

Soreine Aguirre Parra
Abogada



Señores

COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL

Att. Dra. NORMA CECILIA CABRERA PEREZ

Coordinadora Área Jurídica Departamento de Arauca.

Arauca – Arauca.

REFERENCIA	: CONCILIACIÓN
CONVOCANTE	: EME INGENIERIA S.A.
CONVOCADO	: DEPARTAMENTO DE ARAUCA
DESPACHO	: PROCURADURIA 52 JUDICIAL II ADMINISTRATIVA DE ARAUCA
ASUNTO	: CONCEPTO JURÍDICO

Respetados señores:

Con el fin de dar cumplimiento al contrato de prestación de servicios No. 035 de 2018, por medio del presente emito concepto jurídico, para que sea tenido en cuenta por el comité de conciliación del Departamento de Arauca al momento de decidir, acerca de la conveniencia de conciliar las pretensiones de la parte convocante tendientes a que se declare la nulidad de la Resolución No. 2668 de agosto 25 de 2015, por medio de la cual se declara el incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales y como consecuencia se impone una multa de \$393.459.813,54 a los integrantes de la Unión Temporal COMPLEJO FERIA ARAUCA, y la Resolución No. 4940 del 23 de diciembre de 2015, la cual repone parcialmente la Resolución 2668 modificando el valor de la multa, dejando para sus efectos el valor de \$316.672.230,44.

La cuantía la estima en la suma de TRESCIENTOS DIECISEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$316.672.230,44).

I. LOS HECHOS

1. La Sociedad EME INGENIERIA S.A. conformó con Santiago Sánchez Vesga, Rodrigo Cárdenas García y Estructuras Metálicas Ricardo Palacio SAS, la Unión Temporal COMPLEJO FERIA ARAUCA, con una participación del 64%.



2. Dicha Unión Temporal, suscribió con el Departamento de Arauca el contrato de obra pública No. 612 del 03 de diciembre de 2013, cuyo objeto era "CONSTRUCCIÓN SEGUNDA ETAPA DEL COMPLEJO FERIA DEL MUNICIPIO DE ARAUCA, DEPARTAMENTO DE ARAUCA", fijándose un plazo de ejecución de doce (12) meses contados a partir de la firma del acta de inicio de fecha 16 diciembre de 2013, conforme se indica en la Resolución 2668 de 2015.
3. Durante la ejecución contractual, se presentaron situaciones que dieron lugar a que la interventoría externa efectuará llamados al contratista haciendo éste caso omiso a los mismos.
4. Mediante comunicación con radicado interno 2015080010165-2 del 5 de mayo de 2015, se citó a la UNIÓN TEMPORAL COMPLEJO FERIA ARAUCA y a la Compañía de Seguros LIBERTY SEGUROS S.A., para realizar audiencia de imposición de multas, formulándose los cargos de Incumplimiento del programa de inversiones, Incumplimiento de la obligación relativa a la permanencia del ingeniero residente en el sitio de los trabajos; Por no presentar oportunamente los documentos, informes y demás requerimientos solicitados por la interventoría y por el Departamento de Arauca para la debida ejecución.
5. Así las cosas, mediante Resolución 2668 del 25 de agosto de 2015, la Secretaría de Infraestructura Física Departamental, declaró que la Unión Temporal COMPLEJO FERIA ARAUCA, incurrió en incumplimiento parcial de sus obligaciones contractuales, por lo cual se declaró la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza No. 2283890 expedida por la Compañía LIBERTY SEGUROS S.A., y como consecuencia de la anterior declaratoria se impuso en calidad de multa la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS TRECE PESOS CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$393.459.813,54), los cuales podrían ser descontados de los montos adeudados al contratista, Resolución contra la cual la Compañía aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A. y la Unión Temporal COMPLEJO FERIA ARAUCA, interpusieron recurso de reposición.
6. Recurso que se resolvió mediante la Resolución No. 4940 del 23 de diciembre de 2015, la cual repuso parcialmente la Resolución No. 2668 del 25 de agosto de 2015, modificando el valor de la multa consignada dejando para los efectos el valor de TRESCIENTOS DIECISEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$316.672.230,44).

II. EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Solicita la Sociedad EME INGENIERÍA S.A., en calidad de convocante, que el Departamento acceda a dejar sin efecto, bien sea por revocatoria directa o declaratoria de nulidad la resolución 2668 del 25 de agosto de 2015 y la resolución 4940 del 23 de diciembre de 2015, por falta de proporcionalidad de la multa impuesta, indebida notificación de la citación para realizar la audiencia donde se resolvió el recurso de reposición y violación al debido proceso.

En consideración a lo anterior se recomienda **NO CONCILIAR** las pretensiones de la demandante, por los siguientes argumentos jurídicos:



DE LA REVOCATORIA DIRECTA:

Mediante la Resolución 1631 del 9 de junio de 2016, el Departamento de Arauca ya se pronunció y resolvió de fondo dicha solicitud, soportando su improcedencia y tomando la posición del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguen, del primero de septiembre de 2014, radicación No: 25000-23-000-2009-00128-02 (1163-13), quien se pronunció al respecto en los siguientes términos:

...“En primer término, señalan que no podrá pedirse la revocación directa de los actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercitado recursos de la vía gubernativa. Lo anterior significa que existe incompatibilidad entre la procedencia de la revocatoria con el agotamiento de la vía gubernativa, por cuanto la administración ya tuvo la oportunidad de enmendar los posibles yerros de su actuación mediante los recursos”

Así mismo, en dicha Resolución, también se plasmó pronunciamiento de la Corte Constitucional, en Sentencia T-033/02, MP: Rodrigo Escobar Gil:

“La Corte considera que, en atención a las garantías constitucionales y legales que informan los derechos al debido proceso y al acceso a la Administración de justicia (artículos 29 y 229 de la Constitución), no resulta admisible la revocatoria del acto administrativo cuando se ha hecho uso de los recursos en la vía gubernativa. Cuando al fallar un recurso en la vía gubernativa la Administración acude a la institución de la revocatoria directa, se incurre en una vía de hecho por defecto orgánico y procedimental, toda vez que tal actuación resulta incompatible con el derecho al debido proceso pues se desvía por completo del procedimiento fijado en la ley para dar trámite a un determinado asunto”

En igual sentido, el artículo 94 de la Ley 1437 de 2011, precisa que no procede la revocatoria directa de los actos administrativos cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, razón por la cual se recomienda no conciliar en este aspecto.

DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD:

Se tiene que a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia ha considerado de manera clara que la acción de controversias contractuales es la procedente para demandar la legalidad de actos proferidos durante la ejecución del contrato. Se advierte además que las grandes discusiones se han dado respecto de la acción que procede frente a los actos pre y post contractuales.

De ahí que la Sala en sentencia 14.667 del 22 de abril de 2009, explicó que la acción de controversias contractuales era la procedente para enjuiciar los actos post contractuales con fundamento en que *“los actos impugnados, mediante los cuales se declaró el siniestro de mala calidad del servicio de reparación de los equipos y se ordenó hacer efectiva la póliza que*

Soreine Aguirre Parra
Abogada



garantizaba la calidad y el correcto funcionamiento de los mismos, son actos contractuales dictados con ocasión de la actividad contractual, toda vez que su existencia se justifica y origina en razón de la celebración y ejecución del contrato". Ahora bien, lo expuesto sobre la acción de controversias contractuales, cobró mayor vigencia con la Ley 446 de 1998, puesto que al modificar el artículo 87 del C.C.A., en la forma ya indicada, acogió el criterio jurisprudencial expuesto por el Consejo de Estado en cuanto al alcance del concepto de actividad contractual y estableció que las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento proceden para demandar "Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual".¹

Por ende, la acción de controversias contractuales está concebida para adelantar un proceso en el que se pretenda dirimir un litigio originado en la ejecución de un contrato, en tanto que las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho están concebidas para demandar los actos precontractuales, dentro de los cuales está comprendido el acto de adjudicación, por expresa disposición del artículo 77 de la ley 80 de 1993.

Así las cosas, la Ley 1474 de 2011 busca fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, por eso basados su ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal, observando para tal efecto el siguiente procedimiento, bajo el cual efectivamente se adelantó el asunto en cuestión:

.... c). Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia. Por lo anterior y ante el incumplimiento del contratista indicado por la interventoría del contrato de obra 612 de 2013, la administración mantuvo la posición plasmada en la Resolución 2668 del 25 de agosto 2015 y por ende decreta la Resolución 4940 del 23 de diciembre de 2015, en la cual se desatara el recurso de reposición interpuesto.

Al respecto, la honorable Corte Constitucional en Sentencia C-499-15 del 5 de agosto de 2015, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo, declaró exequible la expresión: "cuantificando los perjuicios del mismo," contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la cual también se acotó que la FACULTAD CONFERIDA A LAS

1. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejo ponente (E), MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá D. C., tres (3) de marzo de dos mil diez (2010), Resolución número: 50041-23-31-000-2009-00046-01(136671)



ENTIDADES PUBLICAS, PARA CUANTIFICAR LOS PERJUICIOS QUE SE DERIVAN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA, no desconoce el derecho de igualdad, ni el debido proceso, ni el principio de buena fe, así como tampoco, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades.

En los contratos estatales, si bien son contratos, no son iguales a los contratos que celebran los particulares. Cuando una entidad estatal contrata está condicionada por el cumplimiento de unos fines precisos, previstos en la Constitución y en la Ley. En efecto, el artículo 2 de la Constitución señala los fines esenciales del Estado y el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 exige a los servidores públicos considerar estos fines al momento de celebrar y de ejecutar los contratos estatales.

Sólo la entidad estatal puede interpretar unilateralmente el contrato, por medio de un acto administrativo debidamente motivado, cuando surgen discrepancias sobre su sentido, si de ello se puede seguir la paralización o afectación grave del servicio público a satisfacer y no se llega a un acuerdo entre las partes. Al declarar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 80 de 1993, que regula esta potestad excepcional, en la Sentencia C-1514 de 2000, se puso presente que:

El legislador cuenta con una amplia facultad para dictar el régimen de los contratos, tanto públicos como privados. En esta materia no está obligado a brindar idéntico tratamiento a cada materia contractual. Antes bien, la Carta le impone el deber de tener presente ciertas características de cada contrato, como ocurre en materia laboral (C.P. art. 53) o en contratación pública (C.P. art. 2). Ello implica que la situación de las partes frente al contrato no necesariamente se rigen por relaciones de igualdad, sino que, habida consideración de circunstancias particulares - sujetos del contrato, su objeto, etc., resulta necesario partir del reconocimiento de que se está en presencia de una situación de desigualdad, que define connotaciones especiales de cada contrato.

(...)

De ello se deriva que en materia de contratación pública no se está en presencia de una situación ab initio de igualdad entre las partes contratantes, sino que una de ellas encuentra limitada su voluntad contractual, la cual se sujeta a severas prescripciones normativas, tanto en lo que al objeto del contrato respecta (cumplir los fines estatales), como al proceso de selección de contratistas, y demás aspectos relativos a precios, plazos, etc.

En consecuencia, y advirtiendo que la cuantificación de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato se hizo por medio de una resolución motivada por parte de la administración departamental, luego de haberse seguido el respectivo procedimiento

Soreine Aguirre Parra
Abogada



administrativo para ello, donde los perjuicios ni su cuantía se presumieron sino que fueron el resultado del ejercicio probatorio sin desconocerse el derecho al debido proceso, por ello y dado que se considera que el concepto de la violación presentado en la solicitud de conciliación extrajudicial, no satisface los mínimos argumentativos de certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, se recomienda NO CONCILIAR las pretensiones del convocante.

Respetuosamente,


SOREINE AGUIRRE PARRA

C.C. No. 68.293.540 de Arauca

T.P. No. 199998 del C.S. de la J.