

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

El Director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales- Uaespm, en uso de sus facultades legales, otorgadas por el Decreto Nacional 1073 de 2015 y en especial el Decreto Municipal No. 411.0.20.00477 de julio 31 de 2014, "*Por el cual se adoptó el Manual de Contratación del Municipio de Santiago de Cali*", modificado por los Decretos 411.0.20.0325 de 2015 y 4112.010.20.0044 de 2017, el Decreto Extraordinario 411.0.20.0516 de 2016 y el Decreto No. 4112.010.20.0002 de 2017, "*Por el cual se otorgan atribuciones a las secretarías de despacho, departamentos administrativos y a las unidades administrativas especiales sin personería jurídica y se dictan otras disposiciones*" modificado por el Decreto 4112.010.20.0002 de 2018 y en especial las contenidas en la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, ley 1474 de 2011, decreto 1082 de 2015 y demás normas que las modifiquen o adicionen y

CONSIDERANDO:

Que el día 29 de marzo de 2017, el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA — SECRETARIA DE VIVIENDA Y HÁBITAT, suscribió el contrato de obra pública No. 0130-18-12-1458 de 2017 con el Consorcio Saneamiento Básico Corregimientos Cali 2016, por un valor de seis mil novecientos cincuenta y tres millones ciento catorce mil quinientos ochenta pesos (\$ 6.953.114.580), a causa de la descertificación del Municipio de Santiago de Cali.

Que el contrato de obra Pública No. 0130-18-12-1458 de 2017 cuenta con acta de inicio de fecha 12 de mayo de 2017, y tiene como objeto "*Atender de manera prioritaria por la descertificación del Municipio de Cali - Valle por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos mediante la Resolución No. 20164010015125 que cobro firmeza el 19 de julio de 2016 y en cumplimiento del numeral 7 del artículo 2.3.5.1.2.2.14 del Decreto 1077 de 2015, el mejoramiento sistemas de acueducto y potabilización de agua de consumo área rural municipio Santiago de Cali; mejoramiento de sistemas de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales domesticas área rural del municipio de Santiago de Cali; construcción acueducto múltiples usos (doméstico y agropecuario) y sistemas individuales de tratamiento de agua residual domestica de las familias beneficiadas restitución de tierras hacienda La Gloria, vereda Cascajal, corregimiento El Hormiguero - Cali. Cumplimiento sentencia 017 de abril de 2012 del juzgado primero, restitución de tierras de Pereira*" el objeto contractual abarca los siguientes frentes de obra: 1. Reposición red de distribución acueducto El Estero, 2. Mejoramiento PTARD y alcantarillado El Nilo Pance, 3. Mejoramiento PTARD No. 1 Cabecera Pance. 4. Mejoramiento PTARD Vereda La Vorágine, 5. Mejoramiento PTARD vereda PIZAMOS El Hormiguero, 6. Reposición red de conducción acueducto La Luisa La Buitrera, 7. Mejoramiento bocatoma La Buitrera – Río Meléndez, 8. Construcción obras complementarias tanque La Buitrera, 9. Impermeabilización PTAP Altos Los Mangos, 10. Impermeabilización PTAP Altos El Carbonero 11. Impermeabilización PTAP Altos La Fonda, 12. Reposición de redes de distribución acueducto Golondrinas, 13. Instalación redes de distribución acueducto Villa del Rosario La Paz, 14. Impermeabilización PTAP Campo Alegre 15. Impermeabilización PTAP La Castilla, 16. Impermeabilización PTAP Las Palmas vereda La Castilla, 17. Impermeabilización PTAP La Paz 18. Construcción alcantarillada

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

secundario Campo Alegre corregimiento Montebello, 19. Mejoramiento acueducto Felidia. 20. Construcción tanque y obras complementarias acueducto Pichindé. 21. Impermeabilización PTAP KM 18. 22. Construcción PTAR No. 1 cabecera Saladito. 23. Mejoramiento PTAP y muro de protección Pilas del Cabuyal Los Andes. 24. Impermeabilización PTAP Cristo Rey – Mónaco – Mameyal. 25. Construcción Alcantarillado Atenas – Pilas del Cabuyal. 26. Construcción Sistema de Bombeo, Acueducto Hacienda La Gloria. 27. Acometida Eléctrica para sistema bombeo AC Hacienda La Gloria. 28. Construcción Planta Agua Potable compacta para familias hacienda La Gloria. 29. Construcción Tanque elevado H=17 mts; V=40 M3 para acueducto Hacienda La Gloria. 30. Construcción Red de distribución Acueducto Hacienda La Gloria. 31. Construcción Distrito de Riego para familias Hacienda La Gloria. 32. Construcción sistemas de tratamiento aguas residuales individuales."

Que la UAESPM procedió a citar a audiencia de incumplimiento, el día 29 de noviembre de 2018, en virtud de lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 al representante legal del Consorcio Saneamiento Básico Corregimientos Cali 2016, a los consorciados, la compañía aseguradora y al Consorcio Interventoría Obras Cali 2017, toda vez, que se evidenciaron hechos y situaciones que generaron un presunto incumplimiento en la ejecución del contrato No. 0130-18-12-1458 de 2017, en virtud de lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2012.

Que, llegado el día y hora señalado en la citación, se procedió a iniciar la audiencia y durante el desarrollo de la misma, se recibieron los argumentos de cada una de las partes, tal como consta en el acta de audiencia sancionatoria de fecha 30 de noviembre de 2018 (que hace parte integral de la presente resolución).

Que una vez escuchados y analizados los descargos presentados por la compañía aseguradora y el contratista de obra, mediante la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018 se procedió a declarar el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato de obra pública no. 0130-18-12 1458 de 2017, por las razones expuestas en dicho acto administrativo.

Que como consecuencia de lo anterior, tanto la compañía aseguradora como el contratista de obra, procedieron a interponer y sustentar en la misma audiencia, el recurso de reposición contra la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018.

Que una vez analizados los argumentos de las partes frente a la sustentación del recurso de reposición, este despacho procede a manifestar lo siguiente:

Frente a los argumentos de sustentación del recurso de reposición presentados por el apoderado del contratista de obra, este despacho se pronuncia en el siguiente sentido:

En primer lugar, es pertinente indicar que el apoderado cuestionó el informe del interventor, sin embargo, no logró sustentar qué elementos debía tener este para cumplir con los

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

requisitos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; por lo anterior, era su deber en la presente audiencia desvirtuar qué elementos debía contener este informe para cumplir con los requisitos, ya que no sólo basta con enunciar la incongruencia en la apreciación errónea del informe del interventor, sino que su deber es exponer y sustentar las razones desde las perspectivas jurídicas y técnicas.

En este sentido, el apoderado en ningún momento, probó que la información allí contenida fuera errónea o que los porcentajes de ejecución física, financiera, fecha de inicio y fecha de terminación, no se ajustaran a la realidad.

Así las cosas y en virtud de lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para este despacho es claro que el documento adjunto a la citación corresponde al informe del interventor, toda vez, que contiene los aspectos técnicos por cada una de las obras a intervenir, el porcentaje de ejecución y el avance financiero.

Por ello, no puede confundir el apoderado que el informe de interventoría deba contener los mismos aspectos que describe el artículo 86 de la Ley 1474 para la citación, toda vez, que estaría asignándole una carga jurídica adicional al interventor que en virtud del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, su responsabilidad va enmarcada en el seguimiento técnico frente al contrato de obra.

De esta manera, ratifica este despacho que el documento adjunto a la citación corresponde a un informe presentado por la interventoría y que sirve de fundamento para la evaluación de cada uno de los frentes de obra y que por su contenido, evidencian que el contratista presenta un incumplimiento frente al cronograma de obra y frente a las obligaciones contractuales de culminación efectiva de los productos, y cumplen una función fundamental para los efectos de este proceso: informar.

Se insiste por este despacho, que se ha demostrado el incumplimiento de conformidad con una información veraz y cierta, emitida por el que legal y contractualmente está facultado para hacerlo, quien es el interventor.

Este despacho, considera que no existe una parcial falsa motivación debido a que a través de la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018 se probó que el informe que sustenta la citación, era suficiente elemento para demostrar que había retraso de la entrega de las obras según el informe del interventor y que no fue objeto de pronunciamiento por parte del recurrente en la presente diligencia.

Es pertinente indicar que no es imperfecto juzgar de la manera como se ha cuantificado el atraso de las obras, como lo indica el recurrente, toda vez, que los cronogramas de ejecución hacen parte integral del contrato, es más, así el análisis se determinara por porcentaje de ejecución, el apoderado no ha logrado probar el cumplimiento del 100% de las obras.

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

Por otro lado, frente al expediente sancionatorio, es pertinente indicar que a pesar de ser una actuación sancionatoria, hace parte integral del expediente del contrato de obra, por esta razón, los documentos que soportan la citación no pueden ser aislados del mismo contrato, ni fundamentados en consideraciones diferentes a la realidad de la obra.

Frente al argumento de la presentación de cronogramas que superen el plazo de ejecución, este despacho no puede desconocer que la prórroga que pretende generar el contratista de obra, excede la presente anualidad, por ello, no existen elementos de juicio tanto jurídicos como técnicos que eximan de responsabilidad al contratista de obra en la terminación de las mismas y cumplimiento del cronograma en el plazo contractual.

Al respecto, se ratifica el argumento que el contratista de obra no ha logrado desvirtuar las razones que generan el retraso de las obras y que justifiquen una prórroga que exceda la anualidad presupuestal.

En este sentido, se reitera, que en virtud de lo previsto en el artículo 346 de la Constitución Política respecto de la aprobación, y en el artículo 8.º inciso 1 de la Ley 819 de 2003, el presupuesto de las entidades estatales se rige a través de la anualidad, en el entendido que ningún presupuesto podrá exceder la vigencia para la cual fue suscrito.

Lo anterior, con sujeción a lo previsto en el artículo 105 del Acuerdo 0438 de 2018, que reza:

"ARTICULO 105. RESERVAS PRESUPUESTALES. Las apropiaciones incluidas en el presupuesto general del municipio, son autorizaciones máximas de gastos que el Concejo Municipal aprueba para ser ejecutadas a comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva. Después del 31 de diciembre de cada año las autorizaciones expiran y en consecuencia, no podrán comprometerse, adicionarse, transferirse, ni contra acreditarse.

PARAGRAFO 1: Las reservas presupuestales no es un mecanismo ordinario de ejecución presupuestal por el contrario, es un instrumento de uso esporádico y justificado únicamente en situaciones atípicas, no previsibles que impiden la ejecución de los compromisos en las fechas inicialmente previstas para ella, dentro de la misma vigencia a aquella en que el compromiso se celebró, de conformidad con lo establecido en el artículo 8º de la Ley 819 de 2003".

Así las cosas, no es procedente para algún organismo de la Alcaldía de Santiago de Cali, exceder la vigencia fiscal sin demostrar la imprevisibilidad de los hechos, la fuerza mayor o el caso fortuito que justifique las razones para exceder la vigencia fiscal; por lo anterior, quedó demostrado en la presente audiencia, que esta situación no es aplicable para el presente contrato, toda vez que los argumentos presentados por el contratista de obra no lograron justificar las razones de hecho y de derecho que generaran la ausencia de responsabilidad en el cumplimiento de contrato.

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

De esta manera, lo ha expresado la Corte Constitucional¹ "los principios consagrados en el Estatuto Orgánico de Presupuesto son precedentes que condicionan la validez del proceso presupuestal, de manera que, al no ser tenidos en cuenta, vician la legitimidad del mismo. No son simples requisitos, sino pautas determinadas por la ley orgánica y determinantes de la ley anual de presupuesto".

Por lo anterior, se entiende que cuando el contrato no se ejecuta por distintas razones y, requiere de prórrogas por mayor ejecución de obra o por circunstancias imprevistas (que para el presente caso no fueron demostradas) se rompe, el principio de la anualidad referido a la ejecución del contrato. Lo que acarrea sanciones de tipo disciplinario y fiscal si no se utilizan los mecanismos adecuados para ello, como es la figura de las vigencias futuras, entre otras.

De esta manera, es claro que las obligaciones derivadas del contrato, deben ser ejecutadas durante la vigencia del mismo y bajo ninguna circunstancia podrá excederla.

Frente a la obra de PTAR Cabecera Pance, no rige con la lógica y la irrazonabilidad el determinar que la obra se encuentra terminada pero se declare como incumplida, toda vez, que no se cumplió con el cronograma de ejecución, debido a que al contratista de obra se le mide frente al cumplimiento de un cronograma, que a todas luces presenta incumplimiento y, que bajo ninguna circunstancia logró demostrar las razones de fuerza mayor o caso fortuito que lo llevaron a desconocer el cumplimiento del cronograma.

Frente a la modificación del contrato, se reitera que la UAESPM no pretendió modificar el contrato de obra con la Resolución que cesó el procedimiento de incumplimiento del 11 de abril, sólo con esta actuación ratificó el cumplimiento de una obligación que estaba concebida en el contrato desde su suscripción inicial (obligación 25) y que el contratista ratificó su elaboración con la firma del OTROSÍ, en la que se adicionó el valor por esta actividad.

Con relación a los frentes de obra que el representante del contratista de obra no se pronunció, es pertinente indicar que no puede valorarse individualmente las columnas del cuadro del hecho 20 con el argumento de que en la columna se indicó N/A, más aún cuando el contratista, es conocedor que esas obras no eran realizables por causas imputables al mismo.

Frente a las obras que hacen parte integral del contrato, que señalan los apoderados del contratista y de la entidad aseguradora que de acuerdo a su interpretación no eran susceptibles de ser controvertidos o haber rendido explicaciones, es preciso indicar lo siguiente:

- *Que en la citación a la audiencia sancionatoria se entregó el estado de todos los frentes de obra que a la fecha presentaban un retraso o un muy bajo porcentaje de*

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-337 de 1993, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

avance de obra, tal como aparece en las columnas del cuadro plasmado en el hecho 20.

- *Consecuente con lo anterior, es pertinente indicar que la interpretación que hace el contratista de las columnas del cuadro del hecho 20, con el argumento de que en dicha columna se plasmó un símbolo "N/A", y que por ello no debían pronunciarse, a pesar de ser conocedor demostrado del estado de avance de obra del 100% de los frentes; ratifica la irresponsabilidad, indiferencia y apatía por la ejecución plena de este contrato, confirmando así la necesidad imperiosa de haber iniciado y concluido en un proceso de incumplimiento debidamente sustentado.*
- *Adicionalmente, ampararse en un solo cuadro, cuando los hechos, los informes adjuntos y demás, hacen alusión al incumplimiento sistemático del contrato que fue confiado para ejecutarse con rigor técnico y responsabilidad, dejan entrever artimañas jurídicas y tendenciosas, que desnaturalizan el deber que tiene un contratista con el Estado quien se obliga en el contrato a la correcta ejecución de la prestación que constituye su objeto, de tal modo que su mal cumplimiento comporta una consecuencia derivada de su responsabilidad.*
- *Pretender ocultar, a pesar de habersele brindado la oportunidad en la audiencia para que se pronunciara frente a estos motivos de incumplimiento, con la excusa de un elemento interpretativo "N/A", termina siendo una actuación poco responsable en tanto en gran parte de los descargos presentados por las partes insisten en cuáles eran sus obligaciones en cuanto a obtención de permisos, cuáles eran las obligaciones del Municipio y cuáles eran las obligaciones adquiridas ante el Juez Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de tierras de Pereira, pretendiendo evitar pronunciamiento de aquello que para este despacho resulta indubitable.*
- *Cuando un contratista se abstiene de pronunciarse de los frentes de obras más complejos e irrealizables (por conocimiento inminente), incluso a pesar de haber sido requeridos por el órgano de control en la misma diligencia, no termina siendo causal eximente de responsabilidad frente a su incumplimiento.*

Por lo anterior, y en vista de que en la sustentación de los descargos no se refirieron a la totalidad de obras retrasadas, teniendo en cuenta que la parte convocada interpretó que no estaban como vencidas y como consecuencia de esto no era necesario presentar descargos, es decir, consideró que no ameritaba una sustentación sobre las mismas, no presta lógica ni validez, toda vez, que era su responsabilidad demostrar las acciones encaminadas al cumplimiento de la totalidad del contrato.

Por lo anterior, era responsabilidad del contratista de obra, presentar elementos que permitieran a la entidad valorar las condiciones de retraso y determinar si existía ausencia de responsabilidad del mismo.

De esta manera, se ratifican los argumentos expuestos por este despacho, en la valoración de las obras sobre las que no se pronunció la parte convocada.

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

Sobre el particular, ha advertido el Consejo de Estado que los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, en esos eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal.

Frente al impedimento del supervisor, el ingeniero Francisco Javier Bonilla relacionado con que su hijo presentó una propuesta para prestar un servicio con uno de los consorciados, es pertinente indicar que la Ley 1437 de 2011, en su artículo 11, consagra expresamente las causales que constituyen conflicto de interés e impedimento de los servidores públicos, que en este caso, adelanten o sustancien actuaciones administrativas, de las cuales me permito hacer exposición, con el fin de demostrar, que ante la realización de una oferta de servicios profesionales de un hijo del supervisor, no se configura ningún impedimento y no existe conflicto de interés, máxime, por cuanto el objeto de la oferta que se aportó, está relacionado con una asesoría en derecho urbanístico, para un proyecto inmobiliario y no tiene relación alguna con el objeto del contrato estatal, sobre el que converge la controversia de la referencia, oferta que además se le hace al Sr. MAURICIO OSPINA, como persona natural y no como representante legal de sociedad alguna. En este sentido la norma manifiesta:

"ARTÍCULO 11. CONFLICTOS DE INTERÉS Y CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACIÓN. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

"(...)

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas".

En este sentido, es claro que de las causales taxativas² de la norma citada, cabe cuanto menos, un análisis de las causales del numeral 1, 9 y 10.

En este sentido es preciso señalar, como se advierte al inicio de este tema puntual, que no hay un interés particular y directo, ni del servidor público, ni de un familiar suyo, puesto que el informe de incumplimiento no tiene relación alguna, con la oferta de servicios, primero, por cuanto el objeto de dicha oferta es sobre un asunto inmobiliario, completamente ajeno al objeto de la actuación administrativa, que dicho servidor realizó.

Frente al interés particular y directo, señala expresamente el Consejo de Estado que:

"Según la jurisprudencia de esta Sala, el interés que genera el conflicto debe ser directo, es decir que la decisión debe redundar en beneficio del servidor público en forma inmediata, esto es, sin necesidad de que medien circunstancias o elementos externos a la misma; que se produzca un beneficio especial, particular y concreto en favor suyo, de su cónyuge o de un pariente; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, tal como lo ha señalado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al pronunciarse de fondo en procesos de pérdida de investidura de los congresistas. Así por ejemplo, en la sentencia de 20 de noviembre de 2001, exp. núm. IP-0130, Consejero Ponente, Dr. Germán Rodríguez Villamizar, la Sala señaló:

"Por consiguiente, el conflicto de interés se presenta cuando el congresista se ve afectado por alguna situación de orden moral o económico que le impide tomar parte en el trámite o decisión de algún asunto sometido a su consideración, de tal manera que rompería la imparcialidad e independencia para atender su propia conveniencia o beneficio personal, o el de su cónyuge o compañero permanente, el de sus socios, o el de sus parientes en los

² Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

"Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Las negrillas y subrayas son de la Sala). Tomado de Concepto 145221 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública, Fecha: 08/07/2016, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=75093>.

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

*grados antes señalados"*³

En este sentido es preciso resaltar, que el beneficio que presupone el conflicto de interés, debe ser inmediato y sin que medien elementos externos en él, ante lo cual es preciso señalar, que no existe relación alguna entre el informe presentado por el Sr. FRANCISCO BONILLA, y la oferta de servicios presentada al Sr. MAURICIO OSPINA, y mucho menos dicho informe supondría beneficio o perjuicio alguno al interés contenido en el acto jurídico ejecutado a través de dicha oferta, la cual entre otras cosas, no constituye un negocio como lo aseguró el recurrente en la audiencia.

Es preciso señalar, que frente a la causal del numeral 9º, no ostenta el hijo del Sr. FRANCISCO BONILLA, la calidad de acreedor o deudor, toda vez que no reposa como prueba la aceptación de la oferta o la firma de contrato alguno derivado de ella, luego entonces, la relación negocial no ha sido materializada, además de que no tiene relación directa con el informe o actuación administrativa sobre la que se recurre, a saber:

"9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima."

Frente a la causal 10ª, es preciso señalar que no hay prueba que acredite la calidad de socio o de mandatario, en sociedad, negocio o en causa alguna, que tenga relación directa o indirecta con el hijo del Sr. FRANCISCO BONILLA.

10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.

En este sentido, y una vez analizadas las causales taxativas de conflicto de interés y que constituyen causal de impedimento o recusación, es preciso señalar que no se configura ninguna de las causales, y es claro que no existe interés directo o particular del Sr. FRANCISCO BONILLA, ni de su hijo, quien presuntamente presentó oferta de servicios al Sr. MAURICIO OSPINA, por las razones expuestas frente a este asunto.

Frente a los descargos presentados por la apoderada de la compañía Aseguradora, esta

³ (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Doctor Rafael E. Ostau De Lafont Planeta, en sentencia con Radicación núm.: 25000-23-15-000-2010-001610-01 del 17 de marzo de 2011).

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

Unidad procede a indicar que:

Con relación al argumento "FALSA MOTIVACIÓN: INOBSERVANCIA DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011", este despacho precisa que el porcentaje de incumplimiento previsto en la citación, se encuentra detallado por cada una de las obras, de conformidad con lo dispuesto en el hecho 20 de la citación, en el cual se incluyó el porcentaje de ejecución hasta la fecha por cada frente de obra y los días de retraso, es por ello, que no es procedente la afirmación de la recurrente.

Frente a la manifestación de obras terminadas según información entregada en audiencia por el contratista de obra, tal como lo indicó la recurrente, es pertinente resaltar, que bajo estas premisas, se evidencia una actitud evasiva del cumplimiento de las obligaciones del contratista de obra, quien a pesar de contar con un plazo de más de un año de ejecución, sólo hasta la audiencia manifestó el cumplimiento de estas obras y que bajo ninguna premisa, ha manifestado la interventoría el cumplimiento en la entrega de las mismas.

Por lo anterior, es ligero afirmar que este despacho no ha medido el porcentaje de incumplimiento, con el argumento de obras que han sido terminadas y no entregadas a partir de la manifestación del contratista de obra en la audiencia, quien como está demostrado ha incumplido el cumplimiento del cronograma de obra.

En este sentido, es prematuro para la aseguradora afirmar que estas obras están cumplidas, cuando no cuentan con un recibo a satisfacción, toda vez, que no existió (como es notorio) un cumplimiento por parte del contratista de obra en las fechas y plazos del cronograma de obra, por lo que las obras enunciadas aún no han sido recibidas, de esta manera, frente al cronograma de ejecución aún siguen siendo incumplidas, por lo tanto, sería casi imposible para este despacho medir el cumplimiento frente a lo anterior, y más aún cuando el contrato fenece y las obras no quedaron entregadas dentro de este plazo.

Pese a lo anterior, este despacho está dispuesto a recibir las obras que ha manifestado el contratista de obra como cumplidas, sin embargo, aún se evidencia que existen obras que no se lograran entregar a la finalización del plazo de ejecución y sobre las cuales el contratista de obra, consciente de su incumplimiento omitió sustentar en la presente audiencia.

Por otro lado, frente a las conclusiones que sobre el incumplimiento expone la apoderada, es pertinente aclarar que le corresponde probar el cumplimiento del contrato al contratista de obra, que a pesar de sus exposiciones en la presente audiencia, no ha logrado demostrar o probar, que ha cumplido con la obligaciones contractuales o por el contrario, que su incumplimiento fuera generado por causas no imputables a él.

En este sentido, se aclara que este despacho no ha manifestado que "se trata de un incumplimiento de todo el contrato", toda vez, que en la citación ha incluido el grupo de obras que a la fecha han sido entregadas y recibidas a satisfacción, frente al cronograma

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

de obra.

Considera este despacho, que las apreciaciones de la recurrente frente al porcentaje de ejecución de las obras es poco asertivo, toda vez, que el contratista de obra en el desarrollo de la audiencia y durante el plazo de ejecución, no ha logrado demostrar el cumplimiento del contrato y, bajo ningún supuesto ha atacado los porcentajes de incumplimiento, que ha presentado este despacho.

Por otro lado, frente a la afirmación "manifestó que las mismas se denegaban, de forma absurda y sin ningún presupuesto fáctico o jurídico relevante, pues daba a entender que todo concepto del supervisor del contrato se materializaba en verdad irrefutable y revelada sobre los avances de ejecución de obra", es pertinente reiterar, que las pruebas solicitadas no fueron pertinentes, toda vez, que las mismas carecen de utilidad, debido a que el contratista de obra no logró desvirtuar los porcentajes de incumplimiento frente a cada una de las obras, es decir, que por ejemplo, realizar las visitas a los sitios de obra, sin hechos nuevos que valorar no responde a la función propia de la prueba, por lo que se torna impertinente.

Finalmente, termina siendo inconducente y finaliza careciendo de utilidad para acreditar el cumplimiento del cronograma de obra, en tanto, lo que aquí no se está valorando, es si va a entregar una obra al 2 de diciembre de 2018, sino que efectivamente que el contratista no cumplió con los compromisos establecidos en la ejecución contractual, que da lugar a evidenciar su incumplimiento en el cronograma que hace parte integral del contrato y que fue objeto de valoración en el pliego de condiciones. Queda demostrado así, que con las pruebas documentales aportadas por el contratista y valoradas por la UAESPM, que efectivamente existió y aún existe en algunos frentes retrasos en la ejecución de los frentes de obra.

En este orden de ideas, no resulta indispensable conceder la práctica de la visita, toda vez, que el porcentaje de ejecución de las obras, no fue debatido por el contratista, es decir, este en ningún momento de la audiencia apeló ni se manifestó sobre las obras que efectivamente a la fecha no han sido cumplidas o por el contrario no demostró su cumplimiento; de esta manera, se escapa de toda realidad pretender realizar una visita ocular para verificar situaciones que ya están probadas según el informe del interventor con respecto a la ejecución de las obras no culminadas durante el plazo de ejecución, además sería una prueba superflua ya que dentro del proceso existen suficientes pruebas que nos dan plena certeza del incumplimiento por parte del contratista.

Así las cosas, este despacho conoce y probó el porcentaje de incumplimiento, toda vez, que aún persisten obras que no serán entregadas pese a la finalización del plazo contractual, por ello, es precipitado afirmar por la recurrente, que no se cuenta con un porcentaje de incumplimiento que permita calcular el perjuicio.

Entiéndase de esta manera, que el perjuicio está demostrado, toda vez, que el propósito de

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

las obras no se ha cumplido, por causas imputables únicamente al contratista y sobre las cuales no logró probar su cumplimiento.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha determinado que la determinación de los perjuicios "exigen un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño y que este ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica".

Por lo anterior, el sólo hecho de la no entrega de las obras, es un incumplimiento grave demostrable como perjuicio no solo a la entidad estatal sino a la comunidad.

Con relación al argumento "VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA Y AL DEBIDO PROCESO", no puede la recurrente confundir la negación de la práctica de la prueba por ser inconducentes, ineficaces y a toda luces improcedentes con la vulneración del debido proceso. Toda vez, que diferente es que no se practiquen a que no sean valoradas.

En efecto, encuentra este despacho que el objeto de las pruebas solicitadas, consistía en verificar el porcentaje de ejecución de las obras sobre las cuales el contratista no demostró su cumplimiento, por ello, no se puede pretender desviar la presente diligencia, más aún cuando las solicitudes de pruebas no satisfacen el objeto de las declaraciones requeridas, de donde se deriva su utilidad y pertinencia.

A su vez, las pruebas constituyen el derecho de las partes que acuden a un proceso y principalmente el fundamento de toda pretensión u oposición, en tanto corresponde a la parte actora probar los fundamentos de hecho de sus pretensiones y este despacho los elementos de su excepción, por ello, no era suficiente solicitar la prueba, sino que era necesario desvirtuar los hechos de la citación y generar condiciones nuevas o adicionales para que este despacho aceptara las pruebas solicitadas.

Por las razones expuestas, este despacho no acoge la solicitud de la recurrente en el sentido de revocar la Resolución recurrida, toda vez, que se ha garantizado el debido proceso y cumplido con los postulados del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 frente al derecho de defensa de cada una de las partes.

Por otro lado, es pertinente indicar, que bajo ningún postulado este despacho ha trasladado obligaciones que no le corresponden al contratista de obra, por el contrario ha sido garantista de los principios de la contratación estatal, sin embargo, no se puede desconocer que a toda luces un contrato que a su finalización no reporta el 100% de cumplimiento, no pueda ser llamado a que presente descargos frente a este incumplimiento.

De esta manera, es claro y está probado por este despacho que frente al tema de permisos y, en especial el PMT y los permisos frente a la CVC y EMCALI, eran competencia del contratista de obra y no de la entidad estatal, tal como lo establece el numeral 25 de la

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

cláusula segunda que reza "El CONTRATISTA organizará los trabajos de tal forma que los procedimientos aplicados sean compatibles no sólo con los requerimientos técnicos necesarios, sino con las disposiciones legales, las normas especiales para la gestión y obtención de las autorizaciones y permisos específicos (...)" (subrayado fuera de texto).

De esta manera, en la presente diligencia el contratista de obra no logró probar gestiones o diligencia para el cumplimiento de esta obligación y aun estando en cabeza de la administración su obtención, tampoco logró probar actuaciones conminatorias para que este despacho los realizara. Toda vez, que la responsabilidad de las partes está determinada en acciones u omisiones.

Frente al argumento "EL ACTO ADMINISTRATIVO ADOLECE DE VICIO DE COMPETENCIA", este despacho ratifica los argumentos expuestos en la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018, toda vez, que conformidad con la Ley 1176 de 2007⁴ el Municipio o distrito debe dar continuidad a los compromisos asumidos con el prestador de los servicios que haya sido vinculado por el departamento. De esta manera, el Municipio de Santiago de Cali asume la competencia de los derechos del contrato de obra por mandato legal.

Se escapa de toda realidad, que para la presente diligencia pretenda la compañía aseguradora argumentar falta de competencia, cuando durante las modificaciones que ha presentado el contrato ha expedido anexos a las pólizas incluyendo como beneficiario al Municipio de Santiago de Cali, por esta razón, no es el momento procesal oportuno para justificar una falta de competencia.

Frente al argumento "INDEBIDA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2018, POR PARTE DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES", relacionado con la falta de competencia del supervisor para expedir el informe, es pertinente indicar, que bajo ninguna premisa este despacho ha manifestado que el detalle de las obras corresponde a un informe del supervisor de la interventoría.

En este sentido, se ha manifestado que la información relacionada con el avance de las obras fue extraído del informe de fecha 20 de noviembre de 2018 emitido por el interventor y no por el supervisor, por tal razón de esta información, sobre la ejecución física obra por obra y la ejecución semanal desde el 2 de octubre del 2018, fue el soporte principal para el inicio de las acciones sancionatorias.

Al respecto, no es cierto que la información que soporta el informe del interventor no revele el incumplimiento en la ejecución de las obras, toda vez, que al establecer que una obra presenta un avance del 0% en ejecución a menos de un mes de finalizar el plazo (teniendo en cuenta que la fecha del informe es 20 de noviembre de 2018) es un hecho notorio de

⁴ Ley del Sistema General de Participaciones.

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

“POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018”

incumplimiento y que no fue desvirtuado durante el transcurso de la diligencia.

En este sentido, es pertinente aclarar, que este despacho ha sido recurrente con la interventoría solicitando los informes en la ejecución de las obras, sin embargo, este ha sido omisivo en el cumplimiento de tal obligación, a tal punto, que este despacho procedió a declarar el incumplimiento, en virtud de lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Por otro lado, frente a la cuantía de la sanción dependiendo del porcentaje de ejecución de las obras, es pertinente indicar, que la única forma válida de demostrar el cumplimiento de la obra es con el acta de recibo a satisfacción por parte de la interventoría, por ello, no puede pretender la recurrente que se entienda como cumplida una obra, cuando reporta un porcentaje de inicio.

Aquí, es importante hacer énfasis en la funcionalidad de la obra, toda vez, que no sólo basta con demostrar que el contratista de obra inició actividades de construcción, sino que debe demostrar que se está cumpliendo con el objetivo de llevar acueducto y alcantarillado a la población beneficiaria.

Finalmente, es importante aclarar que el objeto de este despacho no es imponer una multa (como lo señala la recurrente), toda vez, que el grado de incumplimiento es tan alto y grave, que superó el porcentaje contractual establecido para esta figura.

Frente al argumento de LA RESOLUCIÓN VULNERÓ EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA QUE DEBE GOBERNAR EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y CON ELLO EL DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN DEL CONTRATISTA Y SU GARANTE y especialmente en lo manifestado “No obstante, la entidad de manera arbitraria y en desobedecimiento del principio de congruencia, resolvió a través del acto recurrido, declarar el incumplimiento de obligaciones contractuales atinentes a los frentes: PILAS DEL CABUYAL Y LA GLORIA, mismos que no fueron objeto de citación y por tanto, tampoco lo fue de la defensa esgrimida por los citados atrás”. Es pertinente indicar, que estas obras fueron objeto de la citación toda vez, que se encuentran incluidas en el hecho No. 20, de la siguiente manera:

20. Que teniendo en cuenta que el contrato de obra se termina el día 02 diciembre de 2018, con base en el último informe de a interventoría se presenta a continuación el balance del cronograma de entrega de obras a la fecha:

(...)

grupo 4				
DESCRIPCION	FECHA DE ENTREGA	PORCENTAJE DE AVANCE DE OBRA AL 20 DE NOVIEMBRE DE 2018	VALOR FINAL DE LA OBRA	DÍAS DE RETRASO

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

Construcción alcantarillado Atenas Pilas del Cabuyal	5/12/18	2,00%	\$ 2.699.687.375	N/A
--	---------	-------	------------------	-----

Grupo 5

DESCRIPCION	FECHA DE ENTREGA	PORCENTAJE DE AVANCE DE OBRA AL 20 DE NOVIEMBRE DE 2018	VALOR FINAL DE LA OBRA	DÍAS DE RETRASO
Acueducto Hacienda la Gloria	28/12/18		\$ 1.560.356.608	N/A
Construcción sistema de bombeo acueducto		85,00%		
Acometida eléctrica para bombeo		84,00%		
Construcción planta de agua potable compacta		83,00%		
Construcción tanque elevado para acueducto		34,00%		
Construcción red de distribución		86,00%		
Construcción distrito de riego		0,00%		
STARD beneficiarios restitución de tierras Hacienda la Gloria	1/12/18	0,00%	\$ 9.123.745	N/A

En este sentido, no encuentra lógico este despacho que tanto el contratista de obra como la aseguradora manifiesten "mismos que no fueron objeto de citación y por tanto, tampoco lo fue de la defensa esgrimida por los citados atrás", cuando se evidencia que en el cuadro detallado se establece el porcentaje de avance de obra y evidencia un incumplimiento en su entrega, aunado a los informes de interventoría y supervisión entregados.

No es oportuno ni justificable para este despacho, que el contratista de obra pretenda eximirse de la responsabilidad de demostrar el cumplimiento de estas obras, con el



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL
DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2018"

argumento de que en la columna días de retraso se estableciera N/A, toda vez, que esto es desconocer el cumplimiento de sus obligaciones y más aún justificar una violación al derecho de defensa.

Frente al argumento "FALSA MOTIVACIÓN: LA IMPOSICIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL NO GUARDÓ NINGÚN RESPETO POR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN, OBLIGATORIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL", es pertinente aclarar que la tasación de la cláusula penal no es desproporcionada, toda vez, que la misma corresponde al perjuicio por las obras que la administración municipal dejó de recibir, por razones que hasta la fecha no ha esgrimido el contratista de obra y que de alguna forma inexplicable no fueron reportadas a tiempo por la interventoría.

Adicionalmente, frente a este argumento, este despacho –tal y como lo enunció anteriormente- procedió a corregir la tasación de la cláusula penal, aplicando tal sanción únicamente a las obras que no se recibieron.

De esta manera, este despacho afirma lo manifestado por la compañía aseguradora, en el sentido que frente al incumplimiento, el único medio idóneo para resarcir el daño, es a través de la cláusula penal pecuniaria como estipulación pactada de común acuerdo por las partes equivalente al valor de los perjuicios que se causen como consecuencia del incumplimiento contractual de una de las partes.

Por las anteriores consideraciones, este despacho aplicará la cláusula penal en proporción al incumplimiento del contratista, efectivamente por las obras que no serán entregadas a la administración, por cuanto si se hace efectiva en un porcentaje mayor se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad estatal contratante, tal como lo indicó la compañía aseguradora.

Por otro lado, frente a la afirmación de la recurrente señalada bajo la premisa que el CONSORCIO ha cumplido con más del 41% del contrato de obra celebrado, ratifica las apreciaciones de este despacho, en el sentido de que existe un incumplimiento, toda vez, que no se logró probar en desarrollo de la presente audiencia, que siquiera llegue al 100% de la totalidad de las obras a entregar.

Así las cosas, es pertinente aclarar, que el porcentaje de incumplimiento se encuentra medido por el valor presupuestado por cada obra y no por el porcentaje técnico de ejecución, adicionalmente por el valor de aquellas obras que no van a ser siquiera funcionales y que dejarían la posibilidad de encontrarnos frente a obras inconclusas y disfuncionales.

Frente al argumento "VIOLACIÓN AL PROCESO CONSAGRADO EN EL PARÁGRAFO SEGUNDO DE LA CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA DEL CONTRATO 1458 DE 2017" este despacho ratifica los argumentos expuestos a la recurrente en relación a que el proceso sancionatorio obedece a los postulados de la Ley 1474 de 2011, toda vez, que tanto la compañía aseguradora como el contratista fueron debidamente notificados de la citación para participar en la audiencia y en el desarrollo de la misma se decretaron y valoraron las



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL
DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

pruebas solicitadas.

Por otro lado, no es cierta la afirmación de que en la citación y en desarrollo de la audiencia no se hubiese estructurado el perjuicio, toda vez, que se ha demostrado que el incumplimiento se genera por la falta de ejecución de las obras y el perjuicio corresponde al efecto que genera para la comunidad la no entrega de las obras, que afectan el derecho a una prestación eficiente de servicios públicos domiciliarios como acueducto, alcantarillado, entre otros.

Sobre la tasación de la cuantía de la cláusula penal a aplicar, se acogerán parcialmente los argumentos de los apoderados del contratista de obra y de la compañía aseguradora, en el sentido de modificar el monto de la misma, previa las siguientes consideraciones:

- El artículo 32 de la ley 80 de 1993 define el contrato de obra pública como aquél que celebran las Entidades Estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y en general para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles.*
- Dentro de la esencia del contrato de obra pública se tienen varios elementos característicos, dentro de los cuales se tiene la satisfacción de un interés colectivo o público de la comunidad, es decir encaminados al interés general.*
- El contrato 1458 de 2017 es un contrato de obra a precios unitarios, algo sui generis por las connotaciones de la descertificación del municipio en el manejo de los recursos SGP, y con una serie de antecedentes que después de 18 meses el contratista de obra no puede alegar desconocimiento o imposición de cargas desmedidas en su ejecución contractual, ni mucho menos señalar que su gestión va encaminada a solo apoyar, en tanto no tienen obligación de hacer nada diferente a lo que en el contrato inicial se estableció.*
- La existencia de 32 frentes de obra, implica necesariamente que quien ejecuta el contrato tenga el suficiente rigor técnico y de planeación para atender en términos de calidad, suficiencia y cantidad, cada uno de los frentes para evitar los riesgos inherentes a una ejecución con varios escenarios, pero que contractualmente se configura en un solo contrato.*
- Adicionalmente, entender que lo que espera la entidad y la comunidad, como beneficiario último de la obra pública, es recibir una obra funcional, completa, entera, que satisfaga y cumpla los fines esenciales del estado, y que por ende, hablar de obras parciales, no terminadas y cero funcionales, implicaría un evidente perjuicio irremediable para una comunidad que desde el año 2016 espera recibirlas, y que 2 años después, aún no tenga certeza plena de su recibo.*
- Sin lugar a dudas, cabe mencionar que el incumplimiento del contrato termina siendo uno solo, y que en efecto, a pesar de haberse acreditado que el contratista no cumplió con los cronogramas de ejecución establecidos el 30 de mayo de 2018 y el 04 de octubre de 2018, es aceptable para este despacho que algunas obras realmente si serían entregables al 02 de diciembre de 2018, término contractual fijado como vencimiento del contrato.*

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

- En este sentido, para realizar la dosificación del perjuicio causado y por ende aplicar la proporcionalidad de la cláusula penal como lo han requerido los apoderados del contratista y de la entidad aseguradora, debidamente sustentado, se excluirán en esta sede de reposición aquellas obras que fueron probadas se iban a recibir a la finalización del contrato, es decir el 02 de diciembre de 2018.
- No obstante lo anterior, es claro para este despacho que el incumplimiento no solo se da por no entregar los frentes de obra al término de la vigencia contractual, es decir para el 02 de diciembre de 2018; sino también, por incumplir con los compromisos asumidos en la ejecución contractual, que para el caso concreto era realizar la entrega de las obras en fechas determinadas por el mismo contratista, y que habían sido ponderadas técnica, material y financieramente para cumplir una mayor ejecución contractual, y satisfacer como mínimo un porcentaje mayor de comunidades que han guardado paciencia por más de 2 años, para recibir una obra encaminada al mejoramiento de los servicios públicos.
- Es claro para este despacho entonces, que las obras no entregadas en las fechas correspondientes, son motivo de incumplimiento para efecto de la declaratoria como se indicó en la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018, sin embargo, y atendiendo los argumentos expuestos por los apoderados, serán excluidos para dosificar la cuantía de la cláusula penal en tanto dichos frentes de obra serán entregados de manera completa (presumiendo la buena fe) evidenciados además en los porcentajes de avance obra, y que adicionalmente, cumplirá con un elemento esencial de mitigación del perjuicio: la funcionalidad de la obra.
- De nada sirve, como lo ha venido exponiendo en diversas circunstancias los órganos de control cuando hacen seguimiento a este tipo de contratos, tener una obra pública de construcción, mantenimiento o instalación de un bien inmueble, que tenga un impacto negativo para la comunidad debido, ya sea porque ha sido abandonada o está inconclusa, sus costos superan los beneficios de su funcionamiento, no es utilizada, o su uso es diferente para aquel que fue creada. Es por ello, que contar con obras como en el caso de la Luisa, que según informes de seguimiento carecen de una conexión por viaducto propio o de Emcali, termina generando un gran perjuicio irremediable con esta actuación contractual.
- Pese a lo anterior, las siguientes obras se excluirán en su totalidad para dosificar la cláusula penal y aplicar el principio de proporcionalidad enunciado:

	OBRA	VALOR TOTAL
1	PTAP CABECERA PANCE	Obra entregable y funcional al 02 de diciembre de 2018
2	PIZAMOS HORMIGUERO	Obra entregable y funcional al 02 de diciembre de 2018
3	LA FONDA	Obra entregable y funcional al 02 de diciembre de 2018
4	PTAP CAMPO ALEGRE	Obra entregable y funcional al 02 de diciembre de 2018



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL
DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

5	GOLONDRINAS	Parcialmente entregable y funcional al 02 de diciembre 2018
6	ALCANTARILLADO SECUNDARIO CAMPO ALEGRE	Parcialmente entregable y funcional al 02 de diciembre 2018
7	LA PAZ	Obra entregable y funcional al 02 de diciembre de 2018

- Se considera igualmente que la obra de la PTAR el Saladito, enunciada por los apoderados del contratista y la empresa aseguradora, para efectos de la dosificación de la cláusula penal, no presta ningún efecto matemático, en tanto al restarse su monto del total del contrato, se disminuye en la misma proporción del cumplimiento efectivo de las obras, generando el mismo efecto proporcional. La cláusula penal se fijó en el monto del contrato, independientemente que en la liquidación del contrato queden saldos a favor o en contra de las partes, razón por la cual este ajuste para efectos de dosificación no termina siendo relevante y tampoco va en detrimento de los intereses del contratista.

Por lo anterior, tenemos entonces las siguientes obras consideradas como no susceptibles de ser entregadas dentro del plazo contractual fijado, y que adicionalmente, no van a ser funcionales o útiles para los fines para los cuales fue contratada, y en consideración son obras no funcionales, así:

	OBRA	VALOR TOTAL
1	LA LUISA	186.401.271
2	TANQUE LA BUITRERA	187.650.529
3	PICHINDE	389.733.729
4	LA GLORIA	1.560.356.608
5	PILAS DEL CABUYAL	2.699.687.375
	Valor de las obras no ejecutadas	5.764.958.982

Por lo anterior, la proporcionalidad se obtendrá de la siguiente manera:

VALOR TOTAL DEL CONTRATO	\$ 8.173.817.009
VALOR TOTAL OBRAS NO ENTREGABLES NI FUNCIONALES	\$ 5.023.829.512
CLAUSULA PENAL AL 100% DE INCUMPLIMIENTO CONTRATO	20,00%
PORCENTAJE DE CUMPLIMIENTO DE OBRAS	38,54%
PORCENTAJE DE NO CUMPLIMIENTO DE OBRAS	61,46%
CLAUSULA PENAL PROPORCIONAL	12,29%
CUANTÍA CLAUSULA PENAL PROPORCIONAL	\$ 1.004.765.902

El valor total de las obras que no serán entregadas ni funcionales a la finalización del contrato, por valor de \$ 5.023.829.512; la diferencia entre el valor total del contrato y las



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL
DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

obras enunciadas, corresponderá al valor de cumplimiento del contrato, considerando a su vez la exclusión de aquellas obras entregables completas, y por ende equivaldrá a la disminución de la proporción de la cláusula penal.

Si incumplir el 100% daba lugar a la aplicación de una pena del 20%, descontando el porcentaje cumplido, es decir el 38,54%, tendríamos que cumplir el 61,46% del total del contrato, con obras funcionales, excluyendo aquellas obras que efectivamente serían recibidas en su totalidad y relacionadas en el cuadro anterior, la aplicación de la cláusula penal correspondería al 12,29%, lo que en el caso particular asciende a la suma de \$1.004.765.902.

Lo anterior, en concordancia, con el artículo 1592 y 1596 del Código Civil y el artículo 867 del Código de Comercio.

Finalmente, en virtud de lo previsto en el artículo tercero de la Resolución No. 4182.010.21.0.180 de 2018, este despacho aplicará el parágrafo segundo de la cláusula decima sexta como procedimiento para la efectividad de la cláusula penal pecuniaria.

Que una vez analizadas los argumentos del contratista de obra y de la compañía aseguradora, los supuestos de hechos que dieron lugar al inicio y desarrollo de las mismas, las pruebas presentadas durante el desarrollo de la audiencia, se determina que existió un incumplimiento del objeto contractual, situación que afectó el normal desarrollo de las actividades de la entidad estatal, relacionada con la afectación a la comunidad porque no se cumple con el deber funcional de tener agua potable y saneamiento básico, afectando la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

En mérito de lo expuesto:

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el artículo segundo de la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018 "POR MEDIO DEL CUAL SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO Y SE HACE EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA NO. 0130-18-12 1458 DE 2017", respecto de aplicación de la Cláusula Penal Pecuniaria, por la suma de MIL CUATRO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS DOS PESOS M/CTE (\$ 1.004.765.902) como consecuencia de la anterior declaratoria de INCUMPLIMIENTO y de la parte considerativa del presente acto administrativo.

PARAGRAFO: Hacen parte integral de la presente decisión, los soportes de la audiencia sancionatoria.

ARTÍCULO SEGUNDO: Las demás disposiciones contenidas en la Resolución 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018 que no fueron modificadas permanecen en

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DE 2018
(2 de diciembre de 2018)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN
INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30
DE NOVIEMBRE DE 2018"

su integralidad y se entienden vigentes.

ARTÍCULO TERCERO: Aplicar el párrafo segundo de la cláusula decima sexta como procedimiento para el cobro de la cláusula penal pecuniaria, es decir, este valor será descontado directamente de los saldos que se adeuden al contratista.

PARAGRAFO: En caso de no existir saldo a favor del contratista, se hará efectiva la garantía única constituida No. C-100020905 y todos sus anexos, hasta el monto del amparo de cumplimiento debidamente otorgado y si esto no fuera posible se cobrará por la jurisdicción competente.

ARTÍCULO CUARTO: La presente decisión se entiende NOTIFICADA en esta Audiencia pública, y contra ella no procederá recursos, conforme el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO QUINTO: En firme el presente acto administrativo, publíquese en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública-SECOP de acuerdo a lo ordenado por el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto 019 de 2012, y comuníquese a la Cámara de Comercio donde se encuentre inscrito el contratista, para que inscriba este acto administrativo.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dado en Santiago de Cali, a los dos (2) días del mes de diciembre de 2018

ALEJANDRO ARIAS PEREZ
Director

Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales

Proyectó: Leidy Johanna Rojas Arellano / Lina Fernanda Ante Guevara – Contratistas
Revisó: Naydu Flórez Ibarra – Profesional Universitario.
Francisco Javier Bonilla – Profesional Especializado