones de las partes en el proceso que nos ocupan, sobre garantizaron el derecho de defensa y de recibir cuestionamientos; lo contrario, es desconocer los principios de eficacia y economía, que es diferente

Finalmente, en procesos de gran envergadura las intervenciones de las partes no son indefinidas, como el artículo 107 del Código General del Proceso Numeral 3, que establece una intervención de las partes no mayor a 20 minutos, salvo que exista norma expresa en contrario, como ocurre en materia arbitral, que se consagra una intervención de una hora. No obstante, en el sub lite el apoderado del CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR tuvo el tiempo necesario para desarrollar sus argumentos, que se reitera fue superior a los contemplados en las demás normas procesales, con el fin de otorgar mayor garantía de defensa, sin que de ninguna manera pudiese dejarse por parte de esta entidad el termino indefinido para realizar las intervenciones en las respectivas audiencias, y pudiendo la administración fijar un término, que garantice la armonía entre el derecho de defensa y los principios que gobiernan las actuaciones administrativas, lo que ni siquiera ocurrió, pues la administración se limitó a solicitar se racionalizará el uso de la palabra.

En consecuencia, se desestimarán todos los cargos propuestos por las partes con relación al debido proceso administrativo, pues se reitera que el apoderado del CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR se tomó aproximadamente 4 horas con treinta



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

y seis minutos en sede de descargos, 1 hora en sede de alegatos de conclusión y 2 horas en sede de recursos, para un total de aproximadamente 7 horas y media de intervención, y la limitación de su intervención lejos de configurar una violación al debido proceso se acompasa con la aplicación de los principios de eficacia y economía en las actuaciones administrativas.

B. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Manifiesta el apoderado del **CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR** en los descargos presentados en la audiencia, que la causa del incumplimiento del objeto contractual es imputable a la Entidad, argumentando que existió vulneración al principio de planeación, puesto que los diseños contenían errores y además arguye que no entregó oportunamente el diseño a fase III, lo cual retrasó la ejecución de las obras. De otra parte, aduce que los pliegos tenían deficiencias relacionadas de las zonas de acuíferos de la zona de excavación y se encontraron nuevas fuentes de cauce – 14-, que la dureza del terreno era mayor a lo previsto, de manera que los pliegos no incluían la información geotécnica real. Además de lo anterior por solicitud de la interventoría en relación con el tramo 3 no era posible intervenirlo, el cual se liberó hasta el 07 de enero de 2020, es decir, 8 meses después del inicio del contrato, ya que estaba siendo intervenido por otro contratista -LATINCO-.

Indica que el consorcio no incurrió en mora y manifiesta que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, por lo cual el retraso en la ejecución de las obras se debe exclusivamente al retraso de la entidad pública en la entrega de los diseños definitivos, por lo que a su juicio no es viable la declaratoria de incumplimiento.

Al respecto debe precisarse que la figura de la *“excepción de contrato no cumplido”* se encuentra prevista en el artículo 1609 del C. C., en los siguientes términos:

“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

Ella es propia de los contratos bilaterales o sinalagmáticos, su fundamento se encuentra en los principios de la equidad y de la buena fe⁶ y ha sido instituida para impedir que una de las partes quiera prevalecerse del contrato y exigir a la otra su cumplimiento mientras ella misma no hubiere cumplido o no hubiere estado dispuesta a cumplir con las obligaciones que le incumben⁷.

Esta figura, en principio propia de los contratos de Derecho Privado, ha sido admitida en el campo de los contratos de Derecho Público, tal como lo evidencia el pronunciamiento de la Sección Tercera, recogido en la sentencia de 31 de enero de 1991, Exp. 4739, con un alcance limitado, por razón de la naturaleza misma de los contratos de Derecho Público y por el interés general que se encuentra envuelto en los mismos a cuya satisfacción se enderezan tales vínculos contractuales, de conformidad como los apartes que se transcriben a continuación:

“El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una razonable imposibilidad de cumplir para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal del derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado.”⁸
No basta pues que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí, deje de cumplir con sus deberes jurídicos. Así y por vía de ejemplo, si la administración está obligada a poner a disposición del contratista el terreno por donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, ¿cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que cumpla, así sea pagando por anticipado el precio de su ruina? A estos extremos no se puede llegar pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como la buena fe, la justicia, etc., lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de diciembre de 1973.

⁷ Pérez Vives Alvaro, Teoría General de las Obligaciones, Bogotá, Editorial Temis, 1953.

⁸ Original de la Sentencia en cita: Sección Tercera, entre otras, Sentencias del 15 de septiembre de 1983, Exp. 3244; de 25 de junio de 1987; Exp. 4994; de 31 de enero de 1991, Exp. 4739 y 4642; de 15 de mayo de 1992, Exp. 5950 y de 17 de enero de 1996, Exp. 8356.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA
GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

puso en marcha la exceptio non adimpleti contractus se movió dentro del marco de la lógica de lo razonable.”⁹

Desde entonces se ha aceptado por la jurisprudencia¹⁰ que la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos del Estado se encuentra condicionada a los siguientes supuestos: i) La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla “do ut des” (te doy para que me des); ii) el no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; iii) que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, por manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, iv) que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone y que ha de justificarse por la configuración de aquel; v) el cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente.

Bajo esta línea jurisprudencial, es claro que en el sub-lite no se dan los anteriores presupuestos, toda vez que, como se mencionó anteriormente, el CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR en la actualidad no ha cumplido las obligaciones a su cargo, pues presenta un retraso físico y financiero como se refleja a continuación:

AVANCE FÍSICO	
% PROGRAMADO	100%
% EJECUTADO	84%
ATRASO	16%

AVANCE FINANCIERO	
% PROGRAMADO	100%

⁹ Original de la Sentencia en cita: Sección Tercera, Sentencia de 31 de enero de 1991, Exp. 4739.
¹⁰ Sección Tercera, entre otras, ver sentencias de 19 de septiembre de 2002, Exp.12726; de 15 de marzo de 2001, exp. 13415; del 14 de septiembre de 2000, Exp. 13530; del 17 de octubre de 1995, Exp. 8790; del 21 de febrero de 1992, Exp. 5857 y del 13 de abril de 1999, Exp. 10131.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

% EJECUTADO	81.70%
ATRASO	18.30%

Sería la administración quien podría alegar la mencionada excepción en el caso que nos ocupa.

Respecto al supuesto incumplimiento de la administración se reitera que dentro del marco de la colaboración que compete al contratista¹¹, se encuentra igualmente sometido a respetar el principio de planeación, es decir, el contratista tiene la carga de analizar la suficiencia y consistencia de los estudios previos y de los precios presupuestados, en orden a definir su participación en la licitación y el contenido de su oferta; se entiende que es una carga, en el sentido de que el contratista no podrá desconocer los términos y condiciones que aceptó y mucho menos aquellos que negoció con la entidad pública¹².

Es así como en la matriz de riesgos se contempló como riesgo operacional *“La revisión de obras y/o actualización, y/o unificación, ajustes y/o modificación de estudios complementarios realizados por el contratista. Ocurre cuando se presentan efectos originados por revisiones adicionales de obras necesarias, cambios o actualización de los estudios y/o diseños definitivos necesarios para la correcta ejecución y operación de las obras”*. Igualmente, la mencionada matriz contempla como consecuencia del evento: *“Retrasos en el cronograma de ejecución, variación de algunas obras del contrato y por ende cantidades de obra”*.

¹¹ Artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

¹² El deber de colaboración por parte del contratista se profundiza en la ejecución del contrato, como lo ha observado esta Subsección, así: “Es con fundamento en su calidad de experto en el desarrollo de la tarea que se le asigna, que es considerado un verdadero colaborador de la Administración en el cumplimiento de sus fines estatales y no un simple ejecutor material. Lo dicho se traduce en que una vez celebrado el contrato, el contratista se convierte en una pieza clave y en un aliado fundamental de la entidad para llevar a buen término el proyecto y en razón de ello se espera del particular una actitud proactiva, diligente y eficiente que refleje las aptitudes y habilidades que lo llevaron a ocupar uno de los extremos del contrato. Bajo esa comprensión su labor no puede restringirse o limitarse a la ejecución de la obra de forma pasiva e inmutable, sin observar en medio de su desarrollo la experiencia y el conocimiento técnico que se le exigen. Menos aún, resulta admisible que se aparte de forma injustificada e irreflexiva de los lineamientos trazados en el pliego de condiciones de los cuales fue pleno conocedor en la etapa precontractual, al punto que le sirvieron de cimiento para estructurar la oferta por el presentada”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2016, radicación: 25000-23-26-000-2012-00636-01(51192), actor: Prouurbanos Cima y Cía S En C, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano, referencia: apelación sentencia - acción de controversias contractuales.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

Lo anterior, es ratificado por el apoderado del **CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR**, quien acepta que: *“en la matriz de riesgos se reguló que, si se hacía necesario hacer revisión de obras, y/o ajustes, y/o actualización o modificación de estudios, diseños e información técnica, en manera alguna implicaba que el contratista tenía la obligación de elaborar los diseños, cuando era obligación de la contratante”*. Lo cual resulta contradictorio con las declaraciones de los señores Ludwin Quintero, Duver Osso Perdomo y los miembros de la interventoría quienes manifestaron que los diseños sí fueron entregados por esta Entidad al consorcio contratista, solo que los mismos requerían ajustes, actualizaciones o modificaciones necesarios para la correcta ejecución de la obra, lo cual en efecto ocurrió, pues el consorcio realizó los respectivos ajustes a los diseños; sin embargo, no es posible atribuir la obligación de los ajustes a los diseños a la entidad contratante, pues como se ha reiterado en varias ocasiones era obligación del contratista de conformidad con la matriz de riesgos.

Nótese que al respecto la declaración de la ingeniera Leidy Milera Benavides no aporta nada respecto a los supuestos incumplimientos de la Gobernación de Antioquia, sin embargo, indicó que: *“En la última verificación que se hizo con la corporación aún no se había realizado ajustes de pago con la corporación, literalmente las concesiones ya están cerradas, pero se deben verificar los pagos. (...) La corporación en función de los permisos de aprovechamiento forestal debíamos realizar la respectiva compensación por los aprovechamientos, pero cuando se acabó todo el proceso no se realizó todo el aprovechamiento indicado, y se realizó la reevaluación y la misma se encuentra en trámite, pero desconozco si ya se hizo esa gestión*. La cual lejos de acreditar el cumplimiento de las obligaciones ambientales por parte del contratista, ratifica lo manifestado por la interventoría, pues de la declaración rendida no se da cuenta del cumplimiento y la aprobación de la compensación por aprovechamientos forestales, ni los pagos por conceptos de concesión de aguas ante la autoridad ambiental competente.

Ahora bien, respecto al incumplimiento de las obras a cargo del **CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR** se tiene que el contratista como parte de las medidas para la



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA
GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

terminación de la obra y a solicitud de la entidad y de la interventoría, presentó mediante comunicado CO-CSVH-1313 del 12 de enero de 2021, un plan de contingencia en el cual se comprometió a ejecutar las actividades pendientes a esa fecha de cara a la terminación del contrato, como se observa a continuación:

PLAN DE CONTINGENCIA INTEGRAL			
ACTIVIDAD	PROMOGRAMACIÓN		ESTADO DE CUMPLIMIENTO
	COMIENZO	FIN	
1.MATERIAL DE AFIRMADO			
1. Suministro, colocación, conformación y compactación de Material de la Zona para Afirmado de vías, no incluye transporte	13/01/2021	22/01/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
1. Transporte de materiales provenientes de la excavación de la explanación, canales, préstamo y materiales de afirmado, sub-base, base y mezcla asfáltica y derrumbes para distancias mayores de tres mil metros (3000). Material compacto.	13/01/2021	22/01/2021	INCUMPLIDO, terminó el 27 de enero de 2021
2.ESTABILIZACIÓN CON SUELO CEMENTO			
2.Material Granular Tratado con Cemento, Incluye Suministro, Transporte, Colocación, Obtención de la Fórmula de Trabajo, Fase de Experimentación, Preparación de la Superficie Existente, Curado y demás	18/01/2021	30/01/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA
GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

PLAN DE CONTINGENCIA INTEGRAL			
ACTIVIDAD	PROMOGRAMACIÓN		ESTADO DE CUMPLIMIENTO
	COMIENZO	FIN	
1.MATERIAL DE AFIRMADO			
Actividades que establece la Especificación Técnica, S			
3.MEZCLA ASFALTICA			
2. Suministro, Transporte, colocación y compactación de Mezcla Densa en Caliente Tipo MDC-19	15/01/2021	19/01/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
	29/01/2021	2/02/2021	
4.CUNETAS			
1.Concreto clase D (cuneta 21 Mpa de 1 x 0,1mt)	21/01/2021	30/01/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
	12/01/2021	30/01/2021	
	18/01/2021	6/02/2021	

5.MUROS, ALCANTARILLAS, BOX CULVERT			
	PROMOGRAMACIÓN		
	COMIENZO	FIN	
2.Concreto clase D (Muros, disipadores, aletas 210 kg/cm2)	28/12/2020	30/01/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
	12/01/2021	19/01/2021	INCUMPLIDO, terminó el 4 de febrero
	12/01/2021	26/01/2021	INCUMPLIDO, terminó el 28 de enero
	12/01/2021	30/01/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
	12/01/2021	16/01/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
	12/01/2021	23/01/2021	
	18/01/2021	19/01/2021	
6. PUENTE LA AGUADA K20+900			
	PROMOGRAMACIÓN		



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

PLAN DE CONTINGENCIA INTEGRAL			
ACTIVIDAD	PROMOGRAMACIÓN		ESTADO DE CUMPLIMIENTO
	COMIENZO	FIN	
1.MATERIAL DE AFIRMADO			
	COMIENZO	FIN	
VIGAS			
INSTALACIÓN CIMBRA (OBRA FALSA)	8/01/2021	16/01/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
INSTALACIÓN CIMBRA (OBRA FALSA)	18/01/2021	21/01/2021	
VIGA 1	21/01/2021	23/01/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
VIGA 2	21/01/2021	23/01/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
VIGA 3	25/01/2021	27/01/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
VIGA 4	25/01/2021	27/01/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
VIGA 5	28/01/2021	30/01/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
VIGA DIAFRAGMA			
TRAMO VIGA 1 AL 5 SAN CARLOS	1/02/2021	3/02/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
TRAMO VIGA 1 AL 5 CENTRO	1/02/2021	3/02/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
TRAMO VIGA 1 AL 5 GRANADA	1/02/2021	3/02/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
LOSA			
ARMADO Y VACIADO DE LA LOSA	4/02/2021	6/02/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
7.SEÑALIZACIÓN			
Línea de demarcación con pintura acrílica en frio	30/01/2021	6/02/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
Tacha Reflectiva	30/01/2021	6/02/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no termino
Defensa metálica	30/01/2021	6/02/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
Sección final	30/01/2021	6/02/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó
Captafaros	30/01/2021	6/02/2021	INCUMPLIDO, a corte del 5 de febrero no terminó



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

Precisamente nótese que el plan de contingencias incumplido por el consorcio contratista tenía por objeto minimizar la posibilidad de materialización del riesgo de incumplimiento, teniendo en cuenta el estado de emergencia Económica, Social y Ecológica decretado por el Gobierno Nacional y demás factores que pudieran efectuar la correcta ejecución del contrato estatal. Igualmente, lo anterior se acompasa con lo manifestado por el señor Raúl Morales, director de la interventoría CYC ANTIOQUIA, quien respondió que: *“Las actividades del covid-19 las cuantificó el contratista, mediante un presupuesto conforme a la planta de personal y recursos en obra, la cual finalmente se aprobó, el tiempo también lo estimó el contratista de acuerdo con la programación que tenía y los rendimientos, los cuales también fueron avalados por la interventoría, el distanciamiento influyó en el rendimiento del 50% y por ello se le dio trámite a la prórroga #1, a medida que iba pasando se iba reincorporando más gente iba aumentando el rendimiento, los casos de covid-19 fueron mínimos.*

Al contratista le faltaron recursos para invertir en la obra, hubo disminución de personal, por falta de pago el personal hacía huelgas y paraban las obras, en el momento de la colocación del material granular no tenían disponibilidad de volquetas y pues todo eso está plasmado en las actas de comité. Las actas 18, 19 y 20, las 2 primeras fueron liberadas por la interventoría una vez el contratista cumplía con los requisitos, sin embargo, el contratista siempre tenía problemas en la entrega del informe SST, porque no tenía soporte de pagos de nóminas y liquidaciones, así como tampoco el pago a proveedores, respecto al acta 20 en el momento de la conciliación, se hizo un ajuste y como no se presentó a la conciliación del acta se dejó como pre-acta, pues no se presentó ningún soporte.

La Corte Constitucional ha mantenido una línea jurisprudencial respecto del aforismo *“Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, a través de la cual sostiene que el juez no puede amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

Cuando ello ocurre, es decir, que el particular o la autoridad pública pretende aprovecharse del propio error, dolo o culpa, se ha justificado la aplicación de este principio como una forma de impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Por lo que la persona está *prima facie* en la imposibilidad jurídica de obtener beneficios originados de su actuar doloso¹³. así las cosas, respecto al incumplimiento del plan de contingencias existe una prohibición de los contratantes de ir en contra de sus propios actos, por cuanto el plan de contingencia presentado por el consorcio contratista fue resultado de su propio análisis teniendo en cuenta factores como plata de personal, recursos en obra y programación presentada, por lo cual bajo la teoría del acto propio no tendrían cabida los cargos del consorcio, pues estarían en contra de los principio de buena fe contractual, confianza legítima, en consecuencia se despachará de manera desfavorable el cargo de excepción de contrato no cumplido, resultando claro que la presentación del plan de contingencia estaba antecedido de un incumplimiento

¹³En particular, en la **Sentencia C-083 de 1993**, la Corte tuvo la oportunidad de analizar la compatibilidad de los criterios auxiliares de justicia fijados en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y los postulados previstos en el artículo 230 de la Constitución de 1991. A partir de ese examen, en relación con el tema aquí expuesto, el Tribunal consideró que el aforismo *nemo propriam turpitudinem allegans potest*, de hecho, constituye una regla general que hace parte del sistema de fuentes del derecho, en tanto proviene de la analogía iuris. A juicio de la Corte, no hay duda de que quien alega su propia culpa falta a la buena fe, fin amparado por la Carta Política. **///** Con posterioridad, en la **Sentencia SU-624 de 1999**, al analizar el caso de una persona que a través de la acción de tutela buscaba mantener a su hijo en el colegio sin pagar lo debido, estando en condiciones para hacerlo, la Corte afirmó que constituye un deber constitucional el no abusar del derecho propio, por lo que no existe justificación frente al dolo indirecto y malicioso del sujeto que, a sabiendas de su inconducta, pretende validar su incumplimiento. **///** En la **Sentencia C-670 de 2004**, en la que se declaró exequible el inciso 4 del artículo 12 de la Ley 820 de 2003, por medio del cual se prohíbe a los arrendatarios en el proceso de restitución de inmueble alegar su indebida notificación, la Corte también consideró que la medida legislativa además de perseguir un fin constitucionalmente legítimo, cual es, imprimir mayor celeridad a los procesos judiciales, se soporta en el principio *nemo propriam turpitudinem allegans potest*, ya que las partes no pueden invocar en su beneficio su propia culpa, como se evidencia con la falta de diligencia para informar oportunamente el cambio de dirección señalada en su momento en el texto del contrato de arrendamiento. **///** En la **Sentencia T-213 de 2008**, la Corte nuevamente analiza la regla *nemo propriam turpitudinem allegans potest*, frente al caso en el que el apoderado judicial presenta la tutela por la decisión desfavorable del recurso de apelación en el trámite ordinario, al no haber presentado a tiempo las expresas facultades del mandante. Respecto de la aplicación de esta regla, la Corporación expuso que los jueces están en el deber de negar las suplicas cuya fuente es la incuria, el dolo o la mala fe, de acuerdo con esta regla general del derecho.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

contractual imputable al contratistas, y que dicho plan también resultó incumplido. En todo caso la terminación del contrato es claro el incumplimiento de la obligación de resultado y es clara la ausencia de una causa extraña que justifique dicho incumplimiento.

Finalmente, llama la atención que el contratista solo una vez terminado el plazo contractual e incumplido el contrato acuda a la etapa precontractual para evadir su responsabilidad, lo que constituye una violación al principio de buena fe.

C. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

El Despacho puntualiza la importancia de enfatizar que el marco normativo al cual se sujetó el Contrato No. 4600009284 de 2019 correspondió al Estatuto de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 de 1993, el cual, para la época de su celebración, ya había sufrido la modificación normativa introducida por la Ley 1150 de 2007¹⁴, encargada de consagrar el imperativo de identificar, asignar y cuantificar los riesgos del contrato desde la etapa precontractual.

Sea lo primero advertir que durante la ejecución de todo negocio pueden sobrevenir circunstancias con vocación de impactarlo desde varios ángulos, al punto de entorpecer su cumplimiento en la forma y términos convenidos en la época de su celebración y hacerlo más oneroso.

La ocurrencia de dichas contingencias responde, en algunos casos, a situaciones atinentes al álea normal e inherente de su ejecución, aspecto que de suyo las

¹⁴ **“ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES.** Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

convierte en previsible- sobre todo desde la perspectiva del contratista por considerarse el experto y conocedor de la materia- y, en otros tantos, llegan a exceder la órbita de la normalidad y trascienden al terreno de lo extraordinario y de lo imprevisible.

De cara a esta certeza, la regulación normativa en materia de contratación estatal determinó la necesidad de implementar, como etapa obligatoria, la audiencia de distribución de riesgos, en desarrollo de la cual las entidades estatales tienen el deber legal de elaborar con precisión la identificación, tipificación y asignación de riesgos, asunto sobre el cual no sobra subrayar que dicha actividad debe sujetarse a un criterio de justicia y equidad, al tiempo que corresponde ejercerse con apego a los principios y reglas constitucionales y legales que orientan la actividad contractual del Estado¹⁵.

No puede pasarse por alto que el componente económico del contrato debe consultar la asunción previa del riesgo y naturalmente debe atender a su estimación, en tanto la finalidad de su asignación estriba en que quien lo asuma incorpore en el precio ofrecido los rubros dirigidos a contener los efectos nocivos de su ocurrencia. De lo contrario, la distribución de riesgos constituiría un despropósito a la hora de afrontar una contingencia¹⁶. or contera, si el riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada¹⁷.

Puesto de presente el contexto de su aplicación y descendiendo al caso concreto, se evidencia que dentro de la matriz de riesgo que gobernó la Licitación Pública No.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de marzo de 2017, radicado 08001-23-33-000-2013-00105-01(51526), C.P MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ejusdem.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

8911, adelantada por la Gobernación de Antioquia para contratar el *MEJORAMIENTO Y CONSTRUCCION DE OBRAS COMPLEMENTARIAS DEL CORREDOR VIAL GRANADA- SAN CARLOS (60AN16-1), EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA.*”, se introdujo el siguiente cuadro de estimación, tipificación y asignación de riesgos. (se transcribe textual).

En consecuencia, en el evento en que sea necesario la revisión de obras y/o actualización, y/o unificación, ajustes y/o modificación de estudios complementarios realizados por el contratista. Ocurre cuando se presentan efectos originados por revisiones adicionales de obras necesarias, cambios o actualización de los estudios y/o diseños definitivos necesarios para la correcta ejecución y operación de las obras, surge con nitidez que su ocurrencia no rebaso el límite de la contingencia asumida.

Así las cosas, los cargos elevados denominados “violación al principio de planeación” y “cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista” no tienen vocación de prosperidad, y se trataba de riesgos asumidos por el contratista.

D. DE LA APLICACIÓN DE LA CLAUSULA PENAL

No debe perderse de vista que los pliegos de condiciones son clara manifestación de los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y de igualdad, ya que en ellos es obligación de la administración establecer reglas y procedimientos claros y justos, que permitan la mejor escogencia del contratista con arreglo a las necesidades públicas y el interés general.

El contenido mínimo de los pliegos de condiciones se encuentra descrito en el artículo 24.5 de la ley 80 de 1993, de modo que ellos reflejan la base sobre la cual se deben estructurar los mismos, para garantizar la concreción del principio de transparencia; esos parámetros o exigencias mínimas fijadas desde un marco positivo son, en síntesis, las siguientes: i) los requisitos objetivos que están obligados a acreditar los proponentes interesados en el proceso de selección, ii) las reglas de selección objetivas, justas, claras y completas que permitan elaborar la oferta o propuesta de



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

acuerdo con las necesidades de la entidad administrativa, inclusive es posible que dentro de los mismos se incluyan medidas de protección afirmativa para garantizar la concurrencia de ciertas personas que se encuentran en situaciones de debilidad (al respecto consultar la sentencia de constitucionalidad C-932 de 2007), iii) las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, iv) se establecerán condiciones o exigencias razonables que puedan ser cumplidas por los proponentes, v) se determinarán reglas exentas de error, o meramente potestativas de la voluntad de la entidad pública, vi) se indicarán las fechas y plazos para la liquidación del contrato cuando a ello hubiere lugar.

De modo que, bajo el anterior marco de exigencias, parámetros y principios, es que la entidad contratante elabora los pliegos de condiciones, sin que ello implique una estandarización de los mismos, ya que, en cada caso concreto, el objeto a contratar determinará los requisitos de la propuesta, así como los factores de calificación objetiva que permitirán seleccionar la más conveniente a la administración pública contratante.

En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.¹⁸

¹⁸ Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, Expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

De igual forma, en relación con las herramientas, instrumentos o criterios hermenéuticos aplicables en materia contractual, el artículo 23 de la ley 80 de 1993, consagra:

“De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. 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.”

Se reitera que de conformidad con el numeral 7.56 del Pliego de condiciones de la licitación pública N° 8911, se establecen las multas y la cláusula penal que gobiernan el contrato con objeto *“MEJORAMIENTO Y CONSTRUCCION DE OBRAS COMPLEMENTARIAS DEL CORREDOR VIAL GRANADA- SAN CARLOS (60AN16-1), EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA.”*

Es menester recordar que el pliego de condiciones fue modificado mediante numeral 9° de la Adenda N°3, publicada en el SECOP el día 23 de enero de 2019. Dicho esto, se tiene lo siguiente:

“9. Se modifica el numeral 7.56 MULTAS Y CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. En lo referente a la Cláusula Penal Pecuniaria.

CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

*En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento, el Departamento de Antioquia hará efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, **la cual tendrá un monto del veinte por ciento (20%) del valor de éste** y se considerará como pago parcial de los perjuicios causados a la Entidad, sin perjuicio de las demás reclamaciones o sanciones a que haya lugar.*

El Departamento de Antioquia-Secretaría de Infraestructura Física, podrá descontar el valor de la cláusula penal pecuniaria de cualquier suma que le adeude el Departamento de Antioquia al Contratista, lo cual éste autoriza, sin perjuicio de hacer efectiva la garantía de cumplimiento del contrato. Si esto no fuere posible se procederá al cobro coactivo de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, por parte de la dependencia encargada en EL DEPARTAMENTO.”
(Negrilla propia)



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

Por su parte, la cláusula novena del contrato de obra pública 4600009284 de 2019, hace una remisión expresa al numeral 7.56 del pliego de condiciones ya referenciado. Así mismo, indica que las partes pactan una cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor total del contrato, de forma proporcional al avance de obra y como indemnización parcial y no definitiva de los perjuicios ocasionados con el incumplimiento, pudiendo entonces la Gobernación de Antioquia reclamar el pago de perjuicios que no alcancen a ser indemnizados con el valor de la cláusula penal.

Lo expresado, bajo los siguientes términos:

“CLAUSULA NOVENA: MULTAS Y CLAUSULA PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento parcial de las obligaciones que le corresponden al CONTRATISTA, La Gobernación aplicará multas por las causales y en las cuantías establecidas en el numeral 7.56 del pliego de condiciones. Para el caso de incumplimiento definitivo de cualquiera de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, se estipula una cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor total del contrato y de forma proporcional al avance de obra. El pago del valor aquí estipulado a título de clausula penal pecuniaria se considera como indemnización parcial y no definitiva de los perjuicios causados con el incumplimiento; en consecuencia, La Gobernación podrá reclamar el pago de los perjuicios que no alcancen a ser indemnizados con el valor de la cláusula penal (...) Para obtener el pago de las multas y de la cláusula penal que se imponga al CONTRATISTA, la Gobernación podrá descontar su valor del cualquier suma de dinero que le adeude o hacer efectiva la garantía de cumplimiento”.

En ese sentido, nuevamente se indica que existiría entonces una discrepancia en la cláusula penal pecuniaria respecto de lo establecido en el Pliego de Condiciones y en el Contrato N°4600009284 de 2019.

Frente a esto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que, de encontrarse una contradicción entre el pliego de condiciones y el contrato estatal, priman las disposiciones del Pliego, como acto jurídico precontractual que funda la voluntad de la administración pública en el proceso de selección de contratistas.

Así pues, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido:

“(…) Dicho de otro modo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes.

Luego, la Sala ha considerado que el pliego es la ley del contrato y, que, frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél; el pliego, según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar. (...)”¹⁹

Con fundamento en lo anterior, prevalecerá lo establecido en la modificación **mediante numeral 9° de la Adenda N°3 al numeral 7.56 del Pliego de condiciones de la licitación pública N°8911** respecto de la CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA.

Lo anterior es claro, pues recordemos que el Pliego de condiciones constituye jurídicamente una oferta de contrato, y la propuesta del oferente adjudicatario es la aceptación pura y simple de la misma.

De otra parte, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, en sentencia del 7 de octubre de 2009, radicado No. 25000-23-26-000-1995-01699- 01(17936), definió la sanción contractual como una manifestación efectiva del poder sancionatorio sobre el contratista como consecuencia del incumplimiento contractual de la siguiente manera:

La sanción contractual es una manifestación de esas prerrogativas de control, dirección y coerción y en particular del poder punitivo del Estado (ius puniendi), como respuesta al incumplimiento de las obligaciones de los contratistas de sus obligaciones y deberes, la cual debe encontrarse autorizada en la ley en cumplimiento del principio de legalidad que impera en esta actividad.

*En el ejercicio de la potestad sancionatoria en materia contractual se han identificado varios tipos a saber: (i) **sanciones pecuniarias como la efectividad de la cláusula penal**; (ii) sanciones rescisorias como el decreto de la caducidad del*

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2004. Expediente N° 10779. Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

contrato y (iii) sanciones coercitivas como la imposición de multas. (Subrayado por fuera del texto).

En consecuencia, es dable afirmar que el presupuesto exigido por la Ley y la jurisprudencia para la imposición de la cláusula penal es el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, y no la declaratoria de caducidad del contrato como erradamente lo manifiesta el apoderado del CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR. Es claro que el presupuesto de ambas, caducidad y efectividad de la cláusula penal es el incumplimiento, pero no es cierto que para hacer efectiva la cláusula penal tenga que declararse la caducidad, es solo una de las hipótesis de efectividad de la misma, y es clara la competencia de las entidades de declarar el incumplimiento una vez terminado el plazo contractual para hacer efectiva la cláusula penal.

Pues bien, siendo la cláusula penal equivalente al 20% del valor del contrato se tienen los siguientes valores:

Valor inicial del contrato	\$27.019.670.313
Valor Adición N°1	\$816.317.351
Valor total del contrato	\$27.835.987.664
Valor total de la cláusula penal (20% del valor del contrato)	\$5.567.197.532,8

Tenemos entonces que el valor de la cláusula penal será equivalente a **CINCO MIL MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$5.567.197.532,8)** y sobre ella se procederán a aplicar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Vale la pena mencionar que la Interventoría en su Oficio I-CYC-1125-21 del 02 de marzo de 2021, recomendó el siguiente cálculo de la cláusula penal:

Valor total del contrato	\$27.835.987.664
Valor ejecutado a 5 de febrero de 2021, acta de obra N°20.	\$22.518.002.905,03



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

Saldo por ejecutar o recursos no ejecutados	\$5.317.984.758,97
% sancionatorio según cláusula penal pecuniaria.	20.00%
Sanción	\$1.063.596.951,79

Dicha tasación atiende a una lectura errónea que da la Interventoría respecto de la cláusula penal, ya que esta establece claramente que el 20% de la sanción de la cláusula se calcula respecto del valor total del contrato, sin embargo, la Interventoría tasa el 20% respecto del valor que no se ha ejecutado del contrato.

En efecto, el Despacho considera que, en efecto, la cláusula debe ser aplicada en proporción a lo realmente ejecutado. De las pruebas contenidas en el expediente administrativo permite constatar que el porcentaje que dejó de ejecutar el contratista correspondió al dieciséis (16%).

En aplicación de la cláusula penal, dicho 16% equivale a la suma de **OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CINCO (\$890.751.605)**.

Por lo anterior se desestiman los cargos de indebida aplicación de cláusula penal, reducción de la cláusula penal por cumplimiento parcial y legalidad de las faltas y las sanciones propuestas por el consorcio contratista y la compañía aseguradora, pues la misma se tasa en el porcentaje no ejecutado de la obra y ni siquiera se tienen en cuenta incumplimientos que no se reflejan en dicho porcentaje.

E. DEL INFRASEGURO

El artículo 1102 del Código de Comercio consagra expresamente la aplicación del infraseguro cuando dice: *“No hallándose asegurado el íntegro valor del interés, el asegurador solo estará obligado a indemnizar el daño a prorrata entre la cantidad asegurada y la que no lo esté”*.

En el seguro de cumplimiento, por otra parte, otra modalidad de seguro patrimonial, existiría en principio la posibilidad de aplicar los principios relativos a los seguros



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

reales, en la medida en que, se estuviera en capacidad de señalar un monto máximo definido al perjuicio eventual derivado del incumplimiento de la concreta obligación contractual objeto de cubrimiento²⁰, pero sería imposible la aplicación correspondiente cuando el perjuicio derivado del incumplimiento no es definible en un máximo hipotético determinado, lo que ocurrió en el caso en concreto, pues si bien se tasó la cláusula penal, la misma no implica renuncia a reclamación de perjuicios al contratista y lo que explica porque tampoco en el seguro de cumplimiento se aplican las reglas propias de los seguros reales. En otras palabras, el infraseguro presupone se aplica a seguros reales no a seguros de cumplimiento.

Adicionalmente nótese que el valor total del contrato de obra No. 4600009284 de 2019 era la suma de VEINTISIETE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO (\$27.835.987.664), el cual se encuentra asegurado supuestamente por el 10%, es decir, por valor (\$2.783.598.766), y se hizo efectiva la cláusula penal del contrato en la suma de OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CINCO (\$890.751.605) que corresponde al 16% de la cláusula penal pactada, suma que se encuentra asegurada en virtud de la garantía No. AA055735 expedida por la EQUIDAD SEGUROS O.C.

De otra parte la Aseguradora es un sujeto calificado y debe conocer el Pliego de condiciones del contrato cuyo cumplimiento asegura y que este prima sobre el contrato, pero insistimos lo más relevante en el caso que nos ocupa es que la figura del infraseguro es ajena a los contratos de garantía y propia de los seguros reales,

En consecuencia, se descartará el cargo de infraseguro propuesto por la compañía aseguradora.

F. DE LA SOLICITUD Y VALORACIÓN PROBATORIO

En primer lugar y frente a la inspección ocular, de oficio o a solicitud de parte, como medio de prueba, consiste en que el funcionario, de manera personal y directa, podrá realizar el examen de personas, lugares, cosas o documentos, con el fin de verificar

²⁰ Andrés E. Ordóñez Ordóñez El carácter indemnizatorio de seguro de daños, pág. 7



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

o esclarecer los hechos materia del proceso, a fin de formarse un más adecuado convencimiento del aspecto que se quiere demostrar.

Por el contrario, y de conformidad con el artículo 226 del CGP la prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

Se observa que con la prueba de inspección ocular la compañía aseguradora pretende probar las causas del incumplimiento, y si las mismas son imputables en la entidad contratante o el consorcio contratista, en consecuencia, se evidencia que la prueba no resulta ser procedente para aportar elementos de juicio para desvirtuar el acto administrativo impugnado, pues nótese que a lo largo del proceso ninguna de las partes argumentó el cumplimiento total del contrato de obra a la fecha de finalización del plazo contractual, por lo cual el estado de la obra se encuentra probado con el informe de interventoría, hecho que es aceptado por el CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR que acepta que la actualidad hay un atraso del 16% en la ejecución del contrato, tema suficiente para confirmar la resolución recurrida.

Respecto a los testimonios de los ingenieros Leidy Milena Benavides y Ludwing Quintero Blanco, sea lo primero manifestar que los testigos técnicos pueden formular conceptos técnicos limitados a la aclaración de sus percepciones, mientras que el perito emite juicios sobre hechos que conoce después de su ocurrencia. En ese sentido, el testigo técnico no está llamado a declarar sobre asuntos que requieren de conocimientos especiales, porque para probar estos aspectos es necesario acudir al dictamen pericial²¹, medio de prueba que establece una manera adecuada de controvertir los conceptos técnicos que se introducen al proceso, de modo que corresponden a conceptos técnicos que se debían introducir al proceso a través de un dictamen pericial, el cual permite a la contraparte controvertir de una forma adecuada dichas afirmaciones.

²¹ Cfr. Consejo de Estado Sección Tercera, auto del 3 de marzo de 2010, Rad. 37.061 [fundamento jurídico 2, párrafos 8 y 9]



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

Dado que la finalidad de los testigos era probar el estado de las de las obligaciones que tenían a su cargo el consorcio contratista y la entidad pública, es claro que con los testimonios no se prueba una causa extraña con nexo causal con el incumplimiento del 16% del contrato determinado y probado en la actuación. En este tema resultan determinantes los informes técnicos, informes de interventoría, que obran en suficiente medida en el expediente. Por lo tanto, con la prueba de los testimonios no se demuestra la ocurrencia de causa extraña y está probado el tema de calidad y la causalidad jurídica razonable (incumplimiento en la ejecución de la obra).

Ahora bien, resaltarse que el testimonio de la ingeniera ambiental Leidy Milena Benavides estaba dirigido a probar el cumplimiento de las obligaciones ambientales del CONSORCIO SAN VIDENTE HIDOR, sin embargo la misma no hace referencia a los actos administrativos de cierre de los procesos ambientales, así como tampoco el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del consorcio constructor pues la misma se limita a manifestar que: *En la última verificación que se hizo con la corporación aún no se había realizado ajustes de pago con la corporación, literalmente las concesiones ya están cerradas, pero se deben verificar los pagos*, en el mismo sentido indicó que: *La corporación en función de los permisos de aprovechamiento forestal debíamos realizar la respectiva compensación por los aprovechamientos, pero cuando se acabó todo el proceso no se realizó todo el aprovechamiento indicado, y se realizó la reevaluación y la misma se encuentra en trámite, pero desconozco si ya se hizo esa gestión*. Por lo cual y contrario a lo manifestado por el consorcio y la compañía aseguradora, este testimonio no acredita el cumplimiento de las obligaciones ambientales por parte del consorcio, pues por el contrario denota la desatención de estas obligaciones pues no indica con precisión los pagos a la corporación, ni tampoco la realización de la compensación ambiental. No obstante lo anterior recordemos que el incumplimiento que da lugar a la cláusula penal es la no ejecución el 16% de las obras contratadas.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

Lo mismo ocurre frente al testimonio rendido por el Residente de Obra, el señor Ludwing Quintero Blanco pues el mismo indica que la Gobernación de Antioquia no entregó a tiempo los diseños fase III, sin embargo, como ya se argumentó la obligación de realizar la actualización de los diseños correspondía al CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR de conformidad con la matriz de riesgo y la teoría de la distribución de los riesgos en la contratación estatal, en consecuencia, se desprende que esta declaración se limitó a exponer su percepción personal respecto a la ejecución de la obra, pues es claro que el residente de obra desconocía la obligación de actualización de los estudios y establecidos en la matriz de riesgo, por lo cual su testimonio resulta irrelevante para el proceso, pues su desconocimiento de la matriz de riesgo, no le permitía conocer con claridad el alcance de las obligaciones a cargo del contratista.

Ahora conviene evaluar que el CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR, en el curso del proceso sancionatorio que se adelanta por la Entidad, no ha demostrado con elementos de prueba pertinentes, útiles y conducentes:

- i) **La inexistencia del incumplimiento:** No se demostró que en realidad hubiere cumplido con las obligaciones de las cuales se le imputa el incumplimiento, es decir que tales incumplimientos no existieron y que el **CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR** cumplió con las obligaciones técnicas, sociales y ambientales que se han descrito a lo largo del procedimiento.
- ii) **Que los hechos constitutivos de incumplimiento no le son imputables al CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR.** A lo largo del presente proceso sancionatorio, ni el contratista de obra ni la Compañía aseguradora desvirtuaron la imputabilidad que se realizó al **CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR** respecto de las obligaciones incumplidas, de manera que no logró demostrarse que los incumplimientos se configuraron por razones ajenas al **CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR**.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

- iii) **Causa extraña eximente de responsabilidad:** Tampoco obra en el proceso prueba que demuestre la ocurrencia de una fuerza mayor que hubiere impedido la ejecución de las obligaciones a cargo del CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR.

Como ya se expuso, aquellas circunstancias que incidieron en la ejecución de las actividades de la obra en materia técnica, ajenas al contratista, como las condiciones del terreno, fueron subsanadas con las prórrogas suscritas al contrato de obra, tal y como se especificó en los textos de las prórrogas y sus justificaciones, con lo que no puede alegar ahora el CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR que son ellas las causas del incumplimiento, ya que, específicamente para el 09 de diciembre de 2020, fecha de suscripción de la última prórroga, el contratista tenía pleno conocimiento de las circunstancias técnicas del terreno, especialmente frente al Puente La Aguada y la excavación de las pilas, y con dicho conocimiento realizó un análisis de los días requeridos para la terminación del contrato, señalando que requería 52 días, los cuales fueron concedidos por la Entidad, luego de la aprobación de la Interventoría.

Se reitera que la carga de probar la existencia de una causa extraña que hubiere imposibilitado la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista le correspondía al CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR, lo cual no fue demostrado en el presente proceso, por lo tanto, no existe causa que exima de responsabilidad al contratista frente al cumplimiento de sus obligaciones, pues como se manifestó por los testigos del consorcio contratista y de los miembros de la interventoría, existieron pocos contagios por COVID-19, por lo cual no puede deprecarse atrasos en virtud de este fenómeno.

A lo largo del presente proceso sancionatorio, se ha explicado cómo el CONSORCIO SAN VICENTE HIDOR no solo incumplió sus obligaciones técnicas, sociales y ambientales, sino que también actuó desatendiendo el deber de buena fe, ya que se obligaba en varias oportunidades al cumplimiento de las actividades a su cargo en un plazo determinado, plazo que incluso partía del cálculo hecho por el mismo contratista, como es el caso de la prórroga N°3, a partir de la cual se adicionaron 52 días, que terminaron por cumplirse el 05 de febrero de 2021, y que injustificadamente el Contratista no aprovechó para la finalización de las obras, causando un agravio al interés público que se pretendía satisfacer, específicamente frente a la comunidad que se serviría de la vía.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

En conclusión, lejos de que el despacho haya realizado una indebida valoración de las pruebas, es claro que los testigos aportados por el consorcio no fueron suficientes para acreditar una situación de cumplimiento o alguna circunstancia configurativa de causa extraña o de incumplimiento grave de las obligaciones por parte de la entidad pública, en consecuencia se despacharán de manera desfavorable los cargos relativos a la indebida valoración probatoria y violación al debido proceso por ausencia de la valoración de las pruebas.

Es claro que está probada y aceptada la no ejecución del 16% de las obras contratadas y no está probada una causa extraña que justifique dicha situación.

G. FALTA DE COMPETENCIA

El artículo 209 de la Constitución Política de Colombia señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, delegación y desconcentración de funciones.

Que de acuerdo con el numeral 1° y el literal b del numeral 3° del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, el Gobernador del Departamento Antioquia como Jefe y Representante Legal del mismo, tiene la competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones y escoger contratistas.

Así mismo, el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 37 del Decreto 2150 de 1995, facultan al Gobernador, en su calidad de Representante Legal del ente territorial para delegar total o parcialmente la competencia para expedir los actos inherentes a la actividad contractual, realizar los procesos de selección y celebrar los contratos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo y asesor.



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)

Igualmente, el artículo 110 del Decreto 111 de 1996 define quienes tienen la capacidad para contratar a nombre de las Entidades Territoriales y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en el respectivo presupuesto.

Que el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 establece el acto de delegación como facultad de la administración, así como en quien puede delegar el Gobernador la ordenación del gasto y la celebración de contratos y convenios, de acuerdo con el Plan de Desarrollo y con el Presupuesto.

Finalmente, a través del Decreto 2021070000528 del primero (1º) de febrero de 2021 delegó la competencia para adelantar todas las actividades precontractuales, contractuales y pos contractuales necesarias para el cumplimiento de los fines del departamento de Antioquia, así como la competencia para ordenar el gasto, expedir los actos administrativos relativos a la actividad contractual y celebrar contratos y convenios sin consideración a la cuantía en cada uno de los secretarios de despacho.

Así las cosas, para el Despacho de las normas en cita se advierte la competencia del Secretario de Infraestructura Física de la Gobernación de Antioquia para adelantar todas las actividades y expedir los actos administrativos en la actividad precontractual, contractual y pos contractual, en consecuencia, se tiene que en el caso en concreto la competencia del servidor público es taxativa, es decir, la delegación de funciones se realizó de manera expresa y precisa, toda vez que se determinó su objeto y las causas que le dan origen.

Con las consideraciones antes expuestas se entienden analizados la totalidad de los reparos realizados en los respectivos recursos de reposición, y en consecuencia de desestimarán todos y cada uno de los cargos en ellos propuestos.

En mérito de lo anterior,



DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA
GOBERNACION

RESOLUCION No.



(14/10/2021)
RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR EN SU INTEGRIDAD, el contenido de la Resolución 2021060091680 del 28 de septiembre de 2021 mediante la cual se culmina un procedimiento administrativo por presunto incumplimiento del contrato de obra 4600009284 de 2019 cuyo objeto es el MEJORAMIENTO Y CONSTRUCCION DE OBRAS COMPLEMENTARIAS DEL CORREDOR VIAL GRANADA- SAN CARLOS (60AN16-1), EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA.”

ARTICULO SEGUNDO. Contra a esta decisión no procede recurso alguno.

Dado en Medellín, el 14/10/2021

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

SANTIAGO SIERRA LATORRE
SECRETARIO DE DESPACHO

 Sustanciación proceso y elaboración minuta: Enfoque Jurídico Representante Legal Contratista Revisó: Ernesto Moreno, profesional universitario	 Revisó y Aprobó: Óscar Adrián Alarcón Uribe Director (E) de Asuntos Legales DAL-SIF
Los abajo firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y, por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para firma.	