

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

La Subdirectora Administrativa y Financiera del Idartes, en uso de las facultades legales y reglamentarias, en especial las conferidas por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 1082 de 2015 y la Resolución No. 543 de 2020¹, modificada por la Resolución N°031 de 2021, así como la Resolución de Nombramiento No. 1485 del 23 de noviembre de 2022, en su calidad de ordenadora del gasto y con fundamento en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES CONTRACTUALES

Que, el 25 de mayo de 2021, mediante la Resolución N° 353, el Idartes ordenó por conducto de la Subdirección Administrativa Financiera, la apertura del proceso de Licitación Pública **IDARTES-LP-OP-001-2021**² a través de la plataforma transaccional SECOP II, para seleccionar un contratista que ejecutara el siguiente **“OBJETO GENERAL: RESTAURACIÓN INTEGRAL, ADECUACIÓN, REFORZAMIENTO ESTRUCTURAL, PUESTA EN FUNCIONAMIENTO, MANTENIMIENTO, INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, CONTABLE, FINANCIERA, AMBIENTAL Y LEGAL Y DOTACIÓN DE ESCENARIOS Y/O EQUIPAMIENTOS CULTURALES – OBJETO DEL PRESENTE PROCESO: CONTRATAR LA OBRA CIVIL PARA LA RESTAURACIÓN INTEGRAL, ADECUACIÓN Y REFORZAMIENTO ESTRUCTURAL DEL TEATRO SAN JORGE PROPIEDAD DEL INSTITUTO DISTRITAL DE LAS ARTES – IDARTES –, ACORDE CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DEFINIDAS POR LA ENTIDAD”**.

Que, el 18 de junio de 2021, de conformidad con el cronograma, el Idartes llevó a cabo el cierre del citado proceso en el que se recibieron 7 propuestas, por parte de los siguientes oferentes:

1. CONSORCIO ORLAM
2. CONSORCIO SIC - RESTAURACIÓN TEATRO SAN JORGE
3. CONSORCIO CMO 2021
4. CONSORCIO MPU RESTAURADORES
5. CONSORCIO TSJ
6. CONSORCIO TEATRO 001
7. UT OBRAR - DALET

Que, el 15 de julio de 2021, mediante la Resolución N° L-001, el Idartes adjudicó el Proceso de Selección **IDARTES-LP-OP-001-2021** al proponente Unión Temporal Obrar – Dalet, conformada por **(i) OBRACIC S.A.S** identificada con NIT. 800.060.428-7 (50%) e **INGENIO DALET S.A.S**, identificada con NIT. 901.301.879-7 (50%), representada legalmente por **ÁLVARO ORLANDO ROJAS MONTENEGRO**, identificado con Cédula de Ciudadanía N° 19.142.534.

Que, el 18 de agosto de 2021, el Idartes y la Unión Temporal Obrar – Dalet suscribieron el Contrato de Obra No. 1645-2021.

Que, en aras de contratar la interventoría del contrato de obra mencionado, el Idartes adelantó el proceso de selección **IDARTES-CMA-001-2021**³, que culminó con la celebración del Contrato de

¹ Por la cual se dispone y reglamenta la Delegación de la ordenación del gasto, el pago y la contratación en el Instituto Distrital de las Artes - IDARTES y se derogan y derogan unas resoluciones.

Modificada por la Resolución 031 de 2021

² URL del proceso: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticePhases/View?PPI=CO1.PPI.13114986&isFromPublicArea=True&isModal=False>

³ URL del proceso: https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=21-15-12129734&g-recaptcha-response=03AFcWeA73A-fxdWJPkyQc9_G-8JCYxXFuUT61CaPj1NrVEYrCU7NyTJUn0qEZCCe5NwpvntzF6HYPrxQgOhHvqSotOoCC2NT9LiuNI9xNJ6_Lqs-

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

Interventoría No. 1725-2021, suscrito el 9 de septiembre de 2021, entre el Idartes y el Consorcio NVP, conformado por **(i) NÉSTOR VARGAS PEDROZA ARQUITECTOS S.A.S.**, identificada con NIT. 900.805.973-1, con una participación del 50%, y **(ii) NÉSTOR ADEL VARGAS PEDROZA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.378.301, con una participación del 50%; representado legalmente por **NÉSTOR ADEL VARGAS PEDROZA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.378.301.

Que, el 20 de septiembre de 2021, el Idartes y la Unión Temporal Obrar Dalet suscribieron el acta de inicio del Contrato de Obra 1645-2021.

Que, el 23 de septiembre de 2021, el Idartes y la Unión Temporal Obrar Dalet firmaron el acta de entrega del Teatro San Jorge.

Que, el 5 de mayo de 2022, las partes suscribieron la Modificación No. 1, actuación que no alteró el valor total del presupuesto ni el plazo contractual pactado inicialmente.

Que el 28 de octubre de 2022, las partes firmaron la Modificación No. 2 que consistió en la prórroga del plazo del contrato hasta el 19 de junio de 2023 y su adición en la suma de \$350.000.000 M/Cte.

Que, el 16 de junio de 2023, el Idartes y la Unión Temporal Obrar Dalet suscribieron la Modificación No. 3 a través de la cual prorrogaron el plazo hasta el 30 de noviembre de 2023.

2. MARCO LEGAL DE LA PRESENTE DECISIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA

Que el artículo 29 de la Carta Política dispone que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones administrativas, y en la misma línea consagra el artículo lo referente al ejercicio del derecho de defensa y contradicción.

Que los numerales 2º y 3º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 establecen que son deberes de las entidades estatales i) exigir al Contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado y ii) adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías, igual exigencia se podrá hacer al garante.

Que el numeral 2º del artículo 5º de la ley 80 de 1993 es claro en establecer que los contratistas: “(...) Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse.”

Que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 consagra que los contratos celebrados por las entidades estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma.

Que el numeral 8º del artículo 26 de la ley 80 de 1993 establece: “(...) 8º. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.”

Que el numeral 1º del inciso 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993 establece: “1. Contrato de Obra Son contratos de obra los que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación

_ehcmO8ptDxzRcCIHGfOXbDWkRa3X3RDPeV7HW0Tse60T3eSsju6yYMKR9ZnAhn5MA2FY-XHt4cBkdPPN3BLaTHD22SBk66ijOw0daW-gfVsF8tPVYiFUygXw2fli_XXOTRBvQSf-tA8rtNO_k2pLYFFPnDHMkXitmbL0lrRL5fNR4zWtW5RvclJxNlPssHmssbKUYgad54UbBtxBkof_su1qGurlaSO2oc5RJC5qTyHZDYrdo4I2C-D4NCWeHFxDypn1FM6vH8uSF72JSRjYmx6CpcJL_lwFS9Bfha6fPlp6UAaN7t9dxabPsmSRVJdTSLe9KGbFnUTJ3cRn_bg5He9EwHITUq1x8w2g866q298QWtTX5W-rbr5rFE_V--LynNVkyA82_Q90o9VCvwdFVZQFvWhL66171nOi3bChDhW43ECIGVWJiVHSAL8G35gY6yRrueAXN-3kd7KuSSROo88D

Página 2 de 18

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”.

Que en los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, **la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista**, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto.” (negrilla y subraya fuera de texto)

Que, por su parte, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 dispone que para la interpretación de las cláusulas y estipulaciones de los contratos estatales se tendrán en consideración los fines y los principios señalados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los mandatos de la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracterizan a los contratos conmutativos.

Que los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 disponen que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública están facultadas para exigir al Contratista el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y, en caso de ser procedente, declarar el incumplimiento del contrato. Esas mismas dos disposiciones señalan que, para el efecto, podrán imponer las multas y sanciones pactadas, y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Que, de acuerdo con los mencionados artículos, el ejercicio de esa prerrogativa debe estar precedido de un procedimiento previo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y respete las garantías de defensa y contradicción.

Que, en consecuencia, para efectos de resolver la situación presentada respecto del presunto incumplimiento del contratista, se procede de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en consonancia con lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 47 del CPACA que establece: **“PARÁGRAFO 1o.** Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.”

3. ANTECEDENTES PROCESALES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA CONTRACTUAL

Que, la presente actuación administrativa sancionatoria contractual ha tenido los siguientes hitos y sesiones, de los cuales da cuenta la grabación autorizada por los intervinientes en la misma y que para todos los efectos se tiene como parte integral del presente acto administrativo:

Que, de acuerdo con lo anterior, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y con fundamento en lo solicitado por la Subdirección Administrativa Financiera, este trámite se inició con sustento en el informe por presunto incumplimiento presentado por el Consorcio NVP, en su calidad de interventor (Oficio 001 - INF. INT. SJ del 16 de agosto de 2023) denominado **“Informe por presunto incumplimiento, retardo y/o mora de las obligaciones del contrato de obra No. 1645-2021, suscrito entre el Instituto Distrital de las Artes – IDARTES y la UNIÓN TEMPORAL OBRAR DALET”**.

Que, una vez valoradas las circunstancias contenidas en el informe por parte de la entidad, la Subdirección Administrativa y Financiera, mediante citación con radicado **20231100074311**, del 17 de agosto de 2023, convocó a la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 por el presunto incumplimiento del Contrato de Obra Pública No. 1645-2021 y citó al Contratista de Obra - UNIÓN TEMPORAL OBRAR DALET, a la Interventoría - CONSORCIO NVP, y al garante del contratista de obra - SEGUROS DEL ESTADO S.A.

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

Que la referida citación fue dirigida a los siguientes correos electrónicos:

- A la **UNIÓN TEMPORAL OBRAR DALET**, según consta en carta de presentación de la oferta que fue presentada al proceso de selección: obracic@gmail.com; licitacionesnavarorochoa@gmail.com; orlando.rojas.m@gmail.com.
- A la sociedad garante **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**: contactenos@segurosdelestado.com; juridico@segurosdelestado.com.
- A la interventoría, **CONSORCIO NVP**: nestorvargas@nvparquitectos.com.

Que dando cumplimiento a lo señalado en el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la citación se realizó una exposición detallada de los siguientes aspectos:

1. Hechos generadores de la citación
2. Fundamentos jurídicos
3. Obligaciones presuntamente incumplidas
4. Consecuencias jurídicas y tasación del perjuicio ocasionado a la entidad
5. Medios de prueba y documentos anexos

Que, en la citación se convocó la audiencia de la siguiente manera:

“La audiencia presencial se llevará a cabo el día miércoles 30 de agosto de 2023, a las 09:00 a.m. en las instalaciones del Instituto Distrital de las Artes – Idartes Carrera 8 No. 15-46, Bogotá D.C., con la finalidad de garantizar el debido proceso, así como el derecho a la legítima defensa, debatir lo ocurrido y por consiguiente tomar la decisión que corresponda, de conformidad con el procedimiento de ley con fundamento en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011”.

Que, el 30 de agosto de 2023, la Subdirectora Administrativa y Financiera llevó a cabo la Sesión N° 1 de la audiencia establecida en el artículo 86 de la Ley 1474 del 2011 en la que no asistió la contratista de obra ni su garante.

Que, por lo anterior, la Subdirectora Administrativa y Financiera, a través de información de contacto cuyos registros tiene la entidad, procedió a establecer llamada telefónica con el representante legal de la UNIÓN TEMPORAL OBRAR DALET, Álvaro Orlando Rojas Montenegro.

A través de esa llamada, la Subdirectora Administrativa y Financiera le inquirió por su ausencia en la audiencia citada y le recordó que, a través de la Citación No. **20231100074311** del 17 de agosto de 2023, esta dependencia lo había convocado al inicio del trámite por presunto incumplimiento y, así mismo, había citado al garante que tampoco hizo acto de presencia.

Que, según lo expuesto, y ante la imposibilidad de continuar con el trámite de la diligencia, la Subdirectora Administrativa y Financiera informó al representante legal de la UNIÓN TEMPORAL OBRAR DALET, que la sesión se suspendería en la fecha, y la misma sería reiniciada el 4 de septiembre de 2023 a las ocho de la mañana en las instalaciones del IDARTES.

Que, mediante Oficio No. **20231100085221** del 31 de agosto de 2023, la Subdirectora Administrativa y Financiera del IDARTES reiteró los términos de la citación a audiencia inicialmente enviada, mediante Oficio No. **20231100074311** del 17 de agosto de 2023; y procedió, de nuevo, a convocar al contratista de obra y su garante a participar de la diligencia.

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

Que, el 1° de septiembre de 2023, a través de la cuenta de correo electrónico⁴ ivan.teran@segurosdelestado.onmicrosoft.com, Iván Marcelino Terán Lara solicitó el aplazamiento de la audiencia en un término de 5 días adicionales.

Que, la Subdirección Administrativa y Financiera, por medio del Oficio No. **20231100085711** del 1° de septiembre de 2023, no accedió a la solicitud porque Ivan Marcelino Terán Lara, en su comunicación, no acreditó ser el apoderado del garante en los términos del artículo 73 del Código General del Proceso. En esa misma comunicación, procedió a invitarlo a que, en el reinicio de la audiencia programada para el 4 de septiembre de 2023, presentara el poder respectivo para el reconocimiento de personería.

Que el 4 de septiembre de 2023, la Subdirectora Administrativa y Financiera dio inicio a la Sesión No. 2 de la audiencia en la que se contó con la presencia⁵ de las siguientes personas:

- Por parte del contratista de obra - UNIÓN TEMPORAL OBRAR DALET: ORLANDO ROJAS en su calidad de representante legal principal y CARLOS ROCHA en su calidad de representante legal suplente.
- Por parte de la garante - SEGUROS DEL ESTADO S.A.: IVÁN MARCELINO TERÁN LARA, en su calidad de apoderado según consta en poder allegado vía correo electrónico, con personería jurídica reconocida en audiencia.

Que, durante esta sesión, a solicitud del representante del contratista de obra, la Subdirectora Administrativa y Financiera procedió con la lectura de la citación en su totalidad. En esa ocasión, la audiencia fue suspendida por solicitudes del apoderado de la garante y el representante de la contratista de obra, para ser reiniciada el 8 de septiembre de 2023.

Que, el 8 de septiembre de 2023, en la Sesión N° 3 de la audiencia pública por presunto incumplimiento, el representante legal de la contratista de obra otorgó poder al abogado Juan Miguel Romero Villa, quien se conectó de manera remota a través de la cuenta juanmiguel.romero@romeroasociados.com.

Que, en seguimiento del orden del día, la Subdirectora Administrativa y Financiera concedió el uso de la palabra al apoderado de la contratista de obra, para que presentara sus descargos y solicitara pruebas.

No obstante, el apoderado solicitó la declaratoria de nulidad de la actuación administrativa y argumentó, entre otros aspectos, la supuesta violación al debido proceso por no otorgar el término mínimo contenido de la Ley 1437 de 2011 para rendir descargos en procedimiento administrativo sancionatorio general. Que visto lo anterior, la Subdirectora Administrativa y Financiera suspendió, por unos minutos, la sesión para evaluar la solicitud de nulidad presentada por el apoderado de la contratista de obra.

Ese mismo día, la Subdirectora Administrativa y Financiera resolvió la solicitud de nulidad presentada por el apoderado de la Unión Temporal y decidió no acceder a la petición toda vez que *“el literal a) del mencionado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, faculta a las entidades contratantes para fijar la fecha y hora de la realización de la audiencia, y establece de manera expresa, que aquella: “podrá tener lugar a la mayor brevedad posible atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales”; con base en ello, no cabe duda de que la citación a audiencia en el presente trámite contractual, se efectuó dentro del marco y lo deberes propios establecidos en la ley, por lo que se desvirtúa el supuesto desconocimiento del artículo 6 de la constitución política y del principio de legalidad al que también hizo referencia el apoderado en su solicitud”*.

⁴ Asunto: SOLICITUD APLAZAMIENTO CONTINUACIÓN AUDIENCIA DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA No. 1645-2021, radicado de salida No. 20231100074311 del 17 de agosto de 2023.

⁵ Evento que contó con la presencia de la Subdirectora Administrativa y Financiera y su equipo asesor, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y profesionales del área, el representante legal y el profesional jurídico de la interventoría al contrato de obra 1645-2021 - CONSORCIO NVP.

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

A continuación, el apoderado de la contratista de obra manifestó que debía atender una cita médica que le impedía continuar en la diligencia. Por esa razón, la Subdirectora Administrativa y Financiera suspendió la audiencia y citó nuevamente a las partes para el 11 de septiembre de 2023, para que contratista de obra y garante rindieran descargos y solicitaran pruebas.

Que el 11 de septiembre de 2023, en la Sesión N° 4 de la audiencia, el apoderado de la contratista de obra presentó descargos y solicitó pruebas⁶. En esa misma ocasión, el apoderado de la garante presentó descargos y sobre las pruebas coadyuvó la solicitud del apoderado de la contratista de obra, así como solicitó el acceso al contrato de interventoría.

Que la Subdirección Administrativa y Financiera resolvió la solicitud de pruebas e indicó que ordenaría, decretaría y practicaría todas ellas, a excepción de la prueba pericial solicitada por apoderado del contratista de obra. Agotado lo anterior, suspendió la audiencia y convocó su reinicio para el 14 de septiembre de 2023.

Que, el 14 de septiembre de 2023, a través de la Sesión No. 5, el representante legal de la UNIÓN TEMPORAL OBRAR DALET procedió a rendir su declaración de parte.

Que el 18 de septiembre de 2023, en la Sesión No. 6, el representante legal del CONSORCIO NVP rindió el informe decretado, el cual remitió con destino al expediente con el consecutivo 002-INF. INT. SJ. a través de correo electrónico. En la misma fecha, la Subdirección Administrativa y Financiera le dio traslado a la contratista y a su garante.

Que el 21 de septiembre de 2023, en el desarrollo de la Sesión N°7, la Subdirección Administrativa y Financiera, la contratista y su garante solicitaron aclaración del informe de interventoría, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 277 del Código General del Proceso.

Que el 28 de septiembre de 2023, a través de la Sesión N° 8, el representante legal del CONSORCIO NVP presentó las aclaraciones al informe decretado como medio de prueba y las remitió con destino al expediente con el consecutivo 463-23-NVP-INT-SJ a través de correo electrónico. En la misma fecha, la Subdirección Administrativa y Financiera corrió traslado a la contratista y a su garante de las aclaraciones realizadas por la interventoría.

Que, el 3 de octubre de 2023, en Sesión N° 9, la Unión Temporal Obrar Dalet y su garante presentaron los alegatos de conclusión frente al presunto incumplimiento que se les endilga.

Que, el 6 de octubre de 2023, se reanudó la diligencia para resolver la actuación administrativa. No obstante, y debido a la extensión del material probatorio, la Subdirectora Administrativa y Financiera procedió a suspender la audiencia y reprogramó su continuación para el 9 de octubre de 2023 a efectos de emitir la decisión definitiva.

Que el 9 de octubre de 2023, la Subdirección Administrativa y Financiera del Idartes expidió la Resolución 1473 de 2023, a través de la cual declaró el incumplimiento parcial del Contrato 1645 de 2021 por parte de la Unión Temporal Obrar Dalet y tomó otras determinaciones.

Ese mismo día, los apoderados de la Unión Temporal Obrar Dalet y la garante interpusieron recursos de reposición y, en respuesta a su solicitud, el Idartes les concedió la oportunidad de sustentarlo el 12 de octubre de 2023.

⁶ Documentales: todos los documentos, comunicaciones, actas de obra, oficios que se citan en nuestro oficio de descargos, los cuales algunos, no se adjuntan completos al presente memorial por cuanto ellos reposan en las entidades públicas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto Ley 19 de 2012; por informe: para que el interventor presente un estado actual de las obras; declaración de parte: por el representante legal de la contratista de obra; y prueba pericial.

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

Que, el 12 de octubre de 2023, los apoderados de la Unión Temporal Obrar Dalet y de la compañía aseguradora sustentaron los recursos de reposición que serán resueltos mediante la presente decisión.

4. LA SOLICITUD DE NULIDAD PRESENTADA POR EL APODERADO DE LA UNIÓN TEMPORAL OBRAR DALET Y COADYUVADA POR EL ABOGADO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA Y LA SUSTENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN PRESENTADOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 1473 DE 2023

4.1. SOLICITUD DE NULIDAD POR UN PRESUNTO CONFLICTO DE INTERESES DEL INTERVENTOR POR NO DECLARARSE IMPEDIDO PARA RENDIR EL INFORME DE INCUMPLIMIENTO QUE DIO ORIGEN A LA PRESENTE ACTUACIÓN

El apoderado del contratista solicitó la nulidad del proceso en razón a que considera que el interventor incurrió en un presunto conflicto de intereses al elaborar el informe de incumplimiento que motivó el inicio del presente trámite sancionatorio contractual. Esta petición fue coadyuvada por el abogado de Seguros del Estado S.A., en su calidad de garante.

La sustentación de su petición la basó en el hecho de que el interventor fue quien realizó los estudios y diseños técnicos de la intervención integral del Teatro San Jorge, es decir, que fungió como consultor de los diseños e interventor de la obra. En ese orden de ideas, afirmó que el retraso de la Unión Temporal tuvo como consecuencia una mala planeación evidenciada desde los diseños. Por esa razón, en su criterio, resultaba lógico y esperable que el interventor-consultor defendiera sus diseños iniciales para salvaguardar su responsabilidad.

Para darle respaldo jurídico a su solicitud, citó los artículos 70 y 71 de la Ley 1952 de 2019 - Código General Disciplinario - para afirmar que el interventor ejerce funciones públicas, pese a su condición de particular, y, por ello, le es aplicable el parágrafo del artículo 71 de la mencionada ley, pues en caso de que esté incurrido en un conflicto de intereses debe declararse impedido. Por último, acudió al artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 para ratificar su petición.

El apoderado de la compañía aseguradora coadyuvó la petición presentada por el abogado de la Unión Temporal e insistió en los antecedentes relativos a la condición que tuvo la firma interventora como diseñadora de la intervención integral del Teatro San Jorge.

4.2. RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO POR EL APODERADO DE LA UNIÓN TEMPORAL OBRAR DALET

En la sustentación del recurso de reposición, el apoderado de la Unión Temporal Obrar Dalet manifestó que su inconformidad frente a la Resolución No. 1473 de 2023 radicaba en el hecho de que, a su juicio, no habían sido analizadas las verdaderas razones del atraso y tampoco habían sido valoradas, en su totalidad, las pruebas recaudadas en el presente trámite.

Así mismo, realizó una réplica frente al análisis que hizo el Idartes en el acto administrativo impugnado en cuanto a las siguientes pruebas:

- Cronograma establecido y aprobado a través del Modificadorio No. 3 del Contrato de Obra N° 1645-2021:

Indicó que no fueron tenidas en cuenta las verdaderas actividades predecesoras y sucesoras de las cercas de cubierta y de la excavación del sótano.

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

- Actas del Comité Nos. 67, 69, 71, 73, 80 y 91 a la 97 y el Oficio UTOD-051-2023:

Señaló que, a través de esas actas podía determinarse cuál era el verdadero retraso y los compromisos pendientes por parte del ingeniero estructural de la consultoría. En este punto, resaltó que el porcentaje de atraso era elevado para el 13 de junio de 2023. Sin embargo, destacó que ese porcentaje fue disminuyendo hasta alcanzar un promedio del 1%.

Nuevamente, recordó que el Idartes y el representante legal de la Unión Temporal Obrar Dalet tuvieron reuniones en las que se discutieron alternativas para lograr la ejecución del contrato, entre las opciones contempladas, se revisó la viabilidad de modificar el anticipo inicialmente pactado en el contrato.

- Oficios Nos. 280-23-NVP-INT-SJ del 4 de marzo de 2023, 281-23-NVP-INT-SJ del 6 de marzo de 2023, 292-23-NVP-INT-SJ del 23 de marzo de 2023 y 310-23-NVP-INT-SJ

Indicó que lo consignado en esos oficios no está relacionado con la estructura metálica, actividad objeto de este proceso como claramente lo estableció la entidad contratante desde el momento en que se le citó a la audiencia.

- Oficio No. 463-23-NVP-INT- SJ del 28 de septiembre de 2023, a través del cual el Consorcio NVP dio respuesta a la solicitud de aclaraciones frente a lo expuesto en el informe de interventoría del 22 de junio de 2023.

El apoderado reiteró que la estructura metálica no tiene actividades sucesoras en las programaciones aprobadas en el Modificadorio No. 3.

- Interrogatorio de parte rendido por el representante legal de Obrar Dalet

El interrogatorio de parte no constituye un examen pormenorizado al representante legal citado, pues advirtió que resulta muy difícil memorizar el contenido y la fecha de todas las actas de comité, comunicaciones, contrato, adiciones, modificadorios, etc., pues nadie está obligado a lo imposible, y el no tener las respuestas detalladas y memorizadas no necesariamente implica que desconoce el proyecto.

Una vez realizadas las réplicas a la valoración que el Idartes le dio a las pruebas que obran en la presente actuación, el apoderado realizó los siguientes pronunciamientos frente al acto recurrido:

- i) El Modificadorio No. 3 no reprogramó las fechas de la estructura metálica para que, una vez aprobada ésta, no presentara un atraso.
- ii) El proceso inició con el incumplimiento al cronograma establecido en el Modificadorio No. 2 y al aprobado en el Modificadorio No. 3.
- iii) Señaló que no ha sido negado el atraso, por parte de su representada, con el pago de los parafiscales de sus empleados.
- iv) La entidad contratante no ha adoptado fórmulas para equilibrar la ecuación del contrato.
- v) No se puede utilizar la figura de la confesión porque es complejo que el representante conozca de memoria todos los documentos.
- vi) Consideró que no es culpa del contratista el incumplimiento, pues es atribuible al desequilibrio económico del contrato.

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

vii) No se entiende por qué se inició este procedimiento cuando lo acordado era buscar solución o alternativas para mejorar la ejecución del contrato.

viii) Consideró que la forma de tasar la multa no es proporcional y razonable porque parte del valor total del contrato y en realidad sólo es la estructura metálica.

4.3. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN DE SEGUROS DEL ESTADO S.A.

El apoderado de la compañía aseguradora manifestó que, a su juicio, en el presente trámite se generó una violación del debido proceso porque no se motivó la afectación de la póliza. Esta afirmación la sustentó en que, según su postura, en el trámite quedó acreditado que no le era imputable el incumplimiento a la Unión Temporal Obrar Dalet porque se presentaron situaciones ajenas a la actuación de la contratista.

Por otra parte, también se refirió al interrogatorio de parte que rindió el representante legal de la Unión Temporal y resaltó que la valoración fue equivocada, para tal efecto, acudió a los argumentos que presentó el apoderado del contratista en su recurso de reposición.

Además, señaló que la entidad debía resolver primero la solicitud de nulidad invocada por el abogado de la Unión Temporal Obrar Dalet y luego proceder a la decisión sobre los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 1473 de 2023.

5. PRONUNCIAMIENTO POR PARTE DE LA SUBDIRECCIÓN ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA FRENTE A LA SOLICITUD DE NULIDAD

Procede la Subdirección Administrativa y Financiera a resolver la solicitud de nulidad invocada por los apoderados del contratista y su garante en relación con el supuesto conflicto de intereses en el que, según ellos, está incurso el interventor. Previo a ello, conviene señalar que la petición de nulidad no constituye un argumento de los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 1473 de 2023, pero la entidad, a efectos de garantizar la legalidad de la presente actuación, la resolverá y, en caso de encontrarla infundada, procederá a pronunciarse de fondo sobre las consideraciones expuestas por los dos profesionales del Derecho en los recursos de reposición interpuestos en contra de la mencionada resolución.

5.1. Decisión sobre la solicitud de nulidad elevada por el apoderado de la contratista de obra, relacionada con la supuesta existencia de un conflicto de intereses en cabeza de la interventoría

El Consejo de Estado⁷ ha indicado que el conflicto de intereses no está definido de manera general en la ley. No obstante, la jurisprudencia⁸ de esa corporación ha descrito esa figura como *la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo cual puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público.*

Respecto del ejercicio de la función pública, la Corte Constitucional ha señalado que: *“en sentido amplio, la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines”* y que: *“los particulares que actúan en el proceso de contratación son colaboradores de la Administración (art. 3o. Ley 80/93) y adquieren unas responsabilidades*

⁷ Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, 23 de marzo de 2011, Radicado número: 11001-03-06-000-2011-00001-00(2045)

⁸ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con radicado número: 1.903 del 15 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

equiparables a las que el ordenamiento jurídico le impone a los servidores públicos, en razón de que mediante la actividad contractual el Estado satisface necesidades permanentes de la comunidad, pero no por ello pierden su autonomía técnica y directiva, dentro de los lineamientos que fija la ley y el respectivo contrato”⁹.

Sobre esa base, el Departamento Administrativo de la Función Pública ha precisado que *“debe recordarse que el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares debe estar precedida, autorizada o facultada por una ley de República que así lo determine, en consecuencia, y como quiera que la interventoría es considerada como el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la entidad pública, y en la medida que no se evidencia una norma que determine o faculte que la interventoría es una actividad que conlleve el ejercicio de funciones públicas, en principio, se colige que el ejercicio de interventoría no conlleva funciones públicas”¹⁰.* (Énfasis nuestro)

El artículo 70 de la Ley 1952 de 2019 establece que el régimen disciplinario especial de los particulares se aplica a los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria; que administren recursos públicos; que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales y a los auxiliares de la justicia.

Por su parte, el parágrafo del artículo 71 de la Ley 1952 de 2019 establece que el particular destinatario del régimen disciplinario especial - que incluye al contratista interventor - deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión.

De acuerdo con lo expuesto, el conflicto de intereses se configura cuando existen actividades o propósitos incompatibles con las tareas que le han sido contractualmente asignadas al contratista de interventoría en el contrato respectivo, en razón a que su actividad puede generarle un beneficio personal diferente al del interés general que se busca satisfacer con la ejecución del negocio jurídico.

Sin embargo, en la presente actuación no se demostró que exista un beneficio o un interés particular que se busque obtener con el ejercicio de la labor ejercida por el interventor. Por el contrario, está probado que en cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Interventoría No. 1725 de 2021, la firma interventora emitió los informes que obran como prueba en la presente actuación y que fueron analizados y corroborados por la supervisión del contrato de interventoría. Además, los hechos objeto del incumplimiento que fueron destacados por la firma interventora en el informe que dio origen a la presente actuación fueron acreditados con las pruebas recaudadas en la presente actuación administrativa sancionatoria contractual.

Sobre esa base, no se advierte que el interventor hubiera perseguido un interés distinto al de poner en conocimiento del Idartes la existencia de un incumplimiento parcial por parte de la Unión Temporal Obrar Dalet en la ejecución del Contrato No. 1645 de 2021. Recuérdese que de acuerdo con el Artículo 167 del Código General del Proceso¹¹ *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”* y, en torno a la supuesta existencia del conflicto de intereses propuesto por los apoderados del contratista y el garante, ninguna prueba obra en el expediente.

Además, es llamativo que la Unión Temporal Obrar Dalet y su garante, al solicitar la prueba de informe relacionada con el estado de ejecución del mencionado contrato, nada manifestaron en relación con el supuesto conflicto de intereses y también guardaron silencio en cuanto al decreto ordenado por el Idartes para que ese informe fuera presentado por el interventor. Incluso, el expediente sancionatorio contractual da cuenta de que, una vez presentado el informe por la firma interventora, la Unión

⁹ Sentencia C-563 de 1998, Magistrados ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz

¹⁰ Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 254151 de 2022 con Radicado No.: 20226000254151 del 14 de julio 2022

¹¹ Aplicable por remisión normativa expresa del Artículo 40 de la Ley 1437 de 2011

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

Temporal y el garante solicitaron aclaraciones de dicho informe y nada expresaron sobre la supuesta incursión de aquel en un eventual conflicto de intereses.

En otras palabras, la conducta procesal de los apoderados no corresponde a la exigida a un sujeto procesal cuando advierte la posible configuración de un conflicto de intereses, pues nótese que la argumentación sobre la cual sustentaron la nulidad recae en el hecho de que el interventor fue quien elaboró los diseños y estudios de la intervención de obra del Teatro San Jorge y aquello corresponde a un hecho que fue conocido por ellos desde antes de la apertura del presente trámite sancionatorio contractual.

Por otra parte, en relación con el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, el conflicto de intereses es predicable del servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas. Respecto del proceso sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se tiene que el servidor público competente para adelantar la audiencia respectiva es el representante legal de la entidad o su delegado.

En el caso que nos ocupa, la Resolución No. 543 de 2020¹², modificada por la resolución No. 031 de 2021, delegó la ordenación del gasto del Idartes, entre otros, en cabeza de la Subdirectora Administrativa y Financiera quien ostenta la competencia para decidir en la presente actuación.

Tal como quedó expuesto anteriormente, el interventor no ostenta la calidad de servidor público, no desarrolla funciones públicas, no tiene competencia para sustanciar o adelantar la presente actuación administrativa y mucho menos adopta decisiones al respecto, por lo que su participación en el presente proceso se limitó al cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Así las cosas, tenemos las siguientes conclusiones para considerar improcedente la solicitud de nulidad sustentada en el supuesto conflicto de intereses alegado por los apoderados del contratista y el garante:

i) La solicitud de nulidad está basada en unos supuestos y juicios de valor subjetivos de las pruebas aportadas, puesto que ninguna demuestra un interés particular por parte del interventor que se anteponga al interés general. Por el contrario, los informes y las aclaraciones presentados por el interventor, que obran en la actuación, fueron el resultado del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Interventoría 1725 de 2021 y es evidente el análisis objetivo e imparcial de las circunstancias fácticas y jurídicas en las que se produjo el incumplimiento.

ii) Los apoderados pasaron por alto que el servidor público competente para decidir la presente actuación administrativa sancionatoria contractual es la Subdirectora Administrativa y Financiera en uso de las facultades legales y reglamentarias, en especial las conferidas por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 1082 de 2015 y la Resolución No. 543 de 2020¹³, modificada por la resolución N°031 de 2021, así como la Resolución de Nombramiento No. 1485 del 23 de noviembre de 2022, en su calidad de ordenadora del gasto y con fundamento en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

En pocas palabras, no se cumple el supuesto establecido en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, pues el interventor no tiene la competencia de sustanciar o adelantar la presente actuación administrativa sancionatoria contractual, como ya quedó expuesto.

¹² Por la cual se dispone y reglamenta la Delegación de la ordenación del gasto, el pago y la contratación en el Instituto Distrital de las Artes - IDARTES y se derogan y derogan unas resoluciones. Modificada por la Resolución 031 de 2021

¹³ Por la cual se dispone y reglamenta la Delegación de la ordenación del gasto, el pago y la contratación en el Instituto Distrital de las Artes - IDARTES y se derogan y derogan unas resoluciones. Modificada por la Resolución 031 de 2021

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

Todo lo anterior, tiene su sustento en norma de superior jerarquía, tal y como lo contempla la Constitución Política que en su artículo 123 que establece lo siguiente:

“Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio” (Énfasis nuestro)

Así mismo, resulta relevante mencionar que, en la Sentencia del 26 de julio de 2018, el Consejo de Estado señaló lo siguiente en torno a este aspecto:

“El Constituyente Primario utilizó de forma general el concepto de «servidor público» para comprender a todas las personas naturales que tienen una relación laboral con el Estado, y trabajan a su servicio para efectos de asegurar el cumplimiento de sus fines constitucionales. para referirse a ellos en forma genérica la Carta también emplea la expresión «funcionarios», tal como se evidencia en los artículos 118, 125, 135, 178, 179, 180, 189, 201, 208, 214, 235, 249, 253, 255, 256, 257, 260, 268, 277, 278, 279, 292, 300, 313, 315 y 354.” Siendo claro que la interventoría está en cabeza de un Consorcio que por su estructura no tiene la condición de una persona jurídica, pero tampoco se puede entender como una persona natural a la cual se le pudiera endilgar una responsabilidad de tipo disciplinario, habida cuenta que las conductas disciplinables, bajo la premisa que la ley 1952 de 2019, señala sobre el particular, disposiciones que no se pueden considerar en un único contexto sino en el marco de las normas que regulan la actividad de los interventores”.

Así las cosas, el Interventor tenía y tiene una obligación de informar a la entidad sobre el incumplimiento del contrato, con hechos y acciones documentadas, porque el no hacerlo le acarrea consecuencias. Contrario a lo sostenido por los apoderados de la Unión Temporal y la sociedad garante, la actuación de la interventoría coincide con el interés general previsto en el Artículo 3o de la Ley 80 de 1993 y ejecuta las obligaciones legales impuestas al interventor en el Artículo 84 de la Ley 1474 de 2011.

En consecuencia, la nulidad propuesta por presunto conflicto de intereses, carece de fundamento y no está llamada a prosperar.

5.2. Pronunciamiento de los argumentos de los recursos de reposición presentados por la Unión Temporal Obrar Dalet y su garante

La ordenadora del gasto encuentra que los recursos fueron interpuestos y sustentados en el término dispuesto, de lo cual consta en la grabación de la sesión y el documento físico enviado por trazabilidad de correo electrónico notificacionesjudiciales@idartes.gov.co por el apoderado de la Unión Temporal.

Según los argumentos expuestos por los apoderados de la contratista y su garante, las pruebas no fueron valoradas de manera correcta. Para tal efecto, indicaron algunas situaciones que, según su apreciación, no fueron tenidas en cuenta al momento de encontrar probado el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Unión Temporal Obrar- Dalet y sobre las que es necesario hacer las siguientes precisiones:

i) El hecho de que la Unión Temporal Obrar Dalet se comprometió a adelantar las acciones con el fin de aumentar el porcentaje de la ejecución, con el fin de que el Idartes evaluara la posibilidad de modificar la forma de pago no la exime del cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo.

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

Está acreditado que la Unión Temporal decidió presentar el desistimiento de la solicitud de conciliación. Además, después de 3 meses de la modificación No. 3, la contratista no adelantó las acciones tendientes a cumplir con el compromiso de aumentar el porcentaje de la ejecución y, por el contrario, este ha venido disminuyendo en forma considerable. Por esa razón, la interventoría presentó un informe de presunto incumplimiento y, en consecuencia, de conformidad con el Artículo 86 de la Ley 1476 de 2011, el Idartes inició la presente actuación administrativa sancionatoria contractual.

ii) La modificación a la forma de pago que fue señalada en los recursos de reposición estaba sometida, primero, a la evaluación de viabilidad por parte del Idartes y, segundo, su aceptación o adopción no facultaba a la contratista para incumplir con el cronograma establecido.

Además, la Modificación No. 3 del contrato no estaba dirigida a la subsanación del incumplimiento del cronograma por parte de la Unión Temporal Obrar Dalet.

iii) La Unión Temporal Obrar Dalet no puede pretender que el cronograma aprobado esté dirigido a subsanar los incumplimientos en los que ha incurrido. Además, está suficientemente demostrado que el atraso en las actividades objeto de esta actuación se derivó de la falta de personal en la obra.

iv) Los apoderados de la contratista y del garante no se refirieron a las múltiples solicitudes por parte del interventor en aumentar el personal en la obra para que el porcentaje de ejecución correspondiera al esperado. Tan sólo, se limitaron a referirse el porcentaje de avance en la obra plasmado en las actas, sin embargo, omitieron que el objeto de esta actuación no recae sobre el porcentaje de avance en la totalidad del proyecto sino a aquellas actividades que la Unión Temporal Obrar Dalet ha dejado de ejecutar y que, según el cronograma de obra, deberían estar finalizadas.

Ahora bien, del análisis de lo plasmado en los recursos, se evidencia que:

a) La Unión Temporal no negó el atraso de la programación establecida para la estructura metálica.

b) En la diligencia, el representante legal reconoció que no había realizado los aportes a la seguridad social en el término establecido y, simplemente, se justificó en que esta situación no implicaba una desafiliación de manera inmediata.

Sin embargo, el hecho de que el representante legal alegue un supuesto desequilibrio económico, -el cual no ha sido acreditado por la contratista- no lo excusa de incumplir las actividades establecidas en el cronograma de obra ni lo exime de pagar de forma oportuna los aportes de sus trabajadores a la seguridad social. No hay cláusula o norma en la que se pueda amparar la Unión Temporal Obrar Dalet para incurrir en el desconocimiento de esas obligaciones a su cargo.

Ahora bien, el apoderado de la contratista afirmó que es imposible que el representante legal tenga memoria o recuerde de cada uno de los documentos que obran en el proceso y que no le fueron puestas en conocimiento las actas. Al respecto, debe tenerse en cuenta que es una obligación prepararse para la declaración de parte que en el presente caso y que, incluso, fue una prueba solicitada por su propio abogado. Además, cada uno de los documentos que fueron objeto de interrogante, fueron puestos en conocimiento de la Unión Temporal Obrar Dalet a través de la citación que lo convocó a la audiencia establecida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Al representante legal no se le preguntó por situaciones ajenas al presente proceso y, por esa razón, una vez fue solicitada la prueba, aquel debía conocer los documentos y actas de comité que fueron relacionadas desde el informe de incumplimiento que presentó el interventor y fue puesto en su conocimiento. El interrogatorio de parte en una actuación administrativa sancionatoria se rige por las reglas establecidas en los artículos 198 y siguientes del Código General del Proceso¹⁴.

¹⁴ Ello en razón a la remisión normativa expresa contenida en el Artículo 40 de la Ley 1437 de 2011

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

Finalmente, el representante legal expuso las razones por las que él consideraba que la Unión Temporal Obrar Dalet había incumplido y esta subdirección las valoró. Sin embargo, no es procedente acogerlas, pues como se ha indicado el supuesto desequilibrio económico que alegó aquel y su apoderado y las modificaciones del contrato no lo exoneran del cumplimiento de las obligaciones con las que se comprometió al suscribir el Contrato No. 1645 de 2021. Atiéndase, además, que ninguna prueba fue allegada a esta actuación con la que se demostrara la existencia del supuesto desequilibrio económico propuesto por el abogado de la Unión Temporal como causal de justificación de su reconocido incumplimiento.

c) Al revisar los cronogramas de las modificaciones No. 2 y 3, se concluye que los ítems que son objeto del presente proceso administrativo sancionatorio contractual no fueron cumplidos y, de acuerdo con la ampliación del informe, la Unión Temporal Obrar Dalet aún no ha ejecutado lo establecido en las programaciones correspondientes a los dos modificatorios mencionados.

La presente actuación administrativa sancionatoria contractual consistió en establecer si con el cronograma aprobado la Unión Temporal Obrar Dalet incurrió en incumplimiento de las actividades relacionadas con la estructura metálica y las torres sur y norte. Por esa razón, no se acoge el argumento que reprocha la referencia a las fechas del Modificadorio No. 3, pues, incluso hay certeza y fueron reconocidas por el apoderado desde el escrito de descargos que aquellas son las que corresponden a la realidad actual del contrato y que hacen referencia a la versión 7.

d) A través de las actas de comité, se evidencia como ha sido requerido, en múltiples ocasiones, la Unión Temporal Obrar Dalet para: i) el aumento del personal para incrementar la ejecución de la obra y cumplir con el cronograma, ii) el cumplimiento de la programación en especial lo referido a la terminación de la estructura metálica y los ítems de las torres sur y norte, iii) la realización de las actividades previas a la terminación de la tramoya y el reforzamiento estructural de la parrilla y iv) el pago de los aportes a la seguridad social de los empleados de la contratista y el suministro de los elementos de seguridad para trabajos en alturas. Lo anterior no obsta para precisar que persisten incumplimientos respecto de las actividades previstas en la programación (Versión 7) del modificadorio 3, tal y como se colige de las actas de comité de obra que dan cuenta de su seguimiento.

e) De acuerdo con el Oficio No. 463-23-NVP-INT-SJ, el Consorcio NVP reiteró que una de las principales causas del atraso en las actividades de obra ha sido la falta de personal, como se había indicado en el informe de interventoría del 22 de junio de 2023, pues, entre otras situaciones, se han presentado huelgas de trabajadores por falta de pago; derivado de ello, se indicó que se ha bloqueado la obra en varias ocasiones.

Por último, contrario a lo expuesto en los recursos de reposición, la Subdirección sí realizó el análisis frente a la culpabilidad de la Unión Temporal Obrar Dalet.

En este punto, valga recordar que el artículo 1603 del Código Civil establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella. Así mismo, el artículo 1604 establece que *el deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve¹⁵ en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. (...) La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.*

¹⁵ Artículo 63 del Código Civil. <culpa y dolo>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

La doctrina ha indicado que: *de la inejecución o falta de pago hay que presumir la culpa del deudor, presunción que se destruye con la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor, así, el régimen probatorio general en materia de responsabilidad contractual exige al acreedor demandante la tarea de probar la existencia del contrato y de las obligaciones que de él se derivan (...) el acreedor no está obligado a probar la culpa del deudor, pues esta la presume la ley ante la demostración de incumplimiento del demandante*¹⁶.

Así mismo, la doctrina ha resaltado que para desvirtuar aquella presunción hay dos opciones y que se deberá demostrar fehacientemente alguna de ellas. *Tales defensas son la fuerza mayor o el caso fortuito, por una parte, y la prueba de la debida prudencia y diligencia, o ausencia de culpa, por la otra*¹⁷.

Para demostrar el segundo supuesto, *deberá elaborarse una lista de eventos que, según la experiencia, pueden haber dado lugar al incumplimiento y frente a cada una de estas causas hipotéticas deberá acreditarse que el deudor actuó o adoptó todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar su acaecimiento*¹⁸.

En ese orden de ideas, de acuerdo con el material probatorio recaudado y analizado en su integridad, se concluyó que no fueron demostradas situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o acreditada la debida prudencia y diligencia por parte de la Unión Temporal Obrar Dalet. Por el contrario, quedó probado que:

i) El contratista reconoció el incumplimiento de la estructura metálica y la omisión en pago de los aportes a la seguridad social. A su juicio, la estructura metálica no es una obra principal.

Así mismo, indicó que no habían sido desafiliados sus trabajadores por el no pago oportuno y en los términos previstos en la ley de los aportes al sistema de seguridad social. Además, que las veces que había sido requerido para el suministro de equipo de seguridad para las labores en alturas, se realizaba la entrega inmediata.

Nuevamente, se reitera que la Unión Temporal Obrar Dalet no puede ampararse para justificar su incumplimiento en que el contrato tuvo modificaciones, cuando no hay ninguna observación en el texto final aprobado. Además, no es acertado ampararse en un supuesto desequilibrio económico el cual no fue probado conforme con los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado. A lo anterior se suman los siguientes hechos que también encuentran respaldo probatorio en la presente actuación:

ii) El contratista reconoció que sí hubo un incumplimiento por no haber mantenido el personal necesario para la ejecución de la obra. Su justificación fue que para el mes de diciembre su personal salía de Bogotá y, por ese motivo, se justificaba el incumplimiento de esta obligación. Con ello se advierte que el contratista pretende desconocer que es el responsable de la obra y es quien debe garantizar su correcta ejecución.

iii) El contratista afirmó que sí se establecieron y ejecutaron planes de contingencia, no obstante, no se evidencia que, en realidad, aquellos hubiesen tenido incidencia en el incremento del porcentaje de la ejecución de la obra, especialmente, para el cumplimiento de los componentes objeto del presente proceso sancionatorio contractual.

¹⁶ R. Uribe Holguín, De las obligaciones y del contrato en general, cit, pág.153.

¹⁷ Edgar Cortés, La culpa contractual, editorial: Universidad Externado de Colombia, pág. 187.

¹⁸ J. Suescún Melo, derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, Página 216

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

Las medidas de contingencia debían surtir un efecto en la mora o retraso de la obra y, como quedó acreditado, no fue así, pues el porcentaje de ejecución no aumentó para que este estuviese conforme al cronograma. Además, las actividades objeto de esta actuación aún no están culminadas, pese a que el plazo límite para su realización expiró hace varios meses.

Nuevamente, se reitera que la Subdirección observa que la Unión Temporal Obrar Dalet no allegó ninguna prueba para acreditar que su actuación fue diligente, simplemente, se limitó a describir y narrar situaciones que resultan ajenas a la ejecución de los ítems que son objeto de esta actuación.

Una vez revisadas las pruebas, se concluye (i) que la Unión Temporal incurrió en el incumplimiento de las obligaciones relativas a la ejecución de las actividades relacionadas con la estructura metálica y las torres sur y norte de la obra, (ii) que el actuar de la Unión Temporal Obrar Dalet le es imputable, (iii) que existe una relación psíquica entre esta y el hecho descrito como infracción administrativa y (vi) que no se evidencia la existencia de supuestos fácticos ajenos a su conducta o hechos de terceros que excluyan la responsabilidad que le asiste en el incumplimiento de las obligaciones objeto de la presente actuación sancionatoria contractual.

Además, el presente proceso no tiene como fundamento reprochar una mala estructuración en el diseño del proyecto, entre otras cosas, porque más allá de tener como un argumento de defensa del contratista el exponer en algunos momentos que los planos fueron modificados, sobre el asunto está demostrado que solo se ajustó lo que se requirió y que se encuentra soportado en toda la prueba documental que se tuvo en cuenta a solicitud del apoderado de la Unión Temporal, de lo que se puede colegir que esta no es la causa del atraso en la ejecución del contrato.

Tan sólo, en el incumplimiento de las obligaciones relacionadas y documentadas en el informe que soportó la citación a audiencia, con las aclaraciones y anotaciones pertinentes, en lo que refiere a la garantía de personal requerido para el cumplimiento del cronograma establecido en la modificaciones Nos. 2 y 3 del Contrato 1645-2021, para la ejecución de los componentes de la obra establecidos principalmente, i) la estructura metálica ubicada en el sector del escenario y ii) torres sur y norte.

Así mismo, la ejecución en la fecha de las actividades previas a la terminación de tramoya y del reforzamiento estructural de la parrilla pactadas en las actas de comité. Así mismo, la ausencia del plan de contingencia que fue solicitado por la Interventoría Consorcio NVP. Por último, la omisión en el pago de los aportes al sistema de seguridad social, además, desconocimiento de los requisitos para el trabajo en alturas y seguridad industrial.

Ahora bien, lo expuesto por el apoderado de la aseguradora en su recurso acerca de que el acto administrativo por el cual se resolvió la audiencia y declaró el incumplimiento y el siniestro de la póliza, adolece de falta de motivación, no es compartido por esta entidad. Lo anterior, porque la referida resolución no fue expedida bajo supuestos inciertos o caprichosos y las consideraciones fácticas obedecen a la realidad probada respecto del incumplimiento de obligaciones contractuales a cargo de la Unión Temporal Obrar- Dalet. Las críticas en este punto hechas por el apoderado de la sociedad aseguradora corresponden a su visión subjetiva que, aunque respetable, se aleja de la realidad y de lo acreditado en esta actuación sancionatoria contractual.

Por lo anterior, el acto objeto de recurso no fue ilegal como pretendió definirlo el apoderado de la aseguradora, y en el mismo, justamente, se invocó el amparo de cumplimiento contenido en la garantía única de cumplimiento expedida por parte de Seguros del Estado. En la decisión recurrida se plasmaron como fundamento las razones de hecho y de derecho que sin duda alguna tienen íntima correlación con el presunto incumplimiento y con la realidad fáctica que rodeó la ejecución del contrato. En ese sentido, quedó demostrado el incumplimiento y con suficiencia se acreditó la imputabilidad de la responsabilidad atribuida al contratista.

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

Por ello, probado el incumplimiento y la imputabilidad de ese hecho al contratista, se acreditó la existencia del siniestro amparado por la garantía única de cumplimiento de la que es asegurado el Idartes, por lo que le asiste a la compañía aseguradora responder a la entidad ante la afectación de la póliza en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Los medios de prueba recaudados en esta actuación sí demuestran el incumplimiento y la imputabilidad en cabeza del contratista, y en consecuencia lo aducido por el apoderado de la Unión Temporal y el apoderado del garante, no tiene asiento para desvirtuar lo que está probado en el presente proceso y no permite divagación o duda con la que se pretenda sostener una presunta falsa motivación del acto administrativo recurrido.

5.3. Sobre la tasación y graduación de la multa

Contrario a lo afirmado en los recursos de reposición, la Subdirección Administrativa y Financiera tuvo en cuenta el informe actualizado al 18 de septiembre de 2023, entregado por el Consorcio NVP. En ese documento se indicó que el Contrato de Obra No. 1645 de 2021 tiene programado un porcentaje de obra del 55,93%. No obstante, el porcentaje real de obra ejecutado corresponde al 38,92%. Por lo anterior, está evidenciado que la ejecución del mencionado contrato para la fecha señalada presentó un atraso del 17,01%.

Conviene precisar que el informe actualizado fue incorporado a la presente actuación como prueba por solicitud del apoderado de la Unión Temporal Obrar - Dalet y por ello sirve de referente para hacer el análisis en torno a la tasación de la multa conforme al principio de proporcionalidad como se indicó. Ello sin perjuicio de que, a la fecha del presente acto administrativo, el porcentaje de atraso en la ejecución de la obra sea mayor.

El monto establecido como multa en la decisión recurrida frente al incumplimiento acreditado resulta proporcional si se tiene en cuenta que del 100% que se pactó en el contrato como tope máximo para su imposición, lo determinado como multa correspondió al 17.01% del referido monto. Además, el valor de la multa tiene correlación con el incumplimiento principal probado en esta actuación que corresponde al porcentaje de atraso de las fechas establecidas en la programación sobre la cual se ha hizo referencia en la resolución recurrida y en el presente acto, en relación con los ítems de la estructura metálica, los trabajos de las torres sur y norte, y demás actividades que registran atraso de cara al vencimiento del plazo del contrato pactado por las partes para el próximo 30 de noviembre.

Como se indicó en la Resolución 1473 de 2023, el valor total del Contrato de Obra No. 1645 de 2021 asciende a la suma de **CATORCE MIL VEINTICUATRO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA PESOS (\$14.024.672.830)** y el monto máximo para la imposición de multas al valor de **DOS MIL OCHOCIENTOS CUATRO MILLONES, NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$2.804.934.566)**. Por esa razón, en aplicación del principio de proporcionalidad, fue fijado el monto de la multa en **CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CIENTO DIECINUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA PESOS M/CTE. (\$477.119.370)** de acuerdo con la fórmula en esa misma decisión indicada.

Por lo anteriormente expuesto, la entidad se mantendrá en la decisión en lo que corresponde a la tasación de la multa. No obstante, debe anotarse que respecto de la solicitud formulada por el apoderado de la contratista, en cuanto ha de ser necesario tasar la prueba con sustento en el incumplimiento relacionado con la estructura metálica, no es de recibo por esta entidad, en razón a que el criterio que se analizó para determinar el porcentaje de la multa y su tasación justamente obedeció al porcentaje de atraso en el periodo objeto del presente trámite sancionatorio contractual.

En mérito de lo expuesto,

RESOLUCIÓN No. 1527

(17 de octubre de 2023)

“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de nulidad y los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 1473 del 9 de octubre de 2023 expedida en el trámite del procedimiento sancionatorio contractual en contra de la Unión Temporal Obrar Dalet”

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Negar la solicitud de nulidad elevada por la Unión Temporal Obrar Dalet y coadyuvada en la audiencia por el apoderado de Seguros del Estado S.A. por los argumentos plasmados en esta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Confirmar en todas sus partes la Resolución No 1473 de 2023 por las razones expuestas en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar en estrados la presente resolución a la Unión Temporal Obrar Dalet, a Seguros del Estado S.A. y a sus apoderados, de conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, haciéndole saber a la contratista y al garante que contra la presente decisión administrativa no proceden recursos.

ARTÍCULO CUARTO: Comunicar la decisión adoptada a las dependencias encargadas de atender el cumplimiento de este acto administrativo y remitir copia de ella a las autoridades e instancias previstas en la ley y citadas en la Resolución No 1473 de 2023.

ARTÍCULO QUINTO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su ejecutoria.

Dada en Bogotá, a los 17 – Oct – 2023

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE



LILIANA MORALES ORTIZ

Subdirectora Administrativa y Financiera
Instituto Distrital de las Artes - Idartes

El presente acto administrativo ha sido proyectado, revisado y validado telemáticamente y vía correo electrónico como se indica en el siguiente recuadro:		
Ajustó y revisó	Stephany Johanna Ñañez – Profesional Especializado - Oficina Asesora Jurídica	
Revisó	Germán Alberto Bonilla Grisales – Contratista Subdirección Administrativa y Financiera	
Aportó información y revisó	Marco Alejandro Chavistad Penagos – Contratista Subdirección Administrativa y Financiera	
Aportó información y revisó	Antonio José Fuertes Chaparro – Contratista Subdirección Administrativa y Financiera	
Ajustó y revisó	Fermer Albeiro Rubio Diaz - Contratista Oficina Asesora Jurídica	
Ajustó y revisó	Julieta Vence Mendoza – Contratista Oficina Asesora Jurídica	
Ajustó y revisó	Diego Eduardo Beltrán Hernández – Contratista Oficina Asesora Jurídica	
Ajustó y revisó	Jairo Ramírez Cruz – Contratista Oficina Asesora Jurídica	
Ajustó y revisó	Cristian Camilo Correa – Profesional Universitario - Oficina Asesora Jurídica)	
Ajustó y revisó	Sandra Margoth Vélez Abello – Jefe Oficina Asesora Jurídica	
Proyectó	Juan José Gómez Uruña – Contratista Asesor Dirección General	