

RESOLUCIÓN No. 001307^{DE}

30 DIC 2015

"Por la cual se ordena el cierre y el archivo del procedimiento administrativo de imposición de multa adelantado contra la UNIÓN TEMPORAL DISICO-PROING-CYG, en virtud del Contrato de Obra No. 218 de 2013"

LA DIRECTORA GENERAL (E) DE LA UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS-USPEC-

En uso de sus facultades legales en especial las previstas en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, el Decreto 1631 del 14 de agosto de 2015, y el Acta de Posesión No. 0005 del 24 de agosto de 2015, y

I. CONSIDERANDO

Que la Dirección de Infraestructura de la USPEC, realizó los estudios previos para la contratación directa por emergencia penitenciaria y carcelaria en el ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO EPMSC TULUA, soportado en los proyectos de arquitectura e ingeniería y estudios técnicos complementarios entregados por la Universidad Nacional en desarrollo de los contratos Interadministrativos No. 039 a 048 de 2013.

Que la USPEC realizó invitación a presentar oferta a las siguientes empresas: VARELA FIOHLL Y COMPAÑIA LTDA., CONCIVILES S, SANC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A., CONCRETO INGENIEROS CIVILES S.A. Y DISICO S.A., para la ejecución de las obras en el EPMSC TULUA, de acuerdo con los lineamientos diseñados por la Unidad para la Contratación Directa en la emergencia Penitenciaria y Carcelaria.

Que surtida la etapa de negociación, dada la solidez financiera y la idoneidad del contratista para la ejecución de las obras a desarrollar, acreditada mediante su experiencia en el sector y teniendo en cuenta que se presentaron tres (3) propuestas, el comité asesor conformado, mediante Resolución 0423 del 28 de junio de 2013, recomendó adjudicar el contrato a la UNIÓN TEMPORAL DISICO PROING-CYG.

Que teniendo en cuenta lo anterior el día 20 de diciembre de 2013, se suscribió el contrato de Obra No. 218 de 2013 entre la USPEC y la UNIÓN TEMPORAL DISICO-PROING-CYG, a través del cual se acordó contratar la "CONSTRUCCIÓN DE UN SECTOR DE MEDIANA SEGURIDAD Y OBRAS CONEXAS EN EL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE TULUÁ VALLE DEL CAUCA (...)", por valor de **CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$ 48.535.839.688,00)** y plazo de ejecución de 8 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio del contrato.

Que el día 13 de enero de 2014, las partes suscribieron el acta de inicio del contrato.

Que en cumplimiento de la cláusula décima tercera del contrato, el contratista constituyó la garantía única de cumplimiento mediante la póliza No.2292104, expedida por Liberty Seguros SA la cual se encuentra vigente, con los siguientes amparos:

AMPAROS	PORCENTAJE %	VIGENCIA
CUMPLIMIENTO	20	Por el término de vigencia del contrato y 6 meses más.
ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA	20	5 años contados a partir del recibo a satisfacción de la obra.
PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES	10	Por el término de duración del contrato y 3 años más.
BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO	100% del valor del anticipo	Por el término de vigencia del contrato y 6 meses más.
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	30	Por el término de duración del contrato.

Que con fundamento en lo anterior las partes pactaron en la Cláusula Décima cuarta - Multas lo siguiente:

“CLÁUSULA DECIMA CUARTA- MULTAS: La SPC tendrá la facultad de imponer multas y cláusula penal, en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo del Contratista de conformidad con el Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 8.1.1 O del Decreto 734 de 2012, en virtud del presente contrato, El contratista autoriza a la SPC para imponerle multas mediante Acto Administrativo en la cuantía que a continuación se describe: se causará una multa equivalente al cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor del contrato, por cada día calendario que transcurra desde la fecha prevista para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista y hasta cuando estas efectivamente se cumplan, sin sobrepasar el 20% de su valor.”

Que el 11 de septiembre de 2014, se suscribió la prórroga No. 1 ampliando el plazo de ejecución del contrato hasta el 30 de abril de 2015, prórroga que fue modificada en documento del 26 de septiembre de 2014, indicándose que la fecha hasta la cual se prorroga el plazo de ejecución del contrato es hasta el 31 de diciembre de 2014.

Que el 30 de diciembre de 2014, se suscribió la adición No. 1 al contrato de obra por la suma de \$5.942.484.844, para ejecutar obras no previstas necesarias para el completo desarrollo del proyecto.

Que el día 19 de noviembre de 2014 se suscribió el Otrosí No. 1, por medio del cual se modificó el contrato por cambio de especificaciones por ítems no previstos

Que el 31 de diciembre de 2014, se suscribió la Prórroga No. 2, ampliando el plazo de ejecución del contrato hasta el 30 de abril de 2015.

Que el 15 de enero de 2015, las partes suscribieron el otrosí No. 3, modificando la cláusula décima del contrato correspondiente a la imputación presupuestal.

Que el 30 de abril de 2015, se suscribió la Prórroga No. 3, por la cual se ajustó el plazo de ejecución del contrato hasta el 30 de diciembre de 2015.

Que el día 21 de agosto de 2015, las partes suscribieron el Otrosí No. 5, por el cual se modificó el alcance del objeto de la Adición No. 1 suscrita el 30 de diciembre de 2014, reformando la destinación del plan de contingencia.

Que la fecha de terminación actual del contrato de OBRA No. 218 de 2013, es el día 30 de diciembre de 2015.

II. HECHOS QUE GENERAN EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO

Que mediante Memorando No. 150-DINFRA -15979 del 01 de septiembre de 2015, y Oficio No. 13.55-USPEC-E-DCI-1645-2015 del 26 de agosto de 2015, la Supervisión e interventoría del contrato 218 de 2013, respectivamente, interventoría a cargo de la Universidad Nacional de Colombia, presentan informe a la Dirección de Infraestructura relacionado con los presuntos incumplimientos del contratista U.T.DISICO-PROING-CYG, manifestando lo siguiente:

“(…) De manera atenta me permito enviar a su despacho la RECOMENDACIÓN DE IMPOSICIÓN DE MULTA POR INCUMPLIMIENTO EN LA PROGRAMACIÓN DE OBRA, solicitada por la U. NACIONAL y avalada por la Subdirección de Infraestructura de la USPEC, al contrato de obra No. 218-13 Construcción de un sector de mediana seguridad y obras conexas en el EPMSC-TULUA (…).” (No. 150-DINFRA -15979-Supervisión).

“(…)Esta interventoría manifiesta que de acuerdo a la última programación entregada por el contratista el 30 de abril de 2015, la cual forma parte de la prórroga No.3, se cuenta a hoy 26 agosto de 2015 con un atraso en las entregas parciales del proyecto de dieciocho (18) días calendarios.

De igual forma la Interventoría pone en conocimiento al CONTRATANTE – USPEC de la falta de implementar frentes de trabajo necesarios para el cumplimiento del objeto del contrato dentro del plazo, debido a que los

g. EL CONTRATISTA deberá implementar todos los frentes de trabajo necesarios o requeridos en la ejecución del objeto de la presente contratación o cuando el proyecto lo amerite. Lo anterior, para dar cumplimiento al cronograma de obras y/o plazo establecido para la ejecución del objeto contractual.

-Obligaciones previas a la suscripción del acta de inicio:

EL CONTRATISTA deberá presentar un documento (organigrama) con las funciones y responsabilidades del personal mínimo requerido para la ejecución del contrato.

En caso de que EL CONTRATISTA no cumpla con alguno de ellos, el supervisor y/o interventor deberá exigir por escrito, según el caso, el aumento en el número de turnos, en la jornada de trabajo y/o en el equipo y/o en los insumos y, **en general, las acciones necesarias para el cumplimiento del programa o plan de que se trate, sin que por la realización de tales acciones se genere costo adicional alguno para la SPC.**

CONSECUENCIAS DEL POSIBLE INCUMPLIMIENTO:

Según el informe de supervisión e interventoría con el presunto incumplimiento de la cláusula segunda y tercera del Contrato No.218 de 2013 por parte del contratista, procede la aplicación de la Cláusula décima cuarta del mismo, la cual precisa:

"...CLAUSULA DÉCIMA CUARTA –MULTAS: La SPC tendrá la facultad de imponer multas, en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 8.1.10 del Decreto 734 de 2012, en virtud del presente contrato, el contratista autoriza a la SPC para imponerle multas mediante Acto Administrativo en cuantía que a continuación se describe: se causará una multa equivalente al cero punto cinco por ciento (0.5%), del valor del contrato, por cada día calendario que transcurra desde la fecha prevista para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y hasta cuando estas efectivamente se cumplan sin sobrepasar el 20% del valor del contrato".

TASACIÓN:

Atendiendo lo establecido en la cláusula décima cuarta del contrato No. 218 de 2013, que señala que por incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales por parte del contratista se aplicará multa hasta por un 20% del valor total del contrato y de acuerdo con los incumplimientos y atrasos de obra mencionados anteriormente, la Interventoría ha tasado la multa a aplicar al contratista en MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$1.463.948.431.00), calculado teniendo en cuenta en el avance físico real de los edificios en los que se podían ejecutar obras.. El cálculo de este valor se presenta en el anexo "Cuantificación multa a contratista" que señala:

**CUANTIFICACION MULTA CONTRATISTA UNION TEMPORAL DISICO-PROING-CYG
AGOSTO 24 DE 2015**

Valor actual contrato:	\$ 54.478.324.532	(1)	Valor actual incluyendo adición de diciembre 2014
% incidencia presupuesto bloques A, B, C, D, G1	39,55%	(2)	Ver cuadro anexo "PORCENTAJES INCIDENCIA"
Valor obras completas bloques A, B, C, D, G1	\$ 21.544.494.944	(3)	(1) x (2)
Valor obras FINALIZACION bloques A, B, C,D, G1 sobre las cuales aplica la multa	\$ 16.266.093.683	(4)	(3) x 75.5%; Este es el porcentaje de obra que se debería haber finalizado por

Días en atraso:	18	(5)	Dato del control de programación semanal
Porcentaje máximo multa según contrato:	20%	(6)	Dato del contrato
Valor máximo multa:	\$ 1.463.948.431	(7)	0,5% x 18 días de atraso
Porcentaje multa sobre vr. Total contrato:	2,69%	(8)	(7) x (1)

III. TRÁMITE ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Que a su vez y de conformidad con lo anterior, la supervisión del contrato 218 de 2013, solicitó a la Dirección de Gestión Contractual de la USPEC, mediante el memorando No. 150-DINFRA -15979 del 01 de septiembre de 2015 el inicio del trámite correspondiente a la imposición de multa por posible incumplimiento del contratista en el mencionado contrato.

Que en virtud de lo anterior y con el fin de dar aplicación a lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, mediante los oficios 170-DIGECO-9074 y 170-DIGECO-9075, del 28 de septiembre de 2015, se citó al representante legal de la Unión Temporal DISICO PROING-CYG, y a la compañía aseguradora Liberty Seguros S.A., garante del contrato, a audiencia, para debatir y decidir sobre el incumplimiento del contrato de obra No. 218 de 2013, el día 06 de octubre de 2015, a las 2.30 p.m. Es así como la USPEC, dio a conocer nuevamente las causales de incumplimiento del contrato y los hechos fundamento de la misma, con el fin que las partes interesadas ejercieran su derecho de defensa.

Que a solicitud del apoderado de la compañía aseguradora se aplazó la audiencia, programándose para su inicio el día 6 de noviembre de 2015, a las 8.00 a.m.

Que en la fecha y hora señaladas, se dio inicio a la audiencia de descargos con presencia del doctor Jorge Alirio Mancera Cortés, director de la Dirección de Gestión Contractual (e), delegado para presidir la audiencia según Resolución de Delegación No. 1038 de 2015, el Subdirector de Seguimiento a la Infraestructura, y supervisor del contrato Ing. Gabriel Amado, el representante legal del contratista ing. Carlos Alberto Ferreira, quien otorgó poder para ser representado en audiencia a la doctora Natalia Salazar Rueda, la in. Lida Guanumen de la Unión Temporal y el apoderado de la compañía aseguradora Liberty Seguros S.A., Dr. Juan David Gómez Pérez, quien presentó poder otorgado con el cumplimiento de los requisitos legales; y en representación de la interventoría del contrato a cargo de la Universidad Nacional de Colombia, la doctora Argelia Rengifo y la arquitecta Ana Cecilia Torres y el ingeniero Daniel Rojas Mora.

Que la referida audiencia se convocó con el propósito de permitir al contratista el ejercicio de sus derechos constitucionales de audiencia y defensa, acatando lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que en desarrollo de la audiencia se dio lectura al orden del día, y en el punto ii) se puso en consideración de las partes la necesidad de realizar la lectura de los hechos, la enunciación de las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación; indicando que estas fueron dadas a conocer en el oficio de citación en el cual además se anexó copia del informe de interventoría.

Que tanto el apoderado del contratista como de la compañía aseguradora expresaron que renunciaban a la lectura del oficio de citación y solicitaron se diera continuación con el orden del día.

Que acto seguido se concedió la palabra al contratista, quien a través de su apoderada expuso los argumentos que se fundamentan principalmente en que el contratista dio cumplimiento a las obligaciones presuntamente incumplidas y efectuó los correctivos correspondientes a las inconsistencias presentadas, en su oportunidad, a efectos de lo cual solicito las siguientes pruebas:

- Testimoniales: Pretende el decreto de las pruebas de carácter testimonial de JUAN CARLOS



atrasos se siguen evidenciando y acrecentando al punto que a la fecha varias entregas parciales han sido infringidas y la entrega final del contrato podría ser incumplida de continuarse el ritmo de obra actual.

Es de aclarar que las obras que se han debido ejecutar conforme al cronograma contractual, exceptuando aquellas que específicamente han sido autorizadas para ser ejecutadas con posterioridad al plazo, cuentan desde el inicio de la actividad con toda la información técnica, detalles constructivos, especificaciones técnicas y planos para su realización y por ende cumplimiento.

El atraso respecto a la programación de obra es de 7,61%, correspondiente a dieciocho (18) días como se aprecia a continuación:

Programado avance físico	64.28%
Ejecutado avance físico	56.67%
Diferencia	7.61%

Lo consignado en el presente documento, tiene como propósito recomendar algunas acciones para conjurar el problema de atraso contractual manifiesto, para que en lo posible se pueda restablecer la normalidad en el desarrollo y entrega total de los trabajos contratados dentro del plazo previsto. (...)

(...) Es importante aclarar que la obra está dividida en dos fases: la fase 1, en la que se encuentran los bloques A, B, C, D, E, G1, G2 y que está en ejecución desde el 5 de mayo de 2014 y la fase 2, en la que se encuentran los bloques F, H, I que inició su ejecución durante la primera semana de marzo de 2015, cuando se liberó el lote donde quedaron implantadas, quedando pendiente la entrega del espacio del vivero para poder dar inicio a la construcción del bloque J, que será entregados al constructor una vez finalicen las obras correspondientes al traslado del vivero, actividad que actualmente está siendo cotizada por el constructor. (...) (No: 13.55-USPEC-E-DCI-1645-2015- Interventoría).

(...).

CONDUCTAS, ACCIONES U OMISIONES QUE PRESENTA EL CONTRATISTA Y QUE PUEDEN CONSTITUIR LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS:

De conformidad con los informes referenciados, se han evidenciado por parte del contratista conductas que presumen un incumplimiento de su parte respecto de la ejecución de las obras, entre las cuales se encuentran:

- A la fecha el contratista ha incumplido en la entrega de los bloques A, B, C, E y G1, que representan un 47.4% del área total a construir.

- Con ocasión al desarrollo del contrato se evidencia una baja ejecución comparada con la propuesta en la programación y el flujo de inversión mensual vigente, tal como se mencionó anteriormente. (Atraso del 7.61%)

- El contratista no ha atendido los requerimientos efectuados por la interventoría respecto del incremento del personal operativo para la obra con el fin que realicen el retiro adecuado de escombros y sobrantes de los frentes de trabajo. (Oficios 13.55-USPEC.224-E-DTI-1443-2015 del 29 de julio de 2015, 13.55-USPEC.224-E-DTI-1474-2015 del 5 de agosto de 2015, 13.55-USPEC.224-E-DTI-1618-2015 del 22 de agosto de 2015, 13.55-USPEC.224-E-DTI-1306-2015 del 10 de julio de 2015, 13.55-USPEC.224-E-DTI-1412-2015 del 28 de julio de 2015.)

- La Unión Temporal ha hecho caso omiso respecto de **asignar personal contractual responsable** de la ejecución y de personal operativo, **como medida para el avance de la obra, ya que el panorama de retrasos dan signos de alarma según la programación realizada presentada por el contratista.**

- En concordancia con lo anterior y mediante los oficio citados la interventoría recomendó al contratista mediante los oficios 13.55-USPEC.224-E-DTI-1443-2015 del 29 de julio de 2015 y 13.55-USPEC.224-E-DTI-1412-2015 del 28 de julio de 2015, el **incremento de los horarios de ejecución de obra, para evitar el porcentaje del retraso y así conseguir el cumplimiento de la programación de obra.**



- Pese a todas las solicitudes realizadas por la Interventoría, el contratista no ha implementado las acciones pertinentes para el cumplimiento del cronograma de obra.

- En igual sentido el contratista en los comunicados de respuesta a los requerimientos de la interventoría asume que hay un incumplimiento imputable a éste, por cuanto reconoce que presenta atrasos en varias actividades por falta de personal operativo suficiente para algunos frentes de trabajo.

- La atención otorgada por el contratista al proyecto no ha estado acorde a las exigencias del mismo y no se han aportado con eficiencia y oportunidad los recursos técnicos que el desarrollo del proyecto ha demandado, generando que la obra registre un ostensible atraso imputable a la falta de mano de obra en el proyecto.

- La Interventoría hizo revisión del estado de avance de cada uno de los bloques a entregar según fechas programadas y encontró varias actividades faltantes para poder considerar terminados los bloques en comento.

OBLIGACIONES INCUMPLIDAS DE CONFORMIDAD CON EL CONTRATO 218 DE 2013.

Las obligaciones incumplidas por la Unión Temporal en virtud del contrato de Obra No. 218 de 2013, se configuran en omitir el cabal y debido cumplimiento de la cláusula segunda y la cláusula tercera referente al alcance del objeto y a las obligaciones del contratista, respectivamente, en los numerales relacionados a continuación:

CLÁUSULA SEGUNDA.- Alcance del objeto:

- FASE 2 EJECUCIÓN OBRA CONTROL Y CIERRE: *Corresponde esta fase, a la ejecución de los trabajos de acuerdo con su presupuesto y cronograma aprobado, en las condiciones técnicas especificadas de calidad de acuerdo con el contrato y aprobadas por la interventoría y la supervisión SPC.*

-FASE 3 - ENTREGA Y PUESTA EN MARCHA. El proyecto de CONSTRUCCIÓN TULUA

PARÁGRAFO: *En todo caso las obras específicas y detalladas a realizar por el contratista en el Establecimiento EPMSC TULUA, son las relacionadas en las especificaciones técnicas, las cuales forman parte integral del presente contrato. Las actividades se realizarán de manera ordenada siguiendo un cronograma de actividades propuesto por el contratista y avalado por el supervisor y/o interventor de la SPC.*

CLÁUSULA TERCERA: Obligaciones del contratista.

- **Obligaciones relacionadas con la ejecución de la obra...**

a. **Cumplir el objeto del contrato, ejecutando y entregando la obra contratada de acuerdo con los criterios de calidad exigibles en las especificaciones de construcción, con sujeción a los precios unitarios estipulados y dentro del plazo establecido.**

g. **EL CONTRATISTA deberá implementar todos los frentes de trabajo necesarios o requeridos en la ejecución del objeto de la presente contratación o cuando el proyecto lo amerite. Lo anterior, para dar cumplimiento al cronograma de obras y/o plazo establecido para la ejecución del objeto contractual**

-**Obligaciones relacionadas con los equipos, herramientas, maquinaria y materiales de construcción:**

a. **Ejecutar la obra con todos los equipos, maquinaria, herramientas, materiales y los demás elementos necesarios.**

b. **Suministrar todos los equipos, maquinaria, herramientas, materiales e insumos en las fechas indicadas en la programación detallada de la obra, cumpliendo oportunamente, entre otros aspectos, con el envío y recepción de los mismos en el sitio de la obra.**

-**Obligaciones relacionadas con la ejecución de la obra:**



- ROJAS, Director de obra y JORGE RUIZ arquitecto del proyecto.
- Documentales. – Solicita se allegue copia de la totalidad del expediente contractual en especial (pero sin limitarse en ellas) todas las comunicaciones remitidas por el contratista a la interventoría a la USPEC solicitando definiciones de diseños, especificaciones, y nuevos APU.
 - Periciales:– Solicita se decrete la práctica de la prueba pericial, realizada por un perito experto en construcción de obra civil, el cual deberá pronunciarse sobre los siguientes aspectos “a. El señor perito servirá dictaminar los efectos de las entregas tardías de los diseños y su efecto sobre la programación de obra. b. El señor perito se servirá verificar la fecha en la cual se causó el gasto por obra ejecutada y la fecha en la cual se realizó el pago de la misma o si está / a la fecha no ha sido pagada. C. El señor perito se servirá dictaminar si la información técnica entregada por la USPEC al inicio del contrato era suficiente para ejecutar el proyecto contratado. d. El señor perito se servirá determinar si el proyecto técnico entregado inicialmente ha tenido variaciones que generen mayores plazos de ejecución”.

Igualmente solicitó la nulidad del procedimiento en atención a que la unión temporal no fue notificada de la asistencia a la presente audiencia.

Que acto seguido se otorgó la palabra al apoderado de la compañía aseguradora, el cual coadyuvó lo expuesto por la apoderada y el representante legal del contratista, indicando que se tengan como pruebas las comunicaciones relacionadas y allegadas en la audiencia al proceso, así como el testimonio de los ingenieros residente y director de obra.

En ese sentido solicitó el cese de la actuación, por considerar que a la fecha no existe incumplimiento por parte del contratista.

Que en virtud de lo anterior, se suspendió la audiencia y se continuará para el día 9 de noviembre de 2015, 8.00 a.m, con el fin que el despacho se pronuncie sobre la solicitud de nulidad y las pruebas solicitadas por las partes.

Que el día 9 de noviembre de 2015, siendo las 8.00 a.m, el director de Gestión Contractual (e) manifestó lo siguiente:

“(…) Con el fin de determinar si los medios probatorios solicitados por el sujeto procesal cumplen con las categorías de conducencia, pertinencia y utilidad, es necesario evocar los conceptos que sobre este tema ha desarrollado la doctrina nacional, para así concluir la procedencia o improcedencia de su práctica, en armonía con el ordenamiento jurídico que los contempla y en relación con el objeto de la investigación administrativa que se adelante.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, el tema de la prueba, está constituido por aquellos hechos que se hace necesario probar, es decir, que el tema a probar para el caso que nos atañe, son los cargos en contra de la Unión Temporal DISICO PROING C&G en desarrollo del contrato No. 218 de 2013, los cuales pretende verificar o desvirtuar mediante pruebas que se aporten o practiquen dentro del trámite del incumplimiento en la programación de obra.

Precisado lo anterior, encontramos que:

1. Las pruebas periciales y testimoniales si bien cumplen con el criterio de conducencia, por cuanto son idóneas o aptas para probar o desvirtuar circunstancias fácticas como las que corresponden al incumplimiento en discusión.
2. No ocurre lo mismo en lo que se refiere al criterio de la pertinencia, pues las pruebas solicitadas, no tienen relación directa con los hechos que se espera probar.
3. De otra parte, los testimonios y peritazgos solicitados no son útiles para el proceso que nos atañe, son pruebas superfluas que no prueban nada en relación con los hechos objeto del presunto incumplimiento, ni siquiera ayudan a enriquecer el debate probatorio.
4. No cumplen la finalidad de demostrar el cumplimiento o incumplimiento que es objeto del proceso sancionatorio en curso.

W De acuerdo con lo expuesto, se considera que los medios probatorios solicitados a practicar por las partes



interesadas, deben rechazarse por considerarse que son improcedentes, ya que dentro del material expuesto en los descargos presentados, la documentación allegada al proceso y la información que reposa en el expediente contractual, se cuenta con los elementos y material suficiente que contiene la misma información que se requiere sea probada, resultando de poca utilidad y un desgaste procesal el practicarlas.

En consecuencia se niega la práctica de las pruebas solicitadas por el contratista y el apoderado de la compañía aseguradora.

Con respecto a la solicitud de nulidad del procedimiento requerida por el contratista porque no fue notificado en debida forma a la audiencia desarrollada el día 6 de noviembre de 2015, el despacho negó la petición por considerar que el tema fue subsanado, ya que el contratista pese a lo manifestado, compareció a la audiencia y presentó los descargos con todas las garantías establecidas en la ley para tal efecto.

Que la UNIÓN TEMPORAL DISICO-PROING-CYG, a través de su apoderada, interpuso recurso de reposición contra el auto del 9 de noviembre de 2015, por medio del cual se negaron las pruebas solicitadas por las partes, con las siguientes pretensiones:

"Se revoquen los acápites mediante los cuales se niegan las pruebas, ya que sin la práctica de éstas la entidad se va a limitar hacer una revisión documental, con la cual no se pueden verificar los supuestos atrasos, siendo necesario específicamente que haya un perito que identifique que lo que señala en el informe de la interventoría corresponde a la realidad, puesto que existen diferencias y discrepancias entre ésta y el contratista, las cuales se pueden resolver con el concepto objetivo de un tercero, a fin de llegar a la verdad, siendo así una prueba conducente y pertinente".

Que el Director de Gestión Contractual, concede el uso de la palabra al Subdirector de Seguimiento a la Infraestructura de la USPEC, a fin que se pronuncie por lo expuesto por la apoderada del contratista, a lo cual manifestó que se confirmó la decisión de negar las pruebas, concretamente a lo referente a la designación de un perito, ya que no es necesario para establecer el cumplimiento del cronograma de obra.

Posteriormente se otorgó la palabra a la representante de la interventoría del contrato, quien solicitó que se suspenda la audiencia, con el fin de hacer un análisis de los descargos presentados por el contratista y tomar una decisión respecto del recurso interpuesto.

Que por lo anterior la apoderada del contratista reiteró lo solicitado en el recurso, y rechazó lo argumentado por el Subdirector de Seguimiento a la Infraestructura en el sentido de que lo que se pretende con la prueba es que un tercero ajeno a las partes determine si lo que se está alegando en los descargos corresponde a la realidad, teniendo en cuenta las diferencias que se están presentado con lo establecido por la interventoría.

Que acto seguido tomó la palabra el apoderado de la aseguradora, quien manifestó que se encuentra de acuerdo con lo decidido por el despacho en cuanto a que con el material probatorio existente es suficiente para tomar una decisión absoluta; pero le preocupa la respuesta del doctor Amado, indicando que no se está haciendo una comprobación objetiva del cronograma, sino que lo que se encuentra en discusión son las razones que llevaron al posible incumplimiento, entendiendo de lo expresado por el subdirector de seguimiento a la infraestructura que no se necesita de un perito para corroborar unas fechas con el fin de establecer que hubo un desplazamiento del cronograma, y en consecuencia en dicho entendido consideró que éste argumento es violatorio del debido proceso y del derecho de defensa.

En igual sentido se concedió la palabra a la ingeniera Lida Guanumen representante de la unión temporal, la cual manifestó que en complemento de lo manifestado por la doctora Natalia y el doctor Juan David, en cuanto al rechazo de plano de un perito, la entidad se basó considerando que entregó al 100% los diseños, lo que no es cierto, puesto que a la fecha existen muchos puntos sin resolverse, lo que implica que haya ajustes y retrasos en la ejecución de la obra, ya que el contratista no cuenta con la información técnica necesaria, y existe un único cronograma de obra, lo que ha generado una situación de diferencia entre el contratista y la interventoría, que se resolvería con la designación de una persona externa.

Que afectos de lo anterior se suspendió la audiencia y se programó su continuación para el día 09 de diciembre de 2015, a las 8.30 a.m, a fin que la entidad se pronunciara sobre los recursos interpuestos.

Que llegado el día fijado se dio continuación a la audiencia, en la cual el dr. Jorge Alirio Mancera Cortés,





confirmó lo decidido en el auto del 9 de noviembre de 2015, negando las pruebas solicitadas por las partes.

Que por considerarlo conducente, pertinente y de utilidad, este despacho, solicitó a la interventoría un informe de ejecución actualizado, de conformidad con lo expuesto por la unión temporal contratista y la documentación adjuntada por éste, con el fin de analizar y determinar si hay lugar o no a la declaratoria de incumplimiento y en consecuencia a la imposición de multa.

Que de acuerdo al desarrollo de la audiencia de incumplimiento, este Despacho ordenó la suspensión de ésta, con el propósito de emitir pronunciamiento al tenor de los nuevos hechos debatidos en la diligencia por las partes interesadas, indicando que la fecha de reanudación sería comunicada a las partes previamente.

Que mediante oficio No. 1355-USPEC—DCI-2214-2015 del 11 de septiembre de 2015, la interventoría del contrato 218 de 2013, allegó el informe requerido, el cual se encuentra avalado por la supervisión del contrato, en los siguientes términos:

"(...) En cumplimiento a lo solicitado por la USPEC en audiencia del 9 de diciembre de 2015 por presunto incumplimiento al contratista Unión Temporal DISICO PROING CYG en la ejecución del contrato de obra No. 218 de 2013, en el sentido en que la Universidad en su calidad de interventor de la obra se pronuncie sobre los descargos presentados por el representante legal de la Unión Temporal y por el apoderado de la Aseguradora; precisamos y manifestamos lo siguiente:

En primera instancia se procede a actualizar los hechos que se tomaron como fundamento para recomendar a la USPEC la imposición de una multa, presentados mediante oficio 13.55-USPEC-E-DCI-1645-2015 del 26 de agosto de 2015.

Es así, teniendo como base la reprogramación de actividades presentadas por el contratista a partir del 30 de abril de 2015 y hasta el 30 de diciembre de 2015 y la prórroga No. 3 suscrita por las partes, verificamos que a la fecha, diciembre 11 de 2015, las actividades especificadas como retrasos atribuibles al contratista de los bloques A, B, C, y G1 se encuentran terminadas.

Sin perjuicio de lo anterior, es de anotar que por la existencia de unas actividades que no se habían podido iniciar por no contar con los predios requeridos y otras afectadas por cambios de especificación y obras no previstas, esta interventoría solicitó a la USPEC una prórroga y adición al contrato- oficio 13.55-USPEC-E-DCI-2037-2015.

Por lo anterior, esta interventoría considera que se encuentran superadas las razones que dieron lugar a la recomendación de multa presentada en el informe 13.55-USPEC-E-DCI-1645-2015 del 26 de agosto de 2015.

(...)"

Que de conformidad con lo anterior la interventoría del contrato de obra No. 218 de 2013 determina que para el caso que nos ocupa se presentaron hechos nuevos a los evidenciados en los informes iniciales de interventoría y supervisión, motivos que generaron la apertura de la investigación sancionatoria.

Que durante la ejecución del contrato No. 218 de 2013, una vez analizada y evaluada la información y documentación allegada al proceso de imposición de multa, el contratista superó los hechos que dieron origen al trámite sancionatorio, es decir, se encuentra cumpliendo con los plazos establecidos para las diferentes actividades según la programación de obra establecido.

IV. CONSIDERACIONES JURIDICAS

CARÁCTER CONMINATORIO DE LA MULTA:

La multa como institución jurídica de carácter administrativo y contractual fue prevista por el legislador para que el administrador pueda motivar, compeler o conminar a su contratista a ponerse al día en el cumplimiento de sus obligaciones.

Sobre el carácter conminatorio de la multa y de su imposibilidad de imponerla cuando no se encuentra

pendiente la ejecución de la obligación a cargo del contratista, es claro el texto del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que a continuación se transcribe:

"(...) Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista (...)"

Igualmente el mismo artículo, señala que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **"(...) tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones (...)"**. (Negrillas fuera de texto)

Sobre el particular el Consejo de Estado ha dispuesto:

"(...) La norma es enfática en determinar el carácter conminatorio de la multa, cuyo ejercicio está supeditado a que tenga tal condición, es decir que con la Ley 1150, de manera explícita las multas encuentran su verdadera esencia y finalidad orientados a apremiar al contratista para que éste de cumplimiento a sus obligaciones en la oportunidad y términos pactados. De otra parte con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la Administración recobra uno de los medios importante para lograr la correcta ejecución del contrato y sobre todo de imponer los correctivos para encausarlo en el momento oportuno, apremiando al contratista a culminar el objeto contractual (...)"

Aplicando lo anterior al presente caso, la Unidad inició el proceso sancionatorio con base en el informe presentado por la interventoría del contrato del 26 de agosto de 2015, en dicho informe se relacionan unos hechos específicos sobre los cuales las partes interesadas ejercieron su defensa en el momento procesal respectivo.

Seguidamente la interventoría presentó informe de fecha 11 de diciembre de 2015 en el cual manifestó que las actividades fueron cumplidas en la cantidad y oportunidad debida.

Que teniendo en cuenta que la finalidad de la multa, consistente en conminar al contratista para que el contrato se pueda cumplir dentro del término de éste, y que el contratista a la fecha se puso al día con las obligaciones por las cuales se adelantó la presente actuación administrativa, y que el plazo de ejecución se encuentra vigente, este despacho considera que es procedente cerrar la presente actuación administrativa.

CONOCIMIENTO DE LA CESACIÓN DE INCUMPLIMIENTO.

Que el literal d del artículo 86 de la Ley 1474 e 2011, dispone que "La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento, de acuerdo a las circunstancias iniciales de hecho que motivaron la actuación".

De manera que si por cualquier circunstancia, la obligación que motivó el incumplimiento del contrato, al momento de imponer la multa, no está siendo incumplida, no puede la Entidad imponer sanción alguna con fundamento en ese motivo, en tanto no se puede pretender fundamentar el incumplimiento de algo que ya se encuentra cumplido.

Que el contratista presuntamente incumplido de las normas relacionadas en el párrafo anterior, haciendo uso de su derecho a la defensa, sustentó en audiencia hechos nuevos, los cuales fueron analizados por la Entidad, concluyendo que los hechos por los que se estaba investigando fueron subsanados; en consecuencia, el presunto incumplimiento está superado al verificarse entre otros, que a la fecha, las actividades especificadas como retrasos atribuibles al contratista de los bloques A,B,C, y G1 se encuentran terminadas.

Que en virtud de lo anterior y de acuerdo a los soportes aportados por el contratista, y la aseguradora anexos al expediente en la audiencia de descargos, al informe técnico presentado por la interventoría, a la validación realizada por el supervisor del contrato, se tiene conocimiento de la cesación de la situación de incumplimiento.

Que este Despacho considera que se configura la causal que se señala en el inciso segundo literal d, de la Ley 1474 de 2011, y que es procedente actuar de conformidad con el artículo 86 de la misma norma, declarando en la parte resolutive del presente acto administrativo la cesación del procedimiento contra la Unión Temporal DISICO PROING-CYG, por las circunstancias aquí conocidas.

Que la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios- USPEC, una vez agotadas cada una de las instancias del procedimiento sancionatorio en consonancia, con los principios de buena fe, debido proceso, derecho de defensa y principio de legalidad procede de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2017 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y con fundamento en los principios de proporcionalidad y razonabilidad, una vez evaluados y ponderados los descargos expuestos por la firma contratista al informe presentado por la interventoría del contrato, aceptando los argumentos expresados por la apoderada del contratista Unión Temporal DISICO PROING-CYG y el apoderado de la compañía aseguradora Liberty Seguros S.A., considerando que el contratista cumplió las obligaciones derivadas del contrato de obra No. 218 de 2013.

Que en mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Ordenar el cierre del procedimiento administrativo de imposición de multa adelantado contra la Unión Temporal DISICO PROING-CYG, registrada con el NIT. 900.685.005-0, representada legalmente por **CARLOS ALBERTO FERREIRA**, y conformada por las sociedades DISICO S.A., PROYECTOS DE INGENIERIA S.A, y CYG INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES SAS, conforme a lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. Remitir para archivo la presente actuación, por las circunstancias de hecho y de derecho allí debatidas.

ARTÍCULO TERCERO. La presente Resolución se notifica en audiencia de conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO CUARTO. Contra la presente resolución procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en audiencia.

COMUNÍQUESE, PUBLIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C. a los


30 DIC 2015



CLAUDIA ALEJANDRA GÉLVEZ RAMÍREZ

Directora General (E)

Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios-USPEC

 Aprobó: Jorge Mancera- Director Dirección de Gestión Contractual (E)
Proyectó: Lyda Solano- Abogada Contratista Dirección de Gestión Contractual

