



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO  
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ  
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 30 de marzo de 2022

<b>Juez</b>	<b>:</b>	<b>Luis Eduardo Cardozo Carrasco</b>
<b>Ref. Expediente</b>	<b>:</b>	<b>11001-33-36-036-2015-00484-00</b>
<b>Demandante</b>	<b>:</b>	<b>Consortio Intervial 2009</b>
<b>Demandado</b>	<b>:</b>	<b>Instituto de Desarrollo Urbano –IDU</b>

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES  
SENTENCIA No. 11**

**I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. La demanda.**

Actuando mediante apoderado judicial, el Consortio Intervial 2009, conformado por las sociedades Incoplan S.A. y Mario Noriega y Asociados SAS, presentó demanda, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, contra el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU, a efectos de que se declare que la nulidad de las resoluciones Nos. 3163 del 12 de diciembre de 2013 y 106416 del 4 de diciembre de 2014, mediante las cuales se declaró el incumplimiento del Contrato de interventoría No. 031 de 2009 celebrado entre los extremos y se hizo efectiva la cláusula penal pactada.

Como consecuencia de la nulidad formulada, solicitó como indemnización condenar al IDU al pago del lucro cesante causado a favor de la actora desde el 4 de diciembre de 2014, hasta la fecha en que sea eliminado del RUP el reporte de sanción enviado por la entidad a la Cámara de Comercio, y a título de restablecimiento del derecho, se declare que el Consortio Intervial 09 no se encuentra obligado a pagar la suma correspondiente a las resoluciones atacadas, y que, en el evento en que a la fecha de la sentencia el Consortio Intervial 09 no hubiese hecho el pago del valor de la cláusula penal, se ordene al IDU cesar de inmediato los eventuales procesos coactivos y judiciales que se hubiesen iniciado.

**2.2. Hechos de la demanda**

-. La apoderada de la parte actora indicó que, el 18 de septiembre de 2009 se celebró entre el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU y el Consortio Occidental el contrato de obra No. 029 de 2009, cuyo objeto fue: *“El CONTRATISTA se compromete para con el IDU a ejecutar las obras para la CONSTRCCIÓN DE ANDENES DE AMBOS COSTADOS DE LA CRA 15 DESDE LA CALLE 100 HASTA LA CALLE 122 Y ANDENES DE LA CARRERA 15 DEL COSTADO OCCIDENTAL Y SEPARADOR CENTRAL DESDE LA*

*CALLE 122 HASTA LA CALLE 127, CORRESPONDIENTE AL PROYECTO CODIGO DE OBRA 410 DEL ACUERDO 180 DE 2005 DE VALORIZACIÓN EN BOGOTA (...)*”.

-. El contrato mencionado presupuestó el pago al Consorcio Occidental del 40% del valor inicial del contrato (\$13.061.936.272) como anticipo del mismo.

-. Mediante Resolución No. 3252 del 21 de agosto de 2009, el IDU adjudicó al Consorcio Intervial 09 el concurso de méritos IDU-CMA-DTE-005-2009, correspondiente a la interventoría del contrato de obra No. 029 de 2009. Por tal razón se celebró entre el IDU y el Consorcio Intervial 09 el contrato de interventoría No. 031 de 2009, cuyo objeto fue: *“El INTERVENTOR se compromete para con el IDU a realizar a precio global, la INTERVENTORÍA TÉCNICA, AMBIENTAL, SOCIAL, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA Y LEGAL, DE LA CONSTRUCCIÓN DE ANDENES DE AMBOS COSTADOS DE LA CRA 15 DESDE LA CALLE 100 HASTA LA CALLE 122 Y ANDENES DE LA CARRERA 15 DEL COSTADO OCCIDENTAL Y SEPARADOR CENTRAL DESDE LA CALLE 122 HASTA LA CALLE 127, CORRESPONDIENTE AL PROYECTO CODIGO DE OBRA 410 DEL ACUERDO 180 DE 2005 DE VALORIZACIÓN EN BOGOTA DC, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones, en especial lo dispuesto en el anexo técnico separable (capítulo 4 del pliego de condiciones), los apéndices y la propuesta presentada el 15 de julio de 2009, documentos que hacen parte integral de este contrato)”*.

-. El contrato de interventoría se acordó por un valor de \$848.339.409, siendo adicionado y prorrogado el 8 de noviembre de 2010, en cuanto a la forma de pago y al plazo.

-. Mediante oficio No. 20115260903202 de 28 de septiembre de 2011 el IDU envió al Consorcio Intervial 09 el Acta de Terminación del contrato de obra No. 029 de 2009, en el cual señaló que el contratista incumplió con sus obligaciones contractuales. Posteriormente el IDU expidió la Resolución No. 4379 del 26 de octubre de 2011, por medio de la cual le declaró al contratista de obra el siniestro de amparo y buen manejo y correcta inversión del anticipo, por valor de \$3.155.240.762.

-. El 26 de enero de 2012 el Consorcio Intervial 09 (interventor) recibió por parte del IDU el oficio No. 20123360037061, por medio del cual le remitió el acta de terminación del contrato de interventoría No. 031 de 2009, en la que certificó que el Consorcio cumplió con su objeto contratado.

-. El 18 de abril de 2012 el Consorcio Intervial 09 recibió oficio por parte del IDU, en el que lo citaba para la audiencia de descargos para el día 24 de abril de 2012, por el eventual incumplimiento a sus obligaciones contractuales, endilgándole 5 cargos a saber: i) incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de anticipo en el contrato de obra IDU-029 de 2009 y de interventoría IDU-031 de 2009, ii) incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de obra IDU-029 de 2009 y de interventoría IDU-031 de 2009, verificación de las obras ejecutadas, iii) incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de obra IDU-029 de 2009 y de interventoría IDU-031 de 2009, recibo de las obras, iv) incumplimiento de las obligaciones en materia ambiental establecidas en el contrato de obra IDU-029 de 2009 y de interventoría IDU-031 de 2009, y v) incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de obra IDU-029 de 2009 y de interventoría IDU-031 de 2009, informes mensuales.

-. El 12 de diciembre de 2013, el IDU profirió la Resolución No. 3163, a través de la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato de interventoría 031 de 2009 por las cinco causales expuestas, e impuso la cláusula penal pactada a cargo del Consorcio.

-. Se formuló recurso de reposición contra el citado acto administrativo, y mediante Resolución No. 106416 del 4 de diciembre de 2014, el IDU declaró el incumplimiento parcial solo por dos cargos, dando por superados los tres restantes, reduciendo el monto de la sanción.

### 2.3. Contestación de la demanda

Mediante escrito presentado el 23 de febrero de 2016, el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU contestó la demanda. Se refirió a los hechos, aceptando algunos.

Argumentó que, el IDU en ningún momento desconoció el derecho de defensa de la demandante, pues el oficio No. STESV20123360140331 del 16 de marzo de 2012 contenía un amplio y detallado informe sobre los hechos y pruebas que constituían la base para dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio, y posteriormente mediante oficio No. STESV20123360178531 del 17 de abril de 2012, se fijó nueva fecha para la audiencia, a fin de que el contratista ejerciera su derecho de defensa y contradicción, y nuevamente se describió amplia y detalladamente los incumplimientos que dieron origen al procedimiento.

Señaló que, no se vulneró el principio de legalidad por cuanto de acuerdo con lo señalado en las cláusulas 16 y 18 del Contrato IDU-031 de 2009, la interventoría incurrió en incumplimiento de sus obligaciones en materia de seguimiento y control en el manejo del anticipo del contrato de obra IDU-029 de 2009, ya que, como la misma interventoría lo informó, el contratista de obra no remitió durante 2 años copia de los extractos de la cuenta en la que se manejaba el anticipo, y sin embargo, el Consorcio Intervial 09, haciendo caso omiso de la obligación contraída, autorizó desembolso de los recursos públicos del anticipo sin los debidos soportes, y que, de conformidad con el Manual de interventoría del IDU, era obligación del contratista de obra entregar mensualmente al interventor los informes de buen manejo del anticipo, debidamente soportados.

Formuló como excepción la denominada “**Falta de elementos que desvirtúen la presunción de legalidad del acto administrativo**”, manifestando que, las resoluciones 3163 del 12 de diciembre de 2013 y 106416 del 4 de diciembre de 2014 fueron expedidas por la autoridad competente, que garantizó el derecho de defensa de los demandantes, y no fueron expedidos mediante falsa motivación, ni con desviación de poder, ni con desconocimiento de los fines estatales, por lo que, tenían plena validez y eficacia jurídica.

### 2.4. Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 2 de julio de 2015 (fl. 493).

Mediante auto del 29 de enero de 2018 se admitió la demanda (fls. 495 y 496).

En auto del 28 de agosto de 2018 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (fl. 625).

En audiencia inicial celebrada el 24 de octubre de 2019 se resolvió sobre la excepción previa formulada, negándola, decisión que fue recurrida y confirmada por el superior. En audiencia del 19 de septiembre de 2019, se decretaron las pruebas solicitadas por los extremos (fls. 661 y 662).

El 14 de noviembre de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (fls. 667 y 668).

## 2.5. Alegatos de conclusión

En escrito radicado el 27 de noviembre de 2019, el apoderado del IDU se refirió a las pruebas recaudadas dentro del proceso, señalando que en el oficio que citó a la interventora a rendir descargos, se describió amplia y detalladamente los incumplimientos que daban origen al procedimiento.

Que, en lo atinente a verificar la amortización del anticipo, era una obligación del interventor de conformidad con lo previsto en la cláusula séptima del contrato de interventoría IDU 031 de 2009, al igual que conforme al Manual de Gestión Integral de Proyectos de Infraestructura Vial y Espacio Público del IDU, que era aplicable a los contratos de obra IDU-029 de 2009 y de interventoría IDU-031 de 2009.

Adujo que, el IDU remitió al Consorcio Intervial 09, en su calidad de interventor del Contrato de Obra No. 029 de 2009, una serie de escritos radicados por la comunidad aledaña a la obra, que daban cuenta de distintas inconformidades frente a las intervenciones realizadas, pero el Consorcio le manifestó al IDU, que no era obligación suya llevar a cabo las gestiones solicitadas, por cuanto el contrato de interventoría finalizó el 2 de septiembre de 2011.

La parte **demandante** presentó sus alegatos mediante escrito del 28 de noviembre de 2019, haciendo un recuento de los hechos de la demanda que consideró relevantes, reiterando los argumentos expuestos en la demanda frente a los cargos formulados.

Señaló que, cumplió a cabalidad con su objeto contractual en la etapa de liquidación al valorar los asuntos que no fueron resueltos por el contratista de obra, pero no podía dar respuesta o resolución, porque su función no era la de ejecutar la obra, sino vigilar el cumplimiento del contrato intervenido, y tampoco debía hacerlo en etapa de liquidación, por lo que el IDU no podía atribuirle a la interventora su propia desidia, pues en múltiples ocasiones había puesto de presente los incumplimientos del contratista de obra.

En esta etapa el Ministerio Público no rindió concepto en el término legalmente otorgado.

## III. CONSIDERACIONES

### 3.1 Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar en el presente evento, si las Resoluciones No. 3163 del 12 de diciembre de 2013 y 106416 del 4 de diciembre de 2014, mediante las cuales se declaró el incumplimiento del contrato de interventoría No. 031 de 2009 celebrado entre el IDU como contratante y el Consorcio Intervial 09 como contratista y se hizo efectiva la cláusula penal, se ajustan a la ley, o si por el contrario adolecen de alguna causal legal para extraerlos del ordenamiento jurídico. Además, si hay lugar a ordenar medidas indemnizatorias a título de restablecimiento del derecho.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

### 3.2 De lo probado en el proceso

-. Entre el IDU y el Consorcio Intervial 09 se celebró el contrato de interventoría No. 031

de 2009, cuyo objeto fue: *“El INTERVENTOR se compromete para con el IDU a realizar a precio global, la INTERVENTORÍA TÉCNICA, AMBIENTAL, SOCIAL, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA Y LEGAL, de la construcción de andenes de ambos costados de la cra 15 desde la calle 100 hasta la calle 122 y andenes de la carrera 15 del costado occidental y separador central desde la calle 122 hasta la calle 127, correspondiente al proyecto código de obra 410 del acuerdo 180 de 2005 de valorización en Bogotá DC, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones, en especial lo dispuesto en el anexo técnico separable (capítulo 4 del pliego de condiciones), los apéndices y la propuesta presentada el 15 de julio de 2009, documentos que hacen parte integral de este contrato)”*.

-. El contrato de interventoría se acordó por un valor de \$848.339.409, siendo adicionado y prorrogado el 8 de noviembre de 2010, en cuanto a la forma de pago y al plazo (fls. 83 a 113).

-. El 26 de enero de 2012, el Consorcio Intervial 09 (interventor) recibió por parte del IDU el oficio No. 20123360037061, por medio del cual le remitió el acta de terminación del contrato de interventoría No. 031 de 2009, en la que certificó que, el Consorcio cumplió con su objeto contratado (fls. 260 a 262).

-. El 18 de abril de 2012 el Consorcio Intervial 09 recibió oficio No. STESV 20123360178531 del 17 de abril del mismo año mediante el cual, el IDU hizo alusión al oficio No. STESV 20123360140331 del 16 de marzo de 2012, citando al contratista interventor para la audiencia de descargos para el día 24 de abril de 2012, por el eventual incumplimiento a sus obligaciones contractuales, endilgándole 5 cargos a saber: i) incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de anticipo en el contrato de obra IDU-029 de 2009 y de interventoría IDU-031 de 2009, ii) incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de obra IDU-029 de 2009 y de interventoría IDU-031 de 2009, verificación de las obras ejecutadas, iii) incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de obra IDU-029 de 2009 y de interventoría IDU-031 de 2009, recibo de las obras, iv) incumplimiento de las obligaciones en materia ambiental establecidas en el contrato de obra IDU-029 de 2009 y de interventoría IDU-031 de 2009, y v) incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de obra IDU-029 de 2009 y de interventoría IDU-031 de 2009, informes mensuales (fls. 273 a 292).

-. El 12 de diciembre de 2013, el IDU profirió la Resolución No. 3163, a través de la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato de interventoría 031 de 2009 por las cinco causales expuestas, y se impuso la cláusula penal pactada a cargo del Consorcio (fls. 300 a 320).

-. Se formuló recurso de reposición contra el citado acto administrativo, y el IDU mediante Resolución No. 106416 del 4 de diciembre de 2014, modificó la No. 3163, declarando el incumplimiento solo por dos cargos, dando por superados los tres restantes, reduciendo el monto de la sanción (fls. 345 a 379).

### **3.3 Caso Concreto**

Se tiene entonces que, la parte actora pretende se declare la nulidad de las resoluciones Nos. 3163 del 12 de diciembre de 2013 y 106416 del 4 de diciembre de 2014, mediante las cuales se declaró el incumplimiento del Contrato de interventoría No. 031 de 2009 celebrado entre los extremos y se hizo efectiva la cláusula penal pactada.

Bajo ese orden de ideas, el Despacho entrará a estudiar la legalidad o no de los citados actos administrativos, atendiendo para el efecto los cargos señalados en la demanda.

### 3.3.1 La procedencia de la sanción pecuniaria de multa, pactada en el contrato

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 contempló la facultad, en cabeza de la Administración Pública, para que en forma unilateral y respetando las garantías mínimas del debido proceso, declare el incumplimiento contractual con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato; la norma señala en su párrafo transitorio las facultades que se entienden atribuidas respecto a cláusulas de multa o penal pecuniaria pactadas en contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la mencionada Ley. Textualmente, señala la norma:

*“Artículo 17 **“DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.** El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*

***Parágrafo.** La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

***Parágrafo transitorio.** Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.”*

Norma que por virtud de lo plasmado en el párrafo segundo del artículo 33 de la citada ley, comenzó a regir una vez promulgada<sup>1</sup>, esto es, para el día 16 de Julio de 2007.

Ahora bien, sobre las condiciones plasmadas en dicha norma, para la imposición de sanciones de multa, el H. Consejo de Estado ha manifestado:

*(...) Como se observa, a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas pactadas, de manera unilateral, por parte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tal posibilidad, un efecto retrospectivo, permitiendo que su imposición pueda hacerse, aún en atención de contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que en ellos se hubiese consagrado “la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.*

*El párrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley.*

*Vale la pena advertir, que de la aplicación en el tiempo de la disposición transcrita, se deriva una situación bien curiosa, con base en lo sostenido en los numerales anteriores; se trataría de una disposición legal que habilita a las administraciones públicas, para el*

<sup>1</sup> Hecho que se verificó en el Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007

*ejercicio de prerrogativas públicas, a partir del reconocimiento de un contenido contractual que se convino formalmente antes de la entrada en vigencia de ésta, con base en unos efectos retrospectivos contenidos en ella (...).”<sup>2</sup>*

Advertido lo anterior, se analizarán cada uno de los argumentos de nulidad alegados por la parte actora:

**a.- Desconocimiento del derecho de defensa al no acompañar el informe de supervisión al oficio de citación a la audiencia de descargos**

Argumentó que, en el ejercicio del derecho de defensa del contratista, no podía ser potestad de la entidad aportar con el oficio de citación toda la documentación que, tanto la ley como la jurisprudencia exigen, lo que ocurrió en el presente asunto por cuanto el IDU con el oficio de citación no anexó ni el informe de supervisión y tampoco los documentos que lo soportaban, sino que se limitó a indicar los cargos del incumplimiento.

**b.- Falsa motivación por vulneración al principio de legalidad al decretar incumplimiento por situaciones que no constituían faltas sancionables**

Adujo que, según el oficio de citación suscrito por el IDU, el interventor no había entregado el soporte documental de 12 cheques, conforme se resaltaba en los requisitos previstos en el Manual Integral de Proyectos de Infraestructura Vial y Espacio Público.

Señaló que, a través de los informes mensuales, la interventoría presentó los cheques que fueron causa de declaratoria de incumplimiento del Contrato No. 031 de 2009, y estos fueron aprobados por la entidad, situación que consecuentemente generó el pago al contratista no solo de obra sino también el de interventoría. La entidad no señaló ninguna glosa a los informes, tampoco solicitó en esa oportunidad la información que hoy echaba de menos, y menos se mencionaron los presuntos incumplimientos, lo que era absolutamente contradictorio con lo expresado en la Resoluciones Nos. 3163 de 2012 y 106416 de 2014.

El acta de terminación, si bien marcaba el finiquito de un hito contractual, contenía por parte del IDU la manifestación inequívoca del cumplimiento de las obligaciones por parte del Consorcio Intervial 09.

**- Falsa motivación por vulneración al principio de legalidad al decretar incumplimiento del contrato por presuntos incumplimientos del contrato que no corresponden a obligaciones de la interventoría del contrato 031 de 2009**

El IDU requirió a la interventoría para que revisara en un término de 5 días hábiles la información presentada por el contratista de obra, e informara a la entidad si en efecto se dio solución a cada uno de los requerimientos realizados por la comunidad, pero en etapa de liquidación de un contrato no se puede exigir obligaciones que deben haber nacido en la etapa de ejecución.

Expuso que la interventoría puso en conocimiento del IDU en múltiples ocasiones el incumplimiento del contrato de obra, pero la entidad no hizo nada, por lo que no se le podía atribuir el resultado dañoso, ya que el mismo era consecuencia de la desidia del contratante.

---

<sup>2</sup> Sección Tercera Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008) Radicación número: 05001-23-25-000-1995-01905-01(21574

### **c.- Inexistencia de perjuicio**

Adujo que, no se podía hacer exigible la cláusula penal a menos que concurrieran cada uno de los elementos de la responsabilidad contractual: i) incumplimiento, ii) daño y iii) nexo causal.

Resaltó que, no existía incumplimiento del interventor ni tampoco perjuicio en cabeza de la entidad, toda vez que el IDU como consecuencia del incumplimiento del contrato de obra en el buen manejo y correcta inversión del anticipo, hizo efectiva la póliza y decretó el incumplimiento del contrato de obra No. 029 de 2009, obteniendo el pago de todos y cada uno de los perjuicios por cuenta de la aseguradora, es decir, todo perjuicio fue pagado y resarcido.

### **d.- Principio de proporcionalidad**

Indicó que, las resoluciones impugnadas fueron expedidas con posterioridad a la terminación del contrato de interventoría No. 031 de 2009, donde se firmó acta que consagró que el Consorcio Intervial 09 había cumplido con su objeto contractual en tiempo.

Que, de otra parte, no bastaba con afirmar que el incumplimiento era grave sin probarlo como lo hizo el IDU, ya que debió rebajar el porcentaje de la cláusula penal, máxime que se evidenció que no existió perjuicio a indemnizar.

Señaló que, el IDU no efectuó un análisis juicioso respecto de la Aseguradora Segurexpo en el recurso de reposición, y no dio aplicación al principio de proporcionalidad, pues se limitó a hacer una tasación con base en hechos superados que se encontraban presuntamente incumplidos, sin hacer referencia a cada uno de los incumplimientos ni al porcentaje de ejecución recibido y aceptado.

Evidencia el Despacho que, tres de los cargos imputados por la parte actora contra las Resoluciones Nos. 3163 del 12 de diciembre de 2013 y 106416 del 4 de diciembre de 2014, guardan íntima relación, pues se refieren a dos aspectos centrales, **el desconocimiento de los derechos de defensa y debido proceso** en el trámite adelantado para proferir la multa. En ese sentido, el Juzgado analizará en conjunto los tres primeros cargos formulados contra esas decisiones.

### **Del debido proceso y el derecho de defensa en materia contractual**

Si bien el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 -que modificó parcialmente la Ley 80 de 1993-, introdujo la obligación en cabeza de la Administración, de garantizar el debido proceso en la actividad contractual con la realización de un procedimiento mínimo que incluyera la audiencia del afectado con una sanción; lo cierto es que la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha reconocido que el debido proceso ha tenido obligatoria aplicación en los procedimientos administrativos contractuales, aún desde antes de entrar en vigencia la Constitución Política de 1991; precisando además que, el derecho de audiencia consagrado específicamente en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no sólo opera frente a la imposición de multas, sino también en la aplicación de otras sanciones o de otras prerrogativas del Estado, con carácter sancionatorio.

En efecto, se ha establecido en la jurisprudencia:

*“Se destaca la introducción positiva, en el art. 17 de la ley 1.150 de 2007, del debido proceso como principio rector de la contratación estatal. Su propósito fue el de afirmar lo que*

*constitucionalmente es indiscutible, pero que materialmente ofrece dificultades. Sin embargo, la inclusión en la ley no supone que sólo a partir de ese momento la contratación estatal debió ajustarse a este derecho, en virtud a que de ninguna manera una norma inferior a la Constitución tiene la posibilidad de hacerla regir, sobre todo porque ella misma no pidió la colaboración legislativa para tal efecto. Este precepto exhorta a incrementar, en materia administrativa contractual, las garantías que integran el debido proceso, (...) que urge introducirlo en los distintos procedimientos, y en particular en el contractual. Se trata de un impulso que reafirma –no crea– el canon constitucional que impone la razón y el juicio en las actuaciones administrativas (...). De la norma se desprenden varias ideas, que explican su contenido: **En primer lugar, señala que “El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales”, de allí que su contenido no rige solamente los temas puntuales que mencionará y desarrollará a continuación –la multa y la cláusula penal–, sino todas las actuaciones sancionatorias, como por ejemplo: la declaración de caducidad, la declaración de un siniestro, la declaración de que un oferente se niega a suscribir el contrato estatal adjudicado, entre otras decisiones de similar naturaleza sancionadora. De hecho, no podría entenderse ni admitirse que esta garantía sólo rija en las sanciones que regula el artículo 17 –la multa y la cláusula penal–, pues constitucionalmente hablando sería injustificado. De entenderse en sentido restringido su ámbito de aplicación, se vulneraría el art. 29 de la Constitución Política, que no distingue entre las diversas actuaciones administrativas.”**<sup>3</sup>*

En este mismo pronunciamiento, que corresponde a una sentencia hito en materia de debido proceso contractual, la jurisprudencia señala las características que deben reunir las comunicaciones intercambiadas por las partes del contrato, para que las mismas tengan la entidad de garantizar el derecho de defensa y el debido proceso; expresando:

*“La tesis descrita –en virtud de la cual la Sección admite que las comunicaciones previas entre las partes del contrato satisfacen el derecho a que el contratista conozca de la inconformidad de la administración con el cumplimiento de las obligaciones del contrato– debe entenderse en los términos de los arts. 4, 28, 14 y 34 CCA. Es decir, que para que surtan este efecto (...), allí debe expresar claramente el objeto de la inconformidad, con la indicación de la necesidad de que manifieste su posición frente a las imputaciones de la entidad y el derecho a presentar las pruebas que respalden o fundamenten su defensa. El juez, por tanto, debe analizar –con especial cuidado– que las cartas enviadas cumplan con los elementos mínimos que permitan inferir con seguridad que se le ha dado al contratista la oportunidad de defenderse, y no que simplemente se le reprochó una conducta o hecho, sin especificarle su derecho a manifestar su criterio al respecto, ya que la entidad desatará, a partir de allí, un trámite que puede culminar con una sanción. Si se aprecia con detenimiento la jurisprudencia de esta Sección, ella no permite que el inicio de las actuaciones se haga con cualquier manifestación contenida en una carta, sino que exige claramente que se indique en qué consiste la inconformidad con el avance del contrato –art. 28 CCA.–. En este escenario, la Sala estima indispensable que se realice un debido proceso jurídico integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, que imputa cargos al contratista, donde también indique qué hechos lo originan, qué sanción podría imponerse –de las tantas que puede contener el contrato–, y qué pruebas de ello tiene la administración –art. 28 CCA.–, para que él pueda, a su vez, definir a qué se atiene en este aspecto y de qué manera asumirá su defensa frente a los hechos que le imputan.” (Destaca el Despacho).*

En otra providencia, el H. Consejo de Estado se refirió en términos generales al derecho fundamental al debido proceso, esbozando:

*“El debido proceso es el conjunto de garantías mínimas que se deben reconocer a las personas dentro de las actuaciones judiciales y administrativas, en procura de obtener una*

---

<sup>3</sup> H. Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. CP Dr. Enrique Gil Botero. Radicación N° 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367)

*sentencia o decisión justa sobre sus derechos [...] involucrados en las mismas. Se encuentra establecido en la Constitución Política de 1991 como derecho fundamental de aplicación inmediata [...]. La dimensión y contenido del derecho al debido proceso supera el juzgamiento penal y se explica y justifica que sea una garantía fundamental consagrada en las constituciones concebidas bajo el modelo del Estado de Derecho para todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas.*

*(...) El debido proceso comporta varias garantías no limitadas pero sí mínimas establecidas a favor del interesado que ha acudido o se la ha hecho comparecer a la administración pública o ante los jueces, a saber: (i) ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente a la conducta que se le imputa (...); (iii) no ser juzgado sino con arreglo al procedimiento y las formas propias para cada juicio señaladas en la ley y ante la autoridad judicial o administrativa competente (...); (vii) a aportar pruebas y controvertir las que se aduzcan en su contra; (viii) obtener la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; entre otras garantías procesales para la realización del derecho sustancial de las personas, por cuya observancia y respeto deben velar los jueces y las autoridades en las actuaciones judiciales y administrativas. Igualmente, corolario del debido proceso son: (x) las garantías de contradicción y de audiencia.”<sup>4</sup> (Negritas fuera de texto).*

Y señaló respecto de la garantía de este derecho en el campo de la contratación estatal:

*“El contrato celebrado por las entidades públicas se fundamenta en el interés general, pues es un medio o instrumento al que recurren éstas en aras de conseguir sus objetivos institucionales, desarrollar sus funciones y cumplir la misión que dentro del Estado y la sociedad les ha sido confiada. Por ello, el contrato estatal es una forma de actividad administrativa (...), todo contrato estatal es expresión nítida de la función administrativa, tanto en su celebración como en su ejecución, en el entendido de que persigue la realización de un interés público. Así las cosas, es claro que la actividad contractual del Estado, que consiste en la selección del contratista colaborador, la adjudicación del contrato, su celebración, ejecución y liquidación, configura una típica acción de la Administración, lo cual implica que ella debe realizarse cumpliendo tanto los principios y las reglas que especialmente la encauzan [...], como todos aquellos principios y reglas de la función administrativa, uno de los cuales, es precisamente el del debido proceso y las demás garantías que lo definen y perfilan en el ordenamiento jurídico colombiano.*

*En efecto, la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual, es de tal trascendencia para la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material, que su proyección en ellas **tiene los siguientes alcances: [i] ser oído antes de que se tome la decisión; [ii] participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; [iii] ofrecer y producir pruebas; [iv] obtener decisiones fundadas o motivadas; [v] recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; [vi] tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; [vii] controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; [viii] obtener asesoría legal; [vii] tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas. La Corporación, en el proceso de consolidación jurisprudencial respecto a la garantía del debido proceso en asuntos contractuales, concluyó en forma categórica que este derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política rige en los procedimientos administrativos, incluyendo dentro de éstos el contractual, sancionatorios o no.”<sup>5</sup> (Resaltados fuera de texto).***

En materia de declaratoria de incumplimiento de contratos, imposición de multas y sanciones pactadas en el contrato, la disposición general contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 señala:

<sup>4</sup> H. Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010. CP Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación N° 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394).

<sup>5</sup> Ibidem

**“ARTÍCULO 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.** Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. **Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:**

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera (...)

Por su parte, en el contrato de interventoría No. 031 de 2009 suscrito entre los extremos contractuales se acordó frente a las multas, cláusula penal y procedimiento para imponerlas, lo siguiente:

**“16.- MULTAS Y CLAUSULA PENAL.** En caso de incumplimiento parcial de cualquiera de las obligaciones a cargo del INTERVENTOR, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el IDU tendrá la facultad de declarar el incumplimiento y aplicar la cláusula penal a título sancionatorio o imponerle multas para apremiarlo a cumplir tal como se indica a continuación:

1.- Por incumplimiento en los términos de legalización del contrato(...)

2.- Por no cumplir con cualquiera de las obligaciones contenidas en el contrato o en los documentos que lo integran, o cumplirlas deficientemente o por fuera del tiempo estipulado, se causará una multa equivalente al cero punto cinco por mil (0.5x1000) del valor del contrato(...).

(...)

**17.- PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO, APLICACIÓN DE LA CLAUSULA PENAL O DE LA IMPOSICION DE MULTAS.** De conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y en concordancia con la Resolución No. 4835 del 12 de octubre de 2007, el IDU tendrá la facultad de aplicar la cláusula penal o imponer las multas mediante acto administrativo, por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones contraídas en el presente contrato y los documentos integrantes del mismo, previo el cumplimiento del debido proceso, como se indica a continuación:

1.- Una vez verificada por parte del área técnica y el coordinador del proyecto la existencia de un incumplimiento de las obligaciones contractuales, aquella oficiará al INTERVENTOR informándole las obligaciones presuntamente incumplidas, las pruebas que lo soporten y el término perentorio otorgado para que subsane el incumplimiento. El IDU enviará este requerimiento, vía fax o por correo electrónico.

2.- Transcurrido el término otorgado por el área técnica coordinadora del contrato y una vez verificado que subsiste el incumplimiento, aquella oficiará al INTERVENTOR informándole el inicio del procedimiento administrativo correspondiente, documento que debe contener las obligaciones presuntamente incumplidas, las pruebas que lo soporten y las multas o sanciones pecuniarias que procedan. El IDU enviará esta comunicación vía fax o por correo electrónico y remitirá copia del mismo a la compañía aseguradora. (...)

(...)

**18.- CLAUSULA PENAL PECUNIARIA.** La cláusula penal pecuniaria tendrá una naturaleza sancionatoria cuya tasación será la descrita en la cláusula de MULTA Y CLAUSULA PENAL, o tasación anticipada de perjuicios, caso en el cual se hará efectiva con la

*declaratoria de caducidad y/o incumplimiento parcial o total del contrato, hasta por una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor total del mismo (...)*”

De conformidad con lo anterior, contractualmente el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU, estaba facultado para imponer al Consorcio Intervial 09 multas y cláusula penal por incumplimientos totales o parciales, y para el efecto, se encontraba establecido un procedimiento. De conformidad con el contrato el IDU debía oficiar informando las obligaciones presuntamente incumplidas, **las pruebas que lo soportaran** y el término perentorio otorgado para que las subsane. De acuerdo con la ley y el contrato, una de las pruebas que debía aportar con el oficio era **el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.**

Establecido lo anterior, el Despacho entra a revisar las pruebas aportadas, para determinar si la entidad garantizó el debido proceso y derecho de defensa del Consorcio Intervial 09, dentro del trámite sancionatorio.

Aparte de la prueba física documental que obra en el expediente, se allegó por cuenta de la entidad demandada el CD visible a folio 664, el cual consta de 3 tomos: Tomo 1 con 182 folios en total, Tomo 2 con 260 folios en total y Tomo 3 con 248 folios en total.

Mediante Resolución No. 3162 del 12 de diciembre de 2013, con base en los 5 cargos de incumplimiento endilgados. el Subdirector General de Infraestructura del IDU decidió declarar: i) incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de anticipo en el contrato de obra IDU-029 de 2009 y de interventoría IDU-031 de 2009, ii) incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de obra IDU-029 de 2009 y de interventoría IDU-031 de 2009, verificación de las obras ejecutadas, iii) incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de obra IDU-029 de 2009 y de interventoría IDU-031 de 2009, recibo de las obras, iv) incumplimiento de las obligaciones en materia ambiental establecidas en el contrato de obra IDU-029 de 2009 y de interventoría IDU-031 de 2009, y v) incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de obra IDU-029 de 2009 y de interventoría IDU-031 de 2009, informes mensuales (fls. 300 a 320), así expuso lo siguiente:

*“V. RESUELVE:*

*ARTICULO PRIMERO: Declarar que el Consorcio Intervial 09 (...) integrado por ICOPLAN SAS con una participación del 75% y MARIO NORIEGA Y ASOCIADOS LTDA con una participación del 25%, en desarrollo de la ejecución del contrato de interventoría IDU-031-2009, ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.*

*ARTICULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ordenar aplicar la cláusula penal a título indemnizatorio prevista en la Cláusula 18 del Contrato de interventoría IDU-031-2009, por la suma de TRESCIENTOS SESENTA MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$360.544.249) de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta resolución.*

*(...)*

*ARTICULO QUINTO: De conformidad con el artículo 218 del Decreto 19 de 2012, la parte resolutive de este Acto Administrativo, una vez ejecutoriado, será publicado en el SECOP y se comunicará a la Cámara de Comercio, en la que se encuentre inscrito cada uno de los integrantes del Consorcio Intervial 09, al igual que a la Procuraduría General de la Nación(...)*”

Contra el citado acto administrativo, tanto la aseguradora Segurexpo de Colombia S.A.

como el Consorcio Intervial 09, formularon recurso de reposición, por lo que el Director General de Infraestructura expidió la Resolución No. 106416 del 4 de diciembre de 2014, en la que resolvió lo siguiente (fls. 345 a 379):

*“RESUELVE:*

*ARTICULO PRIMERO: Confirmar los artículos primero, tercero, cuarto, quinto y sexto de la Resolución No. 3163 del 12 de diciembre de 2013 (...) conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo, afectando el amparo de cumplimiento de la garantía única contenida en la póliza No. 00018311 expedida por la COMPAÑÍA ASEGURADORA SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., si fuere el caso.*

*ARTICULO SEGUNDO: Modificar el artículo segundo de la resolución No. 3163 del 12 de diciembre de 2013, el cual quedará así:*

*Artículo Segundo: Como consecuencia de lo anterior, ordenar aplicar la cláusula penal, a título indemnizatorio previsto en la Cláusula 18 del Contrato de interventoría IDU-031-2009, por la suma de CIENTO CUARENTA MILLONES DOSCIENTOS DIECISIETE MIL SETECIENTOS PESOS (\$140.217.700,00) MONEDA CORRIENTE.*

*(...)*

*ARTICULO QUINTO: Una vez ejecutoriado el presente acto administrativo, se procederá a su publicación en el SECOP y se comunicará a la Cámara de Comercio, en la que se encuentre inscrito el contratista y a la Procuraduría General de la Nación de conformidad con lo previsto en el artículo 218 del Decreto 019 de 2012(...).”*

Como argumento para emitir la Resolución No. 106416 del 4 de diciembre de 2014, el IDU expuso:

*“(...)*

***1.- Manejo del anticipo del contrato IDU-029-2009***

*(..)*

*Con base en lo anterior, se observa que la interventoría adelantó gestiones tendientes a subsanar el posible daño causado al autorizar en su momento el giro de unos cheques sin los soportes requeridos para tal fin, al descontar al contratista de los saldos pendientes a su favor, en el proyecto de acta de recibo final de obra en suma equivalente al valor total de los giros efectuados sin soportes en desarrollo del contrato IDU-029-2009, suma que asciende a \$69.761.446.*

*(...)*

*Sin embargo, esta dependencia considera que si bien es cierto el anticipo se encuentra amortizado en su totalidad y que mediante acta de recibo final de obra se descuenta al Contratista de obra el valor del pasivo documental generado por la no presentación de los soportes de los giros autorizados por la interventoría, es claro entonces que la firma interventora incumplió sus obligaciones por ello el hecho que motiva el cargo No. 1 plasmado en la Resolución 3163 de 2013 persiste, por cuanto es evidente que la interventoría autorizó el giro de unos cheques sin contar con los soportes que permitieran garantizar el buen manejo y correcta inversión del anticipo, lo que ha impedido la liquidación del mismo y tampoco ha permitido establecer con contundencia si estos dineros fueron invertidos efectivamente en el proyecto, lo cual puso en riesgo unos recursos públicos, los cuales debían ser manejados en forma transparente, razón por la cual se ratifica el incumplimiento.*

***2.- Verificación de la obra ejecutada***

*(...)*

*Con base en lo anterior, se observa que la interventoría incluyó dentro de los descuentos a aplicar al contratista de obra en el acta de recibo final, el valor correspondiente a los daños generados en predios vecinos a las obras ejecutadas bajo el contrato IDU-029-2009, por el Consorcio Occidental, contratista de obra.*

*No obstante, es pertinente mencionar que dicha acta de recibo final de obra, fue remitida a*

la Dirección Técnica de Gestión Judicial mediante memorando STESV-20143360594713 del 24 de septiembre de 2013, con el fin de que fuera tenida en cuenta en el proceso que se adelanta en el Tribunal Superior (sic) de Cundinamarca, en donde el Contratista de obra, demandó la liquidación judicial del contrato IDU-029-2009.

Sin embargo, aun cuando la interventoría descontó los valores correspondientes a las reclamaciones efectuadas por la comunidad, la misma, no presentó los documentos solicitados para soportar su gestión en relación con las quejas de la comunidad, esta dependencia considera que persisten las razones que motivaron el cargo No. 2 del presente proceso, por lo tanto, se ratifica el incumplimiento.

### **3.- Acta de recibo final de obra**

(...)

Así las cosas, al momento de la presente comunicación, la interventoría a cargo del Consorcio Intervial 09, subsanó el pendiente documental citado, presentando el Acta de Recibo Final de obra, con sus respectivos soportes, los cuales se encuentran en el archivo central de la entidad, toda vez que, según lo indicado en el área jurídica del IDU en reunión del 16 de septiembre de los corrientes, no procede adelantar ningún trámite a dicho documento por cuanto el contrato de obra IDU-029-2009 se encuentra en liquidación judicial, en razón a la demanda interpuesta por la firma HYH Arquitectura ante el tribunal superior de Cundinamarca (sic). Por lo anterior, se considera que no persiste el incumplimiento.

### **4.- Obligaciones en materia ambiental**

(...)

Así las cosas, a la fecha de la presente comunicación, la interventoría cuenta con la aprobación de los informes SISOMA 14 al 17, por lo que no persisten los hechos que motivaron el cargo No. 4 del presente procedimiento.

### **5.- Aprobación de los informes técnicos mensuales de interventoría**

(...)

c.- Informe mensual de gestión social No. 17

Mediante oficio STESV-20143361011341 del 15 de agosto de 2014 se dio aprobación por parte del profesional del área al informe de gestión social No. 17, radicado por la interventoría mediante oficio 20145260957672 del 20 de junio de 2014.

(...)

En razón a ello es menester señalar que la entidad procedió a citar al Consorcio Intervial 09 conforme a lo establecido en literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 indicando con precisión los hechos que generaron el presunto incumplimiento, las obligaciones y normas posiblemente incumplidas, las pruebas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista, así las cosas el interventor en ejercicio de sus derechos al debido proceso, defensa y contradicción se presenta en la entidad, realizando sus descargos presentando pruebas contravirtiendo las existentes, respetándose de esta manera su derecho de audiencia y defensa, por lo cual es claro que la entidad no ha efectuado prejuzgamiento alguno, toda vez que el IDU solo procedió a sancionar al contratista después de surtir cada una de estas etapas, es decir, cuando el incumplimiento fue previamente debatido por las partes junto con la verificación y análisis de cada una de las evidencias aportadas por la interventoría como prueba dentro del presente trámite administrativo.

(...)

Por lo tanto con base en el análisis efectuado al estado de cada uno de los hechos que motivaron el inicio del proceso en contra del Consorcio Intervial 09, contratista interventor del contrato IDU-031-2009, se puede establecer que efectivamente la interventoría a la fecha ha subsanado algunos de los cargos establecidos en la Resolución 3163 por la cual se declaró el incumplimiento, sin embargo, según la evidencia encontrada en el proceso de revisión de los recursos de reposición incoados por los apoderados de la interventoría y la Compañía Aseguradora, persisten los hechos que soportan el presunto incumplimiento de las obligaciones por parte de la interventoría, específicamente en lo relacionado con los

*soportes documentales del manejo del anticipo del contrato de obra IDU-029-2009, establecido como el cargo No. 1 dentro del proceso, así como el cargo No. 2. Verificación de la obra ejecutada. En tal sentido, esta dependencia considera pertinente modificar el alcance de la sanción a imponer Consorcio Intefvial 09, con base en lo antes descrito (...)*”

En audiencia inicial llevada a cabo el 19 de septiembre de 2019, el Juzgado decretó una prueba de oficio para que se aportara copia de los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición de las Resoluciones Nos. 3163 del 12 de diciembre de 2013 y 106416 del 4 de diciembre de 2014, así como las actas que presentó el interventor para hacer el seguimiento al contratista de obra y los requerimientos que realizó al Consorcio Intervial 09 a efectos de obtener el cumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato de interventoría IDU-31-2009. Se le impuso la carga a la parte demandada (fls. 661 a 662).

Como respuesta se aportó el CD visible a folio 664 del expediente, que como se indicó en líneas anteriores, consta de 3 archivos: Tomo 1 con 182 folios, Tomo 2 con 260 folios y Tomo 3 con 248 folios.

De la revisión de esa prueba se extracta lo siguiente: el Tomo 1 contiene como documentos relevantes para el proceso varios informes de incumplimiento rendidos por la interventora Consorcio Intervial 09, respecto del contrato de obra pública No. 029 de 2009 cuyo contratista era el Consorcio Occidental. Entre otros se destacan el oficio del 24 de noviembre de 2009 (fls 1 a 2), oficio del 5 de abril de 2010 (fls. 39-40), oficio del 31 de marzo de 2010 (fl. 46 a 48 y 49 a 52), oficio del 6 de abril de 2010 (fl. 539, oficio del 23 de diciembre de 2009 (fls. 71-73), oficio del 28 de enero de 2010 (fls. 77 a 79), oficio del 18 de mayo de 2020 (fl. 89), oficio del 28 de mayo de 2010 (fl. 101) y oficio del 23 de marzo de 2010 (fls. 138 a 145).

Además, obra copia de los informes mensuales y semanales de interventoría e informes técnicos mensuales de interventoría.

En el Tomo 2 también reposan informes mensuales y semanales de interventoría e informes técnicos mensuales de interventoría, y comunicaciones dirigidas al IDU reportando incumplimientos del contratista de obra en temas relacionados con el anticipo, demora de obras, falta de personal, falta de respuesta a ciudadanos y falta de gestión forestal. Entre ellas se destacan: oficio del 16 de febrero de 2011 (fls. 51-52), oficio del 1º de marzo de 2011 (fls. 56-60), oficio del 11 de marzo de 2011 (fls. 80-85), oficio del 24 de junio de 2011 (fls. 206 -207) y oficio del 8 de julio de 2011 (fl. 208).

En el Tomo 3 reposan informes mensuales y semanales de interventoría e informes técnicos mensuales de interventoría, y comunicaciones dirigidas al IDU reportando incumplimientos del contratista de obra en temas relacionados con el anticipo, demora de obras, falta de personal, falta de respuesta a ciudadanos y falta de gestión forestal, y además otros documentos que se relacionan a continuación: i) oficio No. 201233608836691 del 5 de diciembre de 2012 suscrito por el Sub Director Técnico Ejecución Subsistencia Vial IDU dirigido al Consorcio Intervial 09, pidiendo informe final de obras ejecutadas en el Contrato de Obra No. 029 de 2009 para liquidar, pues según acta No. 28 de terminación, el constructor no ejecutó la totalidad de obras, presentando un avance del 55,36%, por lo que el procedimiento de incumplimiento se encontraba en curso (fl. 124). ii) oficio del 27 de febrero de 2013 y 6 de marzo del mismo año (fls. 125-126) a través de los cuales el interventor informó al IDU que el constructor no ha dado cumplimiento a pesar de los requerimientos escritos. iii) oficios del 3 de abril de 2013, 4 de abril de 2013, 15 de mayo de 2013 y 9 de julio de 2013 a través de los cuales se presenta por cuenta de la interventoría

los informes e información requerida por el IDU (fls. 129-133, 134,135-137- y 141-158).

Revisado tanto el expediente físico como el CD visible a folio 664, no obra copia del oficio **STESV 20123360140331 del 16 de marzo de 2012**, que fue mediante el cual el IDU citó al Consorcio Inteval 09 a la audiencia para debatir los hechos de incumplimiento, a pesar de que, en la audiencia inicial, se le impuso la carga a la entidad demandada.

Frente al primer cargo formulado contra las resoluciones Nos. 3163 del 12 de diciembre de 2013 y 106416 del 4 de diciembre de 2014, precisamente fue el de violación del derecho de defensa y debido proceso, por no aportar con el citatorio a audiencia *el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación*, que según las pruebas arrojadas al proceso y analizadas con antelación, no fue aportado por el IDU junto con el citatorio a audiencia.

La demandada Instituto de Desarrollo Urbano IDU, en la contestación de la demanda, al momento de referirse al citado cargo señaló (fl. 548 C principal):

*“AL HECHO TRES: Parcialmente cierto. El radicado IDU No. 20123360178531 del 17 de abril de 2012, se acompañó de todos los documentos que soportaban los incumplimientos imputados. Particularmente, frente a la manifestación de la falta de informe de Supervisión, esta Entidad en los actos administrativos expedidos durante el procedimiento sancionatorio, precisó que la comunicación de citación contenía todos y cada uno de los elementos de informe que exige la Ley 1474 de 2011, en su artículo 86, de allí que primaba lo sustancial sobre lo formal. Y que este documento entonces constituía el informe de Supervisión”.*

Del análisis probatorio, legal y jurisprudencial decantado en líneas anteriores, queda claro que, para iniciar un procedimiento de declaratoria total o parcial de incumplimiento y exigibilidad de la cláusula penal contra la interventora Consorcio Inteval 09, necesariamente se debía cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos no solo en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, sino también los establecidos en el Contrato IDU-031-2009 en sus artículos 16 a 18, y además, en la Ley 1474 de 2011, especialmente, en el artículo 86.

Así las cosas, no bastaba con que el IDU en el oficio que citaba al interventor Consorcio Inteval 09, enunciara *las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación*, sino que además obligatoriamente se debía *acompañar el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación*. Lo anterior por cuanto el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, estableció como una prueba y anexo obligatorio para los eventos contractuales sancionatorios, la realización y puesta en conocimiento del implicado de un **informe de interventoría o de supervisión, que sustentara los eventuales incumplimientos**.

Sin embargo, esa omisión, a juicio del Despacho, fue subsanada mediante el Oficio No. 20123360178531 de 17 de abril de 2012 (fls. 273 a 292 C1), pues a través del mismo la entidad le especificó al interventor con detalles, los cargos, los incumplimientos, las consecuencias jurídicas del eventual incumplimiento, pues con el mismo se anexó no solo la información requerida, sino los anexos requeridos para que el implicado tuviera conocimiento de los cargos y de las pruebas aportadas y recaudadas en su contra.

No queda duda que con el citado oficio el IDU dio cabal cumplimiento a lo señalado en la Ley 1474 de 2011, pues a través del mismo se soportaron fáctica y probatoriamente los incumplimientos endilgados al interventor, y ese fue el eje temático y central en que giró la

controversia por el incumplimiento, tal y como se desprende de los actos administrativos censurados. Es decir, que, el Consorcio Intervial 09 tuvo la posibilidad y oportunidad de ejercer los derechos de defensa y contradicción frente a los cargos endilgados por la contratante.

En efecto, a folios 273 a 292 C1, obra copia del Oficio No. 20123360178531 de 17 de abril de 2012 suscrito por la Subdirectora General de Infraestructura (e) del IDU, dirigido a INCOPLAN SAS Fabio Villamil Pérez y Santiago Páez Talero (integrante del Consorcio Intervial 09), se informó lo siguiente:

*“(…) En cumplimiento del procedimiento dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se suspendió la audiencia programada para realizar el día 12 de abril de 2012, considerando la necesidad de ajustar la actuación, citando en debida forma a los integrantes del consorcio, las sociedades Incoplan S.A. y Mario Noriega y Asociados Ltda, con el fin que ejerzan su derecho de contradicción y defensa frente a los incumplimientos imputados en el oficio STESV 20123360140331 del 16 de marzo de 2012.*

*(…)*

#### *IV PRUEBAS*

*La entidad en cumplimiento de sus funciones de control y vigilancia contractual, requirió mediante diferentes comunicaciones al CONSORCIO INTERVIAL 09, para que cumpliera con sus obligaciones contractuales. Como prueba de ello se anexa copia de los oficios y demás comunicaciones que se enuncian en el presente documento para un total de 145 folios.*

#### *V CONSECUENCIAS QUE PODRIAN DERIVARSE DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA*

*Con fundamento en los hechos descritos y en las normas legales vigentes, la Subdirectora General de Infraestructura (e) del Instituto de Desarrollo Urbano –IDU, en ejercicio de las funciones de supervisión, control y vigilancia de los contratos celebrados por el IDU (...) comunica al contratista CONSORCIO INTERVIAL 09, el inicio del procedimiento administrativo tendiente a declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de acuerdo con lo señalado en las Cláusulas 16 y 18 del Contrato IDU-031-2009, y lo cita para el martes 24 de abril de 2012 a las 9:00 a.m. comparezcan (...) donde podrá presentar descargos verbalmente o por escrito, caso en el cual deberá aportarlos en medio magnético. Lo anterior según lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción)”.*

Así las cosas, a juicio del Despacho, el IDU no vulneró el debido proceso sancionatorio que le asistía a la interventora Consorcio Intervial 09, luego no hay lugar a extraer del ordenamiento jurídico las resoluciones Nos. 3163 del 12 de diciembre de 2013 y 106416 del 4 de diciembre de 2014 por el cargos analizado, por lo que se desestiman, más aún, cuando no se desvirtuaron las circunstancias advertidas como incumplimiento de las obligaciones del contrato, siendo carga de la parte interesada, acreditar que cumplió a cabalidad cada una de estas y desvirtuar lo señalado en el informe que dio sustento a la declaratoria de incumplimiento.

En cuanto a los cargos dos y tres consistentes en la falsa motivación por vulneración al principio de legalidad al decretar incumplimiento por situaciones que no constituían faltas sancionables, pues no corresponden a obligaciones de la interventoría del contrato 031 de 2009, el Despacho observa que dentro de las obligaciones del interventor en la cláusula 7 del contrato de interventoría IDU nro. 031 de 2009, se estipuló lo siguiente:

*“(…) El interventor será responsable del control, la supervisión, y la vigilancia de la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. De la misma forma*

*deberá ejercer el control técnico, ambiental, de gestión social cumplimiento del proyecto; para tales efectos, el **INTERVENTOR** deberá realizar todas las acciones tendientes al cabal cumplimiento del presente contrato, de acuerdo con las mejores prácticas técnicas y administrativas usuales en proyectos de esta naturaleza, lo que incluye la utilización de las facultades, el cumplimiento de las obligaciones y la ejecución de las revisiones, las verificaciones y los controles señalados a continuación en la presente cláusula, además de las previstas en el pliego de condiciones y el clausulado general del presente contrato, el Manual de interventoría (o el documento que lo reemplace) (...)*”.

En la cláusula 16 del mentado contrato se tiene que: “

*En caso de incumplimiento parcial de cualquiera de las obligaciones a cargo del INTERVENTOR de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007*

*2) Por no cumplir con cualquiera de las obligaciones contenidas en el contrato o en los documentos que lo integran, o cumplirlas deficientemente o por fuera del tiempo estipulado, se causara una multa equivalente al cero punto cinco por mil (0.5 x 1000) del valor del contrato, por cada día calendario que transcurra desde la fecha prevista para el cumplimiento de dichas obligaciones y hasta cuando estas efectivamente se cumplan o se aplicara la cláusula penal en la misma proporción.*

Si bien es cierto, el apoderado de la parte actora adujo que de forma reiterada solicitó al contratista diera cumplimiento a sus obligaciones haciendo entrega de los respectivos soportes, también es que la interventoría incurrió en incumplimiento de sus obligaciones en el seguimiento, control y manejo del anticipo del contrato de obra IDU-029- 2009 ya que la misma interventoría incumplió con sus obligaciones, pues autorizó desembolsos de los recursos públicos del anticipo, sin tener los soportes debidos, es decir omitió ejercer control y vigilancia sobre el manejo del anticipo girado por la entidad dentro del contrato de obra IDU 029-2009.

A la anterior conclusión se llega por cuanto el manual de interventoría aplicable contractualmente en el numeral 4.1.2.3. Fase de ejecución Item 7B obligaciones del consultor establece con obligación al contratista de obra de: **entregar mensualmente al interventor los informes de buen manejo de anticipo, debidamente soportados** y en el literal d) de la cláusula séptima del contrato de interventoría de Obra IDU 031 DE 2009 obligaciones de carácter administrativo en el numeral 4, tenía como obligación: “*vigilar detalladamente el manejo de la cuenta conjunta donde será girado el anticipo al contratista para que se invierta de acuerdo con lo establecido en el Plan de Manejo y Buena Inversión del Anticipo aprobado por el IDU*” (fol. 94 principal).

De igual forma en el párrafo de la cláusula octava del contrato de obra IDU 029 de 2009 objeto de supervisión del contrato de interventoría IDU 031 DE 2009 se dispuso: “**MANEJO DE ANTICIPO: EL CONTRATISTA deberá justificar los giros y movimientos que se realicen en la cuenta y suministrarla al interventor toda la información que éste le requiera...Una vez abierta la cuenta, el IDU girará el anticipo el cual únicamente podrá invertirse de acuerdo con el plan de inversión del mismo, actividad que deberá ser verificada detalladamente por el interventor**”

Así las cosas, es clara la obligación impuesta en el contrato de obra IDU 029 de 2009 y de interventoría IDU 031 de 2009, en lo que refiere a la obligación del contratista y de la interventoría de soportar documental los desembolsos que se realicen de la cuenta del anticipo y la interventoría autorizó el giro de unos anticipos sin contar con los soportes que permitieran garantizar el buen manejo y correcta inversión del anticipo y no acreditó si estos dineros fueron invertidos efectivamente en el proyecto, lo cual puso en riesgo unos

recursos públicos, los cuales debían ser manejados en forma transparente, esto es referente a los cheques nro. 9684514-4, 9684516-9, 9684517-6 del 25 junio de 2010, 9684538-4 del 12 de julio de 2010, 9846349-9 del 31 de agosto de 2010, 9848361-1 del 1 de septiembre de 2010 y cheque nro. 9949127-3 de fecha 29 de junio de 2010.

Así las cosas, se dio un incumplimiento por parte del interventor en cuanto a la obligación de vigilar el manejo del anticipo, pues no hay prueba que se acredite que se aportaron la totalidad de los soportes requeridos y faltantes del anticipo del contrato IDU – 029 de 2009 entregados por el Consorcio occidental, pues si bien mediante oficio 2012 528020846-2 de 8 de abril de 2021 se entregó los soportes de 5 cheques, esto es, cheques bajo el nro. 9684537-7 del 9 julio de 2010, 9684550-7 del 16 de julio de 2010, 9684568-0 del 5 de agosto de 2010, 9848307-2 del 19 de agosto de 2010, 9848345-1 del 26 de agosto de 2010, también es que faltaron los soportes de los cheques 9684514-4, 9684516-9, 9684517-6 del 25 junio de 2010, 9684538-4 del 12 de julio de 2010, 9846349-9 del 31 de agosto de 2010, 9848361-1 del 1 de septiembre de 2010 y cheque nro. 9949127-3 de fecha 29 de junio de 2010, pues del informe de inversión y buen manejo del anticipo de junio 9 a septiembre 6 de 2010, obrante en el folio 252 a 254 del cuaderno principal, el despacho observa que no hay soporte de los mismos.

La simple presentación de informes no es indicador de cumplimiento de obligaciones de la interventoría, pues no se cumplió con el contrato y con la información exigida en los requerimientos efectuados por el IDU, esto es oficio 20223360798891 de 16 de noviembre de 2011, obrante en el folio 226 del cuaderno principal.

Se debe poner de presente que, la responsabilidad de los interventores se halla consagrada en los artículos 32 y 53 de la Ley 80 de 1993, las cuales prevén que ésta se puede generar **no solo por el incumplimiento de las obligaciones específicas creadas a través de los contratos de interventoría, sino también por los hechos y omisiones que les sean imputables y que causen daño a las entidades públicas**, derivados tanto de la celebración como de la ejecución de los contratos respecto de los cuales ejerzan o hayan ejercido labores de interventoría, asesoría o consultoría, lo cual significa que el interventor es responsable, **de los perjuicios que experimente la entidad estatal por la defectuosa interventoría, en términos de calidad**

De lo extractado de los informes durante el transcurso de la relación contractual, no aparece prueba que la empresa haya cumplido con los soportes de los cheques 9684514-4, 9684516-9, 9684517-6 del 25 junio de 2010, 9684538-4 del 12 de julio de 2010, 9846349-9 del 31 de agosto de 2010, 9848361-1 del 1 de septiembre de 2010 y cheque nro. 9949127-3 de fecha 29 de junio de 2010, dando así un incumpliendo del contrato tantas veces mencionado.

Finalmente, en lo atinente a los dos cargos restantes de “*Inexistencia de perjuicio*” y “*principio de proporcionalidad*”, de entrada, señala el Despacho que, no están llamados a prosperar, pues ambos se relacionan con el monto de la cláusula penal impuesta en los actos administrativos censurados, pena que era consecuencia lógica de los incumplimientos demostrados.

Basta con revisar el clausulado del contrato de interventoría No. 031 de 2009 suscrito entre los extremos, concretamente la cláusula 16, en la que no solamente se estableció dicha posibilidad por cuenta de la entidad contratante, sino que, además, en cumplimiento de la normatividad vigente para ese entonces, y en aras de garantizar el debido proceso del contratista interventor en materia de multas y cláusula penal, se estableció un procedimiento bien definido para imponer esa clase de sanciones.

De otra parte, mediante Resolución No. 3163 del 12 de diciembre de 2013 el IDU, entre otros, aplicó la cláusula penal por incumplimiento respecto del contrato de interventoría No. 031 de 2009 en contra del contratista, en cuantía de \$360.544.249 (fls. 300 a 320), pero en Resolución No. 106416 del 4 de diciembre de 2014, rebajó el porcentaje de la pena a imponer, precisamente observando el principio de proporcionalidad de la sanción, por lo que, la cláusula penal se redujo finalmente a la suma de \$140.217.700, que consultaba con mayor objetividad el porcentaje de incumplimiento por cuenta del interventor (fls. 345 a 379).

#### **4. Solución al problema jurídico**

En definitiva, el problema jurídico planteado debe ser solucionado en forma negativa, por cuanto las resoluciones Nos. 3163 del 12 de diciembre de 2013 y 106416 del 4 de diciembre de 2014, mediante las cuales se declaró el incumplimiento del Contrato de interventoría No. 031 de 2009 celebrado entre los extremos y se hizo efectiva la cláusula penal pactada, no adolecen de algún vicio que genere su extracción del ordenamiento jurídico, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda

#### **5. Costas y agencias en derecho**

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo que, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandada hizo presencia en la audiencia inicial y a la de práctica de pruebas y presentó alegatos de conclusión; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **6. RESUELVE:**

**PRIMERO: NEGAR** la totalidad de pretensiones relacionadas con la nulidad de las

resoluciones Nos. 3163 del 12 de diciembre de 2013 y 106416 del 4 de diciembre de 2014, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el uno por ciento (1%) de las pretensiones de la demanda negadas en el presente fallo, en la forma explicada en la parte motiva.

**TERCERO: NOTIFICAR** la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**CUARTO:** Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

**QUINTO: ORDENAR** la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO**

**Juez**

A.m.r.

Firmado Por:

**Luis Eduardo Cardozo Carrasco**

**Juez**

**Juzgado Administrativo**

**036**

**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **51bb06cb66514089376acc86749bbdb42f37dc15fb1a3ed7c8bfccf76ce6bf6**

Documento generado en 30/03/2022 03:25:48 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**