

## MEMORANDO

Referencia: OAJ-140

Fecha: 01 de noviembre de 2017

PARA: LUIS ALEJANDRO ARAGÓN GARIBELLO  
Gerente de Intervención

DE: Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Alcance Respuesta solicitud concepto 20170116004350  
Tema: Posesión de obras.

Respetado Ingeniero Aragón:

Esta Oficina Asesora recibió el memorando del asunto, a través del cual la Gerencia de Intervención solicita concepto *"sobre la pertinencia de atender por parte de la Entidad, las solicitudes ciudadanas que se refieren a culminación o inicio de actividades relacionadas a los CIV' s del contrato de obra mencionado"*, en relación con el contrato de obra 362 de 2015, al cual se dio respuesta a través de memorando de 16 de mayo de 2017, teniendo en cuenta las solicitudes presentadas por la ciudadanía de los sectores afectados y los órganos de control administrativo y político, la Oficina Asesora Jurídica da alcance al concepto emitido y ya citado, en los siguientes términos:

### I. ANTECEDENTES

El Acuerdo 257 de 2006, expedido por el Concejo de Bogotá, D. C., *"Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones"*, Artículo 109. "Naturaleza jurídica, objeto y funciones básicas de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial. La Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial está organizada como una Unidad Administrativa Especial del orden distrital del Sector Descentralizado, de carácter

técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita a la Secretaría Distrital de Movilidad.

Tiene por objeto programar y ejecutar las obras necesarias para garantizar rehabilitación y el mantenimiento periódico de la malla vial local; así como la atención inmediata de todo el subsistema de la malla vial cuando se presenten situaciones imprevistas que dificulten la movilidad en el Distrito Capital.”

La Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial tiene las siguientes funciones básicas: **a.** Programar y ejecutar los planes y proyectos de rehabilitación y mantenimiento de la malla vial local. **b.** Suministrar la información para mantener actualizado el Sistema de Gestión de la Malla Vial del Distrito Capital, con toda la información de las acciones que se ejecuten. **c.** Programar y ejecutar las acciones de mantenimiento y aquellas que sean necesarias para atender las situaciones imprevistas que dificulten la movilidad en la red vial de la ciudad. **d.** Atender la construcción y desarrollo de obras específicas que se requieran para complementar la acción de otros organismos y entidades como la Secretaría de Ambiente y el Fondo de Prevención y Atención de Emergencias - FOPAE o quienes hagan sus veces. **Parágrafo.** Respecto de vías locales que soporten circuitos de transporte público colectivo y el resto de la malla vial se aplicará el literal c).”

En el mismo sentido, el Acuerdo 10 de 2010 expedido por el Consejo Directivo de la Entidad "por el cual se reforman los estatutos de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial del Distrito Capital", señaló en su artículo 2º: "(...) ARTÍCULO 2.- OBJETO. - La Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, tiene por objeto programar y ejecutar las obras necesarias para garantizar la rehabilitación y el mantenimiento periódico de la malla vial local, así como la atención del mantenimiento periódico de todo el subsistema de la malla vial cuando se presenten situaciones imprevistas que dificulten la movilidad en el Distrito Capital. (...)”.

Igualmente, en el artículo 3º, se establecen las funciones de la UAEMRV, el cual señala, entre otras: "(...) 1) Programar y ejecutar los planes, programas y proyectos de rehabilitación y mantenimiento periódico de la Malla Vial Local. (...)”.

En cumplimiento del objeto misional, la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial dio apertura a la Licitación Pública No. 02 de 2015, cuyo objeto fue: "(...) OBRAS DE MANTENIMIENTO Y REHABILITACIÓN PARA LA

CONSERVACIÓN DE LA MALLA VIAL LOCAL, QUE PERMITA COMPLEMENTAR LA EJECUCIÓN MISIONAL DE LA UAERMV EN LOS PROGRAMAS Y PROYECTOS QUE SE ENCUENTRAN A CARGO DE LA ENTIDAD, PARA LOS GRUPOS 1, 2, 3, 4 Y 5, EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C. (...)"

Del proceso de licitación previamente enunciado, resultó el contrato de obra No. 362 de 2015, el cual tenía por objeto la ejecución para el Grupo 1; inició su ejecución el Nueve (9) de noviembre de Dos Mil Quince (2015). Como requerimiento para la suscripción del acta de inicio, se presentó por el contratista de obra, el respectivo cronograma de ejecución de actividades.

Según consta en el expediente contractual, mediante radicado 20160116011612 del 17 de junio de 2016 se presentó a la Secretaría General, solicitud de inicio de procedimiento administrativo sancionatorio – imposición de clausula penal al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL, en el marco del contrato No. 362 – 2015, para esto el interventor del contrato PROJEKTA LIMITADA INGENIEROS CONSULTORES presentó informe detallado y actualizado de los posibles incumplimientos imputables al contratista CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL.

Conforme a solicitud de la Secretaría General, el Coordinador Técnico del Contrato MAURICIO DUCÓN dio alcance a la solicitud, con memorando No. 20160116012653 del 6 de julio de 2016, a partir de los cuales, la Secretaría General dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, citando a audiencia al contratista CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL y a su garante SEGUROS DEL ESTADO S.A.

El proceso se ha venido surtiendo conforme a derecho, de acuerdo con las etapas propias del mismo y las garantías procesales del CPACA y del Código General del Proceso, sin que el mismo haya culminado.

El contratista Consorcio Infraestructura Vial, presentó solicitud de conciliación prejudicial con fines de acción de controversias contractuales, la cual fue sometida a Comité de Conciliación de la Entidad, considerándose improcedente presentar fórmula de arreglo. Consecuentemente el Consorcio Infraestructura Vial, a través de su apoderado instauró acción de controversias contractuales, demanda que ya fue admitida y contestada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, radicado 25000-2336-000-2017-00314-00, en cuantía estimada de \$520.727.861,20, donde se

solicita declarar el incumplimiento por parte de la UAERMV, declarar el desequilibrio económico atribuible a esta entidad, solicitando en consecuencia se liquide el contrato y se reconozcan los perjuicios a favor del contratista.

## II. REFERENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

- Constitución Política.
- Código Civil.
- Ley 80 de 1993.
- Ley 1150 de 2007.
- Ley 1474 de 2011
- Acuerdo 257 de 2006.
- Acuerdo 010 de 2010.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación 25000-23-26-000-2001-02118-01 (25199) del 28 de febrero de 2013.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552) del 22 de julio de 2009.

## III. CONSIDERACIONES

En relación con la procedencia del proceso de toma de posesión contemplado en la Cláusula Décima – Obligaciones del Contratista, Obligaciones de la Fase de Ejecución de Obras – Obligaciones del Componente Técnico, numeral 28 del Contrato 362 de 2015 suscrito con el **CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL** y ante la demanda administrativa presentada por el mismo contratista en contra de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, se deben tener en cuenta las siguientes consideraciones de orden jurídico:

En primer lugar, es preciso tener presente que el contrato celebrado constituye la primera fuente de obligaciones y derechos entre las partes, es decir la UAERMV y el contratista, por lo que ante cualquier controversia deberá acudir, en primer lugar, a lo dispuesto en sus cláusulas, como quiera que las mismas fueron aceptadas por las partes en ejercicio de la autonomía que les asistía cuando celebraron el contrato.

De conformidad con lo anterior, debe observarse que el numeral 28 de la cláusula 10° del Contrato 362 de 2015 señala que: *“En el evento en que la UAERMV deba tomar posesión de las obras, por incumplimiento y/o abandono de las mismas por parte del Contratista, o por renuencia de este para su entrega, la UAERMV –sin necesidad de acto administrativo que lo ordene- citará con la debida antelación al Contratista para que conjuntamente con la Interventoría, el Área Coordinadora del Contrato, el Garante y el Coasegurador, si lo hay, proceda a efectuar una visita de verificación de las obras, de la cual se levantará un acta en el formato de Acta de Recibo Final de Obra, donde se plasmará esta circunstancia, el estado de las obras, las anotaciones y salvedades a que haya lugar, anexando los soportes respectivos. Si el Contratista no comparece, o se niega a suscribir la citada acta, la UAERMV tomará posesión de las obras, dejando constancia de ello en la misma acta la cual se tendrá para todos los efectos como el Acta de Recibo Final de Obra.”* Esta obligación constituye pues, el trámite o procedimiento a seguir ante el incumplimiento del Contratista frente a las obras encomendadas en el contrato.

Por su parte, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 – Estatuto Anticorrupción, definió el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, para lo cual señaló en su literal a) que bastará con evidenciarse por parte de la Entidad un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista para citarlo a audiencia para debatir lo ocurrido, dando con ello inicio al proceso sancionatorio correspondiente.

Como se ve, el inicio del proceso sancionatorio por parte de la entidad estatal supone la existencia de un incumplimiento a cargo del contratista, cuyo trámite se encuentra contenido en una norma especial a la cual debe remitirse la entidad pública cuando tal situación se presente, por lo que, existiendo una cláusula en el contrato que prevé la toma de posesión, y una norma de orden legal que señala el trámite a seguirse ante un incumplimiento por parte del contratista, resulta claro el camino que debe seguir la entidad frente al mismo, el cual es adelantar la toma de posesión y continuar con el proceso de incumplimiento previsto en la ley.

Ahora bien, en cuanto a la demanda administrativa presentada por el contratista, esta corresponde a otra esfera procedimental. Es preciso tener en cuenta que, para poder solicitar ante un juez la declaratoria del incumplimiento de una parte, la parte demandante a su vez debe acreditar que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que pueda exigir el cumplimiento de las de su contratante.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, mediante Radicación 25000-23-26-000-2001-02118-01 (25199) del 28 de febrero de 2013, señaló que *"El artículo 60 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación y así mismo establece que "También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar", de modo que "En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo". (...) Por ello, constituye un negocio jurídico que debe ser suscrito en principio de común acuerdo por ellas, a través de sus representantes legales y sólo a falta de tal acuerdo, deberá proceder la entidad a liquidarlo en forma unilateral a través de un acto administrativo y si ésta no la hace, puede acudir ante el juez del contrato, quien deberá definir las prestaciones mutuas entre los contratantes. (...) si el contratista eleva reclamaciones durante la ejecución del contrato, existe el mecanismo legal para acceder a tal solicitud en caso de que la entidad la considere pertinente y ajustada a la realidad de la ejecución contractual y no es otro que el de la liquidación del contrato, como lo tiene sentado la jurisprudencia."*

Como puede verse, si bien el contratista puede iniciar acciones de carácter contencioso frente al contrato celebrado, el contrato mismo cuenta con acciones propias para resolver las controversias que durante su ejecución se presenten, las cuales se encuentran contenidas, en este caso, en la Cláusula 23 del contrato y que según el Estatuto Contractual comprenden, incluso, la liquidación del contrato.



En la misma dirección, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente en Radicado 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552) del 22 de julio de 2009: *"El contrato, como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda", consagrado positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales, (...) la jurisprudencia de la Sala ha precisado lo siguiente: (i) La aplicación restringida del artículo 1546 del Código Civil que establece la condición resolutoria tácita en relación con los contratos estatales presenta algunas modificaciones, dado que según se desprende del artículo 87 del C.C.A. una de las pretensiones del contencioso contractual es que se declare el incumplimiento del contrato y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, lo que significa -se dice- que no está prevista la acción de cumplimiento, esto es, orientada a que ante el incumplimiento de la entidad pública o del contratista de las obligaciones contractuales a su cargo, pueda exigírseles que las cumpla o que el juez ordene la ejecución del contrato, pues en el primero de los casos se está frente a una responsabilidad contractual y cabe que se ordene a la administración reconocer y pagar los perjuicios y en el segundo, existen las medidas coercitivas y las potestades sancionatorias atribuidas a la administración para asegurar la ejecución del contrato. (ii) Se permite con un tratamiento restringido la exceptio non adimpleti contractus (art. 1609 del C.C.), como regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes y que resulta aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pero que, en aras de armonizar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, no tiene el alcance amplio de que goza en la contratación entre particulares, sino que en el contencioso administrativo contractual está limitada únicamente a aquellos eventos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones. Por eso, del artículo 1609 del C.C. antes mencionado se extrae la regla en virtud de la cual no es permitido ni admisible*

que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho, en tanto que sería injusto permitir o patrocinar que quien no ha cumplido las obligaciones que correlativamente asumió, pudiera reclamar del otro que tampoco ha cumplido lo acordado."

Por todo lo anterior, frente a la solicitud de concepto presentada por la Gerencia de Intervención de la UAERMV y el presente alcance, debe decirse que en atención a las cláusulas del contrato analizadas y a la jurisprudencia señalada, la entidad puede proceder con el proceso de toma de posesión de las obras contemplado en la cláusula antes referida, al tiempo que continúa con el proceso administrativo de declaratoria de incumplimiento respecto de la interventoría y por otro lado atendiendo de manera ordinaria el proceso judicial iniciado con la presentación de la demanda por cuenta del contratista, sin que ello implique la renuncia por la Unidad administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial a las prerrogativas que en el contrato se pactaron ante el incumplimiento del mismo por parte del contratista.

Lo anterior, considerando que uno es el trámite contractual de las situaciones presentadas durante el contrato, para las cuales existe un trámite establecido por la ley y por el contrato mismo, y otro es el trámite jurisdiccional iniciado por el contratista con la presentación de la demanda, frente al cual la entidad deberá dar respuesta en los términos de ley y será el juez quien determine las acciones que en cabeza de la UAERMV deban adoptarse producto de la demanda en curso.

#### **IV. CONCLUSION**

Como se ha expuesto, es posible la toma de posesión de las obras por parte de la UAERMV, con estricta sujeción al procedimiento establecido en el subnumeral 28 de las obligaciones específicas en el marco del componente técnico, el cual señala que: *"En el evento en que la UAERMV deba tomar posesión de las obras, por incumplimiento y/o abandono de las mismas por parte del Contratista, o por renuencia de este para su entrega, la UAERMV –sin necesidad de acto administrativo que lo ordene- citará con la debida antelación al Contratista para que conjuntamente con la Interventoría, el Área Coordinadora del Contrato, el Garante y el Coasegurador, si lo hay, proceda a efectuar una visita de verificación de las obras, de la cual se*





20171403000223


01-11-2017

*levantará un acta en el formato de Acta de Recibo Final de Obra, donde se plasmará esta circunstancia, el estado de las obras, las anotaciones y salvedades a que haya lugar, anexando los soportes respectivos. Si el Contratista no comparece, o se niega a suscribir la citada acta, la UAERMV tomará posesión de las obras, dejando constancia de ello en la misma acta la cual se tendrá para todos los efectos como el Acta de Recibo Final de Obra.*

Así mismo, se recomienda dejar las respectivas constancias de invitación a la visita de verificación, remitidas por correo certificado con las respectivas constancias de entrega a efectos de registrar de manera detallada la trazabilidad de las mismas y la verificación de la notificación a todos los intervinientes, además de realizar un registro fílmico y fotográfico de cada segmento vial con el que se proceda.

Bogotá Mejor Para Todos

Cordialmente,



**MARCELA ROCIO MÁRQUEZ ARENAS**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica

cc: Ing. Giacomo Marcenaro Jiménez. Subdirector Técnico de Producción e Intervención.  
Proyectó: Luz Dary Castañeda Hernández – Contratista OAJ 