



## RESOLUCIÓN No.122 del 21 de junio de 2018.

***“Por medio de la cual se decide el Recurso de Reposición interpuesto por el contratista UNIÓN TEMPORAL MUROS 2017 y la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A. en contra Resolución No.105 del 9 de mayo 2018”***

LA GERENTE GENERAL DEL INSTITUTO MUNICIPAL PARA EL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE IBAGUÉ- IMDRI, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y el Acuerdo No.029 de 2010, procede a decidir el Recurso de Reposición interpuesto y sustentado por el contratista UNIÓN TEMPORAL MUROS 2017 y la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A.

### **I. DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN EL TRÁMITE ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRACTUAL.**

- a) La actuación administrativa inició con el envío de la citación datada el 23 de febrero de 2018 al representante legal de la UNION TEMPORAL MUROS 2017, en donde se le puso de presente detalladamente las pruebas, hechos e informe, las normas y cláusulas que habrían sido violadas y las consecuencias que podrían derivarse de ello en el marco del contrato de obra No. 331 de 2017.
- b) El día 2 de marzo del 2018, el contratista UNIÓN TEMPORAL MUROS 2017 y la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., presentaron sus descargos, rindieron las explicaciones del caso, aportaron pruebas y controvirtieron las presentadas por la entidad; razón por la cual, se decidió suspender la audiencia con el propósito de que la Entidad valorara los descargos y pruebas en mención.
- c) El día 9 de mayo, el IMDRI profirió la Resolución No.105 del 2018 mediante la cual la Entidad decidió declarar el incumplimiento parcial del contrato de obra No.331 de 2017 y hacer efectiva la cláusula penal pactada en el mismo.
- d) En el devenir de la misma audiencia se concedió plazo de cinco (05) días hábiles, para la presentación por medio de escrito motivado, del peticionado recurso de reposición.

  




- e) En motivación del anterior recurso, la doctora Marcela Galindo Duque en calidad de apoderada de la entidad SEGUROS DEL ESTADO S.A., allegó escrito datado el 17 de mayo de 2018, en el cual expuso la siguiente secuencia argumentativa:
1. Falsa motivación por error de hecho, por cesación del presunto incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.
  2. Que el incumplimiento no subsiste en la realidad por haberse radicado la documentación correspondiente el 14 de abril de 2018.
  3. Sostiene diferencia jurídica entre la multa y clausula penal, atribuyendo que esta última es de función apremiante orientada a la oportunidad y cabal ejecución del contrato.
  4. Advierte que el acto administrativo emanado va en contravía con la ley 1150 de 2017.
- f) En la misma línea el señor Benjamín Orlando Arana Osuna, actuando como representante legal de la Unión Temporal Muros 2017, radicó oficio argumentativo el día 17 de mayo de 2018, en el cual aduce:
1. Que las obligaciones estipuladas en el contrato de obra se generan de forma recíproca y bilateral, y en esa medida la entidad IMDRI, no había cumplido con su prestación de entregar las zonas libres de agua, situación que impidió los estudios técnicos de geotecnia y topográficos; situación que quedó recalcada en los comités de obras.
  2. Que existe contradicción entre el objeto del contrato y lo solicitado por la interventoría en la medida que el primero exige muros de función independiente mientras que el último lo hace de manera adosada a la edificación parcialmente construida, situación por la cual no se estaría haciendo un simple ajuste de diseño sino la creación de uno nuevo.
  3. Que no hay relación entre la documentación entregada al IMDRI y aprobada con la construcción realizada.
  4. Que a causa de lo expuesto en el numeral dos el ingeniero Vallecilla requirió para los nuevos diseños a partir del 08 de febrero de 2018 un plazo de cuarenta y cinco (45) días.



5. Que el atraso no es responsabilidad de la Unión Temporal en cuanto a la interventoría y el IMDRI, tomaron bastante tiempo en la revisión y cumplimiento de sus obligaciones.

## II. CONSIDERACIONES

En la militancia del recurso de reposición presentado por la entidad SEGUROS del ESTADO S.A., se enfatiza en la naturaleza de la figura jurídica de la cláusula penal, aduciendo que, sólo ingresa en acción una vez se haya incumplido el contrato de carácter definitivo, es decir, una vez exista un incumplimiento grave o severo de las obligaciones, generando consigo una tasación anticipada de los perjuicios, induciendo que su teleología es el exacto cumplimiento de la obligación que se encuentra incumplida al momento de imponer la sanción, y que por consiguiente una vez desaparecido el hecho base es inaplicable.

### ❖ CONSIDERACIONES DEL IMDRI FRENTE A LOS DESCARGOS DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA:

En este punto se reitera que, se generó realmente un incumplimiento grave en el contrato, pues, como se advirtió en la decisión objeto de impugnación, se predicó un incumplimiento fehaciente de la prestación principal de la fase (1), al no encontrarse satisfecha dentro del plazo de ejecución, como a continuación se itera:

- En la cláusula cuarta del contrato de obra pública No.331 de 2017, se estableció que la actividad uno (1) de la fase uno (1) consistente en *"la realización del trabajo de consultoría para el ajuste a los diseños y la elaboración de la documentación requerida para radicar la solicitud de licencia de construcción en legal y debida forma, ante la curaduría urbana de la ciudad de Ibagué."*, se debía realizar en el término de un (1) mes.
- De igual forma, en la cláusula en cita, se acordó que la actividad dos (2) de la fase uno (1) consistente en el trámite de la licencia de construcción ante la curaduría urbana de Ibagué, debía cumplirse en un término no superior a dos (2) meses.
- El plazo de ejecución para el cumplimiento de la actividad uno (1) de la fase uno (1), terminaba el día tres (3) de febrero de 2018. En este sentido, el cumplimiento de la actividad dos (2), y por tanto, la culminación de la fase uno (1), debía materializarse el día tres (3) de abril del 2018.

*[Handwritten signature]*  
*[Handwritten initials]*



- El día dos (2) de marzo de 2018, es decir, el día de la instalación de la audiencia de incumplimiento, el contratista Unión Temporal Muros 2017, entregó los productos exigidos en la actividad uno (1) de la fase (1) a la interventoría, aduciendo que por esa razón el incumplimiento había cesado.
- En relación a los productos entregados de la actividad uno (1) de la fase (1), en esa misma audiencia, el IMDRI requirió a la interventoría con el propósito de que manifestara, en un plazo no superior al día doce (12) de marzo del año en curso, si estos cumplían con todas las exigencias contractuales y legales para ser radicados ante la curaduría de la ciudad.
- El día quince (15) de marzo de 2018, el interventor realizó observaciones a los productos entregados por el contratista, comprometiéndose este a realizar los ajustes para el día veintiuno (21) de marzo de la misma anualidad.
- Finalmente, los productos solo fueron aprobados y radicados ante el IMDRI el día tres (3) de abril del 2018, es decir, un mes después de la realización de la audiencia llevada a cabo el día dos (2) de marzo de los corrientes.

Es evidente que el problema *sub iure*, tiene como enunciado hito: el plazo, aunque el incumplimiento sea de carácter parcial en el contrato, es de carácter definitivo, debido que se consumó la omisión del cumplimiento dentro del tiempo estipulado de la fase I, siendo la obligación insatisfecha una obligación principal y no simplemente accesoria generando consigo sanciones pecuniarias en la medida que concibió un daño determinado, notorio al interés general, fundado en la peligrosidad de los escenarios deportivos de la calle 42 con carrera 5°, como se prevé en estudio técnico de la sociedad de ingenieros donde informan que de no realizar las obras necesarias (muros de contención) podría suceder una calamidad de gran magnitud debido a las excavaciones abiertas existentes en la nombrada unidad deportiva.

Ahora bien, en gracia de discusión, para el máximo órgano de cierre de esta especialidad es claro que la efectividad de la cláusula penal procede al predicarse un incumplimiento parcial del contrato estatal.

El Honorable Consejo de Estado sobre el asunto se manifestó en lo siguiente:

*"Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es*



**precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.**<sup>1</sup>

En consonancia con lo anterior, en relación a la competencia temporal para imponer la cláusula penal, esta misma corporación ha manifestado que "(...) *en vigencia de todos los estatutos contractuales, incluidas las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la potestad sancionatoria de declarar el incumplimiento para cobrar la cláusula penal se puede ejercer durante el plazo del contrato e incluso con posterioridad a su vencimiento.*"<sup>2</sup>

Como se otea con perspicuidad la cláusula penal apremia incumplimientos de carácter PARCIAL, que de perogrullo, lleva consigo la obligación del cabal cumplimiento de las obligaciones integralmente, a la luz de las estipulaciones realizadas dentro del respectivo contrato estatal. En síntesis la referencia en la resolución sancionatoria de la proporcionalidad de la cláusula penal, es el parámetro cuantitativo para traer a la praxis la potestad apremiante de la Entidad en el ejercicio de su autotutela y *ius puniendi*. Por lo anterior, no es óbice para el apremio la inexistencia del incumplimiento al momento de la expedición del acto administrativo, pues, se sanciona la tardanza de los plazos estipulados contractualmente que también son un tipo de incumplimiento, pues, "(...) *es bien sabido que la expresión incumplimiento tiene un significado técnico preciso en derecho, en cuanto que con ella se hace referencia a la desatención por parte del deudor de sus deberes de prestación, que tiene como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor; se alude, igualmente, incluso a nivel legal, a diversas formas de incumplimiento, ya sea total y definitivo, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial o retardo (arts. 1613 y 1614 del C.C.)*."<sup>3</sup>

Colofón a los razonamientos hasta aquí expuestos, el IMDRI no acoge los argumentos o inconformidades esbozados por la compañía aseguradora en el recurso de reposición.

<sup>1</sup> Consejo de Estado, sección 3°, Radicación: 68001-23-15-000-1994-09826-01 (28.875); C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, sección 3°, subsección C Radicación: 05001-23-31-000-1996-01171-01 (26.938); C.P. OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ (E).

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2009, radicación: 41001-3103-004-1996-09616-01. M.P: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ.



## ❖ CONSIDERACIONES DEL IMDRI FRENTE A LOS DESCARGOS DEL CONTRATISTA UNIÓN TEMPORAL MUROS 2017:

En el documento entregado por la U.T. MUROS 2017 como recurso de reposición, menciona en su acápite de "ANTECEDENTES CONTRACTUALES" una trazabilidad de lo ocurrido en la ejecución del contrato, donde básicamente justifica su atraso en la entrega del producto de la FASE 1- Actividad 1, basado en no poder realizar una inspección de campo y/o levantamiento topográfico en el sitio de intervención por las condiciones en las que se encontraba, esto es, inundado por las fuertes lluvias presentadas, adicionalmente concluye estableciendo dos (2) posibles escenarios donde se da como resultado que la entrega del producto de la FASE 1- Actividad 1 con fecha 2 de marzo de 2018 cumple con lo estipulado en el plazo contractual, situación que no es dable dadas las siguientes consideraciones:

Si bien es cierto, en los procesos de consultoría se debe hacer una inspección y/o visita de campo y un levantamiento topográfico para establecer las condiciones del sitio de intervención, pero para este caso en particular, esta etapa ya estaba superada toda vez que dicha información fue suministrada por parte de la entidad al CONTRATISTA previa suscripción del acta de inicio, tal y como se desprende en la CLAUSULA SEPTIMA – OBLIGACIONES DEL IMDRI en los numerales los cuales se establece los siguiente:

*"2. Entregar al contratista la información y los documentos que dependan de la Entidad y que sean necesarios para la ejecución del contrato, tales como: estudios y diseños, planos, especificaciones, memorias de cálculo, del proyecto original.*

*3. Entregar al contratista el componente de topografía y geotecnia, del concepto técnico elaborado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros."*

Así las cosas, el contratista conocía de antemano los levantamientos topográficos y estudios de suelos del diseño original elaborado por TYPESA y que fue corroborado y avalado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, informe que repetimos era de conocimiento del contratista.

Por tanto, el levantamiento topográfico que realizó el contratista era de mera verificación y no para establecer de las condiciones del sitio.

Por esta razón, la Unión Temporal Muros 2017 no puede supeditar o presentar como actividad antecesora el levantamiento topográfico para la elaboración de los ajustes de diseño en el desarrollo de la consultoría, toda vez que esta información la conocía antes del inicio de la ejecución del contrato.



Sobre este tipo de alegaciones similares y usuales por los contratistas ante incumplimientos en la ejecución de los contratos, el H. Consejo de Estado ha sido enfático que estos también les asiste la materialización del principio de planeación, no siendo excusa la ausencia de planos o diseños. Al respecto, en reciente providencia se indicó:

*“El proponente que le ha sido adjudicado un contrato estatal no puede alegar con posterioridad la ausencia de planos y diseños definitivos para la ejecución del mismo, dado que en su momento presentó propuesta acogiendo a las condiciones plasmadas en el pliego de condiciones, sin manifestar su oposición, ni advertir a la entidad la presunta deficiencia en la información suministrada en el pliego de condiciones”<sup>4</sup>*

Ahora bien, como lo expresa el contratista en su recurso de reposición, solo hasta el 03 de enero de 2018 transcurridos 14 días equivalentes al 46.67% de ejecución del plazo contractual para la FASE 1 – ACTIVIDAD 1, el contratista mediante comunicado con radicado interno IMDRI 0011, solicita a la entidad:

*“(...) sean evacuadas las aguas lluvias de los sitios a intervenir a partir del viernes 6 de enero (...)”*

para

*“(...) realizar una inspección minuciosa y detallada con el fin de **verificar** el estado actual de estos componentes. Adicionalmente se va a realizar **verificación** por parte de la comisión de topografía. (...) (Negritas fuera del texto)”*

De lo anterior se colige que, la Unión Temporal Muros 2017 en su mismo comunicado citado, ratifica que el levantamiento topográfico que pretendía hacer es una mera verificación de las condiciones del sitio plasmadas en la información suministrada inicialmente previa suscripción del acta de inicio, por esta misma razón es por la cual solo se pretendía realizar esta verificación casi a la mitad de la ejecución contractual de la FASE 1 – Actividad 1, así mismo se infiere que, si las aguas empozadas hubiesen sido un impedimento para el inicio de la ejecución de la FASE 1 el contratista y la interventoría no hubieran suscrito el acta de inicio.

De lo anterior se concluye que, no era necesario realizar el levantamiento topográfico de verificación para dar inicio a las actividades de ajuste al diseño

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera- Subsección B, sentencia del 30 de mayo de 2018. Radicación: 050012331000200100685 01(39498).C.P: RAMIRO PAZOS GUERRERO.

propias de la consultoría y que además el CONTRATISTA lo ratifica con el comunicado radicado interno IMDRI 0011.

En ese mismo orden de ideas, los escenarios que plantea la Unión Temporal Muros 2017 *"para determinar si existió o no incumplimiento"* tampoco serían viables dado que:

Para el *"PRIMER ESCENARIO"*, el atraso de veintisiete (27) días por parte de la entidad no existe, a razón que, el IMDRI cumplió con la totalidad de la CLAUSULA SEPTIMA – OBLIGACIONES DEL IMDRI, sin embargo, teniendo en cuenta la solicitud del CONTRATISTA realizada el 03 de enero de 2018 para evacuar las aguas lluvias de los sitios a intervenir a partir del viernes 6 de enero, se motiva la suspensión del contrato por término de quince (15) días calendario, lo que genera una nueva fecha de terminación de la FASE 1 CONSULTORIA – ACTIVIDAD 1 para el día 03 de febrero de 2018, plazo que incumplió.

Para el *"SEGUNDO ESCENARIO"*, si bien es cierto hubo una *"reunión celebrada el 8 de febrero entre el contratista, interventor y el IMDRI"*, esta fue motivada precisamente por la **no** entrega del producto de la FASE 1 CONSULTORIA – ACTIVIDAD 1 en el plazo estipulado en el contrato y donde la entidad solicitó la explicación correspondiente, preguntándosele al contratista, en que término iba a entregar el producto, pues la entidad necesitaba conocer con certeza la entrega real, a lo cual el contratista manifestó que estimaba que se tomaría quince (15) días más, sin embargo, ello no implicaba que la entidad estaba dando una purga al incumplimiento como tampoco una prórroga al mismo, máxime si se tiene en cuenta que las prórrogas en los contratos estatales deben ser formalizadas por escrito y de común acuerdo por la partes contratantes mediando justificación técnica para el efecto.

Por otra parte, en lo que respecta a los cambios de especialistas estructurales que menciona el contratista en la trazabilidad expuesta en su recurso de reposición, no es excusa para justificar el incumplimiento, pues es obligación de este:

*"(...) contar con el personal mínimo requerido, de acuerdo con la disponibilidad asignada(...)"*

Como lo estipula la CLÁUSULA SEXTA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, I. OBLIGACIONES DE LA FASE 1-CONSULTORIA, numeral "1", de no ser así, estaría incurriendo en otro incumplimiento del contrato. Además, según la trazabilidad expuesta por el contratista, este afirma que:

A handwritten signature or mark located in the bottom right corner of the page.





*"(...) El día 7 de febrero de 2018, se da orden de inicio de diseñar los muros (...)" (Negrilla fuera del texto)"<sup>5</sup>*

Es claro que esta orden fue impartida fuera del plazo estipulado para la entrega del producto de la FASE 1 CONSULTORIA – ACTIVIDAD 1, ratificando así este incumplimiento.

Por ultimo, es menester aclarar que toda actuación posterior a la fecha de entrega del producto del ajuste al diseño objeto de FASE 1 CONSULTORIA – ACTIVIDAD 1, entregada efectivamente el día 3 de abril de los corrientes, no es cuestión de debate en el decurso del presente trámite administrativo sancionatorio contractual.

Corolario a esta parte motiva, el IMDRI

#### RESUELVE:

**PRIMERO:** Confirmar en su integridad la Resolución No.105 del 9 de mayo 2018 *"Por medio de la cual se resuelve el incumplimiento en las obligaciones del contrato de obra No.331 de 2017"*.

**SEGUNDO:** Conminar el cumplimiento de lo ordenado en la parte resolutive de la Resolución No.105 del 9 de mayo 2018.

**TERCERO:** Contra la presente decisión no procede recurso alguno y se entiende notificada por estrados, de conformidad con lo dispuesto en el literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

**CUARTO:** Expedir la constancia de ejecutoria de la Resolución No.105 del 9 de mayo 2018 y de la presente decisión, para los fines legales correspondientes.

Dada en Ibagué, veintiún (21) días del mes de junio de dos mil dieciocho (2018).

  
**DIANA XIMENA CEPEDA RODRÍGUEZ.**  
 Gerente del IMDRI.

Proyectó aspecto jurídico: Rodolfo Salas Figueroa/ Asesor Externo.  
 Proyectó aspecto técnico: Arq. Edwin Andrés Niño/ Supervisor.




<sup>5</sup> Recurso de reposición U.T. muros 2017pág.7

