



GOBERNACIÓN

Departamento Archipiélago de San Andrés,
Providencia y Santa Catalina
Reserva de Biosfera Scaflower
NIT: 892400038-2

RESOLUCIÓN NÚMERO: **003364**

(25 JUN 2021)

“por la cual se resuelve los recursos de reposición interpuestos en contra de la resolución No. 000690 del (23) febrero del 2021, por medio de la cual se resolvió liquidar unilateralmente el contrato de obra N° 1600 de 2016, celebrado entre el Departamento Archipiélago de San Andrés, providencia y santa catalina y CONSORCIO INFRAESTRUCTURA 2016”

El suscrito Gobernador (E) del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por el Decreto 251 de 2014, concordante con el artículo 12 de la ley 80 de 1993, el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, la ley 1474 de 2012, el decreto 019 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015 y,

CONSIDERANDO

Antecedentes

Que la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina islas, por intermedio de la Secretaría de Infraestructura, como resultado del proceso de Licitación Pública N° 010 de 2016, suscribió el veinticuatro (24) de Octubre del 2016, el Contrato de Obra No 1600 de 2016, cuyo objeto es "REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LA CALLE 16, VÍA DE ACCESO HACIA LA ZONA INDUSTRIAL EN SAN ANDRÉS ISLA", por un valor inicial de OCHO MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CIEN MIL TRECIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$ 8.567.100.384,64), con el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA SAI 2016, representado legalmente en la actualidad por el Señor OSCAR ELEJALDE ORTIZ de acuerdo al oficio con radicado N°2433 del 24/01/2020.

Que conforme se desprende del documento de constitución del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA SAI 2016, esta se encuentra integrado por la sociedad LICUAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA, con NIT 900.809.713-1, con un porcentaje de participación equivalente al 98%, por la sociedad JPH CONSTRUCCIÓN SAS, con NIT 900.542.447-9, con un porcentaje de participación equivalente al 2%.

Que, respecto del plazo de ejecución, adiciones en plazo, suspensiones y prorrogas a las suspensiones, el Contrato de Obra No. 1600 de 2019 se desarrolló conforme a los siguientes extremos temporales indicados en el siguiente cuadro:

PLAZO INICIAL DE EJECUCIÓN	12 MESES
PLAZO FINAL DE EJECUCIÓN	14 MESES Y 12 DÍAS
FECHA DE INICIACIÓN	18 DE ENERO DE 2017
SUSPENSIÓN No. 01	20 DE DICIEMBRE DE 2017 (Por 30 días)
PLAZO ADICIONAL EN PLAZO N° 01	(72) DÍAS EL 15 DE FEBRERO DE 2018
SUSPENSIÓN No. 02	02 DE ABRIL DE 2018 (Por 12 días)
SUSPENSIÓN No. 03	02 DE MAYO DE 2018 (Por 8 días)

"Continuación Resolución No. **003364** de **25 JUN 2021**

SUSPENSIÓN No. 04	11 DE MAYO DE 2018 (Por 30 días)
PRORROGA 01 SUSPENSIÓN 04	11 DE JUNIO DE 2018 (Por 45 días)
PRORROGA 02 SUSPENSIÓN 04	25 DE JULIO DE 2018 (Por 30 días)
PRORROGA 03 SUSPENSIÓN 04	24 DE AGOSTO DE 2018 (Por 20 días)
PRORROGA 04 SUSPENSIÓN 04	13 DE SEPTIEMBRE DE 2018 (Por 46 días)
PRORROGA 05 SUSPENSIÓN 04	29 DE OCTUBRE DE 2018 (Por 30 días)
PRORROGA 06 SUSPENSIÓN 04	28 DE NOVIEMBRE DE 2018 (Por 25 días)
PRORROGA 07 SUSPENSIÓN 04	24 DE DICIEMBRE DE 2018 (Por 60 días)
FECHA DE TERMINACIÓN	06 DE MARZO DE 2019

Que, durante la ejecución del contrato, se inició un proceso de incumplimiento en contra del contratista por el no cumplimiento de sus obligaciones contractuales conforme a los estudios previos y el clausulado contractual, de acuerdo con las consideraciones contenidas en la Resolución No. 01493 del 26 de Marzo de 2019, donde se ordenó hacer exigible la cláusula penal pecuniaria por incumplimiento equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, es decir la suma de **OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS DIEZ MIL TREINTA Y OCHO PESOS, CON CUARENTA Y SEIS CÉNTIMOS DE PESO (\$ 856.710.038,46)**.

Que concluida el termino de ejecución la entidad procedió a iniciar los tramites legales para la realización de la liquidación bilateral y de común acuerdo del contrato N° 1600 de 2016, remitiéndole al contratista el proyecto de liquidación bilateral.

Que el consorcio contratista por intermedio del representante legal el señor OSCAR ELEJALDE ORTIZ DEL RIO, mediante los oficios con radicado N°2433 del (24) enero de 2020 y del (24) septiembre de 2020 presento SALVEDADES AL PROYECTO DE LIQUIDACIÓN BILATERAL propuesta por la entidad, la cuales fueron transcritas en el acápite correspondiente del acto administrativo recurrido.

Que a solicitud del contratista fue ampliando el termino para presentar observaciones al proyecto de liquidación bilateral hasta el (16) de Octubre del 2020, plazo en el cual no fue formulada observación alguna a las anteriormente citadas.

Que concluida las anteriores actuaciones sin que se llegase a acuerdo la entidad territorial procedió a liquidar el contrato de manera unilateral a las luces de lo estipulado en el artículo 11 de la ley No. 1150 del 2007 mediante acto administrativo motivado Resolución No. 000690 del (23) de febrero del 2021, la cual fue notificado al Contratista y los Garantes conforme se ordena en la parte resolutive de las misma, a las direcciones de correo electrónico dispuestas y autorizada para tales tramites por cada uno de los aludidos así:

- El contratista CONSORCIO INFRAESTRUCTURA SAI 2016, el 26 de febrero de 2020,
- LA ASEGURADORA SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. el 26 de febrero de 2020,
- La ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO S.A, el 26 de febrero de 2020,

Que mediante correo electrónico del (11) de Marzo del año 2021, se recibió escrito de recurso de reposición al acto administrativo, rubricado por el representante legal del Contratista CONSORCIO INFRAESTRUCTURA SAI 2016 el señor OSCAR ELEJALDE ORTIZ DEL RIO.

Que mediante correo electrónico del (11) de Marzo del año 2021, se recibió escrito de recurso de reposición al acto administrativo, por parte de LA ASEGURADORA SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.

Que mediante correo electrónico del (11) de Marzo del año 2021, se recibió escrito de recurso de reposición al acto administrativo, por parte de La ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO S.A,

1. ANÁLISIS DE LOS RECURSOS.

2.1. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA.

Que el escrito de recurso fue analizada a la luz de artículo 77 de la Ley 1437 de 2011 que establece que "Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos". Que los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.
2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.
3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.
4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.

Que considerando que los escritos de reposición, presentados, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 78 de la Ley 1437 de 2011, por lo cual fue admitió.

2.2. DE LOS MOTIVOS DE LA INCONFORMIDAD / DEL CONTRATISTA Y LAS ASEGURADORAS SEGUREXPO Y SEGUROS DEL ESTADO S.A.

1.2.1 FUNDAMENTOS DEL RECURSO DEL CONTRATISTA:

A. La Gobernación Carecía de Competencia para proferir la Resolución y las Resoluciones de Declaratoria de Incumplimiento en las que se fundamenta.

Se refiere a la falta de competencia de la Entidad Contratante el Recurrente como una causal de ilegalidad del acto administrativo que liquidó de manera unilateral el contrato, alegando que no se agotó el procedimiento establecido en el artículo 11 de la ley 1150 del 2007, con lo que existe un vicio de legalidad según este que deriva en que deba revocarse el acto administrativo y procede a desglosar el título a que hace referencia este motivo de inconformidad en subapites del siguiente modo:

"A.1. La gobernación no tiene facultades para liquidar unilateralmente el Contrato y, por lo tanto, para expedir la Resolución, en tanto no se agotó la liquidación bilateral."

Refiere el recurrente que no se siguió el trámite legal dispuesto por el legislador que diera lugar a la facultad exorbitante de la administración de liquidar unilateralmente el contrato, viciando la legalidad del acto administrativo recurrido y que por tal motivo, debe revocarse, en tanto que a juicio del libelista no se agotó la liquidación bilateral del contrato, en virtud a que el proyecto de liquidación bilateral que fue puesto en conocimiento del contratista se hizo por fuera de los términos legales, según aduce este, inconformidad que se puede condensar sucintamente en la siguiente cita:

"(...)

En vista de lo anterior, ni por asomo podría entenderse que la liquidación bilateral se agotó por razón de que, por fuera del término legalmente previsto para tal fin, la entidad haya enviado un acta para la firma del contratista. Acta que, valga decirlo, nunca fue negociada ni discutida con el contratista, sino que fue elaborada en su integridad por la entidad y remitida así para firma de la contraparte. Ello fue, lastimosamente, lo que ocurrió en el presente caso.

(...)"

<Mas adelante el contratista complementa>

Presentar una serie de liquidaciones que hacen caso omiso a los argumentos del contratista y que simplemente van incrementado indiscriminadamente los valores en favor de la Gobernación ni por asomo se traduce en una construcción bilateral del balance contable de liquidación del Contrato. Por supuesto, si se ignoran por completo los conceptos y soportes que presentan tanto el Interventor del Contrato como mi representada, es lógico que resultaría imposible llegar a un acuerdo respecto del alcance de la liquidación.

Es por esto por lo que se puede afirmar sin temor a equivocación alguna que nunca se intentó liquidar bilateralmente el contrato. Simplemente se pretendió que mi representada firmara un acta de liquidación sumamente gravosa y desequilibrada que la entidad impuso y que, en realidad, nunca estuvo dispuesta a negociar y/o discutir.

Con base en lo anterior, resulta claro que en el presente caso el Departamento carece de competencia para liquidar unilateralmente el Contrato, habida cuenta de que, tal y como lo ha establecido la ley y la jurisprudencia, la Entidad solo podía hacerlo en la medida que previamente hubiese, al menos, intentado liquidarlo bilateralmente con el Consorcio SAI, con todo lo que ello implica.

Por ende, resulta claro que mediante la Resolución la Gobernación está ignorando por completo lo dispuesto por la ley en cuanto a la procedencia de la liquidación unilateral de un contrato estatal, circunstancia que, lastimosamente, evidencia que este acto administrativo no es otra cosa que la culminación de una serie de atropellos y arbitrariedades que se han venido cometiendo en contra de mi representada.

Es preciso entonces referirse a este motivo de inconformidad alegado por el Contratista, en el sentido que de acuerdo con lo citado en el proyecto de liquidación bilateral y en la liquidación unilateral, el artículo 11 de la ley 1150, en su inciso final permite que el contrato sea liquidado de forma bilateral o unilateral dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término anteriormente aludido en esa misma norma que es de cuatro (4) meses para hacerlo bilateral una vez vencido el plazo del contrato y de dos (2) meses para hacerlo unilateral si fracasan las negociaciones en el mutuo acuerdo; es decir tiene la administración dos (2) años y seis meses, según la ley aquí mentada, para liquidar bilateralmente o unilateralmente el contrato.

Así que, al momento de proferirse el acto administrativo la Entidad gozaba de plena competencia en su calidad de contratante para tratar de llegar a una liquidación consensuada y de mutuo acuerdo, documento que fue proyectado en tres (3) ocasiones distintas ¹ y que fue puesta en conocimiento del contratista en todos los casos, con lo cual no existe lugar a suponer que no hubo garantía del derecho a la contradicción en el proceder de la administración por la forma en que se hizo, toda vez que no se citó al contratista a notificarlo personalmente de la resolución, sino que le fue remitida vía correo

¹ La primera de ellas fue el 10 de diciembre del 2019, la segunda fue el 26 de mayo del 2020 y la definitiva que data del 116 de septiembre de 2020 es la que sirvió de base para la resolución por medio de la cual se liquida unilateralmente le contrato No. 1600 de 2016.

"Continuación Resolución No. 003364 de 25 JUN 2021"

electrónico, proyecciones que fueron oficiadas rechazándolas integralmente e introduciendo salvedades como prueba de la garantía procesal con la que contaban, al punto de estar insertas en la resolución de liquidación unilateral las salvedades hechas al proyecto de liquidación bilateral definitivo que fue en efecto rechazado.

Por otra parte, no resulta ser una causal de nulidad procesal que no sean tenidas en cuenta las salvedades efectuadas por el contratista a cada proyección de liquidación, toda vez que a este le asiste frente a dicho documento le asiste la posibilidad de aceptarlo o rechazarlo, siempre pudiendo insertar salvedades al mismo, sin que esto sea condición para que la entidad contratante deba adoptarlas, únicamente debe este plasmarlas en la liquidación unilateral, como a la postre se hizo.

2. La Gobernación carecía de competencia material para expedir las resoluciones de declaratoria de incumplimiento en que se fundamenta la decisión.

En este respecto, el contratista alega que existe un vicio procesal que afecta la legalidad de la Resolución N° 000690 del 2021, en virtud a que según este, la Gobernación no gozaba de la facultada para declarar el incumplimiento del contrato en lo que respecta a la órbita sustantiva del derecho, en vista que:

Así las cosas, como se puede ver, son, entre otros, requisitos para poder declarar el incumplimiento contractual: el quebrantamiento de un deber u obligación contractual y que haya un nexo entre el incumplimiento y el daño que se alega producido.

Por ende, las entidades contratantes no son competentes para declarar incumplimientos sobre obligaciones cuando no es posible establecer un nexo causal entre el supuesto incumplimiento y el daño que se alega.

No obstante, muy a pesar de no presentarse una causalidad que permitiera atribuir la no terminación de la obra a un incumplimiento culposo o doloso del contratista, la Gobernación, sin tener competencia para el efecto, declaró, mediante las Resoluciones de Declaratoria de Incumplimiento, unos supuestos incumplimientos de unas obligaciones que no podrían serle atribuidos a mi representada.

En efecto, conforme a los hechos que sustentaron la expedición de las Resoluciones de Declaratoria de Incumplimiento, estuvieron sustentadas en unos supuestos incumplimientos por parte del Consorcio SAI. De esta manera, la Entidad tuvo a bien declarar mediante estas Resoluciones el incumplimiento parcial del Contrato "*en virtud del retraso del 23.89% y cuyo valor equivale a \$2.0460680282,3, de conformidad con el informe de obra del interventor*", y, consecuentemente, "*hacer exigible la cláusula penal contenida en el mismo [Contrato] de Obra, y en general cualquier tipo de sanción que pueda derivarse del acuerdo contractual*".

Al margen de la discusión que pueda suscitarse sobre el porcentaje de retraso de la obra al vencimiento del término de ejecución del Contrato, lo cierto es que en el presente caso la obra objeto del Contrato se encontraba inconclusa por factores completamente extraños y ajenos a la responsabilidad o culpa del Consorcio SAI. Bien sabe la entidad que, en el presente caso, la intervención de un tercero bloqueó la posibilidad de continuar con las obras que hasta el momento se adelantaban de manera diligente y satisfactoria por parte de mi representada. Se trató de la intervención de la Corporación para el desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina ("CORALINA"), cuyas causas y efectos pueden resumirse a través de la siguiente relación fáctica:

Resulta menester indicar que la expedición del acto de liquidación unilateral no reactiva el termino para recurrir al acto administrativo que declaro el incumplimiento contractual en

su momento, las circunstancias traídas a colación no están llamadas a prosperar, siendo que de acuerdo al principio de legalidad del Acto Administrativo, este será legal hasta que una autoridad judicial o administrativa señale lo contrario, toda vez que el termino para recurrirla caduco, dado que estos fueron argumentos que debieron ser esgrimidos en la oportunidad procesal dispuesta para tal fin y que sí en efecto fueron propuestos y resueltos desfavorablemente.

En tal sentido, no resulta ser esta la oportunidad procesal para que se deje sin efecto lo resultado en el acto administrativo que decreto en incumplimiento y por tanto, sus efectos en el balance económico, deberán ser tenidos en cuenta en la liquidación unilateral, como en efecto se hizo.

2. **"la Gobernación carecía de competencia temporal para expedir las Resoluciones de Declaratoria de Incumplimiento en las que se fundamenta la Resolución"** siendo que este también ataca la legalidad de un acto administrativo ajeno al que se está recurriendo en tanto que el contratista sustenta en este subcapite que

La interpretación jurisprudencial frente al linderro temporal dentro del cual resultaría viable ejercer la facultad legal de declarar el incumplimiento del contrato con la finalidad de imponer multas al particular ha sido clara a lo largo del tiempo. Para el Consejo de Estado, la potestad legal de la Administración para la imposición de multas debe reservarse a la etapa de ejecución contractual bajo la comprensión de que su naturaleza conminatoria se opine jurídicamente a que su materialización tuviera ocurrencia luego de vencido el plazo pactado para el cumplimiento del objeto convenido".

Bajo este entendimiento, es importante ponerle de presente que si, como lo mencionó la Gobernación en las Resoluciones de Declaratoria de Incumplimiento, el Contrato se ejecutó hasta el 6 de marzo de 2019, lo cierto es que la declaratoria de incumplimiento del Contrato fue adoptada 20 días con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución. Es decir, que el supuesto incumplimiento contractual de Consorcio SAI necesariamente habría sido declarado luego de haberse terminado dicho Contrato.

Siendo así las cosas, las Resoluciones de Declaratoria de Incumplimiento adolecen de nulidad, en tanto que no existe norma legal que habilite o le reconozca competencia a la Gobernación para declarar incumplimientos contractuales después del vencimiento del término del Contrato, y mucho menos para hacerlo aparejado a la exigencia de la cláusula penal y a la afectación de la garantía de cumplimiento.

Contrario a lo que pretende argumentar la Gobernación en su Resolución para justificar la inclusión de la multa en la liquidación unilateral, en las Resoluciones de Declaratoria de Incumplimiento la Entidad no señaló que la materialidad de la sanción se destinara a compensar los perjuicios causados por cuenta de las actividades que faltaban por culminar, con la activación de la cláusula penal. La motivación de los actos se limitó a establecer los hechos constitutivos del incumplimiento y su supuesta imputabilidad al contratista, con la finalidad de imponer sanciones o multas, más no la de generar la consecuencia nociva de activar las pólizas de cumplimiento y la cláusula penal.

Vale la pena reiterar que la finalidad de la multa es, en cambio, fungir como herramienta de apremio o acoso dirigida a compeler al contratista para el cumplimiento del objeto contractual en la forma y tiempo acordados. Es por ello que debió emplearse dentro del plazo contractual. Como se verá más adelante, cuando se haga alusión a la violación del principio de congruencia y, por tanto, al debido proceso, la Entidad procuró hacer una modificación de la finalidad de la actuación administrativa que adelantó y que culminó con las Resoluciones de Declaratoria de Incumplimiento. Pero esta errática forma de proceder de ninguna manera sana los vicios de sus actos administrativos, sino que, por el contrario, lo multiplica y profundiza.

"Continuación Resolución No. E. 003364 de 25 JUN 2021."

Los argumentos traídos a colación en este acápite al igual que el anterior están llamados a ser desechados de plano, considerando están dirigido a atacar un acto administrativo ya ejecutoriado y en firme.

Esto aunado a que mucho menos es cierto, que la Gobernación no contaba con la competencia para declarar el incumplimiento del contrato, en primera porque el procedimiento dispuesto por el artículo 86 del estatuto anticorrupción, que establece las ritualidades del procedimiento de declaratoria de incumplimiento las cuales fueron cumplidas por el ente territorial, otorgándole el debido proceso administrativo al contratista.

4 . Las resoluciones de declaratoria de incumplimiento, en las que se fundamenta la resolución, se expidieron en pleno desconocimiento del debido proceso del Consorcio SAI.

En este punto, nuevamente el recurrente manifiesta su inconformidad frente al contenido del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato por cuenta de reproches al Acto Administrativo de Incumplimiento que ordenó al contratista el pago de una cláusula penal en favor de su contratante por el diez por ciento (10%) del valor total del contrato, esta vez orbitando sus argumentos en la presunta falta de garantías con que se profirió la resolución de incumplimiento aludida, esto señalando que:

La Gobernación hizo una primera citación, convocando a mi representada a audiencia que se llevaría a cabo el día 24 de diciembre de 2018. En esa fecha se instaló la audiencia, y el Consorcio SAI intervino, presentando argumentos de defensa en contra del presunto incumplimiento parcial que para entonces se le endilgaba. Sin mayores complicaciones, en la audiencia misma la Entidad tomó la decisión de archivar el trámite administrativo sancionatorio del presunto incumplimiento parcial que se endilgaba.

Pese a haber archivado una actuación administrativa el día 24 de diciembre de 2018, mediante Oficio No. 1600 con fecha del 27 de febrero de 2019, la Secretaría de Infraestructura de la Gobernación citó para el día 5 de marzo de 2019 a mi representada, con el fin de reanudar el procedimiento sancionatorio. Por increíble que parezca, la Gobernación pretendió dar continuidad a un trámite que la misma ya había archivado, cosa que, desde cualquier interpretación jurídica, es completamente imposible.

No se puede reanudar una actuación administrativa que ya ha culminado por medio del archivo. Por lo tanto, la única interpretación lógica posible, coherente con las reglas que rigen el procedimiento administrativo, es que el día 27 de febrero de 2019 la Gobernación dio inicio a una nueva actuación, utilizando las mismas razones de hechos y fundamentos jurídicos invocados en el procedimiento administrativo sancionatorio previamente archivado.

Esto, a su vez, supone un manifiesto desconocimiento de la plenitud de la forma prevista por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. La Entidad no se prestó a citar al Consorcio SAI y a las aseguradoras a un nuevo procedimiento, sino que partió de la base de que los convocados a la sesión del 5 de marzo de 2019 estaban perfectamente enterados de los hechos y circunstancias que daban lugar a la actuación. Asimismo, es importante indicar que la nueva citación no previó la existencia de todas las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Lo que es más, el mencionado oficio no constituía ninguna citación, no contenía ningún hecho, posible consecuencia jurídica, no estaba acompañado de informe de interventoría o supervisión, no enunciaba normas o cláusulas supuestamente violadas.

De esta manera, no se dio estricto cumplimiento a lo previsto en el literal (a) de la precitada norma, lo que, con toda razón, generó confusión a mi representada y a los demás interesados en el procedimiento, dificultando definitivamente la plena y sana observancia de su derecho al debido proceso.

"Continuación Resolución No. **VE 003364** de **25 JUN 2021**

En este punto, debe reiterarse esta Administración en señalar que no será objeto de estudio en este trámite, las inconformidades que pueda tener el libelista frente a una resolución que curso su trámite de ejecutoria y firmeza jurídica, que se agotó sus instancias procesales y que goza de la presunción de legalidad, la cual no puede ser desconocida en esta instancia.

En este punto es preciso sintetiza que, por las razones expuestas en la resolución del anterior motivo de inconformidad, los tres siguientes de ellos, es decir "**2 Las Resoluciones de Declaratoria de Incumplimiento, en las que se fundamenta la resolución, fueron expedidas en violación al principio de non bis in ídem**", "**3 Las Resoluciones de Declaratoria de Incumplimiento, en las que se fundamenta la resolución, fueron expedidas en violación al principio congruencia**" y "**4. Las Resoluciones de Declaratoria de Incumplimiento, en las que se fundamenta la resolución, fueron expedidas en violación del derecho de defensa y de contracción de representada por ausencia de pruebas**", toda vez que recurrente frente al primer motivo de inconformidad:

Queda claro entonces que una nueva actuación fue iniciada por la Gobernación cuando expidió la citación a una nueva audiencia de incumplimiento el pasado 5 de marzo de 2019. Ahora bien, esta nueva actuación no podía haber ocurrido. El 14 de marzo de 2019, fecha efectiva en la que se llevó a cabo la instalación de la audiencia, el Consorcio SAI y los terceros interesados se vieron obligados a presentar descargos y pedir pruebas en un trámite por los mismos hechos y las mismas consecuencias jurídicas.

Es evidente que la Gobernación adelantó dos audiencias, llevó a cabo dos trámites e incluso tomó dos decisiones en diferentes oportunidades por los mismos hechos. Incluso, se dio el lujo de que las dos decisiones que tomó fueran abiertamente contradictorias entre sí.

La anterior situación denota una abierta improcedencia de cualquier sanción en contra de mi representada, sin siquiera ser necesario el detenerse a estudiar las conductas propiamente dichas, o si se probó que las mismas suponían una infracción a la normativa aplicable a Colombia Móvil. Esto, por cuanto de entrada ha quedado completamente demostrada la violación a la garantía de *non bis in ídem* en la que incurrió la Superintendencia. Vulneración que fue advertida desde los Descargos, probada desde el inicio de la investigación, y nunca desvirtuada por terceros intervinientes o por la entidad misma.

<en cuanto a la que señala una inobservancia del principio de congruencia>

Como se explicará más adelante, cuando se analice la falsa motivación que subyace a la expedición de las Resoluciones de Declaratoria de Incumplimiento y, en consecuencia, a la Resolución, constituye una violación al principio de congruencia que debió observar la Entidad en su actuación. En la medida en que los motivos que sirven de fundamento a los actos no justifican las decisiones a ellos contenidos, la Gobernación infringió el mandato contenido en el literal (c) del artículo 86 de la Ley 1474, inobservando entonces la plenitud de las formas del procedimiento sancionatorio. Lo que automáticamente supone un incumplimiento del postulado básico de la garantía al debido proceso.

Como viene decirse, la decisión que adoptase la Gobernación debía fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. En ese sentido, la responsabilidad del Consorcio SAI en la causación de perjuicios derivados del incumplimiento debía ser probada por la Entidad. Era esta, y no otro, quien sufría la carga de la prueba. A lo largo de la actuación, brillo por su ausencia la prueba en la que la Gobernación basara la atribución de culpa a mi representada por el incumplimiento.

La Gobernación sólo expresó una suposición y prejuicio, señalando a mi representada como la responsable por los retrasos en la obra y la no culminación de la misma dentro del plazo de ejecución del Contrato, sin someter al ejercicio de contradicción prueba alguna que soportara tal acusación. Al no proporcionar una prueba, negó a mi representada el ejercicio de contradicción probatoria al que por virtud del debido proceso tiene derecho. Por otro lado, la Gobernación hizo caso omiso y negó de plano los documentos y argumentos allegados por mi representada, que demostraban que la no culminación de la obra dentro del término previsto obedecía principalmente a la intervención de CORALINA y a la medida cautelar interpuesta. Al no valorar la prueba documental aportada en el procedimiento administrativo, al ni siquiera tomarse la molestia de estudiarla, la Gobernación negó de plano al Consorcio SAI su derecho de defensa.

La negación de los derechos de defensa y contradicción se traducen en la más flagrante vulneración del debido proceso, de modo que, también por este motivo, los actos administrativos cuya legalidad se cuestiona deben ser todos revocados, no siento la Resolución una excepción.

C. La Resolución se expidió en forma irregular

El Señor Ortiz del Rio aquí advierte que:

Así las cosas, debido que como se mencionó anteriormente, la Administración tiene la obligación de agotar la liquidación bilateral previo a la realización de la liquidación unilateral de un contrato, resulta evidente que en el presente caso la Resolución también fue expedida de forma irregular.

Ello, habida cuenta de que, como se explicó en líneas anteriores, la Gobernación procedió a expedir la Resolución sin haberse al menos sentado con Consorcio SAI a hacer la revisión del balance final del Contrato.

Lo anterior, con el agravante de que la Entidad pretendió liquidar bilateralmente el Contrato, con el envío de unas actas de liquidación redactadas en su integridad por ella, y la cuales son prueba de que la misma, con la clara y plena intención de no sentarse a conciliar, ni a discutir los temas objeto de la liquidación del Contrato, intentó liquidar unilateralmente el mismo valiéndose de artificios para hacerle creer a mi representada que, a través de la firma de un acta bautizada como acta de liquidación bilateral, se entendería adelantada la liquidación del Contrato de mutuo acuerdo por las partes.

En efecto, como ya se advirtió, el Consorcio SAI ni siquiera tuvo oportunidad alguna de participar efectivamente, ni mucho menos de que revisaran siquiera por encima sus argumentos frente a los puntos establecidos en las actas enviadas por la Gobernación, de allí que dichas actas indudablemente no cumplía para nada con el requisito de bilateralidad de ese tipo de liquidaciones.

Así pues, evidentemente en el presente caso, la Resolución fue expedida en total desconocimiento de los requisitos establecidos por la ley para la expedición un acto administrativo mediante el que se liquida unilateralmente un contrato estatal, requisitos que no son otros que haber adelantado las fases de negociaciones necesarias para haber intento liquidar de mutuo acuerdo el Contrato.

No siendo suficiente lo anterior, la Resoluciones de Declaratoria de Incumplimiento en las que se fundamenta la Resolución también fueron expedidas de forma irregular.

Lo anterior, debido a que, la formalidad sustancial que evidentemente se omitió con la expedición las Resoluciones de Declaratoria de Incumplimiento radica en que dichos actos no estuvieron precedidos de la debida consecución del procedimiento administrativo legalmente establecido para tal fin.

En efecto, tal y como se señaló en el acápite anterior, no se entiende cómo es que la Gobernación decidió declarar el incumplimiento del Contrato, sin siquiera haber considerado que la medida cautelar de CORALINA supuso el hecho extraño que escapaba a la voluntad y diligencia de las partes contratantes, tanto así que la Entidad misma se vio tentada a la suspensión del Contrato, prorrogada un total de siete veces. Y, peor aún, sin siquiera haber practicado en debida forma las pruebas que hubieran conducido a una decisión totalmente diferente a la adoptada mediante las Resoluciones.

Así pues, evidentemente las Resoluciones adolecen de nulidad, pues fueron expedidas de manera irregular, ya que, la Gobernación expidió dichos actos administrativos sin contar con los elementos de juicio determinantes para poder proceder a la declaratoria de incumplimiento del Contrato.

Más aún, este cargo se sustenta en el muy simple hecho de que, contrario a lo establecido por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Gobernación, de manera arbitraria e ilegal, pretendió mantener vigente una actuación que ella misma archivó, violando todas las garantías que derivan de la manifestación del debido proceso. Todo lo cual condujo a que las Resoluciones de Declaratoria de Incumplimiento, en contravía del requisito de

Tal como se explicó anteriormente, es de resorte del contratante adoptar o no las salvedades del Contratista respecto de la liquidación bilateral, lo que implica que no es indispensable para la liquidación del contrato la aceptación absoluta del contratista, puesto que para ello fue conferido por el Estatuto de Contratación a través de la ley 80 de 1993 la potestad exorbitante de liquidar unilateralmente el contrato, facultad que está limitada a seguir el procedimiento que posteriormente dispuso la ley 1150 de 2007, cuestión que en efecto se causó dado que conforme se desprende del proceso de liquidación, inclusive relatado en el mismo recurso de reposición, fueron remitido tres proyectos de liquidación bilateral, a los cuales les fueron a todos realizado salvedades, lo que implica *per se* una salvaguarda al derecho de contradicción y que, no se hayan realizado mesas de trabajo o deliberaciones presenciales, implica que no se hayan tenido en cuenta las consideraciones del contratista, sino que en efecto esta no fueron tenidas en cuenta.

D. La resolución y las Resoluciones de Declaratoria de Incumplimiento se encuentran falsamente motivadas.

Los argumentos e inconformidades aquí esbozados no encuentran cabida procesal para ser concedidos, toda vez que conforme se ha explicado por esta administración, ellos resultan de un resorte distinto a esta resolución, puesto que, si bien afecta el balance financiero de la liquidación unilateral, no existe lugar a debilitar su legalidad en forma alguna a través del recurso interpuesto en contra de la resolución 00690 de 2020.

3. La Resolución no se pronuncia sobre los argumentos del Consorcio SAI que Controvierten la liquidación unilateral.

"(...)

Mediante comunicación del 24 de septiembre de 2020, el Consorcio SAI expresó de manera clara y fundamentada los errores que advertía en el Borrador de Liquidación No. 3. Tan claros son los argumentos de mi representada en contra de dicha "propuesta" de liquidación, que los mismos fueron transcritos en su integridad en la Resolución.

Sin embargo, de manera absolutamente sorprendente la Entidad se limitó a afirmar que no recibieron nunca observaciones adicionales por parte del Consorcio SAI, a pesar de que a mi representada se le había concedido un plazo adicional para ampliar su escrito de considerarlo necesario. Como si eso de alguna manera eximiera a la Gobernación de pronunciarse frente a los argumentos presentados por mi representada el 24 de septiembre de 2020. Para considerarse mínimamente motivada, la Resolución debía agotar la carga de explicar por qué no asistía razón al Consorcio SAI en sus observaciones a al Borrador de Liquidación No. 3.

Incluso, bien hubiera podido la Gobernación atender la comunicación en relación con la propuesta de realizar una visita de campo y practicar, de ser necesario, las pruebas de laboratorio que se requirieran, a efectos de reconocer las actividades ejecutadas por el Consorcio SAI y que se encontraban pendientes de pago.

"(...)

"Continuación Resolución No. 003364 de 25 JUN 2021
"(...)

Como se puede apreciar el ejercicio de liquidación bilateral la Gobernación actuó sin ningún soporte técnico, sin soportes que acreditasen los descuentos pretendidos por supuestos descuentos de fallos de calidad y de manera caprichosa, con el único fin de descontar de cualquier manera cualquier cantidad de dinero.

Posteriormente, en la liquidación unilateral contenida en la Resolución la Gobernación se inventan nuevos descuentos para perpetrar el fin diseñado de descontar al Contratista, como sea, los importes antojados por la Gobernación.

De esta manera se pretende ahora descontar cantidades de obra correspondientes a ítems de cableados eléctricos que fueron recibidos por la Interventoría en las Actas de Recibo Parcial, aceptadas por la Gobernación y pagadas en su momento. Lo anterior, bajo el muy improcedente e inventado argumento de que han sido sustraídos de la obra por falta de vigilancia del Contratista, por endilgar a este la obligación de vigilar la obra hasta que se produzca la liquidación del contrato de obra, descuentos que de ninguna manera se pueden aceptar.

Si lo anterior no fuera suficiente, ahora la Gobernación se inventa también descuentos de unidades de obra ejecutadas de manera completa, recibidas en las Actas de Recibo Parcial, aprobadas para su pago por la Gobernación y pagadas en las Actas de Pago de obra. Y lo que es peor, lo hacen aludiendo a falta de ensayos o ensayos con valores bajos respecto a la norma, pero que, dado que dichas unidades de obra fueron recibidas y están en uso efectivo, no se pueden descontar como si no hubiesen sido ejecutadas.

Con este proceder, la Gobernación estaría incurriendo en un muy claro ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA JUSTA, con las consiguientes consecuencias jurídicas que, en todo orden, se desprende de ello.

Esta última liquidación enviada y que da pie a la Resolución de Liquidación Unilateral que la Gobernación ha determinado carece de validez técnica y carece de los mismos soportes legales y técnicos que las anteriores y que tanto este Contratista como el Consorcio Interventor han advertido a esa Gobernación, y que nuevamente ponemos de manifiesto.

(...)"

En este punto no logra el recurrente argumentar con suficiencia porque estos motivos aquí señalados son causales de la revocatoria de la resolución No. 00690 del 2020, siendo este no demuestra cuales normas es contravenida con el tramite seguido en la liquidación unilateral, esto por cuanto se esmera simplemente es esbozar que no se dio respuesta concreta a sus salvedades en la resolución de liquidación unilateral, sin que se demuestre que esto afecta su legalidad y que por tanto debe revocarse la misma, esto es así porque no existe disposición que establezca esto como obligatorio, dado que la naturaleza de las salvedades del contratista es de que sean señalamientos que podrá demandar posteriormente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esto es así al punto que el Contratista puede aceptar el contenido de la liquidación y aun así, consignar salvedades.

Por otro lado, es preciso aclarar que las deducciones realizadas por la entidad en la liquidación corresponden a obras que fueron erróneamente pagadas por el Contratante debido a la autorización del Interventor, esto teniendo en cuenta que no fueron allegados los documentos que dan cuenta de la calidad de las obras realizadas, esto por la ausencia de los ensayos de laboratorio de las actividades señaladas en la liquidación a pesar de haber sido requeridas, deducciones que son facultad de la entidad realizar dado que se está frente a un contrato de obra regido por precios unitarios, cuyos ítems requerían de además de su acometida, unos requisitos para entender su ejecución cabal, como lo son los distintos documentos que dan cuenta de su calidad como los certificados de

"Continuación Resolución No. E 003364 de 25 JUN 2021."

cumplimiento de ensayos y pruebas, por tal motivo erra el recurrente al señalar que la administración con la liquidación unilateral está incurriendo en enriquecimiento sin justa causa, dado que el contratista no se hizo acreedor al pago de las actividades deducidas en ningún momento.

En vista a que no se encontró que ninguna de las razones de inconformidad del contratista gozaba de un sustento factico, técnico o jurídico suficiente para hacer entrever la legalidad de las formas y el contenido de la Resolución No. 0690 del 2020, estas están llamadas fracasar por carecer de la identidad jurídica suficiente para desvirtuar lo demostrado por la entidad contratante.

2.2.2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.

1. FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN NO. 000690 DEL 23 DE FEBRERO DE 2021? EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN FORMA IRREGULAR - VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN.

Se refiere a la ausencia de carga argumentativo de la Resolución No. 000690 de 2021 como un defecto que afecta su contenido, por tal motivo explica el recurrente que a juicio suyo se ve afectado el debido proceso del destinatario del acto administrativo por tal motivo existe un vicio de legalidad que obliga a la revocatoria del mismo, falta de motivación que se sustenta en que:

"(...) Teniendo en cuenta lo anterior, es notorio que el DEPARTAMENTO, no realizó ni siquiera un mínimo esfuerzo por analizar las circunstancias de hecho y derecho que rodeaban el caso en específico, y lo que es evidente, no motivó su decisión, condición necesaria para expedir el acto administrativo de liquidación unilateral de contrato estatal.

No se observa en la Resolución fundamento alguno que sustente el balance de cuentas que presenta la Entidad. No se advierte cómo concluye que, dichas sumas de dinero resulten a su favor y que el CONTRATISTA deba pagar.

Adicionalmente, el DEPARTAMENTO, sin amimar siquiera prueba sumaria de sus afirmaciones, en la Resolución No. 000690 del 23 de febrero de 2021, pretende que el contratista realice la devolución de \$1.880.172.405,62, por considerar, entre otras cosas, que ciertas actividades a pesar de tener aval del interventor no fueron realizadas conforme a los pliegos de condiciones. Lo anterior, es una FALSA MOTIVACIÓN.

En este sentido, el DEPARTAMENTO realizó absolutamente caprichosas sin ningún tipo de fundamento, las cuales son absolutamente temerarias, pues no existe, además de su palabra, pruebas, informes o dictámenes, que den cuenta de la veracidad de sus dichos.

La Entidad, como es claro, jamás se detuvo a explicar las razones fácticas que dieran cuenta de porqué las obras que tienen aval de la Interventoría no contaban con la calidad que se esperaba supuestamente de aquellas, impidiéndole al contratista, y de contera, a mi mandante, ejercer su debida defensa, pues no existe, -reitero- además de las afirmaciones de la entidad, una prueba técnica que pueda ser refutada.

Motivos que eran totalmente necesarios para fundamentar la decisión contenida en la citada Resolución, si la Administración pretende obligar al contratista a devolver las sumas de dinero que consigna en la liquidación.

Por ello, es claro que el DEPARTAMENTO no motivó el acto administrativo. Simplemente se limitó a realizar manifestaciones caprichosas y conjeturas que desvirtúan por si mismas las pretensiones de la entidad estatal.

"Continuación Resolución No. 003364 de 25 JUN 2021."

Como es claro entonces, el acto administrativo proferido por el DEPARTAMENTO, al ser expedido irregularmente por carecer de fundamentación que justifique lo ordenado, surgió a la vida viciado de nulidad, por ello, ningún efecto podría derivarse de este, y en este sentido, solicito que se revoque en su totalidad la Resolución No. 000690 del 23 de febrero de 2021(...)"

Consideraciones de la entidad territorial.

Frente a este motivo de inconformidad deviene en pertinente precisar al libelista que no existe falta de motivación del acto administrativo *sub-judice* puesto que los motivos y razones que fundamentan la decisión se encuentran detallados y soportados técnica, económica y jurídicamente, de acuerdo a informe de calidad del interventor, a tal punto que son estos motivos o consideraciones del acto administrativo los que sirven de estribo al reproche enunciado en este motivo de inconformidad, no habiendo ninguna situación que invite si quiera a suponer que estamos frente a una violación de las garantías procesales que le asisten a los administrados, en tanto que se ha otorgado la oportunidad para controvertir la decisión adoptada en el acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato a través del recurso de reposición.

Por otra parte, en cuanto a las deducciones realizadas en el balance financiero por la no acreditación de la calidad de ciertas actividades de la obra que son detalladas en el acto administrativo de liquidación unilateral, es claro que esta es una decisión fundada exclusivamente en el marco normativo del contrato, es decir el pliego de condiciones y sus anexos, en específico el anexo técnico, además de las normas de INVIAS, que exigen un mínimo de condiciones de calidad para lograr la acreditación del cabal cumplimiento de la actividad inserta en el Análisis de Precios Unitarios, las cuales no solo deben ser acometidas en forma material, sino que deben ser allegadas las constancias del cumplimiento de las pruebas técnicas y de laboratorio que indiquen a la entidad Contratante que aquello recibido gozará de la calidad requerida para su funcionamiento, puesto que en nada sirve al Contratante unas vías que no soporten el tráfico de vehículos de carga pesada y de un alcantarillado que no cumple sus fines de rigor.

2. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO DE SEGUREXPO FRENTE A LA AFECTACIÓN DE LA GARANTÍA DE LA CALIDAD DE OBRA.

En este punto, el recurrente trata de hacer ver a la Administración que existe violación al debido proceso, está por cuanto el procedimiento correcto para hacer las deducciones a las cantidades de obra que fueron pagadas erróneamente debido al aval del interventor que carecía de sustento técnico por la falta de acreditación de la calidad de las actividades por cuenta de la omisión en la presentación en los ensayos técnicos o de laboratorio conforme se pormenorizó en la resolución No. 00690 del 2021, en específico el recurrente afirmó que:

"(...) Ahora, cuando el contrato ya está terminado y en etapa de liquidación, pretende la Entidad desconoceras, afirmando, sin prueba alguna, que no se cumplieron los estándares de calidad y en consecuencia, se descuentan unas actividades que ya habían sido aprobadas y pagadas.

Pues bien, la Entidad, al descontar una actividad que ya fue pagada, lo que hace realmente es suponer que NUNCA se ejecutó; no obstante, acepta que si se ejecutó pero su calidad no se encuentra acreditada.

En todo caso, sus afirmaciones carecen de prueba y de motivación. Se conforma la Entidad con afirmar simplemente que el no haber aportado unos informes de calidad,

"Continuación Resolución No. 003364 de 25 JUN 2021,
demuestra que el Contratista no cumplió con las especificaciones de calidad, establecidas
en el pliego de condiciones. Lo anterior, jamás podrá ser de recibo.

Adicionalmente, solamente a través de la apertura de un procedimiento administrativo sancionatorio con el fin de declarar el incumplimiento del Contrato, la Entidad estaría cumpliendo con al mandato constitucional de salvaguardar el debido proceso en las actividades administrativas, más aún en aquellas tendientes a imponer una sanción.

Así las cosas, nuevamente, la Entidad nos presenta una Resolución arbitraria, viciada de nulidades y en violación directa, abierta y flagrante al debido proceso del CONTRATISTA y SUS GARANTES.

Lo que pretende hacer la Entidad con esta Resolución no solo va en contra de la buena fe contractual, de la confianza legítima, y de los actos propios, tal y como se expondrá más adelante, sino que además, vulnera descaradamente el debido proceso.

Ahora bien, si a lo que realmente hace alusión la Entidad hace alusión es a un tema de calidad de la obra, es claro que la Entidad debió iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio en los términos del artículo 86 Ley 1474 de 2011.

En efecto, la Entidad solo podría declarar la mala calidad de la obra y en consecuencia, afectar la póliza por el amparo de calidad, previo cumplimiento de lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

No obstante, la Entidad no podrá afectar el amparo de calidad de la obra por cuanto este implica que el objeto contractual haya sido recibido a satisfacción, mientras que el amparo de cumplimiento supone que las prestaciones a cargo del contratista no se ejecutaron o se ejecutaron de manera tardía o defectuosa. Naturalmente, esto significa que los amparos son excluyentes y no es posible acumularlos.

En este sentido, es totalmente inviable afectar el amparo de estabilidad de la obra y el amparo de cumplimiento simultáneamente, pues bien, cada amparo opera en momentos totalmente distintos. El amparo de cumplimiento únicamente puede ser afectado en los eventos de incumplimientos imputables al contratista, y el amparo de estabilidad de la obra solamente puede operar cuando la obra cuenta con acta de finalización y recibo a satisfacción.

En el caso en concreto, es claro que la obra no ha sido recibida- reitero- a satisfacción, de manera que, en ningún caso se podrá afectar el amparo de estabilidad de la obra, ya que en este evento no tendría vocación de prosperar, pues En todo caso, siendo que, a la fecha, la Entidad NUNCA ha citado al Contratista ni a sus garantes a la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con miras a afectar el amparo de calidad de obra, no puede, mediante la liquidación unilateral del contrato, hacer deducciones bajo este argumento, puesto que ello implicaría una violación flagrante al debido proceso.(...)"

Consideraciones de la entidad territorial.

En esta etapa de la diligencia, al respecto de lo anteriormente transcrito en cita, debe tener en cuenta el recurrente que las deducciones a las que se refiere en su escrito, suponen un ejercicio de compensación de sumas de dinero que, como en efecto ya se ha explicado, fueron pagadas por la administración sin que se hubiesen causado los requisitos de carácter factico para ello, esto es la acreditación de la calidad de las obras acomendadas, con lo que con el acto de liquidación se están dejando de reconocer aquellas cantidades de obra que actualmente la entidad Contratante no puede pagar puesto que este no cuenta con la certeza que estas, las detalladas en la resolución No. 00690 del 2021, servirán con los estándares requeridos en las especificaciones técnicas publicadas con la licitación pública No. 010 del 2016, con lo que a pesar de haber sido canceladas, es deber,

"Continuación Resolución No. **003364** de **25 JUN 2021**

de la administración en la liquidación del contrato balancear económicamente el contrato, de lo contrario estaría entonces propiciando en el contratista un enriquecimiento sin justa causa, dado que este no se hizo acreedor a las sumas que fueron en su momento canceladas en las actas parciales de obra.

Por otra parte, tampoco es cierto que debió la administración Departamental seguir un proceso de carácter sancionatorio, como lo es el reglado en el artículo 86 del estatuto anticorrupción, en tanto que estas deducciones no se tratan de multas o sanciones que deban salir del patrimonio del contratista, sino que son deducciones a cantidades de obra que fueron ejecutadas y reconocidas en las actas parciales presentadas por el contratista y deducidas en el balance final de las cantidades dado el no cumplimiento de las calidades y especificaciones técnicas, como ya se explicó, por tanto no resultaba pertinente que se llevara a cabo el mencionado procedimiento sancionatorio y mucho menos, existía la necesidad de declarar el siniestro para reclamar la garantía de estabilidad y calidad de la obra, puesto que esta empieza a regir desde el recibido a satisfacción de la obra, hasta cinco años en el futuro, ello siendo este otro motivo para que estas obras no sean canceladas, puesto que para este amparo de la póliza única de cumplimiento empiece a regir, debe haberse ejecutado la obra con los estándares mínimos que puedan suponer que se su estabilidad podrá ser garantizada por el contratista por el termino dispuesto en el contrato y en el decreto 1082 del 2015 en su artículo 2.2.1.2.3.1.7. que reza:

"Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción."

DESCONOCIMIENTO POR PARTE DEL DEPARTAMENTO DE LA BUENA FE, CONFIANZA LEGÍTIMA Y SUS ACTOS PROPIOS AL EXPEDIR LA RESOLUCIÓN NO. 000690 POR LA CUAL SE LIQUIDO UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE OBRA NO. 1600 DE 2016

En torno a esto, el recurrente esgrime lo siguiente:

"(...) Con la expedición de la mencionada Resolución, el DEPARTAMENTO ha desconocido totalmente que el porcentaje de obra ejecutado, revisado y aprobado por la Interventoría y la Supervisión del contrato y pagado por la Entidad.

Fue precisamente, por encontrarse a satisfacción, que la entidad autorizó y pagó al Contratista las sumas correspondientes al avance de la obra, pues, de no haberse acreditado dicho cumplimiento, no se habría autorizado y pagado al Contratista.

La Administración, entonces, al autorizar y pagar las actas parciales presentadas por el contratista, previa revisión y aval del interventor, y al certificar el avance del 71,11% creó en el Contratista expectativas legítimas de cumplimiento.

Por ello, el DEPARTAMENTO al ordenar al Contratista que devuelva el dinero por unas actividades que efectivamente ejecutó y le fueron aprobadas, contraria abiertamente sus actos, pues, en precedencia creó una situación legítima, que pretende desconocer en la Resolución No. 000690 del 23 de febrero de 2021.

El DEPARTAMENTO además de contrariar sus propios actos, desconoce y vulnera el principio constitucional de buena fe, que como se mencionó, es predicable de todas las autoridades tanto en los procesos judiciales como administrativos.

Por lo anterior, su actuar está totalmente deslegitimado, evidenciando la falta de seriedad y credibilidad en sus actuaciones, pues, es un actuar, deshonesto y desleal.

"Continuación Resolución No. 003364 de 25 JUN 2021.

La interventoría y, por supuesto, la Gobernación reconocieron la ejecución del contrato y en ese sentido pagaron al contratista las sumas de dinero correspondientes a las actas parciales, cuyo pago se exige que sea devuelto. (...)"

Consideraciones de la entidad territorial.

Cabe señalar que este motivo de reprochado, no cuenta con la carga argumentativa suficiente para determinar que existió tal ausencia del principio de la buena fe en el actuar de la administración y que esto afectase las garantías del Contratista y sus Garantes, debido a que establecer un porcentaje de cumplimiento distinto al señalado por el interventor no deviene en un acto teñido de mala fe por la administración puesto que es esta la que debe verificar el buen destino y manejo de los recursos públicos dispuestos para el cumplimiento de sus compromisos contractuales, para ello en el acto de liquidación, trámite que resulta de resorte exclusivo entre las partes del contrato, esto es Contratista y Contratante, debe la entidad a través del ordenador del gasto asegurarse que aquello que sea pagado o reconocido corresponda a una actividad contractual efectivamente realizada, ello supone que al momento de la liquidación no puede el pagador asumir como convidado de piedra los dictámenes del interventor, máxime cuando se ha evidenciado los efectos que la ausencia de los estándares de calidad en las actividades deducidas han producido a la integralidad de la obra, puesto que en cuanto a las losetas, el concreto, los andenes, los manjoles, entre otros, se ha percatado un deterioro que demuestra la falta de cumplimiento de los estándares de calidad, situación que queda evidenciada en el informe de calidad proferido por el interventor y su registro fotográfico.

Si bien es cierto que para afectar la póliza de estabilidad y calidad de la obra es pertinente adelantar un procedimiento de acuerdo a lo establecido en el artículo 86 de la ley 1477 del 2011, es preciso mencionar que para este caso concreto no resulta aplicable dicha premisa, puesto que de acuerdo con el decreto 1082 de 2015, esta es una garantía que se hace exigible posterior al acta de recibido final, actuación que no fue surtida dado que el contrato le fue declarado el incumplimiento, por tanto no resulta aplicable dicha póliza, máxime cuando en el expediente reposa informe de calidad emitido por el interventor en el cual se detalla que no fueron arriadas las pruebas de calidad y ensayos científicos que permitan llegar al convencimiento de que esas cantidades de aquellos ítems detallados fueron ejecutadas a cabalidad de acuerdo con las especificaciones técnicas y las normas INVIAS que gobiernan la actividad constructiva de vías públicas, dado que no pueden ser verificada, por ejemplo la resistencia de los concretos; igual suerte corren las tuberías y manjoles de la obra, los cuales no cuentan con soporte de su cumplimiento en calidad, razón por la cual es evidente que estas actividades no debieron ser recibidas y pagadas de forma parcial, por tanto advierte esta entidad que no le son aplicables las garantías que cubran la calidad de las obras, porque para ello la obra ha debido ser recibida a satisfacción y estas deben haber contado con una calidad mínima para su recibo. Estudiado lo preceptuado en cuanto a las garantías en el decreto 1082 de 2015, encontramos que de acuerdo a la regulación de la naturaleza de las mismas, las de incumplimiento y calidad de la obra no pueden ser aplicadas en un mismo contrato, dado que para que pueda ser usada la de la calidad de la obra, ha debido ser recibida a satisfacción, por lo que no puede predicarse algún incumplimiento del contrato por lógica, y si en efecto existió un incumplimiento del contratista, las actividades defectuosas que no cuentan con los estándares de calidad exigidos no deben ser cancelados y en consecuencia no habría lugar a afectar la garantía de la estabilidad de la obra, sin embargo en este caso resulta preciso hacer deducciones dado que el interventor avaló unas actividades sin que estas cumplieren se hubiesen allegado por parte del contratista, las constancias que dieran cuenta de la buena calidad de las cantidades detalladas en la resolución recurrida, lo que indujo a error a la administración que pagó dichas actividades con estribo en la buena fe respecto de los informes emitidos por el Interventor, situación que a la postre se evidenció a un posterior informe de calidad de Interventoría.

"Continuación Resolución No. 003364 de 25 JUN 2021

Por tal motivo, no existe ninguna clase de mala fe en la administración al deducir las actividades que fueron pagadas por un aval del interventor, al cual no había lugar a otorgar para la aprobación de las actas parciales, por cuanto no se arrimaron las acreditaciones de calidad de las actividades deducidas, esto a pesar de haber sido requeridas por la Secretaría de Infraestructura conforme se detalla en la resolución No. 000690 del 2021, por tal motivo si existiese algún tipo de mala fe, sería a cargo del contratista que pretende el pago de actividades que no fueron ejecutadas de acuerdo a las especificaciones técnicas publicadas en el proceso de selección del contratista.

A su turno, es obligación de la entidad mantener el equilibrio económico del contrato, esto es procurar la conmutatividad del mismo, para tales efectos el artículo 17 de la ley 80 de 1993 estableció que:

*"(...) ARTICULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. **En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.** (...)"*

En tal orden de ideas, resulta acertado jurídicamente realizar las deducciones a las actividades erróneamente pagadas al Contratista a través de la potestad excepcional de la liquidación unilateral del contrato, por cuanto de lo contrario estaríamos frente a un enriquecimiento sin causa del contratista porque se le estarían reconociendo sumas de actividades ejecutadas sin el lleno de los requisitos legales y a su vez, por parte de la Entidad se causaría un detrimento patrimonial.

A su turno, el Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa del veintidós (22) de junio de dos mil once (2011), en proceso de Radicación número: 85001-23-31-003-1998-00070-01(18836)

"(...) El fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse. Sin embargo, lo anterior no significa que en todas las hipótesis el contratista deba obtener con exactitud numérica la utilidad calculada y esperada por él pues no cualquier imprevisto que merme su ventaja tiene la virtualidad de conducir al restablecimiento económico. En efecto, sólo aquellas eventualidades imprevistas que alteran gravemente la ecuación financiera son idóneas para pretender con fundamento en ellas el restablecimiento económico pues si esto no se garantiza se afectaría"

"Continuación Resolución No. **E 003364** de **25 JUN 2021**

el interés público que está presente en la contratación estatal. Así que el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato. (...)"

4. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

"(...) De conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones del proceso de selección realizado - Licitación Pública No. 010-2016, los estudios y diseños entregados para la ejecución del Contrato No. 1600 de 2016, no fueron elaborados por el contratista.

Durante la ejecución del Contrato No. 1600 de 2016, que dichos estudios y diseños inicialmente entregados tenían falencias técnicas, razón por la cual debieron ser modificados, con el objeto de ajustarlos a las condiciones reales del terreno.

En las distintas actas de comités de obra y en las comunicaciones aportadas por el CONTRATISTA, en su oportunidad, se probó que se presentaron modificaciones a los estudios y diseños entregados al CONTRATISTA para la ejecución de la obra, con el objeto de ajustar dichos estudios y diseños a las condiciones actuales del proyecto.

Con fundamento en lo anterior, no se puede exigir al contratista cumplir con el objeto del contrato, cuando se incumplió con la obligación de entregar desde el inicio de la obra, los estudios y diseños definitivos y adicionalmente, los cambios efectuados a dichos estudios y diseños, generaron modificaciones sustanciales al objeto contractual:

- El 22/02/2017, la comisión topográfica del Contratista, pudo constatar que la cota rasante de la vía a construir, estaba por debajo del nivel de inundación existente, por lo tanto, se debería hacer un nuevo diseño de la vía; tema que fue evidenciado y ratificado el 01/03/2017 en visita de obra realizada por las partes (Interventoría, Supervisión y contratista).

- Solo hasta el 14/06/2017, se aprobó por parte de la Gobernación de San Andrés, las nuevas cotas del nivel subrasante y cota final rasante para la instalación del concreto MR-42, lo cual fue ratificado mediante comunicación de Interventoría, identificada con el Radicado No. OF-053-CISA2016- 31072017, entregada al contratista el 31/07/2017.

- Solo hasta el 31/07/2017, cuando se recibió la comunicación del CONSORCIO INTERVIAS SAN ANDRÉS 2016, encargado de la Interventoría, mediante la cual se le informa al contratista, que: i) El Acta de mayores y menores cantidades de obra con los ítems nuevos no previstos, estará sujeto a la aprobación de Regalías y ii) Admite que no está definido el alcance de los diseños de alumbrado público y eléctrico, los cuales se definieron por parte de la entidad contratante hasta el mes de agosto de 2017.

De los hechos antes relacionados, se evidencia que, en el diseño inicialmente entregado por la entidad contratante al CONTRATISTA, la cota de inundación estaba por encima de la cota definitiva del MR-42, es decir, la vía terminada quedaba totalmente inundada y ahogada con lo inicialmente previsto; situación que evidenció el CONTRATISTA y puso en conocimiento del DEPARTAMENTO e Interventoría; razón por la cual se realizó una modificación a las cantidades y diseños, apareciendo un ítem importantísimo que no estaba inicialmente en el contrato y que permitía subir el nivel y corregir el error en el diseño inicial y que sin el cual no se podía ejecutar un metro de obra: "relleno", entregado en la Reformulación No. 1, la cual se definió solo hasta el 31 de julio del 2017, transcurridos 6 meses y 13 días, contados a partir de la firma del Acta de Inicio del contrato.

"Continuación Resolución No. VE 003364 de 25 JUN 2021."

En efecto, es claro que la omisión de la obligación de entregar los estudios y diseños definitivos por parte de la Entidad llevó al CONTRATISTA, a una situación de incumplimiento.

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte.

Es irónico que la Entidad incumpla con el aporte de los diseños convenidos contractualmente para adelantar con agilidad las obras, y que después de dicho incumplimiento, le endilgue incumplimientos al contratista.

No existió, no existe y no podrá existir NUNCA, un incumplimiento del CONSORCIO con base en el cual pueda válidamente el DEPARTAMENTO reclamar los valores que pretende le sean pagados.

Por las anteriores razones, EL DEPARTAMENTO nunca debió haber declarado el incumplimiento parcial del Contrato por parte del CONSORCIO, lo que llevó también a que el CONTRATISTA, no pueda concluir la obra.

Si existe un responsable por la inejecución de la obra, es el DEPARTAMENTO. En consecuencia, no es de recibo el ajuste de cuentas contenido en el acta unilateral del Contrato, por cuanto desconoce las obras que si fueron efectivamente ejecutadas por el CONTRATISTA.

Con base en las anteriores consideraciones, respetuosamente solicito a la DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA 16 CATALINA, revocar la Resolución No. 000690 del 23 de febrero de 2021, de manera que se mantengan incólumes las actividades ya ejecutadas, aprobadas y pagadas. (...)"

Consideraciones de la entidad territorial.

Este motivo de inconformidad no cuenta con la proyección de prosperidad para obligar a revocar el acto administrativo impugnado, dado que este reproche respecto de la ejecución del contrato no resulta del resorte de este acto administrativo, dado que ha contado con la oportunidad de esgrimir estas argumentaciones, desde el proceso licitatorio No. 010 del 2016, pasando por el proceso de incumplimiento que derivó en la declaratoria de siniestro, hasta en la misma ejecución del contrato, argumentos que no lograron demostrar la eximencia de la responsabilidad del contratista por cuenta de la excepción aquí alegada, siendo esta etapa la idónea para verificar el contenido de la liquidación y no, para poner en tela de juicio la legalidad de un acto administrativo ajeno a este, como es la Declaratoria de Incumplimiento.

De igual modo, deberá declararse lo mismo frente a la siguiente causal de inconformidad que sustenta el recurso de reposición **FUERZA MAYOR** debido a que con este se busca reivindicar una causal eximente de responsabilidad en la declaratoria de incumplimiento de contrato, situación que fue decretada mediante resolución No. 01493 del 2019 y que se encuentra en firma y por su presunción de legalidad no puede ser soslayada en el balance financiero que compone la liquidación unilateral, a pesar de las excepciones aquí esgrimidas.

7. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO DE SEGUREXPO EN LA EXPEDICIÓN DE LA RESOLUCIÓN No. 1493 de 2019 y 8. AUSENCIA DE ACREDITACIÓN DEL SINIESTRO Y SU CUANTÍA DESCONOCIMIENTO DEL ARTÍCULO 1077 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Así mismo, en vista a que estos son reproches que pretenden afectar la legalidad de la resolución No. 1493 del 2019, que impuso una sanción por incumplimiento al contratista, es de igual forma obligación de la entidad en este caso no tener en cuenta estas excepciones o motivos de inconformidad porque esta es una decisión ajena a la resolución No. 00690 del 2021, la cual si bien afecta el balance financiero, esto deviene de una actuación administrativa independiente a la que se tiene la oportunidad de recurrir, por tanto, aún si se tuviese por cierto los argumentos aquí expuestos, en gracia de discusión, no tendría la competencia para revocar en esta actuación el acto administrativo No. 01493 de 2019, por tal motivo deberá acudir el administrado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo si pretende restarle merito legal a la dicho Acto Administrativo, ya que este se encuentra plenamente ejecutoriado.

2.2.3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO S.A.

2.2.3.1. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, POR VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, POR QUEBRANTAMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, POR FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 77 DE LA LEY 80 DE 1993, 42 Y 187 DEL CÓDIGO CONTENCIOSO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y 281 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.

El recurrente esgrime este motivo de inconformidad fundamentado en que en el acto administrativo de incumplimiento el 1493 de 2019 se estableció como tasación de porcentaje de cumplimiento el 76.94% de ejecución y posteriormente en la resolución No. 000690 de 2021, este varió al punto de que se redujo la estimación del porcentaje de cumplimiento, por tanto, entiende este que no existe congruencia entre ambas actuaciones administrativas, conforme explica así:

"(...)Así las cosas, se refleja que la GOBERNACIÓN DE SAN ANDRÉS a través de la interventoría certificó una ejecución financiera del 76.94%, pero a través de la expedición de la Resolución de Liquidación su despacho pretende reconocer solo el 71.11%, porcentaje respecto del cual además su despacho señala que el contratista deberá devolver \$1.880'172.405,62 , por no cumplir con los estándares de calidad de las obras recibidas a satisfacción, sin allegar para el efecto ninguna prueba técnica si quiera sumaria, que acredite su afirmación.

Por lo anterior, no encontramos una congruencia fáctica o jurídica entre lo manifestado en la Resolución No 0001493 del 26 de marzo de 2019 y los informes de interventoría y la parte considerativa y resolutive del acto administrativo No 000690 del 23 de febrero de 2021; incurriéndose en una vulneración al debido proceso por falta de aplicación de los artículos 77 de la ley 80 de 1993, 42 y 187 del código contencioso de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo y 281 del código general del proceso.

Con base en lo anteriormente manifestado, su despacho deberá proceder a REVOCAR el acto administrativo recurrido, so pena de incurrirse en una nulidad de todo lo actuado por vulneración al debido proceso. (...)"

Consideraciones de la entidad territorial.

Cabe señalar que este motivo de reprochado, no cuenta con la carga argumentativa suficiente para determinar que existió una contravención al principio de congruencia de los actos administrativos e inobservancia de los artículos 29 de la constitución política, por falta de aplicación de los artículos 77 de la ley 80 de 1993, 42 y 187 del código contencioso de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo y 281 del código general del proceso en el actuar de la administración y que esto afectase las garantías del Contratista y sus Garantes, debido a que establecer un porcentaje de cumplimiento distinto al señalado por el interventor no deviene en un acto teñido en un quebrantamiento de estos principios y normas aludidas, por cuanto la administración puesto en cumplimiento de su obligación de salvaguarda de los recursos públicos dispuestos para el cumplimiento de sus compromisos contractuales, para ello en el acto de liquidación, trámite que resulta de resorte exclusivo entre las partes del contrato <esto es Contratista y Contratante> debe hacerse un cruce de cuenta definitivos a fin de verificar si lo pagado o reconocido corresponda a una actividad contractual efectivamente realizada; ello supone que al momento de la liquidación no puede el pagador asumir ciegamente los dictámenes del interventor a efectos del reconocimiento de las sumas en calidad de contraprestación al contratista, máxime cuando se ha evidenciado en el estado de la obra inconclusa los efectos que la ausencia de los estándares de calidad en las actividades deducidas en la actividad constructiva han generado, toda vez que en campo se observa que las losetas, el concreto, los andenes, los manjoles, entre otros, se han sufrido un deterioro que demuestra los bajos estándares de calidad, situación que queda evidenciada en el informe de calidad proferido por el interventor y su registro fotográfico.

Por tal motivo, no se causan ninguna de las contravenciones acusadas por el recurrente en este acápite, en virtud que la administración al deducir las actividades que fueron pagadas por un aval del interventor, al cual no había lugar a otorgar para la aprobación de las actas parciales, por cuanto no se arrimaron las acreditaciones de calidad de las actividades deducidas, esto a pesar de haber sido requeridas por la Secretaría de Infraestructura conforme se detalla en la resolución No. 000690 del 2021, por tal motivo si existiese algún tipo de mala fe, sería a cargo del contratista que pretende el pago de actividades que no fueron ejecutadas de acuerdo a las especificaciones técnicas publicadas en el proceso de selección del contratista.

Así las cosas y no obstante que el interventor en el informe que dio lugar a iniciar la investigación sancionatorio a través del proceso establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, esto no implica que dicho porcentaje sea definitivo e inmutable, puesto si sería así se obligaría a reconocer a la administración una suma que por yerro del interventor, no resulta ser la materialmente ejecutada y en virtud al principio de congruencia como lo enuncia el libelista, debería entonces mantenerse el error y propiciar un enriquecimiento sin justa causa en el contratista, es por eso que debe el contratante al momento de la liquidación hacer el balance financiero final, sin que el porcentaje de estimación en el proceso de incumplimiento sea una camisa de fuerza y que ello genere situaciones fuera del ordenamiento jurídico.

En otro sentido, es preciso mencionar que para el caso concreto de las deducciones no existe una contradicción entre las actuaciones administrativas, dado que el proceso de contratación y la ejecución contractual son actividades donde no se ve investida la entidad contratante de sus funciones administrativas, sino que se encuentra actuando bajo el régimen contractual conforme se establece en la ley 80 de 1993, es decir que no se gobierna bajo la misma relación de carácter vertical que usualmente una entidad pública tiene con un administrado, sino que en el ámbito contractual estamos en un escenario de una relación de carácter horizontal, motivo por el cual no se expiden actos administrativos que resultan ser la manifestación unilateral de la voluntad de la entidad, salvo el de liquidación unilateral por mandato expresamente legal, por lo que durante la etapa

"Continuación Resolución No. 003364 de 25 JUN 2021

constructiva no se consolidaron situaciones jurídicas concretas y definitivas por cuenta de los informes de interventoría y las actas parciales de pago, sino que cuentan con un carácter de transitoria, las cuales vienen a ser concretadas definitiva mediante el acto de liquidación, que consagra derechos en favor de las partes.

2.2.3.2. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR INOBSERVANCIA DE EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LEY ESPECIAL- VIOLACIÓN A LAS FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO – PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL ARTÍCULO 86.

En este punto, el impugnante trata de hacer ver a la Administración que existe otra violación al debido proceso, está por cuanto que según él no se siguió el procedimiento correcto para hacer las deducciones a las cantidades de obra que fueron pagadas erróneamente debido al aval del interventor que carecía de sustento técnico por la falta de acreditación de la calidad de las actividades por cuenta de la omisión en la presentación en los ensayos técnicos o de laboratorio conforme se pormenorizó en la resolución No. 00690 del 2021, en específico el recurrente afirmó que:

"(...) Que el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, pretende solicitar unilateralmente al contratista y al garante la devolución de \$1.880'172.405,62, sin haber adelantado un procedimiento administrativo sancionatorio en el cual las partes hayan ejercido su derecho de defensa y contradicción, y/o aportado las pruebas que considere pertinente. Lo anterior, en consideración a que estas deducciones no hicieron parte del procedimiento administrativo sancionatorio que concluyó con la expedición de la Resolución de sanción No 1493 del 26 de marzo de 2019; al tratarse de hechos nuevos que no fueron objeto de debate. Es así como para el caso en concreto, el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA incurrió en la violación de los parámetros establecidos en las normas citadas y sin cumplir los requisitos del precitado artículo 86 profirió la resolución No 000690 del 23 de febrero de 2021, por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato No 1600 de 2016 y se ordena al contratista y al garante la devolución de \$1.880'172.405,62. Lo anterior, sin adelantar el Proceso Administrativo establecido en las normas precitadas, violando el principio de legalidad, el cual es pilar fundamental del derecho administrativo, y más cuando nos encontramos frente a actuaciones de carácter sancionatorias. Todas las normas precitadas establecen que, antes de declarar el incumplimiento o hacer efectivo el amparo de una póliza se requiere adelantar un proceso administrativo que vele por garantizar el debido proceso de los participantes y no como sostiene la Entidad en la resolución N° 000690 del 23 de febrero de 2021, sin tener en cuenta lo establecido en una norma especial, que para el caso es el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En este caso tanto el Contratista como la Aseguradora, debieron tener la oportunidad de ejercer su derecho de defensa dentro de una investigación administrativa reglada de manera especial en el artículo 86 ya precitado en el presente escrito, no como procedió la Entidad a violar de manera clara el debido proceso, faltando al requisito jurídico establecido en la norma y de esta manera configuró una violación al Debido Proceso, Defensa y Contradicción que les asistía a los convocados, toda vez que lo correspondiente era adelantar la audiencia establecida en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por un presunto incumplimiento de obligaciones de carácter contractual, como lo es el cumplimiento del contrato. Resulta entonces pertinente señalarle a la Entidad que la decisión de adelantar el trámite sin un proceso administrativo del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, viola todos los preceptos constitucionales y todas las disposiciones legales de la materia. (...)"

Consideraciones de la entidad territorial.

En esta etapa de la diligencia, al respecto de lo anteriormente transcrito en cita, debe tener en cuenta el recurrente que las deducciones a las que se refiere en su escrito, suponen un ejercicio de compensación de sumas de dinero que, como en efecto ya se ha explicado,

"Continuación Resolución No. E 003364 de 25 JUN 2021."

fueron pagadas por la administración sin que se hubiesen causado los requisitos de carácter factico para ello, esto es la acreditación de la calidad de las obras acometidas, con lo que con el acto de liquidación se están dejando de reconocer aquellas cantidades de obra que actualmente la entidad Contratante no puede pagar puesto que este no cuenta con la certeza que estas, las detalladas en la resolución No. 00690 del 2021, servirán con los estándares requeridos en las especificaciones técnicas publicadas con la licitación pública No. 010 del 2016, con lo que a pesar de haber sido canceladas, es deber de la administración en la liquidación del contrato balancear económicamente el contrato, de lo contrario estaría entonces propiciando en el contratista un enriquecimiento sin justa causa, dado que este no se hizo acreedor a las sumas que fueron en su momento canceladas en las actas parciales de obra.

Por otra parte, tampoco es cierto que debió la administración Departamental seguir un proceso de carácter sancionatorio, como lo es el reglado en el artículo 86 del estatuto anti corrupción, en tanto que estas deducciones no se tratan de multas o sanciones que deban salir del patrimonio del contratista, sino que son deducciones a cantidades de obra que fueron erradamente pagadas al contratista, como ya se explicó, por tanto no resultaba pertinente que se llevará acabo el mencionado procedimiento sancionatorio y mucho menos, existía la necesidad de declarar el siniestro para reclamar la garantía de estabilidad y calidad de la obra, puesto que esta empieza a regir desde el recibido a satisfacción de la obra, hasta cinco años en el futuro, ello siendo este otro motivo para que estas obras no sean canceladas, puesto que para este amparo de la póliza única de cumplimiento empiece a regir, debe haberse ejecutado la obra con los estándares mínimos que puedan suponer que su estabilidad podrá ser garantizada por el contratista por el termino dispuesto en el contrato y en el decreto 1082 del 2015 en su artículo 2.2.1.2.3.1.7. que reza:

"Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción."

Así como tampoco estamos ante una sanción por incumplimiento de contrato, puesto que dicha actuación fue agotada con la resolución No. 01493 de 2019, por lo que no existe lugar a suponer, bajo ninguna circunstancia, que tales deducciones debían tramitarse entonces a través del procedimiento en comento, en ese sentido no ha habido violación a la garantía del debido proceso, en tanto que dicho procedimiento se centra en buscar la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.

2.2.3.3. VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO PROFERIDO.

En torno a esto, el recurrente esgrime lo siguiente:

"(...) Como puede observarse, su despacho optó por ordenar el reembolso de \$1.880'172.405,62; con fundamento en ciertas cantidades de obra ya aprobadas y pagadas, que en su criterio no cumplían a plena satisfacción con los pliegos de condiciones.

No obstante lo anterior, junto con la Resolución No 000690 del 23 de febrero de 2021, no se acompañó ninguna prueba si quiera sumaria, que demuestre por parte del DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, la acuciosa y exhaustiva revisión de los documentos del contrato, la obra e informes que lo componen; que den cuenta de sus afirmaciones y que soporten la procedencia en el reembolso de \$1.880'172.405,62.

De acuerdo con los hechos relacionados en este argumento, Seguros del Estado S.A. reprocha de antemano que, el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA - quien está obligada a establecer la veracidad de los hechos que se imputan presuntamente se incumplieron, a través de la práctica de pruebas e informes disponibles, para poder tomar una decisión motivada – haya adoptado una decisión, fundamentándose en supuestos de hecho que no han sido demostrados adecuadamente a las partes.

En ese orden de ideas, al estar las consideraciones realizadas por su despacho mediante la expedición de la Resolución No 000690 del 23 de febrero de 2021 ausentes de fundamentos probatorios, tal acto administrativo nace a la vida jurídica viciado de una nulidad derivada de una falta de motivación. Dichas situaciones, evidencian que la Administración con la expedición del acto administrativo que está siendo recurrido, desnaturalizó los hechos por cuanto no fueron analizados en debida forma, siendo evidente que el acto administrativo se motivó desconociendo las circunstancias de hecho o de derecho en que debía fundarse; y a pesar de ser la motivación un elemento esencial del acto administrativo, su expedición debe basarse en supuestos ciertos y verdaderos, pero no ficticios, indebidos o caprichosos, para negar o vulnerar derechos subjetivos, desconocer una norma constitucional o legal aplicable, e incluso cuando se da un alcance distinto al que le atribuyó un precedente jurisprudencial.

Por lo tanto, con la expedición de la Resolución N° 000690 del 23 de febrero de 2021 existió falta de motivación, al haberse expedido con los motivos equivocados al no soportarse sus afirmaciones y, por ello, no se justifica la decisión adoptada. Por lo anterior, su despacho deberá proceder a REVOCAR la Resolución N° 000690 del 23 de febrero de 2021, con base en las razones expuestas en este argumento (...)"

Consideraciones de la entidad territorial.

En tal sentido es preciso mencionar que incurre en erro el libelista en afirmar que existe una falta de motivación del acto administrativo impugnado al haberse cimentado en motivos equivocados por no poder soportar las afirmaciones allí consignadas, reproche que no deviene en acertado puesto que de acuerdo con los documentos que reposan en el expediente, estos son, la resolución No. 00690 de 2021 que es un fiel reflejo del derrotero del Contrato de Obra No. 1600 de 2016, allí se relata con sumo detalle el balance financiero, las actividades pagadas, las deducidas por no haberse ejecutado y las consideraciones de carácter jurídico que afectan de fondo la liquidación. En suma, no está suficientemente soportada en derecho la afirmación de una supuesta falta de motivación del acto administrativo impugnado, en tanto que simplemente se sirve el recurrente en hacer las apreciaciones con la intención de llevar al convencimiento a la entidad de su razón, empero estas consideraciones no vienen acompañadas de un sustento probatorio de carácter sustantivo, técnico o científico que permita acercar a la plena convicción de que existió una falta de motivación, en cambio se esgrimen de forma peregrina afirmaciones que no vienen acercadas de forma concreta a la realidad con sustento probatorio pertinente.

Así las cosas, entendiendo que el recurrente es quien cuenta con la carga de la prueba respecto de los reproches o excepciones de mérito que plantee en contra del Acto Administrativo que encuentra desajustado a derecho, no basta con elucubrar sobre la cuestión jurídica únicamente, sino que debe aterrizar a los medios de conocimiento *sub-judice* que en el caso concreto son relevantes, esto a fin de lograr romper con la presunción de legalidad con que viene investida la Resolución de Liquidación Unilateral por mandato legal.

VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE BUENA FE. PROHIBICIÓN DE IR CONTRA ACTOS PROPIOS (Normas vulneradas: artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, numeral 4 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

Comoquiera que esencialmente este motivo de inconformidad es el mismo enumerado como el primero, se despachara de forma igualmente desfavorable en contra del recurrente afincado en los mismos motivos.

B, ARGUMENTOS SUBSIDIARIOS:

6. FALTA DE PROPORCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

Así mismo, en vista a que estos son reproches que pretenden afectar la legalidad de la resolución No. 1493 del 2019, que impuso una sanción por incumplimiento al contratista, es de igual forma obligación de la entidad en este caso no tener en cuenta estas excepciones o motivos de inconformidad porque esta es una decisión ajena a la resolución No. 00690 del 2021, la cual si bien afecta el balance financiero, esto deviene de una actuación administrativa independiente a la que se tiene la oportunidad de recurrir, por tanto, aún si se tuviese por cierto los argumentos aquí expuestos <en gracia de discusión> no tendría la competencia para revocar en esta actuación el acto administrativo No. 01493 de 2019, por tal motivo deberá acudir el administrado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo si pretende restarle merito legal a la dicho Acto Administrativo, ya que este se encuentra plenamente ejecutoriado.

8. VIOLACIÓN DE NORMA SUPERIOR POR VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 1080 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. PLAZO PARA EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN.

Bajo este precepto, y teniendo en consideración el plazo legal establecido por el artículo 1080 del código de comercio anteriormente citado, es claro que con la expedición del acto administrativo N° 000690 del 23 de febrero de 2021, notificada a esta aseguradora el 26 de febrero de 2020, se está contraviniendo lo estipulado en la norma, motivo por el cual solicitamos respetuosamente a su despacho SE MODIFIQUE el artículo primero de la parte resolutive y en su lugar se otorgue un mes, una vez se acredite la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida.

Consideraciones de la entidad territorial.

En dicho sentido, le asiste la razón a la entidad aseguradora recurrente y en tal sentido, con base al artículo 1080 del Código de Comercio, en este acto se modificará la parte resolutive de la Resolución No. 00690 de 2021, otorgándosele un plazo de un mes para el pago de las obligaciones allí contenidas.

"(...)Artículo 1080. Plazo para el pago de la indemnización e intereses moratorios El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.

El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro. (...)"

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Gobernador.

RESUELVE

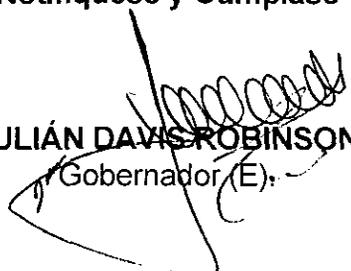
PRIMERO: Reponer el acto administrativo recurrido y en consecuencia modificar únicamente el parágrafo primero de la Resolución No. 0000690 del 26 de febrero del año 2021 mediante la cual se liquidó unilateralmente el Contrato de Consultoría No. 1600 del 2017, por cuenta de lo esgrimido mediante el recurso de reposición interpuesto por Seguros del Estado, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva, el cual quedará así:

"(...)PARÁGRAFO PRIMERO: Otorgar un plazo de **un (1) mes** al **CONSORCIO INFRAESTRUCTURA SAI 2016**, para que, por intermedio de su representante legal, sus consorciados y/o sus garantes **SEGUREXPO BANCOLDEX-CESCE** y **SEGUROS DEL ESTADO SA**, realice la devolución equivalente a la cifra **MIL OCHOCIENTOS OCHENTA MILLONES CIENTO SETENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CINCO PESOS CON SESENTA Y DOS CÉNTIMOS DE PESOS (\$1.880.172.405,62)** la cual es el valor de las actividades que se dedujeron del balance financiero por haber sido pagadas por cuenta del aval del interventor, no obstante no haber sido realizadas conforme a los pliegos de condiciones, de acuerdo a las consideraciones antes esbozadas; y la cláusula penal pecuniaria. Los cuales deberán ser depositados a la cuenta de ingresos corrientes del Banco de Bogotá No. **540-192671** cuya titularidad le corresponde a la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, entidad distinguida con el NIT: 892400038-2, so pena que se constituyan en mora una vez vencido el término. (...)"

SEGUNDO: Esta resolución será notificada conforme lo dispone los artículos del 67 al 69 de la ley 1437 del 2011.

QUINTO. Contra la presente resolución no procede recurso alguno, entendiéndose agotada la vía gubernativa.

Notifíquese y Cúmplase


JULIÁN DAVIS ROBINSON
Gobernador (E).

Proyectó: L. Gallardo
Revisó: A. Archbold & D. Garzón, J. Livingston.
Archivó: D. Garzón.