



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

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.006 DE 2019
(29 de enero de 2019)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA"

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 la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, procedió mediante la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018 a declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato de obra pública No. 0130-18-12 1458 de 2017, toda vez, que agotado el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se evidenció 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.

Que en desarrollo de la audiencia, las partes presentaron recurso de reposición, sin embargo, en el sustento de este recurso no se logró probar el cumplimiento del contrato de obra, por lo que a través de la Resolución No. 4182.010.21.0.180 DE 2018 del 2 de diciembre de 2018 se procedió a 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.

Que mediante el ORFEO No. 2018-4148010-0053172 del 4 de diciembre de 2018 el apoderado del CONSORCIO SANEAMIENTO BASICO CORREGIMIENTOS CALI 2016 solicitó la revocatoria directa de la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018 con fundamento en que el contrato expiró el 27 de noviembre de 2018, por lo que resultaría ilegal declarar e imponer sanciones al contratista, cuando el contrato no existía en la órbita jurídica por expiración del plazo acordado y prorrogado.

Que una vez analizados los argumentos enunciados por el apoderado del Consorcio, este Despacho fundamenta la respuesta de la solicitud de revocatoria directa, en los siguientes argumentos:

Con el fin de establecer el factor temporal del contrato de obra No. 0130-18-12 1458 de 2017 es necesario aclarar que el 12 de mayo de 2017 se suscribió acta de inicio por un plazo de seis (6) meses, es decir, hasta el 12 de noviembre de 2017. Sin embargo, durante

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.006 DE 2019
(29 de enero de 2019)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA"

su ejecución se suscribió acta de suspensión desde el día 26 de mayo hasta el 17 de julio de 2017.

Aquí es importante resaltar, que el plazo de ejecución según OTROSÍ No. 1 de fecha 29 diciembre de 2017, prorrogó el plazo de ejecución por el término de 120 días calendario, estableciendo como fecha de terminación, el 29 de abril de 2018.

Posteriormente, se procedió a suscribir acta de suspensión desde el 25 de abril de 2018 hasta el 29 de mayo de 2018, en este sentido, una vez suscrita el acta de reinicio debía contarse el plazo pendiente de ejecución, es decir 4 días calendario, que para el presente caso, establece como fecha de terminación el 2 de junio de 2018 (plazo en el que inicialmente finalizaría el término de ejecución).

Lo anterior es armónico a lo que ha manifestado el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil Radicación interna: 2278, Número Único: 11001-03-06-000-2016-00001-00, en consulta realizada por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio relacionada con varios aspectos relacionados con los efectos jurídicos que durante la ejecución del contrato estatal produce la suspensión temporal del contrato, particularmente en relación con el plazo de ejecución.

"4. De acuerdo con la afirmación "por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido." ¿Debe entenderse que la fecha de finalización estipulada inicialmente en cualquier modalidad de contratación estatal, no cambiaría como consecuencia de la suspensión?

Durante la ocurrencia de la suspensión acordada por las partes en la ejecución del contrato, ante la imposibilidad de ejecutarlo, no se hacen exigibles determinadas obligaciones y el plazo que los contratantes tienen para cumplirlas no transcurre. Esto es que el tiempo "se detiene", y en consecuencia no se contabiliza.

El tiempo de suspensión de la ejecución del contrato no se imputa al plazo pactado. La forma en que la suspensión incide en el plazo de la ejecución del contrato no es modificándolo pues en estricto sentido este continúa siendo el mismo que inicialmente se pactó; lo que ocurre es que se desplaza y se altera la fecha de terminación del plazo del cumplimiento de las obligaciones afectadas con la suspensión. Como es obvio deberá atenderse a que la naturaleza y contenido particular del contrato de que se trate permitan el efecto de desplazamiento de la fecha de su terminación, como se dejó analizado en este concepto". (Subrayado por fuera del texto original)

Así las cosas, el plazo previsto en la prórroga del contrato suscrita el día 29 de mayo de 2018 (OTROSÍ No. 2) debía contarse desde el 2 de junio de 2018 (fecha del término inicial) el cual no se encontraba alterado y no desde la fecha de firma del OTROSÍ, como pretende hacerlo entender el apoderado del contratista. Por tal razón, la fecha de finalización del contrato, quedó entendida como el dos (2) de diciembre de 2018.

Sin embargo, es pertinente resaltar que los argumentos esbozados carecen de objetividad, toda vez, que el contratista suscribió el contrato y las prórrogas con la autonomía de la voluntad y aceptando con la manifestación expresa acogerse a cada una de las condiciones establecidas en este proceso de contratación.



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

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.006 DE 2019
(29 de enero de 2019)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA"

Lo anterior, se evidencia en cada una de las actuaciones adelantadas, toda vez, que el cronograma de ejecución de obra, tenía como fecha de entrega de algunos frentes de trabajo el día dos (2) de diciembre de 2018, lo que corrobora su aceptación de los términos previstos en la prórroga No. 2.

En este sentido, se ha logrado desvirtuar por este despacho los argumentos expuestos por el recurrente y se establece que la sanción impuesta al contratista de obra se encuentra dentro de los términos contractuales pactados por las partes.

Pese a lo anterior, este despacho procede a exponer los argumentos expuestos por la Sala Tercera del Consejo de Estado, en cuanto a la competencia para declarar el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, de la siguiente manera:

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

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

(...)

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

(...)

"¿Pero qué sucede cuando el contratista incumple y la administración guarda silencio durante la vigencia del mismo?"

"Con la tesis anterior, nada podía hacer; y tenía que someterse la Administración que cumplió o se allanó a cumplir, a la decisión del Juez del contrato.

"Pues bien. Aquí se rectifica la tesis con el siguiente alcance: En los contratos de obra pública, de suministro o prestación de servicios, por ejemplo, en los cuales la nota de tracto sucesivo se ve clara, la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

"El fundamento de esta facultad se encuentra en el mandato contenido en el inciso 1º del artículo 72 del Decreto 222 de 1983, idéntico a la previsión contemplada en el mismo inciso del artículo 61 del Decreto 150 de 1976.

(...)

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.006 DE 2019
(29 de enero de 2019)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA"

"Pues bien. La doctrina venía tomando este texto en forma recortada. Aceptaba que con la declaratoria de caducidad pudieran hacerse efectivas dicha cláusula y las multas, pero no aceptaba que esas medidas pudieran hacerse efectivas cuando la Administración no hiciera el pronunciamiento de caducidad durante el plazo contractual o lo produjera después de su vencimiento y menos que pudiera hacer, vencido el contrato, una declaración de incumplimiento para tales efectos.

"Con esta interpretación se estaba recortando evidentemente el poder de la Administración contratante; porque si bien ésta no puede caducar lo ya terminado, nada impide que se pronuncie sobre el incumplimiento del contratista, cuando precisamente el vencimiento del plazo pone en evidencia que ya el contrato no se puede ejecutar en su integridad. En otros términos, cuando el vencimiento del plazo, per se, muestra que hubo un incumplimiento en determinado porcentaje.

"Y todo se debió a una mala interpretación de la ley y como si ésta sólo permitiera la declaración de incumplimiento para efectos de multas, o de caducidad. Ese artículo 72 va más allá y permite ese pronunciamiento con otro fin diferente: El poder hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. En otros términos, ese artículo 72 permite que se haga efectiva la cláusula penal no sólo en el evento de la caducidad sino también en el caso de incumplimiento; incumplimiento que debe ser expresamente declarado por la administración.

(...)

"Pero este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer.

"En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste¹"

Que frente a los argumentos expuestos por el apoderado, no se ha logrado desvirtuar las razones que conllevaron a la imposición de la sanción, toda vez, que existe un incumplimiento que no se logró desvirtuar ni durante la audiencia (que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011) ni durante la finalización del plazo, que siquiera llegue al 100% de la totalidad de las obras a entregar.

Que una vez analizadas los argumentos del apoderado del contratista de obra y los supuestos de hechos que dieron lugar a la imposición de la sanción, se convalida que existió

¹ Sentencia 29741 de 2014. Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera - Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.006 DE 2019
(21 de enero de 2019)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA"

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: DECIDIR negativamente la solicitud de revocatoria directa interpuesta por el apoderado del CONSORCIO SANEAMIENTO BASICO CORREGIMIENTOS CALI 2016, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: En consecuencia, CONFIRMAR la Resolución 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018, proferida por este Despacho, a través de la 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". La cual fue modificada parcialmente en su artículo segundo mediante Resolución No. 4182.010.21.0.180 del 2 de diciembre de 2018 "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN NO. 4182.010.21.0.178 DE 2018 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2018".

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dado en Santiago de Cali, a los ~~veintinueve~~ ^{veintiuno} 21 días del mes de enero de 2019.

ALEJANDRO ARIAS PEREZ
Director Técnico
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