

Señores

JUZGADO TREINTA Y OCHO (38) ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ

SECCION TERCERA

Honorable Juez

ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE

E. S. D.

RADICACIÓN: 110013336038202100168-00

MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

DEMANDANTE: JOYCO SAS

DEMANDADO: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU

REF: Contestación demanda.

Honorable Juez;

RICARDO HERRERA URREGO, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado civil y profesionalmente con la cédula de ciudadanía No. 79.311.191 de Btá, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 139.430 del C.S.J., obrando como apoderado del **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** - establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., creado por el Acuerdo 19 de 1972 del Consejo de esta ciudad de conformidad con el poder que se adjuntó con el recurso de reposición, acudo a su despacho encontrándome dentro del término legal para dar contestación a la demanda en los siguientes términos, teniendo como antecedente lo informado y aportado por el área técnica supervisora del contrato IDU –La Dirección Técnica de Conservación de la Infraestructura (DTCI) - y por la Dirección Técnica de Gestión Contractual (DTGC) así:

1

I. ESPECIFICACIONES DE LA PARTE DEMANDADA

Respecto de la entidad que represento, señalo que el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU – identificado con Nit 899.999.081-6, es un establecimiento público del orden distrital creado mediante el Acuerdo 19 de 1972, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, representado actual y legalmente por el Doctor Diego Sánchez Fonseca y cuyo domicilio se encuentra ubicado en la Calle 22 No. 6 – 27 de esta ciudad.

La representación judicial del IDU, actualmente la ejerce el Director Técnico de Gestión Judicial Doctor Carlos Francisco Ramírez Cárdenas, según resolución de nombramiento número 2498 de 4 de marzo de 2020 y con Acta de Posesión No 44 de 10 de marzo de 2020, establecimiento público del orden Distrital creado mediante Acuerdo 19 de 1972 del Concejo de Bogotá, D.C., en virtud de la delegación de funciones señaladas en los Acuerdos 001 del 25 de enero de 2017 y 006 del 28 de septiembre de 2021 expedidos por el Consejo Directivo y en especial las asignadas, mediante resolución 5984 del 4 de noviembre de 2021, por la cual se delegan funciones en los Subdirectores Generales, Directores y Subdirectores Técnicos del IDU, expedida por la Dirección General.

II. FRENTE A LOS HECHOS

Con relación a los hechos de la demanda, es menester mencionar que nos pronunciaremos frente a los hechos y argumentos relacionados directamente con la pretensión de nulidad de las Resoluciones 000428 de 2019 y la 001304 de 2019 de acuerdo y en consonancia con el auto admisorio proferido por su honorable despacho, relacionadas con el contrato de interventoría IDU No.1571 de 2017 suscrito entre el IDU y JOYCO SAS.

En consecuencia, el debate procesal deberá girar en torno a la presunción de legalidad de los actos administrativos atacados y la demostración por la parte actora de que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Asimismo, respecto de los hechos de la demanda, los mismos deben ser una descripción integral de las circunstancias fácticas que generan el conflicto de intereses y la posición de la parte demandante frente a él. De tal manera que su reemplazo por remisión a documentos u otras actuaciones o la transcripción literal de aquellos o su impresión digital en el texto de la demanda, no suple tal deber y el rigor técnico jurídico que debe contener la exposición de los hechos de la demanda.

Así las cosas, desde esta premisa doy respuesta al acápite de hechos presentados en el escrito de la demanda, de conformidad con lo señalado en el artículo 96 del C.G.P., en el orden planteado por la parte activa y en consonancia con lo informado y aportado por la DTGI Y DTGC del IDU, en los siguientes términos:

1. Es Parcialmente cierto. Se aclara que es Concurso de Méritos, no es una Licitación Pública.

2. Se admite.

3. Se admite.

4. Se admite parcialmente. Toda vez que mediante la citación con radicado No. 20184350906511 del diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), El Subdirector General de Infraestructura del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, también señaló claramente los presuntos incumplimientos del contratista con hechos y omisiones, normas y cláusulas contractuales transgredidas, tasación de perjuicios y las posibles sanciones a aplicar, todo ello en cumplimiento de mandatos legales sobre la materia.

5. Se admite. El 4 de febrero de 2019 el Subdirector General de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, profirió y notifico la Resolución 000428 de 2019 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DENTRO DEL CONTRATO IDU No. 1571 DE 2017”.

6. No se admite. Lo anterior toda vez que los incumplimientos señalados en la resolución 000428 de 2019 fueron muchos más de los señalados por la parte actora:

3

EN BLANCO

No.	INCUMPLIMIENTO	ESTADO
1	PRESUNTO INCUMPLIMIENTO POR LA NO RADICACIÓN, ENTREGA OPORTUNA, ATENCIÓN DE OBSERVACIONES EFECTUADAS POR LA SUPERVISIÓN Y APROBACIÓN EN LOS TIEMPOS Y TÉRMINOS CONTRACTUALES, DE LOS INFORMES MENSUALES DE INTERVENTORÍA No. 1, 2, 3, 4, 5 Y 6 CORRESPONDIENTES A LOS PERIODOS DE FEBRERO, MARZO, ABRIL, MAYO, JUNIO Y JULIO DE 2018 RESPECTIVAMENTE	NO SUPERADO
2	PRESUNTO INCUMPLIMIENTO POR LA NO RADICACIÓN OPORTUNA, ATENCIÓN DE OBSERVACIONES EFECTUADAS POR LA SUPERVISIÓN Y APROBACIÓN EN LOS TIEMPOS Y TÉRMINOS CONTRACTUALES, DE LOS INFORMES MENSUALES DE INVERSIÓN Y BUEN MANEJO DEL ANTICIPO DE LOS MESES DE ABRIL, MAYO Y JUNIO DE 2018	SUPERADO
3	PRESUNTO INCUMPLIMIENTO AL NO REALIZAR UNA CORRECTA VIGILANCIA Y SEGUIMIENTO DEL CRONOGRAMA DETALLADO DE OBRA, Y DE ESTAS GESTIONES DESPLEGAR LAS ACCIONES QUE PROPENDAN EL CUMPLIMIENTO DE LA PROGRAMACIÓN DEL PROYECTO	SUPERADO
4	PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES RELACIONADAS CON LA COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL, POR NO HABER EFECTUADO LA GESTIÓN OPORTUNA Y PERTINENTE QUE PERMITA MITIGAR LOS EFECTOS DE LAS INTERFERENCIAS EN OBRA EVIDENCIADAS	SUPERADO
5	FALTA DE PRONUNCIAMIENTO Y GESTIÓN OPORTUNA FRENTE A LOS REQUERIMIENTOS DE ORDEN TÉCNICO, LEGAL Y FINANCIERO REALIZADOS POR EL CONTRATISTA Y LA ENTIDAD	SUPERADO
6	PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE EN MATERIA AMBIENTAL Y SST QUE DESCRIBE EL CONTRATO Y EL APÉNDICE TÉCNICO RELACIONADO CON LA APROBACIÓN, OBJECCIÓN DE LA ENTREGA DEL MAO A CARGO DEL CONTRATISTA DE OBRA (TRAMITE).	SUPERADO
7	PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE EN MATERIA AMBIENTAL Y SST DESCRIBE EL CONTRATO Y EL APÉNDICE TÉCNICO RELACIONADO CON LA ENTREGA Y APROBACIÓN DEL PAI A CARGO DE LA INTERVENTORÍA.	SUPERADO
8	PRESUNTO INCUMPLIMIENTO RELACIONADO CON LA ENTREGA DE LOS DISTINTOS DOCUMENTOS (HOJAS DE VIDA, CONTRATOS, AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL) QUE SE REQUIEREN PARA LEGALIZAR EL INGRESO DEL PERSONAL DE LA PLANTILLA MÍNIMA DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA.	SUPERADO
9	PRESUNTO INCUMPLIMIENTO RELACIONADO A LA FALTA GESTIÓN QUE PROPENDE LA ENTREGA DE LOS DISTINTOS DOCUMENTOS (HOJAS DE VIDA, CONTRATOS, AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL) QUE SE REQUIEREN PARA LEGALIZAR EL INGRESO DEL PERSONAL DE LA PLANTILLA MÍNIMA DEL CONTRATO DE OBRA.	NO SUPERADO

Aclarando que por medio de radicado No. 20183561220911 del 20 de noviembre de 2018 y radicado No. 20193560032951 del 22 de enero de 2019, se informó la aprobación de algunos de los informes relacionados como incumplidos. Conforme con lo anterior y al haber expirado el plazo de ejecución del contrato de la referencia, mediante memorando No. 20193560008683 del 23 de enero de 2020, la Dirección Técnica de Mantenimiento actualizó el valor de la sanción.

7. Se admite.

8. Se admite.

9. Se admite.

10. No se admite. No es admisible que se pretenda equiparar el incumplimiento del contratista y la desatención de sus obligaciones con un simple no pago de los servicios prestados.

Cuando se suscribe un contrato se asume el cumplimiento de unas obligaciones las cuales están definidas de manera particular tanto en el contrato como en los documentos que son complementarios. Para el caso del IDU, el Manual de Supervisión e Interventoría describe el contenido de cada uno de los informes que se deben entregar, toda vez que este documento es esencial para conocer el estado de cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato.

La Entidad en ninguna parte del proceso desconoce la existencia y entrega de los informes mensuales de interventoría objeto del proceso sancionatorio y por el contrario solicitó a la misma que se ciñera a lo establecido en el Manual de interventoría y supervisión de contratos V4, numera 6.2.1.2:

“6.2.1.2 Informe Mensual El interventor o supervisor, según el caso, del contrato de consultoría debe elaborar un informe mensual donde se consignen las actividades realizadas para el desarrollo de la consultoría, el cual debe reportar los avances de la misma y el cumplimiento del cronograma establecido, incluyendo todos los soportes correspondientes a su desarrollo (registro fotográfico, formatos de campo diligenciados, planos, etc.). El informe mensual presentado por el interventor sobre la ejecución de su contrato, debe contener como mínimo los argumentos que demuestren el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y las del consultor y únicamente serán excluidos los que no apliquen justificadamente al proyecto adelantado hasta la fecha de la entrega.

5

Dicho informe debe ser entregado por parte del interventor al supervisor del IDU o por parte del supervisor del contrato al ordenador del gasto (cuando no se cuente con interventoría) dentro de los siguientes quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de corte mensual del contrato de consultoría. El Consultor, por su parte, entregará a la interventoría o supervisión, según el caso, la totalidad de los insumos e información requeridos para el informe mensual debidamente organizados y consolidados, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de corte mensual del contrato de consultoría...(...)”.

No sobra mencionar que la entidad no puede proceder a dar la aprobación de informes mensuales de interventoría que no cumplan con el mínimo de los requisitos establecidos en el Manual de interventoría y supervisión de contratos V4, numeral 6.2.1.2 en términos de CALIDAD Y OPORTUNIDAD como ha sido reiterado a lo largo de todo el proceso así:

Sobre el particular, la Dirección Técnica de Mantenimiento, (hoy Dirección Técnica de Conservación de la Infraestructura) reiteró que la presentación del informe mensual de Interventoría está sujeta a lo estipulado en el Manual de Interventoría y/o Supervisión de Contratos Vigente, numeral 6.2.2.3 Informe Mensual, página 39, y debe realizarse de forma Integral ya que corresponde a un solo producto con el siguiente contenido:

1. GENERALIDADES 2. INFORMACIÓN LEGAL Y FINANCIERA 3. INFORMACIÓN TÉCNICA 4. INFORMACIÓN SOCIAL 5. INFORMACIÓN AMBIENTAL Y SST 6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Por consiguiente, los informes mensuales radicados por la Interventoría cuya trazabilidad quedó expuesta en el Informe Técnico de Presunto Incumplimiento con radicado IDU No. 20183560208483 de 28/08/2018 y 20183560265693 de 22/10/2018, no cumplió con los requisitos mínimos ni con los tiempos necesarios que contempla Manual de Interventoría y/o Supervisión de Contratos V 4 numeral 6.2.2.3. A. Informes mensuales de interventoría 1,2,3,4,5 y 6: correspondientes a los meses de febrero, marzo, abril, mayo junio y julio de 2018; objeto de la solicitud de inicio del proceso sancionatorio; se da por la no radicación y entrega oportuna de la atención de las observaciones efectuadas por la supervisión y aprobación en los tiempos y términos contractuales.

La supervisión del contrato evidenció que la interventoría JOYCO SAS no atendió las observaciones realizadas que permitieran la aprobación de los informes 1,2 y 3 que corresponden a los meses de febrero marzo y abril de 2018 y cuyas observaciones fueron remitidas a la interventoría mediante oficios, oficios que dan constancia que la interventoría JOYCO SAS no cumplió con la totalidad de los requisitos estipulados en el Manual de Interventoría y/o Supervisión de Contratos versión 4. Observaciones que para la fecha de emisión del oficio de agosto 28 de 2018 no habían sido subsanadas. De la misma manera, el demandante establece que el procedimiento para la imposición de la sanción no debió ser la aplicación de la Cláusula Penal del contrato pero no hace referencia a los días de atraso transcurrido para la entrega OPORTUNA Y CON LA CALIDAD REQUERIDA DE LOS INFORMES MENSUALES, que ante la continua devolución de los mismos obligaron a la entidad a optar por esta acción ante el vencimiento del plazo de ejecución el día 23 de febrero de 2019*, sin que se hubiera dado aprobación a los informes mensuales 5 y 6.

6

*Acta de terminación de interventoría

Es importante reiterar, tal como se expuso en la Resolución No. 428 de 2019, que el valor de la sanción fue objeto de recalcu debido precisamente a la entrega de los diferentes informes y sólo se sancionó al contratista por aquellos informes que al final del proceso no fueron objeto de entrega y aprobación.

La afectación de la cláusula penal surge como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales, lo que significa que al existir perjuicios para la entidad derivados del incumplimiento debe procurarse el resarcimiento que en ella se ha tasado anticipadamente.

De lo anterior, tal como quedo consignado en la Resolución No. 1304 de 2019 que resolvió los recursos interpuestos dentro de la presente actuación contra la decisión primigenia, no se desvirtuó por parte de la interventoría el incumplimiento de las obligaciones, sino por el contrario, a la finalización del plazo contractual y dentro del plazo para resolver definitivamente la actuación, resultó evidente que el contratista de interventoría no cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo, probándose la falta de gestión que impactó negativamente el normal desarrollo del contrato.

11. No se admite. Lo relacionado por el demandante en la tabla anexa no deja en claro lo manifestado en la descripción del presente numeral y relacionado con las devoluciones a las versiones de los informes mensuales 5 y 6 ni establecen en el presente numeral las razones por las cuales se devuelve. Sin embargo, se aclara que la entidad emite las observaciones a los informes en la medida que se presentan por parte del contratista con la única finalidad que se cumpla con la estructura y calidad mínima establecida en el Manual de Interventoría respectivo.

7

En la medida que la Interventoría realizaba la entrega de la documentación pendiente o incompleta se hizo necesario por parte de la Supervisión y sus apoyos, realizar la revisión respectiva dando como resultado productos que no cumplieran con la calidad y requisitos establecidos en la documentación contractual y en el Manual de Interventoría y/o Supervisión de contratos V4.

12. No se admite. Al respecto se menciona que con los informes 5 y 6 de los meses junio y julio de 2018 se estableció que, para la fecha de presentación del informe técnico de presunto incumplimiento, estos no habían sido radicados en debida forma:

- Informe mensual 5: Días de atraso desde la obligación de radicar en debida forma hasta la presentación del informe de presunto incumplimiento por parte de la DTM: 37 DIAS CALENDARIO.
- Informe mensual 6: Días de atraso desde la obligación de radicar en debida forma hasta la presentación del informe de presunto incumplimiento por parte de la DTM: 7 DIAS CALENDARIO.

De la misma manera se recuerda que en audiencia del 22 de octubre de 2018 Mediante memorando 20183560265693 de la misma fecha, la Supervisión del contrato remitió un informe técnico en relación con los descargos presentados por la Interventoría en la audiencia celebrada el 04/10/2018 en los cuales se expresa que los incumplimientos aún persisten en cuanto al numeral en cuanto a tiempo, oportunidad y calidad y persistieron hasta la terminación del contrato.

- Con relación al oficio 20183560980111 del 11 de octubre 2018 el convocante omite incluir e informar al Despacho judicial que la entidad también manifestó lo siguiente:

“1. El informe mensual deberá presentarse dentro de las fechas estipuladas para tal fin; en los casos en los que el contratista no haya entregado la información, se presentará el informe mensual de la interventoría, adjuntando la solicitud de inicio del procedimiento sancionatorio y la trazabilidad de las gestiones realizadas por la Interventoría para instar al cumplimiento de las obligaciones por parte del Contratista.

2. El informe mensual es un solo producto dividido en varios componentes; por lo tanto, será presentado al IDU en un único radicado y de igual forma la Entidad emitirá la respectiva aprobación de dicho producto, para todos sus componentes en un solo comunicado, el cual será requisito para la validación del acta mensual de pago de la Interventoría.

En consecuencia, considerando que no se radicaron los numerales mencionados anteriormente en su totalidad, se hace devolución del informe radicado mediante el oficio de la referencia, con el fin de que se presente COMPLETO cada uno de los Informes Mensuales de Interventoría, atendiendo la totalidad de observaciones de fondo y forma efectuadas anteriormente.”

- Con relación al oficio 20193560035811 del 23 de enero de 2019, se efectuaron por el IDU las observaciones referidas en la demanda.
- Con relación al oficio 20193560026821 del 17 de enero-2019 el convocante omite informar al Despacho Judicial que a lo largo del documento se deja claro que la interventoría no atendió las observaciones de la entidad.
- Con relación al oficio 20183561024011 del 23 de octubre de 2018, el convocante omite incluir e informar al Despacho judicial que la entidad manifestó:

“1. El informe mensual deberá presentarse dentro de las fechas estipuladas para tal fin; en los casos en los que el contratista no haya entregado la información, se presentará el informe mensual de la interventoría, adjuntando la solicitud de inicio del procedimiento sancionatorio y la trazabilidad de las gestiones realizadas por la Interventoría para instar al cumplimiento de las obligaciones por parte del Contratista.

2. El informe mensual es un solo producto dividido en varios componentes; por lo tanto, será presentado al IDU en un único radicado y de igual forma la Entidad emitirá la respectiva aprobación de dicho producto, para todos sus componentes en un solo comunicado, el cual será requisito para la validación del acta mensual de pago de la Interventoría.

En consecuencia, considerando que no se radicaron los numerales mencionados anteriormente en su totalidad, se hace devolución del informe radicado mediante el oficio de la referencia, con el fin de que se presente COMPLETO cada uno de los Informes Mensuales de Interventoría, atendiendo la totalidad de observaciones de fondo y forma efectuadas anteriormente.”

- Con relación al oficio 20193560088001 del 13 de febrero de 2018 la demandante omite incluir e informar al Despacho judicial las razones por las cuales se hace la devolución del documentó así:

“Para finalizar, se solicita a la Interventoría contar con personal idóneo y capacitado para la elaboración de los informes mensuales con la calidad del servicio conforme a sus obligaciones generales y específicas establecidas en el contrato.

Lo anterior, en vista de la reiterada devolución de los documentos por parte del IDU debido a la falta de calidad técnica en la elaboración de los informes mensuales en cada uno de sus componentes, en los cuales se evidencia que en algunas ocasiones no se cuenta con un control riguroso de calidad y se presentan textos dentro del documento sin ninguna coherencia, sin actualizar, sin consolidar, sin analizar, ni evaluar, notándose al parece una falta de concentración, interés o desconocimiento por parte de los profesionales que elaboran el documento, conllevando a la duda e incertidumbre frente a la veracidad de la información que se reporta, lo cual puede generar inducir al error a la entidad contratante.

Adicionalmente, se requiere que los profesionales que firman los documentos realicen la respectiva revisión de los mismos con el fin de que el documento que llega a la Entidad cumpla con los estándares de calidad requerida para este tipo de proyectos de conservación.

Así las cosas, este tipo de informes mal elaborados dan la sensación que la Interventoría presenta el documento solo por cumplir con una presentación ante la Entidad, lo cual genera reprocesos internos en el IDU y dificultades en la gestión oportuna de indicadores en la STMSV.

Es importante resaltar que basados en la recurrencia de este tipo informes que no llenan los requisitos de la Entidad, se devolverán una vez se detecte que los mismos continúan con las mismas falencias. Por consiguiente, se solicita a la Interventoría radicar la nueva versión del informe cumpliendo con lo establecido contractualmente en un plazo de 3 días hábiles contados a partir del recibido de la presente comunicación.”

13. No se admite. No es cierto, que las observaciones realizadas por el IDU corresponden a nuevas observaciones cuando por el contrario a lo largo de los oficios IDU relacionados en el numeral 12 (anterior de esta contestación) se puede establecer claramente y sin dubitación alguna que la Interventoría NO atendió en su totalidad las observaciones hechas por la entidad ya fuera porque la Interventoría no contaba con el personal idóneo y capacitado para la elaboración de los informes mensuales (ofrecidos en su oferta) con la calidad del servicio conforme a sus obligaciones generales y específicas establecidas en el contrato.

De la misma manera ante la falta de calidad técnica en la elaboración de los informes mensuales en cada uno de sus componentes, en los cuales se evidenció que en algunas ocasiones no se contaba con un control riguroso de calidad, conllevando a la duda e incertidumbre frente a la veracidad de la información que se reporta, lo cual puede generar inducir al error a la entidad contratante.

Así las cosas, a diferencia de lo expuesto por la demandante, para el IDU se generan reprocesos internos, gastos de recursos humanos y técnicos y dificultades en la gestión oportuna de indicadores en la Subdirección Técnica de Mantenimiento del Subsistema Vial

Es importante resaltar que basados en la recurrencia de este tipo informes que no llenan los requisitos de la Entidad, fueron devueltos cada vez que se detectó que los mismos continuaron con las mismas falencias.

De otra parte, la demandante, infiere que una vez proferidas la Resolución No.000428 de 2019 de febrero 04 de 2019 “Por medio de la cual se resuelve el proceso administrativo sancionatorio dentro del contrato IDU No. 1571 de 2017”, y la Resolución No. 001304 de 2019 “Por medio de la cual se resuelven los recursos interpuestos contra la Resolución No. 00428 de 2019, por la cual se resuelve el procedimiento administrativo

10

sancionatorio dentro del contrato IDU No. 1571 de 2017”, cesa la actuación de control y seguimiento al contrato de interventoría por parte la supervisión, lo cual es errado toda vez que las obligaciones contractuales están vigentes mientras se lleva a cabo la liquidación del contrato 1571 de 2017.

14. Se admite. El IDU, mediante el oficio STMSV-20193561218461 del treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019) aprobó el informe mensual de interventoría No 5.

15. Se admite. El IDU mediante el oficio STMSV-20193561218471 del treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019), aprobó el informe mensual de interventoría No. 6

16. No se admite. La elaboración de los informes mensuales de interventoría no exime al demandante de que esta se haga de acuerdo con lo establecido en el contrato de interventoría, Manual de Interventoría vigente y demás documentos contractuales, es decir en razón de la calidad y oportunidad y no puede la interventoría esgrimir que el hecho que la Entidad haya reconocido el pago, como es su obligación, lo exima de cualquier responsabilidad y para el caso concreto de la entrega completa y subsanada de los informes 5 y 6 la cual se dio terminada la etapa de ejecución de obra, siendo a su vez la razón de la imposición de la cláusula penal del contrato.

11

Sobre el particular, se informa que los argumentos expuestos en este punto no son de recibo ni mucho menos desvirtúan el incumplimiento, teniendo en cuenta que los Informes Mensuales Nos. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 se debieron entregar con la debida oportunidad es decir en los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto del año que estaba en curso.

Además, la obligación se entiende cumplida una vez la Entidad emite la aprobación de los informes, de manera integral lo cual no se dio toda vez que los informes continuaron a lo largo de proceso sancionatorio con observaciones.

17. Se admite.

18. Se admite.

III. FRENTE A LAS PRETENSIONES

Frente a las pretensiones de la demanda en igual sentido que con los hechos, es menester mencionar que deben estar directamente relacionadas con la pretensión de nulidad de las Resoluciones 000428 de 2019 y la 001304 de 2019 de acuerdo y en consonancia con el auto admisorio proferido por su honorable despacho, relacionadas con el contrato IDU No.1571 de 2017 suscrito entre el IDU y JOYCO SAS

En consecuencia, el debate procesal deberá girar en torno a la presunción de legalidad de los actos administrativos atacados y la demostración por la parte actora de que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Así las cosas, en mí condición de apoderado del IDU, me opongo a las pretensiones por carecer de fundamento legal y no estar en consonancia con los sucesos contractuales. En consecuencia, solicito se nieguen las pretensiones y se absuelva al **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU** de los señalamiento efectuados en su contra.

Se procede a realizar manifestación frente a las pretensiones consignadas en el escrito:

12

1. Se solicita de manera atenta que no se acceda a la pretensión No. 1 toda vez que carece de fundamento contractual y legal. Lo anterior, toda vez que las Resoluciones 00428 y 01304 de 2019 se expidieron dando cabal cumplimiento a los postulados constitucionales y legales no existiendo violación a derechos fundamentales. Se realizaron todos los esfuerzos por parte del IDU, a fin de conminar el cumplimiento de las obligaciones dentro del debido proceso. Resultado de lo anterior fue que la entidad da aprobación de los informes mensuales de interventoría 1,2,3,4 dentro de la etapa de ejecución y para el caso del informe mensual 5 y 6 a la fecha de terminación del contrato, aun presentaban observaciones y fue necesario extender el tiempo de revisión de los mismos hasta su fecha de entrega mencionada en los hechos 14 y 15.

Se establece así qué, sí la interventoría aduce que cumplió con la obligación contractual omite aclarar que la cumplió de manera tardía.

2. Se solicita de manera atenta que no se acceda a la pretensión No. 2 toda vez que carece de fundamento contractual y legal. Lo anterior, por cuanto la Entidad actuó en debida forma ciñéndose a los procedimientos constitucionales y legales establecidos y se realizaron todos los esfuerzos por parte del IDU a fin de conminar el cumplimiento de las obligaciones dentro del debido proceso. Resultado de lo anterior fue que la entidad da

aprobación de los informes mensuales de interventoría 1,2,3,4 dentro de la etapa de ejecución y para el caso del informe mensual 5 y 6 a la fecha de terminación del contrato, aun presentaban observaciones y fue necesario extender el tiempo de revisión de los mismos hasta su fecha de entrega mencionada en los hechos 14 y 15.

Se establece así qué, sí la interventoría aduce que cumplió con la obligación contractual omite aclarar que la cumplió de manera tardía.

3. Se solicita de manera atenta negar la pretensión No.3 toda vez que la sanción pecuniaria impuesta al contratista fue ajustada a derecho y fundamentada su tasación en el principio de proporcionalidad.

Así mismo, la Entidad decide aplicar la Cláusula penal del contrato efectuando una estimación anticipada de perjuicios. A lo largo del proceso sancionatorio, la Interventoría no entregó ningún soporte que demostrara que efectivamente las falencias en los Informes Mensuales de Interventoría eran por hechos atribuibles al contratista de obra.

Por el contrario, las actuaciones tendientes a conminar al contratista de obra al cumplimiento de sus obligaciones, por parte de la Interventoría no se realizaron a tiempo, pues solo hasta el 30 de agosto de 2018 (es decir cinco (5) meses después de haber evidenciado los incumplimientos del contratista de obra), la Interventoría mediante comunicación con radicado IDU No. 20183560208483 del 28/08/18 presentó en la Dirección Técnica de Gestión Contractual de la Entidad, el Informe de Presunto Incumplimiento para activar el esquema sancionatorio que prevé el Contrato de Obra objeto del Contrato de Interventoría.

4. Se solicita de manera atenta negar la pretensión No. 4 con fundamento en lo expuesto en la contestación de los hechos, de las pretensiones y en el contenido de las excepciones que se propondrán.

IV. FRENTE A LAS PRESUNTAS NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Sea lo primero señalar, que en virtud de lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 162 del C.P.A.C.A., la parte demandante debe incluir, en la demanda, *“Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”*, que la Justicia Contenciosa Administrativa, a la luz de la normatividad vigente, es una justicia rogada en cuanto al control de la legalidad de los actos administrativos, motivo por el cual el juez solamente está supeditado al análisis de los argumentos de la demanda y no

puede ir más allá del estudio de los argumentos expuestos por el demandante y de aquellos que guarden coherencia y relación directa con el petitum de la demanda .

Se tiene que en el escrito de la demanda se hace cita textual de normatividad legal presuntamente vulnerada por el IDU, a saber:

LEGALES:

- Ley 1437 de 2.011, Art. 3º y Art. 137 .

Cargos:

Falsa motivación

Se transcribe literalmente: (...) los pronunciamientos administrativos de los que se persigue su nulidad se encuentran viciados por error de derecho, por cuanto, al momento de la expedición del acto administrativo se tasó una indemnización de perjuicios de manera anticipada, alegando de esta manera la activación de la cláusula penal, lo cual conllevó a una aplicación errada de la misma, puesto que, dentro del desarrollo del objeto contractual no existió un incumplimiento por parte de la interventoría que deviniera en una acusación de perjuicios al IDU. (sic) (...)

En cuanto a la cláusula penal

Se transcribe literalmente:

(...) En este sentido, es evidente que la aplicación de la cláusula penal por parte del IDU fue errada, puesto que, se tasaron unos perjuicios anticipadamente, buscando su indemnización a través de la aplicación de dicha cláusula contractual, quedando claramente probado y demostrado por parte de la interventoría, que en el presente caso no existió ningún tipo de perjuicio (ni material, ni moral), esto teniendo en cuenta que, para que sea exigible una indemnización de perjuicios se debe configurar un daño, lo cual, no ocurre en el caso que nos atañe.(...)

(...) Por otra parte, la existencia de un perjuicio exige, por parte del presunto afectado, la presentación de las pruebas de la existencia del mismo, y en este caso, la Entidad estatal no aportó prueba alguna de la existencia de los supuestos perjuicios que aduce y que fundamentan la aplicación de la cláusula penal...(...)

14

(...)Con esto se demuestra que el IDU, contraviniendo el contrato y demás documentos contractuales presentó unas fórmulas matemáticas que no se describen en ninguno de estos documentos, con el fin de buscar a toda costa como tasar una indemnización a un perjuicio, que en sí no se generó a la entidad, sumado a que la obra se encontraba ya finalizada y pagada al contratista de obra por el IDU, es decir el objeto de los contratos de obra y de interventoría se encontraban cumplidos.(...)

(...)En este sentido, es posible determinar el error de derecho en el cual incurrió el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO al calificar de manera errada los hechos existentes que dieron origen a la imposición de la cláusula penal, por cuanto, al declarar el incumplimiento parcial del contrato persiguiendo una indemnización temprana de perjuicio, cuando el incumplimiento no fue definitivo y se superó posteriormente. Aunado a esto, se debió calificar los hechos desde el punto de vista jurídico a la imposición de una multa, tal como se expuso con anterioridad.(...)

Desconocimiento de las normas en que debía fundarse

Se transcribe literalmente:

(...) Es claro que con la actuación administrativa adelantada por parte del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, en el contrato de interventoría No. 1571 de 2017, se vulneró por completo el debido proceso que rige todos los procedimientos adelantados por la administración, puesto que, en la misma se declaró un incumplimiento parcial definitivo, el cual bajo su nombre se entiende que es algo que ya se incumplió, por lo que no sería posible realizar ninguna acción para completarlo, caso que no es el que nos convoca, al haberse aprobado por parte del IDU, los informes mensuales por los cuales se había declarado el incumplimiento.(...)

Aduce que el IDU desconoció el artículo 3º del CPCA .

Así mismo señala que:

(...) Aunado a lo anterior, dentro del procedimiento realizado por parte del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU no se resolvieron las solicitudes de nulidad interpuestas por la interventoría durante el desarrollo de la actuación administrativa en el momento de solicitarlas, inclusive, estas no fueron resueltas con el recurso de reposición interpuesto por esta Interventoría, manifestando que no está en cabeza de ellos realizar dichas apreciaciones, pues no se encuentran dentro de su competencia, generando así una congestión superior al sistema judicial en Colombia, por cuanto, es claro que en vía administrativa se pueden resolver este tipo de litigios sin que sea necesario acudir a la

15

vía jurisdiccional, ya que, existe una figura contemplada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo denominada Revocatoria Directa, la cual procede por distintas causas, pudiéndose aplicar al presente caso la violación a la constitución y la Ley.(...)

(...) Aunado a lo expuesto, el debido proceso se vulneró al haberse declarado por parte del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO un incumplimiento parcial de carácter definitivo, siendo que, este no puede ser definitivo, pues su consecuencia es que no podría ser superado, por ende, para la aplicación de la cláusula penal se debía configurar un incumplimiento que no podría superarse, el cual generaría un daño y en ese orden un perjuicio, abriéndose de esta manera la puerta para la activación de la cláusula contractual, situación que nunca ocurrió, por cuanto los presuntos incumplimientos parciales se superaron, dejando sin fundamento la aplicación de una cláusula penal que tenía la finalidad de indemnizar prematuramente, y que por el contrario se perseguía era una conminación al contratista para que cumpliera.(...)

Se concluye por la parte actora que el IDU desconoció las normas en que debía “fundarse” la entidad para proferir los actos administrativos aquí demandados.

MANIFESTACIÓN DEL IDU FRENTE A LAS PRESUNTAS NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTOS DE VIOLACIÓN

Acerca de la presunta vulneración de las normas constitucionales y legales citadas, la parte actora NO aporta al debate procesal elementos de juicio idóneos, pertinentes y conducentes que conduzcan a establecer que el IDU profirió los actos administrativos con falsa motivación y desconocimiento de las normas legales en las cuales deberían fundarse los mismos.

Es así que la Entidad no contravino lo estipulado en el contrato y demás documentos contractuales al sancionar al contratista y afectar la cláusula penal, pues como está demostrado dentro de la actuación, el incumplimiento parcial del contratista fue debidamente demostrado al momento de la finalización de la actuación sancionatoria.

Es importante reiterar que la CLÁUSULA PENAL, en una de sus acepciones es un mecanismo de tasación anticipada de perjuicios y como tal le permite a la Entidad afectarla, cuando se prueba el incumplimiento contractual ya sea este parcial o total.

Así las cosas, el concepto de violación a las normas superiores y legales aducido, es sumamente frágil (por no decir inexistente) y carente de prueba, razón por la cual no cumple con los presupuestos legales requeridos para que tenga vocación de prosperidad cómo se pasará a explicar más adelante.

De otra parte, es necesario ser enfáticos en aseverar que en el párrafo del artículo 47 del CPACA se establece, una limitación para la aplicación de las normas generales del procedimiento sancionatorio del CPACA y es precisamente, aquellas establecidas para las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales.

(...)“**ARTÍCULO 47. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.** Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado.

Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso. Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.

PARÁGRAFO. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.” (...)
(subrayado fuera del texto)

Por lo tanto, la entidad al momento de iniciar, desarrollar y concluir el procedimiento administrativo sancionatorio, lo hizo en atención y en consonancia con la regulación especial del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

17

Tal como se ha expuesto a lo largo del presente documento, la actuación sancionatoria, surgió como consecuencia de una serie de incumplimientos que fueron oportunamente informados por la supervisión del contrato y sobre los cuales, durante el proceso sancionatorio en sí y a lo largo del debate probatorio dentro del mismo, no fueron desvirtuados en su totalidad por parte de los sujetos procesales.

En la demanda, la parte actora imputa al IDU como concepto de violación para obtener la declaratoria nulidad de los actos administrativos, los siguientes: Falsa motivación y desconocimiento de las normas en que debe fundarse la entidad para expedir los actos administrativos aquí demandados.

Sobre la particular, se efectúan las siguientes precisiones:

1. En la citación que efectuó el IDU al contratista se expuso como valor inicial por afectar de la cláusula penal, los siguientes, teniendo en cuenta los nueve (9) incumplimientos descritos:

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	VALOR
1	Valor del contrato	\$ 833.806.820
2	Monto sanción máxima	30%
3	Valor máxima sanción (1x2)	\$ 250.142.046
5	Valor facturado (control financiero)	\$ 0
6	Valor sobre el cual no se soporta el cumplimiento de obligaciones (control financiero)	\$ 301.417.468 (Fijo + Variable)
7	Porcentaje incumplido en facturación (6/1)	36%
8	Valor posible sanción (7x3)	\$ 90.425.240,40

2. Posteriormente y al haberse superado la mayoría de los incumplimientos, fue necesario proceder con la modificación del valor del presunto incumplimiento, dando aplicación a la metodología ya expuesta en la citación, se produjo un resultado por un valor de:

	DESCRIPCIÓN	VALOR
1	Valor Del Contrato	\$ 1.026.891.362
2	Monto Sanción Máxima	30%
3	Valor Máxima Sanción (1x2)	\$ 308.067.408,60
4	Valor Facturado (Control Financiero)	\$ 179.224.131,00
5	Valor Sobre El Cual No Se Soporta El Cumplimiento De Obligaciones (Control Financiero)	\$ 126.512.987,00
6	Porcentaje Incumplido En Facturación (5/1)	12%
7	Valor Posible Sanción (6x3)	\$ 37.953.896,10

3. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que para el caso sub judice en la declaratoria de incumplimiento y la afectación de la cláusula penal se tiene la descripción de la cláusula contractual que para el caso corresponde a la DÉCIMA OCTAVA. CLAUSULA PENAL PECUNARIA que reza así: "En caso de presentarse por parte del CONTRATISTA incumplimiento parcial o total del contrato o por incurrir en mora o retardo en el cumplimiento de sus obligaciones, éste pagará a título de cláusula penal pecuniaria al IDU, una suma equivalente hasta el treinta por ciento (30%) del valor total del contrato.

La tasación de la cláusula penal atenderá criterios de oportunidad, razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento. La imposición de esta pena pecuniaria se considerará como una estimación anticipada de perjuicios que el CONTRATISTA cause al IDU. El valor pagado como cláusula penal no es óbice para demandar ante del juez del Contrato, la indemnización integral de perjuicios causados si estos superan el valor de la cláusula penal."

4. Obsérvese que la misma clausula no prevé una formula específica a diferencia de lo descrito en la cláusula de multa, solo advierte que la tasación deberá atender los criterios de "oportunidad, razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento", con base en esto se procedió de conformidad.

Dicha situación fue plasmada en la citación de forma particular así: "Ante la gravedad de los presuntos incumplimientos de la firma Interventora JOYCO S.A.S. y sopesados los antecedentes del mismo, se considera necesario el inicio de un proceso sancionatorio para declarar su presunto incumplimiento en las obligaciones contractuales antes mencionadas, y hacer efectiva la CLAUSULA DECIMA OCTAVA. PENAL PECUNIARIA de la minuta del contrato IDU 1571 de 2017, que señala: "En caso de presentarse por parte del interventor incumplimiento parcial o total del contrato o por incurrir en mora o retardo en el cumplimiento de sus obligaciones, éste pagará a título de cláusula penal pecuniaria al IDU, una suma equivalente hasta el treinta por ciento (30%) del valor total del contrato. La tasación de la cláusula penal atenderá criterios de oportunidad,

razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento. La imposición de esta pena pecuniaria se considerará como una estimación anticipada de perjuicios que el INTERVENTOR cause al IDU. El valor pagado como cláusula penal no es óbice para demandar ante del juez del Contrato, la indemnización integral de perjuicios causados si estos superan el valor de la cláusula penal”

5. En línea a lo anterior, el Honorable Consejo de Estado ha manifestado:

“De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista (...) De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño. En otras palabras, puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, como quiera que no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor...” (Sección Tercera. Sentencia de octubre 19 de 2005. Exp. 15.011)

20

6. Respecto a la tasación:

Teniendo en cuenta que la definición de la sanción a aplicar se da en el marco de las obligaciones incumplidas, se acude a criterios jurisprudenciales a fin de establecer la proporcionalidad en la tasación de la afectación de la cláusula penal así:

(...) Con fundamento en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el deudor tiene derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento, cuando éste ha sido en parte, caso en el cual el juez puede reducirla equitativamente si la considera manifiestamente excesiva. En el caso objeto de la presente controversia, es posible la reducción de la sanción impuesta toda vez que, como se advirtió, la administración modificó el porcentaje de incumplimiento del demandante, el cual resultó inferior al inicialmente calculado, con la aclaración de que el incumplimiento del contratista sí se presentó, aunque en menor medida. Pero tal como ya se dijo, el hecho de haber ejecutado el contrato casi en su totalidad da lugar a una reducción en el

porcentaje de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, como lo ha reconocido la sala en asuntos similares...”(...)(Fallo 10540 de 2000 Consejo de Estado)

Por lo tanto, al haberse expuesto desde la citación los criterios que justificaron la tasación, fueron claros y apegados a derecho en la metodología utilizada para el presente caso.

EN CUANTO A LA IMPUTACIÓN DEL DESCONOCIMIENTO DE LAS NORMAS EN QUE DEBE FUNDARSE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

La Entidad no vulneró el debido proceso del contratista, puesto que tal y como está probado dentro de la actuación sancionatoria, se comprobó la falta de diligencia del contratista interventor para adelantar las acciones correspondientes de vigilancia del contrato de obra y la no entrega de la totalidad de los informes que fueron reputados incumplidos al momento de iniciar la actuación sancionatoria. Tampoco puede verse como un argumento violatorio del debido proceso la no procedencia y trámite de la nulidad interpuesta, debido a que de acuerdo con lo reglado en el Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo, no es dable a las entidades resolver las nulidades, puesto que esta competencia radica exclusivamente en el juez del contrato.

Es así que:

1. En materia de nulidades, es necesario indicar que están establecidas de manera taxativa en el artículo 133 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), por remisión expresa que se hace en el artículo 208 del CPACA (Ley 1437 de 2011) que dispone: “Artículo 208. Nulidades. Serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el Código de Procedimiento civil y se tramitarán como incidente”; no obstante, en lo que atañe al concepto jurídico de nulidad, el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, prescribe en sus apartes lo siguiente: “(...) Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

En tal sentido, las solicitudes de nulidad que se pretendan aducir dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, deben corresponder a las taxativamente señaladas en el artículo 133 del Código General del Proceso o a la invocada en el inciso final del artículo 29 constitucional, teniendo presente que el principio rector de las actuaciones administrativas y judiciales es, en todo caso, el debido proceso en virtud del cual, no es dable ni a las partes intervinientes ni a quienes dirigen las actuaciones, realizar interpretaciones para enmarcar un hecho que a su juicio constituya una nulidad, sin que esté taxativamente descrito en las causales del artículo en cita o de la norma

constitucional en comento, como quiera que esto transgrediría a todas luces los principios de legalidad y literalidad de las normas.

3. La Corte Constitucional en sentencia de Tutela T-125 de 20103 advirtió lo siguiente frente a la configuración de estas: “(...) Las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente- les ha atribuido la consecuencia –sanción- de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso. (...).

4. A su vez, el Consejo de Estado, se ha manifestado respecto del régimen de las nulidades procesales, así:

“(...) A propósito del régimen legal de las nulidades procesales, tanto la jurisprudencia de esta Corporación, como la de la Corte Constitucional han concluido que dicho régimen se encuentra orientado, entre otros, por los principios de i) taxatividad o especificidad y de ii) convalidación o saneamiento, con sujeción a los cuales se tiene, en virtud del primero, que no será posible invocar y menos aplicar causales de nulidad que no hubieren sido expresamente consagradas por el legislador –única autoridad, junto con el Constituyente, claro está, con facultades para establecer y definir las causales de nulidad- y, por razón del segundo, que las causales de nulidad que no se propongan o no se aleguen en la oportunidad prevista en la ley para el efecto, desaparecen por razón de su saneamiento.” CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá D. C., febrero diecinueve (19) de dos mil ocho (2008). Radicación número: 11001-03-15-000-2006-00594-00(C).

22

5. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, no faculta a las Autoridades Administrativas para decidir los incidentes de nulidad interpuestos sobre las actuaciones desplegadas por las mismas, en el entendido que la referencia a las nulidades procesales contenida en el artículo 207 y siguientes del mencionado código, se encuentra en la Parte Segunda, condición de lo que deviene que dicha facultad fue dispuesta por el legislador en cabeza del Juez Administrativo.

Por otro lado, según se infiere del artículo 133 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, las causales de nulidad surgen con ocasión del proceso y se encuentran taxativamente enunciadas en dicha norma. Expresa el artículo 133 del CGP: Artículo 133. Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia. 2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia. 3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida. 4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder. 5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria. 6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado. 7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación. 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

(...). Parágrafo. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece. No obstante, la taxatividad de las nulidades procesales, tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado han reconocido una causal de Nulidad de Rango Constitucional, la consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política.

6. Ha dicho al respecto el Consejo de Estado:

“(...). “El artículo 29 Constitucional dispone los lineamientos esenciales del derecho al debido proceso, el cual supone que todas las personas cuentan con unas condiciones sustanciales y procedimentales mínimas con las cuales se garantiza la protección de sus derechos e intereses, así como la efectividad del derecho material. “Como lo ha dicho la jurisprudencia constitucional, dicha norma es de carácter abierto y, por tanto, la enumeración allí contenida no puede ser una camisa de fuerza (...), para lo cual es indispensable el respeto a los derechos fundamentales e implica asegurar que los poderes públicos constituidos sujeten sus actos, llámense sentencias, actos administrativos, autos, no solamente a las normas orgánicas constitucionales sino a los valores, principios y derechos”

Así las cosas, es indiscutible que el respeto al debido proceso implica la necesaria observancia de otros derechos fundamentales y ligados a él, como el de acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva, que permiten que cualquier persona que acuda al aparato judicial del Estado pueda obtener una protección eficaz de los derechos del que es titular”(...).(Sentencia 2012-00608/50249 de noviembre 5 de 2019. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejera Ponente: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad.: 25000-23-26-000-2012-00608-01(50249).

7. A su vez, al consultar el aparte correspondiente en la Resolución No. 1304 de 2019 se expuso lo siguiente:

(...)“2. EN CUANTO A LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO” *“De manera previa a abordar el análisis de la solicitud de nulidad presentada por el apoderado del contratista, realizará la Entidad el análisis del marco legal y jurisprudencial que sustenta la procedencia o no de la nulidad frente a la actuación de carácter administrativa sancionatoria contractual que adelanta la Entidad frente al Contrato IDU 1571 de 2017”.*

“En este sentido, sea lo primero señalar que en materia de nulidades, éstas se establecen de manera taxativa el artículo 133 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), por remisión expresa que se hace en el artículo 208 del CPACA (Ley 1437 de 2011) que dispone: “Artículo 208. Nulidades. Serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el Código de Procedimiento civil y se tramitarán como incidente”; no obstante, en lo que atañe al concepto jurídico de nulidad, el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, prescribe en sus apartes lo siguiente: “(...) Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. “

En tal sentido, las solicitudes de nulidad que se pretendan aludir dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, deben corresponder a las taxativamente señaladas en el artículo 133 del Código General del Proceso o a la invocada en el inciso final del artículo 29 constitucional, teniendo presente que el principio rector de las actuaciones administrativas y judiciales es en todo caso, el debido proceso en virtud del cual, no es dable ni a las partes intervinientes ni a quienes dirigen las actuaciones, se les permita realizar interpretaciones para tratar de enmarcar un hecho que a su juicio constituya una nulidad, sin que esté taxativamente descrito en las causales del artículo en cita o de la norma constitucional en comento, como quiera que esto transgrediría a todas luces los principios de legalidad y literalidad de las normas”. “Desde esta perspectiva, bajo el marco legal, jurisprudencial y doctrinal referente a las nulidades procesales, que por remisión de los artículos 47, 207 y 208 de la Ley 1437 de 2011 se hace al Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso o a la Constitución Nacional en su artículo 29, sea lo primero señalar que bajo la óptica de la jurisprudencia constitucional, la Corte ha

24

establecido que:” “(...) Las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente- les ha atribuido la consecuencia –sanción- de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso. (...)”.

A su vez, el Consejo de Estado, se ha manifestado respecto del régimen de las nulidades procesales, así:

“(...) A propósito del régimen legal de las nulidades procesales, tanto la jurisprudencia de esta Corporación, como la de la Corte Constitucional han concluido que dicho régimen se encuentra orientado, entre otros, por los principios de i) taxatividad o especificidad y de ii) convalidación o saneamiento, con sujeción a los cuales se tiene, en virtud del primero, que no será posible invocar y menos aplicar causales de nulidad que no hubieren sido expresamente consagradas por el legislador –única autoridad, junto con el Constituyente, claro está, con facultades para establecer y definir las causales de nulidad- y, por razón del segundo, que las causales de nulidad que no se propongan o no se aleguen en la oportunidad prevista en la ley para el efecto, desaparecen por razón de su saneamiento.”

“Aunado a lo anterior, respecto al objeto de las nulidades, la Corte Constitucional en sentencia de Constitucionalidad No. 426/02 de la Corte Constitucional en sentencia del 29 de Mayo de 2002, señaló:”

“Conforme a las reglas que identifican las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, se tiene que la diferencia fundamental entre éstas radica en que mientras la acción de nulidad tiene por objeto principal, directo y exclusivo preservar la legalidad de los actos administrativos, a través de un proceso en que no se debaten pretensiones procesales que versan sobre situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, limitándose a la simple comparación del acto con las normas a las cuales ha debido estar sujeto, la de restablecimiento del derecho, por su parte, no solo versa sobre una pretensión de legalidad de los actos administrativos, sino que propende por la garantía de los derechos subjetivos de los particulares mediante la restitución de la situación jurídica de la persona afectada, ya sea a través de una reintegración en forma específica, de una reparación en especie o de un resarcimiento en dinero”.

“ACCION DE NULIDAD Y ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Determinación de procedencia.” “Por fuera de lo que constituyen sus características más próximas, la procedencia de una u otra acción no esté determinada por el contenido del acto que se impugna -general o particular- ni por los efectos que de

éstos se puedan derivar, sino por la naturaleza de la pretensión que se formule, o lo que es igual, por la clase de solicitud o de petición que se haga ante el órgano jurisdiccional.”

“ACCION DE NULIDAD-Procedencia contra actos administrativos generales y particulares para tutelar el orden jurídico.” “Consultando el espíritu de la Constitución y de la ley, se tiene que la acción de simple nulidad procede contra todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico, caso en el cual la competencia del juez se limita a decretar la simple anulación sin adicionar ninguna otra declaración, pese a que con el retiro del acto impugnado eventualmente se restablezcan derechos o se ocasionen daños al actor o a terceros. Siguiendo este mismo razonamiento, si lo que persigue el demandante es un pronunciamiento anulatorio y la consecuente reparación de los daños antijurídicos causados, lo que cabe es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a ejercitarse dentro del término de caducidad a que hace expresa referencia el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., para que el juez proceda no sólo a decretar la nulidad del acto sino también al reconocimiento de la situación jurídica individual que ha resultado afectada”.

“Así, en marco de las consideraciones expuestas por el apoderado del contratista en el memorial de reposición, sea lo primero señalar, en consideración de las normas enunciadas y de la jurisprudencia transcrita, que la nulidad invocada por el apoderado del contratista, no prospera en el ámbito administrativo sancionatorio contractual, toda vez que la naturaleza de este procedimiento es administrativa contractual y no contenciosa administrativa jurisdiccional ante las que proceden las nulidades procesales enunciadas”.

26

“Aclarado lo anterior, debe la Entidad, con el fin de resolver de fondo la solicitud y no obstante reiterar la improcedencia de la acción ante esta sede, realizará el estudio de los argumentos expuestos por el apoderado del contratista, señalando previamente que el apoderado del contratista no indicó en su escrito la causal por la cual reprocha la actuación de la administración. En contrario, aludiendo al contenido del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, manifiesta que el acto administrativo recurrido es nulo”. “Sin embargo, es evidente que el recurrente alude a una norma en cuyo contenido no se refleja lo manifestado en el memorial de recurso que en forma expresa dispone la procedencia de la nulidad cuando quiera que se trate de actos administrativos de carácter general, y excepcionalmente, para actos administrativos de contenido particular solo en los casos en los que taxativamente se dispone en la norma en cita”.

“En efecto, el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 establece”:

“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general”. “Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”. “También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”. “Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de *actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:*” “1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.” “2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público”. “3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.” “4. Cuando la ley lo consagre expresamente. (...)”. *Subrayado y negrilla fuera del texto original.*”

“Así las cosas, no obstante no media en el presente caso una invocación expresa y fehaciente de la nulidad sugerida y más aún, tratándose en el caso de marras, de un acto administrativo de contenido particular que en sí mismo no admite la nulidad al no encausarse en las causales taxativamente dispuestas al tenor de la norma ibídem, atendiendo las reiterativas argumentaciones expuestas por el contratista (...)”

27

Con base en todo lo expuesto, se desvirtúa la afirmación realizada por el apoderado de la parte actora acerca de la procedencia de la nulidad invocada.

V. ACERCA DE LA NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE NATURALEZA CONTRACTUAL

Con relación a los medios de control establecidos por el legislador con el fin de garantizar el acceso a la justicia, proteger derechos y garantías de las personas, es claro que la parte activa ha acudido a la Jurisdicción Contenciosa en ejercicio del Medio de Control de Controversias Contractuales para solicitar la nulidad absoluta de actos administrativos expedidos por el IDU, derivados de la ejecución del contrato 1571 de 2017.

Sea lo primero señalar que, en materia de nulidades, éstas se establecen de manera taxativa el artículo 133 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), por remisión expresa que se hace en el artículo 208 del CPACA (Ley 1437 de 2011) que dispone:

“Artículo 208. Nulidades. Serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el Código de Procedimiento civil y se tramitarán como incidente”; no obstante, en lo que atañe al concepto jurídico de nulidad, el artículo 29 de la Constitución Política de

Colombia, prescribe en sus apartes lo siguiente: “(...) Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

En tal sentido, las solicitudes de nulidad que se pretendan aludir dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, deben corresponder a las taxativamente señaladas en el artículo 133 del Código General del Proceso o a la invocada en el inciso final del artículo 29 constitucional, teniendo presente que el principio rector de las actuaciones administrativas y judiciales es en todo caso, el debido proceso en virtud del cual, no es dable ni a las partes intervinientes ni a quienes dirigen las actuaciones, se les permita realizar interpretaciones para tratar de enmarcar un hecho que a su juicio constituya una nulidad, sin que esté taxativamente descrito en las causales del artículo en cita o de la norma constitucional en comento, como quiera que esto transgrediría a todas luces los principios de legalidad y literalidad de las normas.

En consonancia con lo anterior el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, prevé que:

“Artículo 137. Nulidad. *Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.(...)”* (Subrayado ajeno al texto)

28

A su vez, el artículo 138 del mismo estatuto prevé: **“Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho.** *Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.(...)”*

El Consejo de Estado, se ha manifestado respecto del régimen de las nulidades procesales, así:”

“(...) A propósito del régimen legal de las nulidades procesales, tanto la jurisprudencia de esta Corporación, como la de la Corte Constitucional han concluido que dicho régimen se encuentra orientado, entre otros, por los principios de i) taxatividad o especificidad y de ii) convalidación o saneamiento, con sujeción a los cuales se tiene, en virtud del primero, que no será posible invocar y menos aplicar causales de nulidad que no hubieren sido expresamente consagradas por el legislador -única autoridad, junto con el Constituyente, claro está, con facultades para establecer y definir las causales de nulidad- y, por razón del segundo, que las causales de nulidad que no se propongan o no se

aleguen en la oportunidad prevista en la ley para el efecto, desaparecen por razón de su saneamiento.”

La Corte Constitucional en sentencia de Constitucionalidad No. 426/02 de la Corte Constitucional en sentencia del 29 de Mayo de 2002, señaló:”

“Conforme a las reglas que identifican las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, se tiene que la diferencia fundamental entre éstas radica en que mientras la acción de nulidad tiene por objeto principal, directo y exclusivo preservar la legalidad de los actos administrativos, a través de un proceso en que no se debaten pretensiones procesales que versan sobre situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, limitándose a la simple comparación del acto con las normas a las cuales ha debido estar sujeto, la de restablecimiento del derecho, por su parte, no solo versa sobre una pretensión de legalidad de los actos administrativos, sino que propende por la garantía de los derechos subjetivos de los particulares mediante la restitución de la situación jurídica de la persona afectada, ya sea a través de una reintegración en forma específica, de una reparación en especie o de un resarcimiento en dinero”.

Por las anteriores razones, la presente demanda no tiene ninguna vocación de prosperidad y por lo tanto se solicita respetuosamente al despacho negar la totalidad de las pretensiones de la demanda.

29

VI.ACERCA DE LAS PRUEBAS PEDIDAS POR LA PARTE ACTORA

En primer lugar, es menester considerar que nos encontramos en el escenario procesal de un medio de control contractual en el cual no se está solicitando la declaratoria de incumplimiento, el desequilibrio económico o la liquidación judicial del contrato, sino que se pide la declaratoria de nulidad de actos administrativos que impusieron una sanción, expedidos en la ejecución del objeto contractual; por consiguiente, estamos situados en el escenario procesal de un asunto de puro derecho mediante el cual se desentrañará si dichos actos administrativos fueron expedidos en cumplimiento del debido proceso y con las formalidades legales exigidas para el efecto.

En segundo lugar, bajo la premisa anterior, respetuosamente se considera que para el caso sub judice, la prueba documental es la pertinente, conducente e idónea para desatar el motivo de la litis, razón por la cual, las pruebas testimoniales solicitadas por la parte actora son a todas luces inconducentes, impertinentes e inútiles.

Máxime si en la solicitud de la prueba textualmente se expresa como objeto de la misma:

(...)es dar fe de lo expuesto en los hechos que fundamentan la demanda, al igual, que se ilustre como se surtió el proceso sancionatorio, los errores que se aducen y se reafirmen los cargos de nulidad propuestos en el presente libelo demandatorio,(...)

Es decir los testigos fungirían como demandantes puesto que se solicita que ratifiquen los hechos y los cargos de nulidad, todo ello obrante en las piezas procesales documentales aportadas por la parte actora con la demanda y las que se aportarán con esta contestación por parte del IDU

Por lo expuesto, solicito respetuosamente al Despacho que dé aplicación a lo preceptuado por el Código General del Proceso sobre el particular, en el sentido de negar la práctica de tales medios probatorios por ser inconducentes y no ser útiles a la gestión decisoria del Despacho. Artículos de procedimiento general que a su tenor literal señalan:

(...) Artículo 168. Rechazo de plano. El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.

“(...) Artículo 225. Limitación de la eficacia del testimonio. La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato. (...)

“(...) Artículo 191. Requisitos de la confesión. La confesión requiere:

3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.

“(...) Artículo 212. Petición de la prueba y limitación de testimonios. Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados los testigos, y enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba.

El juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba, mediante auto que no admite recurso. (...)

Por lo anterior, respetuosamente solcito al señor Juez negar las pruebas testimoniales solicitadas.

30

VII. EXCEPCIONES

Excepciones de Mérito.

Para que el señor juez las valore y si lo encuentra probado y procedente las declare al momento de sentenciar la litis, presento las siguientes excepciones de fondo para desvirtuar los fundamentos de derecho y de hecho alegados por la sociedad JOYCO SAS quien pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones 000428 de 2019 y 001304 de 2019 proferidas durante la ejecución del contrato IDU No.1571 de 2017 y se restablezca sus derechos presuntamente vulnerados por el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU.

PRIMERA EXCEPCIÓN

I.EL CONTENIDO DEL CONTRATO 1571 DE 2017 ES LEY PARA LAS PARTES

Con la suscripción del contrato de interventoría IDU No.1571 de 2017, el contratista JOYCO SAS, aceptó todos y cada uno de los términos, condiciones y obligaciones contenidos en él y sus anexos. De otra parte, al allanarse e imponer el representante legal su firma en el contrato, aceptó la totalidad de las cláusulas contractuales. Lo anterior con fundamento en:

1. "CÓDIGO CIVIL - LIBRO CUARTO - DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL Y DE LOS CONTRATOS- TITULO I.

.ARTICULO 1494. -FUENTE DE LAS OBLIGACIONES. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia."

"ARTICULO 1495. -DEFINICION DE CORATO O CONVENCION. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas."

2. Lo anterior en concordancia con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 mediante el cual se establece que:

“De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...) 2°. Contrato de consultoría

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.(...)

3. “ARTICULO 1602. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

4. “ARTICULO 1603. <EJECUCIÓN DE BUENA FE>. 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.”

32

II. Con relación a las descritas disposiciones legales en materia contractual, debe tenerse en cuenta lo acontecido en el contrato IDU No.1571 de 2017 frente al comportamiento contractual desplegado por parte del contratista JOYCO SAS RELACIONADO CON EL PROCESO SANCIONATORIO.

1. El IDU tramitó el concurso de méritos *IDU – CMA – SGI – 072 – 2017* que dio lugar al Contrato IDU 1571 de 2017, suscrito con JOYCO SAS el 28/12/2017, cuyo documento fue publicado en el portal Secop II.

2. Como resultado del Concurso de Méritos No. *IDU – CMA – SGI – 072 – 2017*, el veintiocho (28) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) , se suscribió el contrato de interventoría IDU 1571 de 2017 con el Contratista JOYCO SAS cuyo objeto era “INTERVENTORIA TÉCNICA ADMINISTRATIVA LEGAL FINANCIERA SOCIAL AMBIENTAL Y DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO PARA REALIZAR LA EJECUCIÓN A MONTO AGOTABLE DE LAS OBRAS DE MANTENIMIENTO REHABILITACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DE ESPACIO PÚBLICO LA RED DE CICLORRUTAS ZONAS BAJO PUENTES Y PARADEROS SITP EN BOGOTÁ DC GRUPO”.

3. El valor inicial del contrato se pactó en *OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$833.806.820)*. El plazo del contrato es de ocho (8) meses contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de ejecución establecidos en el Artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

El cinco (5) de octubre de dos mil dieciocho (2018) se prorrogó el contrato por ciento cinco (105) días más y se adicionó CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$193.084.542)”.

4. El contrato inicio el ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), conforme con el acta de inicio.

5. Mediante comunicado 20183560208483 del 28 de agosto de 2018 y alcance No. 20183560221673 del 6 de septiembre de 2018, la Dirección Técnica de Mantenimiento en su calidad de área supervisora del Contrato, presentó el Informe Técnico que sustenta el incumplimiento del Contrato 1571-2017 y solicitó el inicio de la actuación administrativa correspondiente.

33

El Subdirector General de Infraestructura del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, remitió citación con radicado No. 20184350906511 del diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), para que JOYCO SAS se manifestara sobre soportan el incumplimiento consistente en :

(...)1. Presunto incumplimiento por la no radicación, entrega oportuna, atención de observaciones efectuadas por la supervisión y aprobación en los tiempos y términos contractuales, de los informes mensuales de interventoría no. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 correspondientes a los periodos de febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 2018 respectivamente. 2. Presunto incumplimiento por la no radicación oportuna, atención de observaciones efectuadas por la supervisión y aprobación en los tiempos y términos contractuales, de los informes mensuales de inversión y buen manejo del anticipo de los meses de abril, mayo y junio de 2018. 3. Presunto incumplimiento al no realizar una correcta vigilancia y seguimiento del cronograma detallado de obra, y de estas gestiones desplegar las acciones que propendan por el cumplimiento de la programación del proyecto. 4. Presunto incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la coordinación interinstitucional, por no haber efectuado la gestión oportuna y pertinente que permita mitigar los efectos de las interferencias en obra evidenciadas. 5. Falta de pronunciamiento y gestión oportuna frente a los requerimientos de orden técnico, legal y

financiero realizados por el contratista y la entidad. 6. Presunto incumplimiento de las obligaciones que en materia ambiental y SST que describe el contrato y el apéndice técnico relacionado con la aprobación, objeción de la entrega del MAO a cargo del contratista de obra. 7. Presunto incumplimiento de las obligaciones que en materia ambiental y SST describe el contrato y el apéndice técnico relacionado con la entrega del PAI a cargo de la interventoría. 8. Presunto incumplimiento relacionado con la entrega de los distintos documentos (hojas de vida, contratos, afiliación al sistema general de seguridad social) que se requieren para legalizar el ingreso del personal de la plantilla mínima del contrato de interventoría. 9. Presunto incumplimiento relacionado a la falta gestión que propenda la entrega de los distintos documentos (hojas de vida, contratos, afiliación al sistema general de seguridad social) que se requieren para legalizar el ingreso del personal de la plantilla mínima del contrato de obra.(...)

Por lo expuesto se puede establecer por el Despacho que las causas que dieron origen al informe del presunto incumplimiento son diferentes a las argumentadas en la demanda y no obedecieron a meros y fútiles caprichos sino a evidencias técnicas contractuales debidamente motivadas y fundamentadas.

Teniendo en cuenta que la actuación sancionatoria surtida frente a la mora o atraso en la entrega de los productos necesarios tenía como finalidad la conminación del contratista y evidenciando el cumplimiento de dicha obligación previo a la definición de la actuación sancionatoria, se procedió a dar cumplimiento a lo establecido en el literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Por lo anterior, se solicita respetuosamente al Despacho que se tengan en cuenta los argumentos expuestos y desarrollados en ambos actos administrativos demandados.

III. De la responsabilidad estatal consignada en el artículo 90 de la Constitución Política.

Sobre el particular, para que se presente el daño y consecuentemente la responsabilidad estatal, esta debe provenir de los siguientes presupuestos:

- Un daño sufrido por la víctima el cual sea antijurídico, esto es, que no esté en el deber de soportar.
- La causación de un daño por la acción u omisión de un agente del estado o, en general, de cualquier autoridad pública.
- Que el daño sea imputable al estado, esto es, que exista un título o razón jurídica que implique que el estado debe responder. Al respecto, cabe mencionar que el Consejo de Estado ha determinado los

eventos por los cuales el estado debe indemnizar, los cuales se denominan “títulos de imputación”.

De tal manera que la piedra angular de esa responsabilidad debe provenir de la irrogación de un daño antijurídico por parte del Estado. Por ello, debemos acudir a la definición del mismo realizada por la Corte Constitucional:

“La noción de daño antijurídico en este caso, parte de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo” (tomado de la sentencia C-333 de 1996)

Descendiendo al caso en estudio, ni por acción ni por omisión, el IDU irrogó un daño antijurídico a su contratista JOYCO SAS, en la ejecución del contrato interventoría IDU 1571 de 2017 con la expedición de las resoluciones aquí demandadas.

Tal afirmación se deriva del contenido de los documentos pre y contractuales en los cuales se plasmó claramente todas las condiciones y obligaciones para ejecutar dicho contrato.

La actuación del IDU en el cumplimiento de sus obligaciones emanadas de dicho contrato se ciñó y fue ajustada al contenido de los pliegos de condiciones y a los términos contractuales pactados por las partes.

De otra parte, con relación al principio de seguridad jurídica es pertinente acudir a pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el tema, así:

“(…) Sobre la seguridad jurídica se consigna en la **sentencia T-502** de 2002: “3. La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. **En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo.** Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad

de los derechos constitucionales y humanos de las personas // En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado (...) y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, se sigue que dichos términos fijan condiciones de estabilización respecto de los cambios normativos. De ahí que, durante el término existente para adoptar una decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión. Es decir, una vez vencido el término fijado normativamente para adoptar una decisión opera una consolidación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Consolidación que se torna derecho por razón del principio de seguridad jurídica y, además, constituye un elemento del principio de legalidad inscrito en el derecho al debido proceso. (...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

36

Consecuencia de esa definición, en el caso en estudio, bajo ninguna óptica se observa que el IDU, haya modificado los términos de la relación contractual a su favor y mucho menos que haya actuado por fuera de la ley en el procedimiento sancionatorio que llevó a cabo en contra del contratista. JOYCO SAS desde el conocimiento que tuvo del contenido del pliego de condiciones, conocía las incidencias técnicas y las obligaciones del contrato que se obligó a ejecutar.

De conformidad con el principio “lex contractus, pacta sunt servanda” incorporado en el artículo 1602 del Código Civil, los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y por tanto las partes deben ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna.

Por todo lo expuesto, solicito respetuosamente al Despacho declarar probada esta excepción a favor del Instituto de Desarrollo Urbano y en consecuencia negar las pretensiones de la demanda.

LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PROFERIDOS POR EL IDU

I. DEL ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL -

El acto administrativo, definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

Por estas razones, el acto administrativo se presume legal hasta tanto no se haya desvirtuado su legalidad bien sea al ser proferido por autoridad sin competencia para tal fin, falsa motivación, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió, manifestación que debe realizarse por un Juez de la Republica.

Con relación al Acto Administrativo, la Corte constitucional se pronunció señalando que:

“La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual.

El Consejo de Estado ha expresado su criterio en reiteradas oportunidades en cuanto que el acto administrativo existe desde que se expide, y su eficacia está condicionada a su publicación o notificación. A juicio de la Corte Constitucional es aceptable el criterio mencionado, según el cual los actos administrativos existen desde el momento en que se profieren, y su validez y eficacia están condicionadas a la publicación o notificación, según se trate de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, o de un acto de carácter particular, personal y concreto.

Asimismo, el acto administrativo puede ser inexistente, y se distingue del acto viciado de nulidad, que aunque tiene plena existencia jurídica, solamente desaparece mediante la declaración de nulidad por parte de la jurisdicción

37

contencioso administrativa. Cuando falta un requisito sustancial o un elemento que forma parte de la esencia del acto, necesariamente este no puede existir. Pero si sólo se trata de una violación o prohibición de la ley, el acto nace pero está viciado de nulidad. Por ejemplo, se ha dicho que no puede nacer a la vida jurídica el acto de quien no es funcionario, o no está autorizado por la ley para ejercer función administrativa¹.

II. DE LOS CTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

Ahora bien, se tiene que las Resoluciones 000428 de 2019 y la 001304 de 2019 proferidas durante la ejecución del contrato IDU No.1571 de 2017 están revestidas con el manto de legalidad toda vez que para su expedición se dio cumplimiento a cada uno de los requisitos legales exigidos para tal fin, así:

- Las Resoluciones referidas, fueron expedidas por la autoridad competente. Se puede observar que los actos administrativos fueron suscritos por la Subdirección General de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- quien era la dependencia competente y facultada para realizar los trámites, actuaciones y expedir los actos administrativos requeridos para la debida ejecución del contrato 1571 de 2017 hasta su liquidación, dado que por delegación de funciones fue quien suscribió el contrato a nombre del IDU.

Dentro de esas facultades tenía el ejercicio de los poderes excepcionales para declarar la terminación, interpretación y modificación unilaterales, de imposición de multas y de declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria de conformidad con las normas reglamentarias vigentes que regulan la materia, conforme lo establecido en la resolución del IDU 7903 de 2016 por la cual se delegan unas funciones y se dictan otras disposiciones, modificada mediante la Resolución 449 de 2017, donde se señalan como funciones del Director General del IDU la de suscribir los actos administrativos, entre otras, y delegar tal función.

- Por otra parte, las Resoluciones 000428 de 2019 y la 001304 de 2019 por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición *interpuesto contra la primera*, son consecuencia del procedimiento administrativo adelantado que produjo como resultado la declaratoria de incumplimiento parcial del Contratista JOYCO SAS, por cuanto incurrió en incumplimientos que fueron dados a conocer oportunamente y que se señalaron claramente; no se incurrió en una falsa motivación pues es claro que ante los repetidos incumplimientos sobre el particular del contratista se

38

¹ Ver sentencia C-069-1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

procedió a iniciar el procedimiento administrativo que culminó con los actos administrativos que son objeto de demanda a través del presente medio de control.

De la lectura de los actos administrativos demandados queda claro que el contratista de obra incumplió y no logró desvirtuar la totalidad de los incumplimientos endilgados dentro del proceso sancionatorio.

- Por otra parte, los actos administrativos demandados fueron expedidos dando cumplimiento a la normatividad vigente, se respetó el derecho fundamental al debido proceso y a la defensa; tan es así que se adelantaron las audiencias que fueron necesarias, se escucharon los descargos presentados tanto por el contratista como por la compañía aseguradora, los apoderados ejercieron el derecho de defensa, las correspondientes alegaciones e interpusieron los recursos que consideraron procedentes; argumentos de defensa con los cuales no lograron desvirtuar el evidente e inocultable incumplimiento frente a las obligaciones derivadas del contrato No. IDU 1571 de 2017, es por ello que se considera que con la expedición de las resoluciones anteriormente referidas no se presentó ninguna violación a la ley fundamental ni legal común aplicada en la materia ni a las cláusulas contractuales.

El trámite sancionatorio se adelantó conforme lo autorizado por ley de conformidad con el contenido del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, en donde se consagran los derechos y deberes de las entidades estatales y se indica: *“Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*

1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar”,

Adicionalmente, en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, se plasma la presunción de legalidad del acto administrativo de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”; lo que conlleva a que tanto la administración como el particular deben someterse al contenido del mismo.

Por otra parte, la doctrina ha señalado frente al principio de legalidad que “...podemos decir que el principio de legalidad consiste en que la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos que dicte y las actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas superiores²”.

Ahora bien, teniendo en cuenta los argumentos anteriormente expuestos se tiene que el IDU no incurrió en ninguna causal de ilegalidad en la expedición de las resoluciones objeto de la Litis que conlleve a que los actos administrativos demandados estén viciados para que sea procedente una declaratoria de nulidad.

Lo expresado se constatará por el despacho de conocimiento con todo el acervo probatorio que se allega con la presente contestación.

Por todo lo expuesto, solicito respetuosamente al Despacho declarar probada esta excepción a favor del Instituto de Desarrollo Urbano y en consecuencia negar las pretensiones de la demanda.

TERCERA EXCEPCIÓN

NO VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO POR PARTE DEL IDU EN CONTRA DE JOYCO SAS DURANTE EL PROCESO SANCIONATORIO

40

i. En cuanto al respeto al debido proceso en sede administrativa

En Sentencia C-499 de 5 de agosto de 2015, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en cuanto al procedimiento regulado en la Ley 1474 de 2011, la Corte Constitucional indicó el alcance de la garantía del debido proceso con fundamento en las siguientes precisiones:

“5.5.5. El antedicho procedimiento, que debe seguirse de manera necesaria para que la entidad estatal pueda ejercer las facultades previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011[, garantiza que el contratista y su garante (i) serán informados en detalle y con los soportes correspondientes de los hechos en los que se funda la consideración de que el contrato se ha incumplido; (ii) tendrán la oportunidad de presentar sus descargos, dar explicaciones, aportar y controvertir pruebas; (iii) conocerán en la misma audiencia la resolución motivada de la entidad estatal y podrán presentar contra ella el recurso de reposición, que se tramitará y resolverá en la

² RODRIGUEZ, Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, 16ª edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 2008.

audiencia. Incluso, es posible suspender la audiencia, por razones de práctica de pruebas o por “cualquier otra razón debidamente sustentada”. En estas circunstancias, la valoración probatoria, que es el fundamento de la resolución motivada por medio de la cual se cuantifica los perjuicios, no obedece a una presunción de mala fe del contratista, ni contraría la prevalencia del derecho sustancial, ni resulta de vulnerar el debido proceso en materia probatoria” (la negrilla no es del texto).

Por su parte, el honorable Consejo de Estado, señaló acerca de la misma sentencia lo siguiente:

“(…)De acuerdo con la anterior jurisprudencia, en todas las actuaciones referidas en la Ley 1474 de 2011 el debido proceso debe garantizarse de manera real y sustancial, esto es, que no se trata de que el Estado cumpla con un rito en la actuación administrativa, dado que para efectos de la protección efectiva del debido proceso se requiere que el Estado permita la defensa real y material del contratista, y, en su caso, la de la entidad garante del cumplimiento del contrato. Sin embargo, desde otro ángulo de la misma situación jurídica, con idéntico fundamento en el principio constitucional del debido proceso y en la garantía del derecho de defensa, se tiene que advertir que el afectado que impugna un acto administrativo invocando una irregularidad procedimental debe demostrar que la misma se produjo aparejada de una decisión que afectó materialmente sus derechos, para que esa irregularidad pueda ser considerada como constitutiva de la vulneración al debido proceso.

En otras palabras, de la misma manera que el Estado debe observar el debido proceso tanto en los aspectos formales como en los materiales de la actuación administrativa, el administrado que pretende la anulación del respectivo acto administrativo debe desplegar la prueba, en dos sentidos: i) identificar la violación del procedimiento y ii) demostrar la consecuencia de la irregularidad sobre la decisión contenida en el acto administrativo.(…)” (CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO-SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN A-Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO-Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)-Radicación número: 25000-23-36-000-2013-02063-01(53861) Actor: SEGUROS COLPATRIA S.A.-Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE-Referencia: APELACIÓN SENTENCIA-ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Ley 1437 de 2011)(subrayado ajeno al texto)

41

ii. ACTUACION DEL IDU CON RESPETO AL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Con relación al derecho fundamental al debido proceso, se afirma categóricamente que el Instituto de Desarrollo Urbano no vulneró el debido proceso en contra de JOYCO SAS, durante el trámite de expedición de las resoluciones con fundamento en las razones e información suministrada por la Dirección Técnica de Gestión contractual del IDU, de la siguiente manera:

1. Mediante comunicado 20183560208483 del 28 de agosto de 2018 y alcance No. 20183560221673 del 6 de septiembre de 2018, la Dirección Técnica de Mantenimiento en su calidad de área supervisora del Contrato, presentó el Informe Técnico que sustenta el presunto incumplimiento del Contrato 1571-2017 y solicitó el inicio de la actuación administrativa correspondiente, conforme los hechos que se describen a continuación:

“1. Presunto incumplimiento por la no radicación, entrega oportuna, atención de observaciones efectuadas por la supervisión y aprobación en los tiempos y términos contractuales, de los informes mensuales de interventoría no. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 correspondientes a los periodos de febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 2018 respectivamente.

2. Presunto incumplimiento por la no radicación oportuna, atención de observaciones efectuadas por la supervisión y aprobación en los tiempos y términos contractuales, de los informes mensuales de inversión y buen manejo del anticipo de los meses de abril, mayo y junio de 2018.

3. Presunto incumplimiento al no realizar una correcta vigilancia y seguimiento del cronograma detallado de obra, y de estas gestiones desplegar las acciones que propendan por el cumplimiento de la programación del proyecto.

4. Presunto incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la coordinación interinstitucional, por no haber efectuado la gestión oportuna y pertinente que permita mitigar los efectos de las interferencias en obra evidenciadas.

5. Falta de pronunciamiento y gestión oportuna frente a los requerimientos de orden técnico, legal y financiero realizados por el contratista y la entidad.

6. Presunto incumplimiento de las obligaciones que en materia ambiental y SST que describe el contrato y el apéndice técnico relacionado con la aprobación, objeción de la entrega del MAO a cargo del contratista de obra.

7. Presunto incumplimiento de las obligaciones que en materia ambiental y SST describe el contrato y el apéndice técnico relacionado con la entrega del PAI a cargo de la interventoría.

8. Presunto incumplimiento relacionado con la entrega de los distintos documentos (hojas de vida, contratos, afiliación al sistema general de seguridad social) que se requieren para legalizar el ingreso del personal de la plantilla mínima del contrato de interventoría.

42

9. Presunto incumplimiento relacionado a la falta gestión que propenda la entrega de los distintos documentos (hojas de vida, contratos, afiliación al sistema general de seguridad social) que se requieren para legalizar el ingreso del personal de la plantilla mínima del contrato de obra.”

“(…)

2. El Subdirector General de Infraestructura remitió citación con radicado No. 20184350906511 del 19 de septiembre de 2018 al contratista JOYCO S.A.S., representada legalmente por JOSÉ JOAQUIN ORTIZ GARCÍA y a su Garante, COMPAÑÍA NACIONAL DE SEGUROS con radicado No. 20184350906491 de la misma fecha. En la citación se advierte la oportunidad que tienen para rendir descargos, presentar explicaciones, aportar pruebas y refutar las presentadas por la entidad.

En la mencionada citación se mencionan como hechos que soportan el presunto incumplimiento, de acuerdo con el Informe Técnico de Presunto Incumplimiento, así como la mención expresa y detallada de las normas y cláusulas presuntamente incumplidas por parte del contratista JOYCO S.A.S., y se enunciaron las consecuencias que se derivarían para el contratista.

3. El 4 de octubre de 2018, se instaló la audiencia inicial y se procedió a escuchar a las partes en la exposición de sus descargos y de sus solicitudes probatorias.

4. El día 22 de octubre de 2018 se continuó con la audiencia, en esta la supervisión presentó la prueba por informe decretada, mediante radicado No. 20183560265693 del 22 de octubre de 2018. Se da traslado de la prueba por el término de 5 días hábiles, para que los interesados en la audiencia, pudieran solicitar la aclaración, complementación o ajustes que consideren necesarios frente al informe trasladado fijándose como fecha de reanudación el día 31 de octubre de 2018.

5. El día 02 de noviembre de 2018 se lleva a cabo la continuación de la audiencia se escucha a las partes interesadas y se establece como nueva fecha para reanudar la audiencia el día 14 de noviembre de 2018 debido a las solicitudes de aclaraciones y complementaciones adicionales. El apoderado del contratista solicita aplazamiento debido a que no se encuentra en el país para esa fecha por lo que se reprograma la continuación para el día 28 de noviembre de 2018.

6. El día 28 de noviembre de 2021 se le concede la palabra al apoyo a la supervisión a fin de que resuelva las solicitudes de aclaraciones y complementaciones a las pruebas por informe en la audiencia pasada.

La Arquitecta Sandra Perilla, expone que mediante radicado No. 20183560289303 del 15 de noviembre de 2018 se daba respuesta al requerimiento. Aclaró a la fecha seguían

pendientes dos presuntos incumplimientos y que conforme con eso, se procedía a realizar una nueva tasación de la cláusula penal.

7. El 4 de febrero de 2019, el IDU expide la resolución número 000428 de 2019 “por medio de la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio dentro del contrato IDU no. 1571 de 2017 y se declara el incumplimiento parcial del contrato IDU 1571 de 2017 suscrito con JOYCO SAS.

Como consecuencia de lo anterior, se declara la existencia de perjuicios derivados del incumplimiento parcial del Contrato por valor de TREINTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON DIEZ CENTAVOS (\$ 37.953.896,10) M/CTE por las razones expuestas en el presente acto administrativo y hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria pactada en la cláusula décima octava del contrato por la misma suma de dinero.

8.El 1 de abril de 2019, EL IDU expide la Resolución mediante la cual se denegó la solicitud de nulidad de lo actuado, se negó la práctica de pruebas elevadas en el recurso de reposición de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa y se confirmó la declaración de perjuicios por la suma de \$ 37.953.896,10.

9. Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad del contratista JOYCO SAS y el incumplimiento parcial que se le probó en ejecución del contrato de interventoría 1571 de 2017, deberá tenerse en cuenta que la procedencia de los eximientes de responsabilidad surge siempre y cuando se acrediten los siguientes elementos:

44

i)Esta causal de exoneración parte del supuesto que el causante directo del daño es un tercero ajeno a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad. Jurídicamente sólo es el tercero alguien extraño, por quien no se debe responder, en este caso el contratista; es decir, no vinculado con el sujeto contra el que se dirige la acción (Matilde Zava la de González, Actuaciones por daños. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, p. 172.)

ii) Lo anterior ha sido definido por la jurisprudencia como sigue:

“Por otra parte, en relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente 16530).

De la anterior definición se pueden extraer que de acuerdo con el Consejo de Estado (Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. Héctor Patiño.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/2898/2539/>), la configuración de la causal exige los siguientes elementos:

a. Debe ser un hecho único exclusivo y determinante del daño producido, b. Debe ser un hecho producido por circunstancias imprevisibles e irresistibles para quien lo alega.

De acuerdo con el Doctor Patiño, los elementos configurativos de la causal de exoneración se pueden definir de la siguiente manera:

“El hecho del tercero debe ser causa exclusiva única y determinante del daño para que se convierta en exoneratorio de responsabilidad. El supuesto más común del hecho del tercero es aquel en el cual la participación del alguien extraño al demandante y al demandado fue el verdadero causante del daño y en este sentido, se configura una inexistencia del nexo causal. No obstante, también hay casos en los cuales el hecho fue causado desde el punto de vista fáctico por el demandado, quien vio determinada su conducta por el actuar de un tercero, haciendo que el daño sea imputable a ese tercero de forma exclusiva (...).”

(...)

b) Por otra parte, el hecho del tercero debe tener las características de toda causa extraña y en consecuencia debe ser irresistible e imprevisible, puesto que si se prueba que el hecho del tercero pudo haber sido previsto y/o evitado por el demandado que así no lo hizo, le debe ser considerado imputable conforme al principio según el cual “no evitar un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1989, expediente 5693).

45

Al respecto de lo anterior el Consejo de Estado ha expuesto lo siguiente:

“(...) Se recuerda que el hecho del tercero para valer como causal exonerativa de responsabilidad debía ser, en el sub iudice, irresistible e imprevisible para el Estado Colombiano, en razón a que si estaba en condiciones de preverlo o de resistirlo, como en efecto lo estuvo y a pesar de ello no lo hizo, o lo hizo deficientemente, tal comportamiento culposo administrativo que vincula su conducta con el referido daño, bien puede considerarse como causa generadora de éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida.

(...)

“La doctrina es unánime al considerar que para el hecho del tercero pueda configurarse como causal de exoneración de responsabilidad, es indispensable que pueda tenerse como causa exclusiva del daño, producida en tales circunstancias que sea imprevisible e

irresistible para que reúna las características de una causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño.”

“Se hace notorio que el hecho del tercero deba ser imprevisible puesto que si puede ser prevenido o evitado por el ofensor, le debe ser considerado imputable conforme al principio según el cual ‘no evitar un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo’. Y debe ser irresistible puesto que si el causante del daño puede válidamente oponerse a él y evitarlo, luego no lo puede alegar como causal de exoneración”(Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 1994, expediente 9276, tomado de La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública. Ramiro Saavedra Becerra. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 3ª reimpresión, pp. 589-590.)

Cuando se analiza desde una perspectiva de la responsabilidad, la existencia del actuar del tercero, debe siempre analizarse si el demandado o investigado no estaba en la obligación de hacer cumplir a ese tercero, y que la única causal de justificación para proceder a declarar como probada la ausencia de responsabilidad es que, el demandado demuestre su diligencia y su actuar oportuno frente al tercero, para así agotar todo lo que estuvo a su alcance y demostrar que en realidad el cumplimiento del hecho se debió ya a la imposibilidad y actuar exclusiva del tercero. Situación particular que no sucedió dentro de esta actuación sancionatoria, de acuerdo con lo descrito previamente.

Así mismo, se expone en el numeral de la demanda que los actos administrativos proferidos por la entidad no correspondían con la realidad material, ni con la realidad contractual *“estableciéndose así una falsa motivación de la resolución que dio inicio al proceso administrativo”*.

Sobre el particular, se puede observar que en la resolución sanción, se desvirtuaron cada uno de los argumentos que fueron esgrimidos por las partes a lo largo de la actuación y que por lo tanto en su momento, se dieron como probados los hechos objeto del sancionatorio, procediendo a declarar el incumplimiento parcial del contrato, así como la declaratoria de imposición de la cláusula penal.

Por lo tanto, no existe una falsa motivación por parte de la entidad al momento de proferir la resolución sanción, toda vez que para que proceda, es necesario *“(…) que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente”*, situación que para el presente trámite no acaeció.(En sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de 23

de junio de 2011, radicado 11001-23- 27-000-2006-00032-00(16090), C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.)

Así las cosas, por lo expuesto, respetuosamente solicito al Despacho de primera instancia declarar probada esta excepción a favor del Instituto de Desarrollo Urbano y en consecuencia negar las pretensiones de la demanda.

iii. EN CUANTO A LAS IMPUTACIONES POR VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO EFECTUADAS EN CONTRA DEL IDU

I. En la demanda, la parte actora imputa al IDU como concepto de violación para obtener la nulidad de los actos administrativos los siguientes: “Falsa motivación y desconocimiento de las normas en que debe fundarse”

No obstante los conceptos de violación atrás descritos imputados al IDU, omite el censor describir y especificar cómo y de qué manera el Instituto de Desarrollo Urbano en la expedición de las resoluciones aquí demandas, incurrió en algunas de la causales contempladas en la norma a saber: con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

47

En ninguno de los conceptos de violación expuestos por la parte actora se hace alusión directa, explícita y explicada de qué forma, manera o circunstancia, el IDU vulneró normas fundamentales y legales durante el proceso sancionatorio y en el contenido de las decisiones que pusieron fin a la actuación administrativa sancionatoria.

En cuanto al vicio de “Falsa Motivación” el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

(...)El vicio de falsa motivación de los actos administrativos se configura cuando las razones de hecho o de derecho invocadas en su fundamentación, son contrarias a la realidad. Sobre el particular, esta Subsección (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de marzo de 2016, rad. 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12).) ha indicado que los tres elementos indispensables para que se configure esta causal de nulidad son:

(a) La existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta (por ejemplo, expedición en forma irregular).

(b) La presencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos.

(c) La efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado.

Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y jurídica, lo cual, en todo caso, no implica que para la ocurrencia de la causal deba existir la intención de engañar por parte de quien expide el acto administrativo, ya que basta el error para su materialización...(Cfr. Miguel Largacha Martínez y Daniel Posse Velásquez, *Causales de anulación de los actos administrativos*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1988, p. 166.) (CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., ocho (08) de abril de dos mil veintiuno (2021) Referencia: NULIDAD. radicado: 110010325000201500963 00 (3920-2015).

Respecto del vicio de la “desconocimiento de las normas en que debe fundarse” el Consejo de Estado ha manifestado:

“...consiste en el desconocimiento de las disposiciones normativas que componen el marco jurídico del acto administrativo...” y que, para su configuración se deben presentar dos elementos: (i) El primero, demostrar que la normativa que se señala como vulnerada por parte de la autoridad pública a través de las acciones u omisiones en la expedición del acto administrativo enjuiciado, regula “la materia que es objeto de decisión administrativa”. (ii) El segundo elemento, consiste en demostrar que dicho acto, en efecto, quebranta el precepto normativo que se alega como vulnerado. En ese sentido, la Sección ha caracterizado diversos eventos en los cuales puede tener configuración el desconocimiento de las normas en que deberían fundarse los actos administrativos, dentro de los cuales pueden mencionarse: “(i) Falta de aplicación de la norma, situación que se presenta luego de que la autoridad que profiere el acto ignora la existencia del presupuesto normativo, o conociéndolo, no lo aplica en el asunto que la ocupa; (ii) Aplicación indebida de la norma, la cual se presenta luego de que las reglas jurídicas empleadas por la autoridad para fundar el acto, no se conforman a la situación fáctica del caso a tratar, como consecuencia de una equivocación en la valoración y escogencia de la disposición normativa; (iii) Interpretación errónea de la norma, consistente en el entendimiento desatinado del precepto o preceptos que sustentan el asunto por resolver.” De allí que el método para establecer si en el asunto de autos los actos demandados contrarían el ordenamiento jurídico superior sobre el cual debieron fundarse, deba

consistir en cotejar las normas invocadas como infringidas frente al acto electoral acusado. Se materializa [la expedición irregular] cuando en el trámite de expedición de un acto administrativo se ostenta un vicio en su formación, es decir, se vulnera el debido proceso. (SENTENCIA nº 85001-23-33-000-2020-00024-01 de Consejo de Estado (SECCIÓN QUINTA) del 21-01-2021)

Por las anteriores razones, la presente demanda no tiene ninguna vocación de prosperidad y por lo tanto se solicita respetuosamente al despacho declarar la prosperidad de la presente excepción y negar la totalidad de las pretensiones de la demanda.

II. Acerca de la tasación de la cláusula penal pecuniaria de conformidad con el contrato y la ley

Necesario señalar la sentencia C495 de 5 de agosto de 2015, en la cual la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en cuanto a la expresión referida a la cuantificación de perjuicio. Señaló la Corte Constitucional que en el debido proceso administrativo debe tenerse en cuenta la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas de procedimiento, tal como lo expresó en la siguiente conclusión:

“5. Segundo cargo: vulneración del derecho a un debido proceso (art. 29 CP), del principio de buena fe (art. 83 CP) y del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades (art. 228 CP). En el análisis de este cargo se estudió el derecho a un debido proceso, para destacar su aplicación en las actuaciones judiciales y administrativas, con las particularidades de cada una de ellas conforme a su finalidad; el principio de buena fe, para precisar su sentido y señalar que la presunción de buena fe admite prueba en contrario y que en algunos casos excepcionales es posible presumir la mala fe; y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, para poner de presente la función instrumental que tienen éstas respecto de aquél. A partir de estos parámetros, se descendió al caso concreto (i) para advertir que la cuantificación de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato estatal debe hacerse por medio de una resolución motivada de la entidad estatal, luego haberse seguido un procedimiento administrativo, al cual **el contratista y su garante son citados, pueden intervenir y tienen la posibilidad**

49

de presentar pruebas y controvertir las que se presenten en su contra; (...) y (iv) para destacar que el procedimiento administrativo en su trámite y, en especial, en cuanto atañe a la práctica, controversia y valoración de las pruebas, no desconoce el derecho a un debido proceso”.

A su vez, acerca de la cláusula penal y su tasación es necesario tener en cuenta que la Ley 80 de 1993, no la reguló expresamente, pues solo en algunos apartes hizo referencia indirecta.

Con la Ley 1150 de 2007 y posteriormente por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se contempló la facultad de las entidades estatales de imponer multas y reclamar la cláusula penal pecuniaria que hubieran sido pactadas, ambas figuras jurídicas de naturaleza civil y comercial aplicables a los contratos estatales de conformidad con lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

El Código Civil Colombiano trata la cláusula penal pecuniaria en los artículos 1592 y s.s., definiéndola así: *“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.*

50

De acuerdo con ALESSANDRI, la cláusula penal se clasifica como una cláusula especial, debido a que es *“una estipulación en que las partes de un contrato convienen que en caso de incumplimiento o de retardo por uno de los contratantes, este quedará obligado a efectuar determinada prestación”* (ALESSANDRI R., ARTURO, SOMARRIVA U. MANUEL y VODANOVIC H., Antonio. *“Tratado de las Obligaciones”*. Volumen II, Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. De la protección de los derechos del acreedor. De la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes. Editorial Jurídica de Chile: Segunda edición ampliada y actualizada, Santiago de Chile, 2004. p. 328 y s.s.)

Atendiendo a la anterior descripción, se entiende que la cláusula penal puede ser de tipo moratoria o compensatoria, ya que de acuerdo con la descripción del artículo 1592 del C.C., esta se estipula para el caso de *“no ejecución o retardo en la ejecución de la obligación principal”* entendiéndose su carácter moratorio obligándose a reparar el daño por la mora o su carácter compensatorio *“cuando tiene por objeto reparar el daño causado por incumplimiento de la obligación”*.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil - en sentencia del 7 de octubre de 1976, ratificó la ventaja de la utilización de la cláusula penal pecuniaria como estimación anticipada de perjuicios en favor del acreedor.

“(…) 3. Ahora, la estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de probar dicha culpa (Art. 1604 del C.C.); en tercer lugar, evita las controversias sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor(…)”.

En este orden de ideas, debe entonces precisarse que la cláusula penal pecuniaria es una sanción cuya naturaleza deviene *ab initio* de la norma legal pero además y sobretodo del contrato mismo, pues cuando la administración recurre al ejercicio de la potestad sancionatoria recurre en primera instancia al contenido del contrato.

Mediante sentencia del 19 de agosto de 2004 el Consejo de Estado, definió y caracterizó la cláusula penal pecuniaria de acuerdo con la siguiente descripción:

“La cláusula penal pecuniaria, que constituye un cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios surgidos del incumplimiento del contrato de tal manera que una vez probado aquel no hay necesidad de acreditar el daño sufrido ni su cuantía por hallarse ésta predeterminada en la referida cláusula, es definida por el artículo 1592 del Código Civil como “...aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.
En palabras de la doctrina:

“... la cláusula penal es una estipulación relativa a la sanción del deudor en caso de inejecución de su obligación contractual, lo que es un primer elemento de la definición de la cláusula penal otro elemento de la cláusula penal, (...) es el monto de los daños y perjuicios que establece.
...En otras palabras, la cláusula penal es una evaluación global de los daños y perjuicios a la cual proceden los contratantes de antemano para el caso en que el deudor no ejecute o ejecute de una manera defectuosa o con retardo su obligación.

... La cláusula penal supone, en primer lugar, que el deudor es responsable para con el acreedor. En efecto, en el caso en que la inejecución de la obligación no sea imputable al deudor, el acreedor no podrá invocar a su favor la cláusula penal. En otras palabras, la cláusula penal viene a insertarse en el mecanismo de la responsabilidad del deudor y esta es una condición necesaria para que la cláusula penal produzca el efecto previsto. Sin embargo, al estipular una cláusula penal los contratantes exoneran al

acrededor de aportar la prueba del daño que sufrió a causa de la inejecución de la obligación imputable al deudor. De allí se deduce que el juez no tiene que investigar si el acreedor sufrió un daño cuando invoca en su favor la aplicación de la cláusula (...)" (COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., Sentencia del diecinueve (19) de agosto de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01 (12342).)

De igual manera el Alto Tribunal, ha señalado que: *"(...) la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista."*(Sección Tercera. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. 24 de octubre de 2013. Radicación 24697)

Es innegable que, ante un inminente o cierto incumplimiento parcial o total del objeto contractual, o cuando el plazo de ejecución ha expirado sin que presuntamente se cumpliera con lo pactado o cuando existe un incumplimiento tardío o por mora que impida el ejercicio de la conminación, la figura jurídica idónea para ejercer la potestad sancionatoria por parte de la entidad es la cláusula penal.

En concordancia, la Contraloría General de la Republica emitió Concepto 94152 de 2012 señalando:

"Teniendo en cuenta que la cláusula penal ha sido estipulada por las partes como una sanción para el incumplimiento de las obligaciones contractuales, su exigibilidad se encuentra condicionada a la existencia de una situación de incumplimiento generada por cualquiera de ellas; de allí que la condena al pago de dicha sanción surge como consecuencia necesaria de la declaratoria de incumplimiento; luego, debiendo perseguirse el pago de la cláusula penal a través del proceso declarativo correspondiente, la acción ejecutiva resulta a todas luces improcedente.(...)" (1) (Subraya fuera de texto).

"De acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal "(...) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una

obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.” Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; **la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio.** Nota de Relatoría: Ver Sentencia de octubre 1 de 1992. Exp. 6631; Sentencia de octubre 19 de 2005. Exp. 15.011.

(...)

Se debe tener presente que el decreto-ley 222 de 1983 -al igual que hoy acontece con la Ley 1150 de 2007-, facultaron a las entidades públicas para que -previo pacto- impusieran y ejecutaran la cláusula penal pecuniaria frente a sus contratistas -al verificar un incumplimiento contractual-. Pero es necesario considerar, igualmente, que la normatividad - arts. 1596 del CC y 867 Co de Co.-, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, han dispuesto y analizado la posibilidad de graduar -disminuyendo y aumentando- dicha cláusula. De allí que, si el contratista afectado con la imposición de la cláusula penal considera que el monto establecido por tal concepto es excesivo, injusto o desproporcionado, puede acudir al juez para que revise la decisión administrativa.”

Por último, en el concepto del 25 de mayo de 2006, el Consejo de Estado- Sala de Consulta y de Servicio Civil, desarrolló una definición más precisa y concreta de la cláusula penal pecuniaria, partiendo de la posibilidad que tiene el Estado de dar aplicación y utilizar las figuras del derecho privado, toda vez que pueden tener un carácter ya sea “para prevenirlo, para sancionarlo o para lograr la indemnización.” (CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Magistrado ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C, Mayo veinticinco (25) de dos mil seis (2006). Radicación: 1.748. Número Único: 11001-03-06-000-2006-00050-00.)

53

De acuerdo con lo anterior, la aplicación de la cláusula penal en el tema sancionatorio contractual, surge en primera medida, de las estipulaciones contractuales, que para el presente caso, estaba contemplada en la CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA Y DECIMA NOVENA del contrato IDU 1571 -2017:

“(…) CLÁUSULA DECIMA OCTAVA. PENAL PECUNIARIA.

DÉCIMA OCTAVA. PENAL PECUNIARIA. En caso de presentarse por parte del interventor incumplimiento parcial o total del contrato o por incurrir en mora o retardo en el cumplimiento de sus obligaciones, éste pagará a título de cláusula penal pecuniaria al IDU, una suma equivalente hasta el treinta por ciento (30%) del valor total del contrato. La tasación de la cláusula penal atenderá criterios de oportunidad, razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento. La imposición de esta pena pecuniaria se considerará como una estimación anticipada de perjuicios que el INTERVENTOR cause al IDU. El valor pagado como cláusula penal no es óbice para demandar ante del juez del Contrato, la indemnización integral de perjuicios causados si estos superan el valor de la cláusula penal.

PARÁGRAFO PRIMERO: El pago o deducción de la cláusula penal no exonerará al INTERVENTOR, del cumplimiento de sus obligaciones emanadas del Presente Contrato.

PARÁGRAFO SEGUNDO: En caso de proceder a la aplicación de la cláusula penal, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el INTERVENTOR, autoriza expresamente a la entidad con la firma del presente Contrato, para hacer el descuento correspondiente de los saldos a él adeudados por la Entidad, previo a practicar las retenciones por tributos a que haya lugar o en su defecto se hará efectivo el amparo de cumplimiento de la Garantía Única

20

54

“(…)CLÁUSULA DECIMA NOVENA. PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO APLICACIÓN DE LA CLAUSULA PENAL, IMPOSICION DE MULTAS Y DEMAS SANCIONES

DÉCIMA NOVENA. PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO, APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL, LA IMPOSICIÓN DE MULTAS, Y DEMÁS SANCIONES. De conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el IDU tendrá la facultad de imponer las multas, y/o aplicar la cláusula penal y demás sanciones, mediante acto administrativo, garantizando el debido proceso en el desarrollo de la actuación administrativa correspondiente de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley.

VIGÉSIMA. CESIÓN DEL CONTRATO: EL INTERVENTOR sólo podrá ceder el presente contrato con la autorización previa, expresa y escrita del IDU, cuando el pretendido cesionario acredite los mismos o mejores requisitos habilitantes establecidos en el pliego de condiciones, y las mismas o mejores condiciones que acreditó el cedente en los criterios de evaluación, sin tener en cuenta el factor dos (2).

Los anteriores criterios se aplican igualmente en los eventos en que el INTERVENTOR sea una Unión Temporal o Consorcio y uno de sus integrantes desee ceder a terceros su participación en el contrato.

Tal como se puede observar de la descripción contractual, la afectación de la cláusula penal se puede realizar ante la declaratoria del incumplimiento total o parcial del contrato, y según el tipo de incumplimiento será el porcentaje de afectación.

Para el caso, particular, es necesario informar al Despacho que al contratista, en primera instancia, mediante la Resolución 05389 de 2019 se le imputó el incumplimiento parcial del contrato.

Ahora bien, acerca de la tasación de la cláusula penal pecuniaria necesario es remitirnos al contenido de las Resoluciones 428 y 1304 de 2019 que sobre el particular fueron claras, contundentes, univocas y cimentadas bajo los principios de proporcionalidad y razonabilidad y en atención a las circunstancias que rodearon el incumplimiento del contrato 1571 de 2017.

Es así que en la Resolución 00428 de 2019 (páginas 30 a 32) se expuso claramente la tasación de la cláusula penal.

Por lo tanto, el valor de la sanción impuesta al contratista corresponde al porcentaje de incumplimiento y su relación proporcional con el tope máximo de la cláusula penal. Es importante reiterar, que la aplicación del valor de la cláusula penal surge como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento parcial del contrato.

Por lo brevemente expuesto se solicita de manera respetuosa al señor Juez declarar la prosperidad del medio exceptivo propuesto y en consecuencia denegar las pretensiones de la demanda.

CUARTA EXCEPCIÓN

VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL POR PARTE DE JOYCO S.A.S

El principio de buena fe se encuentra consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, donde se consagra *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*, principio este que exige de los particulares una actuación leal, honesta que genere confianza y seguridad en las relaciones que se establezcan.

En providencia del 22 de junio de 2011, ref. 18836, el máximo tribunal de lo Contenciosos Administrativo señaló que:

“(…) en las obligaciones contraídas en un negocio jurídico, las partes quedan forzadas a cumplir lo pactado en los términos en que fueron establecidos, y que nadie está forzado a ejecutar una prestación distinta, de la misma manera que no es posible exigir más de lo acordado, ni entregar menos de lo pactado, porque esto se convierte en ley para las partes. Lo anterior no tiene por qué variarse con la interpretación que una parte haga de sus obligaciones, –salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral, cuando proceda–, en aquellos casos en que considera que lo acordado es insuficiente para dar cumplimiento a sus obligaciones. No cabe duda que para hacerlo se necesita llegar a un nuevo acuerdo de voluntades, que autorice exigir de la otra parte el cumplimiento de nuevas prestaciones”.

56

En pronunciamiento reciente el Consejo de Estado al referirse al principio de la buena fe contractual ha sostenido que:

“De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y

corrección de la conducta propia". (Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación 50217 del 01 de abril de 2016.)

En estos términos, a ninguna parte le es permitido adicionar o suprimir el alcance de las obligaciones, so pretexto de ejecutar las suyas, porque desconocería el acuerdo de voluntades que comprometía al otro a actuar en un sentido distinto.

En este sentido, es posible determinar, de acuerdo con el análisis efectuado en las resoluciones demandadas, frente a los requerimientos del IDU y la supervisión del contrato, el contratista no fue diligente en el cumplimiento de sus obligaciones en ejecución del contrato, ni respetó todo lo pactado, ni desplegó un comportamiento lo suficientemente proactivo que estuviera encaminado a cumplir con sus obligaciones, de manera que tales omisiones influyeron determinadamente en el incumplimiento del objeto contractual conforme a lo expuesto a lo largo de esta contestación.

De otra parte, claramente se infiere la existencia de causas imputables al contratista con sus omisiones, falta de diligencia y oportunidad para cumplir con sus obligaciones, aspectos que son propios e inherentes a la buena fe contractual y que influyeron directamente en el incumplimiento del contrato.

Cuando se suscribió el contrato de interventoría No. 1571 de 2017, las partes realizaron manifestaciones de voluntad, que se entendían asumidas con la suscripción del respectivo contrato, no obstante iniciando con la ejecución del mismo se puede entrever que el contratista, faltó a su palabra pues no cumplió con lo que se obligó a pesar de haber manifestado que conocía las obligaciones y exigencias dadas a conocer en el Pliego de Condiciones, anexo técnico y demás documentos que integran el contrato.

Se considera por tanto que el contratista no puede entrar a interpretar sus obligaciones, pues ya estaban establecidas y debe es dar cumplimiento a las mismas; las obligaciones fueron consignadas de manera clara y precisa, al omitir dar cumplimiento a las mismas el contratista atenta contra el postulado constitucional de la buena fe, se contrató con él porque se presentó al proceso, se calificó la propuesta que él mismo proyectó y se hizo adjudicatario del contrato bajo la premisa de que contaba con la capacidad técnica, financiera, jurídica para responder por las obligaciones que asumía.

Por lo brevemente expuesto se solicita de manera respetuosa al señor juez declarar la prosperidad del medio exceptivo y en consecuencia denegar las pretensiones de la demanda.

QUINTA EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA

Igualmente solicito a la Señora Jueza declarar de oficio a favor del IDU todas las excepciones de fondo que resulten probadas dentro del proceso.

VIII. PRUEBAS:

Para que se tengan como pruebas a favor de mi mandante, le solicito se decreten y tengan como tales las siguientes:

En cumplimiento a lo ordenado en el párrafo 1º del numeral 7 del artículo 175 del CPACA se allega el expediente administrativo suministrado por la –La Dirección Técnica de Conservación de la Infraestructura (DTCI) y Dirección Técnica de Gestión Contractual del Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-.

I. DOCUMENTOS CONTRATO

- Matriz de Riesgo
- Anexo técnico
- Pliego de condiciones.
- Contrato de Interventoría 1571 de 2017
- Documento de adición y prórrogas
- Acta de Inicio.
- Acta No. 5 de terminación contrato de interventoría
- Acta de liquidación contrato 1571 de 2017
- Expediente administrativo contrato 1571 de 2017

58

II. DOCUMENTOS DEL PROCESO SANCIONATORIO

1. Resolución 000428 de 2019
2. Resolución 001304 de 2019
3. Constancia de ejecutoría
4. Audios del proceso sancionatorio
 - Audio audiencia de instalación
 - Audio audiencia No. 2

- Audio audiencia No. 3
- Audio audiencia No. 4
- Lectura fallo
- Recurso reposición
- Audiencia final

5. Actas de audiencia.

6. Comunicaciones relacionadas con el proceso sancionatorio.

7. Soporte de incumplimiento.

IX. ANEXOS:

1. Se aporta poder debidamente otorgado al que suscribe por parte del Director Técnico de Gestión Judicial del IDU, junto con los anexos correspondientes.
2. Cédula y tarjeta profesional de Ricardo Herrera Urrego.
3. Se adjuntan las pruebas en formato digital, subidas a google drive con el link precedentemente enunciado

59

Se pueden encontrar en el siguiente link:

<https://drive.google.com/drive/folders/13eYUg9jHfjC-ksxSH6rxJFBTs9Lwh5y3?usp=sharing>

X. NOTIFICACIONES

Mi mandante recibirá notificaciones en la Calle 22 No. 6-27, de Bogotá D.C.,

Dirección notificaciones electrónica: notificacionesjudiciales@idu.gov.co

El que suscribe, en la Secretaría de su Despacho o en la Calle 20 No. 9-20 Piso 3º de Bogotá, D.C., correos electrónicos:

Dirección notificación electrónica: ricardo.herrera@idu.gov.co

Cordialmente,



Instituto de
Desarrollo Urbano

RICARDO HERRERA URREGO
C.C. No. 79.311.191 de Btá
T.P. No. 139.430 del C.S. de la J.

Anexos: Poder y anexos
Pruebas en el link:

<https://drive.google.com/drive/folders/13eYUg9jHfjC-ksxSH6rxJFBTs9Lwh5y3?usp=sharing>

60

Calle 22 No. 6 - 27
Código Postal 110311
Tel: 3386660
www.idu.gov.co
Info: Línea: 195



ISO 22301
LL-C (Certification)
571147



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.