

**JUZGADO SESENTA Y CUATRO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**



Bogotá D.C, treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

JUEZ	: MAGDA CRISTINA CASTAÑEDA PARRA
Expediente	: 110013343064-2016-00076-00
Demandante	: CONSORCIO SEDE ALCALDÍA DE FONTIBÓN
Demandado	: BOGOTÁ D.C. – FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE FONTIBÓN

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
(PRETENSIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO)**

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.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El 1 de marzo de 2017¹, el **CONSORCIO SEDE ALCALDÍA FONTIBÓN**², presentó, por medio de apoderado judicial, demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (contractual), contra la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE GOBIERNO – FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE FONTIBÓN**, (en adelante **la entidad**, el **FDL** o **el extremo pasivo**) a efectos de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: *Que se declare la nulidad de las siguientes resoluciones:*

1. Resolución No. 359 de octubre 17 de 2014 “Por medio de la cual se declara el siniestro de incumplimiento en la ejecución del contrato de interventoría No. 195 de 2011 celebrado entre el FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE FONTIBÓN y el

1 Según acta individual de reparto obrante a folio 488 continuación cuaderno principal.

2 Compuesta por las sociedades Consultar con Profesionales y Cía. Ltda., e Ingecimeinst Limitada Ingeniería Civil, Metalúrgica e Instrumentación.

CONSORCIO SEDE ALCALDÍA FONTIBÓN" la cual fue proferida por la funcionaria ANDREA ESTHER CASTRO LATORRE, Alcaldesa Local de Fontibón.

2. Resolución No. 428 de 1 de diciembre de 2014 "Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 359 de octubre 17 de 2014 "Por medio de la cual se declara el siniestro de incumplimiento en la ejecución del contrato de interventoría No. 195 de 2011 celebrado entre el FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE FONTIBÓN y el CONSORCIO SEDE ALCALDÍA FONTIBÓN" la cual fue proferida por la funcionaria ANDREA ESTHER CASTRO LATORRE, Alcaldesa Local de Fontibón.

3. Resolución No. 182 de 4 de mayo de 2015 "Por medio de la cual se Liquidación Unilateralmente el Contrato No. 195 de 2011" la cual fue proferida por la funcionaria ANDREA ESTHER CASTRO LATORRE, Alcaldesa Local de Fontibón.

4. Resolución 242 de 11 de junio de 2015 "Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 182 de 4 de mayo de 2015 "Por medio de la cual se Liquidación Unilateralmente el Contrato No. 195 de 2011" la cual fue proferida por la funcionaria ANDREA ESTHER CASTRO LATORRE, Alcaldesa Local de Fontibón.

SEGUNDA: Que se ordene pagar las siguientes sumas dinerarias descontadas en la liquidación unilateral del contrato de interventoría No. 195 de 2011 celebrado entre el FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE FONTIBÓN y el CONSORCIO SEDE ALCALDÍA FONTIBÓN, así:

1. La suma de TRECE MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL PESOS M/CTE (\$13.612.752.00) por concepto de sanción pecuniaria proveniente del debido proceso sancionatorio contractual.

2. La suma de CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES CIENTO VEINTISIETE MIL SETECIENTOS VENTIOCHO PESOS M/CTE (\$136.127.728.00) por concepto de descuento del saldo del contrato No. 195 de 2011.

TERCERA: Pagar las sumas de dinero resultantes del cálculo de los intereses generados desde la fecha en que debió generarse la liquidación del contrato y su pago hasta que se efectúe la misma.

CUARTA: Que se reconozca y pague a mi procurado, a título de perjuicios morales, la suma de cien salarios mínimos legales mensuales.

QUINTA: Que se reconozca y pague a mi procurado, a título de perjuicios materiales, la suma de \$60 millones de pesos por los costos asumidos para la defensa de este caso en actuación administrativa y agotamiento de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación.

SEXTA: Que se condene en costas a la parte demandada.

1.2. HECHOS

Los hechos en los que la parte demandante basa sus pretensiones son los siguientes:

-. Con ocasión de la convocatoria pública Concurso de Méritos No.

3 Se toman los hechos de la subsanación de la demanda obrante a folios 491-497.

FDLF-CM-050-2011 y su adjudicación, entre el FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE FONTIBÓN y el CONSORCIO SEDE ALCALDÍA FONTIBÓN se suscribió el contrato de interventoría No. 195 de 2011 cuyo objeto fue: *"...desarrollar la interventoría técnica, administrativa y financiera a la construcción de la sede administrativa de la localidad de Fontibón, en Bogotá D.C., para la vigencia 2011..."*

- El acta de inicio se firmó el 3 de marzo de 2012, sin embargo, a un mes de ejecución, ésta debió suspenderse debido a que los diseños no se encontraban completos. Lo anterior se establece en el acápite de pruebas numeral 3, anexos 1 y 2.

- El 29 de agosto de 2012 se produjo la suspensión No. 2 por un lapso de 45 días, ante la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato, también por la no terminación de los diseños.

- Por lo anterior, el contrato de interventoría No. 195 de 2011 fue prorrogado el 13 de agosto de 2013 por el término de 90 días.

- El período de ejecución del contrato de interventoría correspondía a 11 meses, incluyendo la prórroga.

- La deficiencia de los diseños para adelantar la obra se constata en varios documentos: las actas de suspensión 1 y 2; el oficio NSALF-195-11-008; diversas actas de reunión y de comité de obra.

- Los diseños ajustados parcialmente se entregaron por parte de la Alcaldía Local de Fontibón el 30 de noviembre de 2012, mediante oficio con radicado 20120930167061, y la interventoría lo remitió al contratista de obra (Contrato 086 de 2012) mediante oficio NSALF-195-11-055. La remisión de la parte hidrosanitaria se hizo mediante correo electrónico de 5 de diciembre de 2012, por parte del Arquitecto Ricardo Carrera y de la misma manera fueron entregados al contratista, contando a partir de ese momento con la información necesaria para ir adelantando la construcción de la obra. Sin embargo, a la fecha de terminación de los contratos de obra e interventoría, continuaba faltando la remisión del plano serie No. 3 que fue solicitado a la entidad en repetidas oportunidades, en los comités de obra 12 al 19 y mediante varios oficios remitidos entre enero y mayo de 2013.

Este plano serie No. 3 aprobado por Codensa, era necesario para proceder a la fabricación de los equipos correspondientes; sin

embargo, éste nunca se entregó; además se requería para determinar el alcance real del contrato de obra.

-. En diversas oportunidades, entre abril y mayo de 2013, la interventoría le manifestó a la Alcaldía de Fontibón la necesidad de prorrogar el contrato de obra, lo cual fue desestimado por la entidad.

-. Con el oficio NSALF-195-11-184 de 14 de junio de 2013, el Consorcio Sede Alcaldía Fontibón informó a la Alcaldía Local, acerca de las mayores cantidades de obra pagadas en actas de los ítems 2.01, 2.02, y 3.02 y estableció que en el corte de obra, fue descontado dicho pago, corrigiendo así el error cometido.

-. En agosto y octubre de 2013, la Alcaldía de Fontibón citó al representante legal del Consorcio Sede Alcaldía Fontibón a audiencia de proceso sancionatorio, pliego de cargos 2º (14 cargos) y 3º (4 cargos), sin haber decidido respecto a estos, respectivamente.

-. El 23 de agosto de 2013, se dio inicio a la audiencia del proceso sancionatorio, la cual se suspendió y reanudó en varias oportunidades: 29 de agosto, 2 de septiembre, 16 y 31 de octubre, 21 y 25 de de noviembre de 2013, fecha ésta última en la cual se suspendió sin establecer fecha y hora para reanudarla, razón por la cual no se citó nuevamente. Se remitió comunicación el 23 de mayo de 2014 solicitando información sobre el estado del proceso, en virtud de lo que se respondió informando que se reiniciaba el 27 de junio de 2014, pero el reinicio fue cancelado. El día 1o de agosto de 2014 se solicitó el archivo del proceso dada la suspensión indefinida y se dio contestación a esta solicitud, citando para el 22 de septiembre de 2014.

-. El 17 de octubre de 2014 se expidió por parte de la alcaldesa local, la Resolución No. 359 mediante la cual se declaró el siniestro de incumplimiento en la ejecución del contrato de interventoría No. 195 de 2011. Contra este acto administrativo se interpuso el recurso de reposición.

Mediante la Resolución No. 428 de 1o de diciembre de 2014, se resolvió el recurso y sin considerar los argumentos expuestos en el recurso, se confirmó la decisión.

El objeto de la obra no se podía concluir sin las decisiones correspondientes por parte de la entidad y por lo tanto, la

interventoría actuó hasta donde las herramientas técnicas y legales lo permitieron.

-. Con oficio de fecha 29 de octubre de 2014, el Consorcio Sede Alcaldía Fontibón solicitó la liquidación del contrato de interventoría No. 195 de 2011.

Con oficio radicado No. 20150900074491 de fecha 20 de marzo de 2015, se citó al representante legal del Consorcio para que compareciera a firmar el acta, dicho oficio les fue remitido hasta el 23 de abril de 2015.

Se remitió una segunda citación el día 16 de abril de 2015, con oficio radicado 20150900098481, oficio que igualmente les fue remitido hasta el día 23 de abril de 2015.

La citación y el oficio de apremio llegaron en la misma fecha como consta en la planilla de recibo de correspondencia, que lleva la entidad.

De esta manera argumentó la parte demandante, que se conculcó el derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo y en este evento, la liquidación unilateral sólo hubiera procedido en relación con los aspectos que no hubieran sido objeto de acuerdo.

-. El Consorcio Sede Alcaldía Fontibón mediante oficio NSALF-195-11-242 radicado el 12 de mayo de 2015, un día antes de la entrega del oficio de la notificación de la resolución, dio respuesta a las comunicaciones recibidas con oficio 20150900074491 de fecha 20 de marzo de 2015 y radicado No. 20150900098481 de fecha 16 de abril de 2015.

-. Mediante Resolución No. 182 de 4 de mayo de 2015 la Alcaldía de Fontibón, liquidó unilateralmente el contrato de interventoría No. 195 de 2011.

Contra dicho acto administrativo se interpuso el respectivo recurso de reposición.

A través de la Resolución No. 242 de 11 de junio de 2015 se resolvió el recurso antedicho, sin tomar en consideración, a juicio del demandante, los argumentos expuestos por el Consorcio Sede Alcaldía Fontibón.

-. La forma de pago del contrato de interventoría y de su adición y prórroga 1°. no dependía o se encontraba atada al porcentaje de ejecución del contrato de obra No. 086 de 2012, o un porcentaje de ejecución de obra, la interventoría se ejecutó a lo largo de los 11 meses de plazo contractual de forma integral.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante escrito radicado el 30 de enero de 2018, el extremo pasivo a través de su apoderado judicial, presentó contestación a la demanda (fls.534-557 continuación cuaderno principal).

Frente a las pretensiones, manifestó su oposición, toda vez que a su juicio la presunción de legalidad que acompaña a los actos administrativos demandados, no ha sido desvirtuada.

Respecto a las causales de nulidad alegadas manifestó que los actos administrativos emitidos por la Alcaldía de Fontibón se expidieron con fundamento en situaciones contractuales irregulares que fueron probadas, además se respetó el debido proceso y el derecho de defensa, con plenas garantías en todo el periplo de su gestación, desarrollo y ejecución.

En igual sentido se pronunció sobre las normas violadas y el concepto de la violación, manifestando que no es acorde con la realidad procesal señalar que la entidad pretermitió lo dispuesto en la Ley 1474 pues los soportes, antecedentes y el cuerpo mismo de la resolución 359 de 2014, denota el cumplimiento estricto y certero de lo dispuesto en la ley citada, e igualmente refulge el respeto riguroso de las garantías legales y constitucionales que propenden por el debido proceso y el derecho de defensa.

Propuso dos excepciones de mérito: **i) presunción de legalidad de la actuación administrativa y los actos administrativos demandados; y ii) cobro de lo no debido.**

Frente al **primer medio exceptivo** citó todas las irregularidades que justificaron el proceso administrativo sancionatorio en contra de la interventoría: no presentar oportunamente los informes a su cargo; omitir informar a la entidad sobre los planes de inversión mensual y soporte de los gastos e inversiones que realizó el contratista de obra; no exigir al contratista de obra la entrega del cronograma ajustado a

la programación de obra; no verificar las hojas de vida del personal contratado por el contratista ni el cumplimiento de los requisitos con el sistema general de seguridad social en salud; entre otros.

Indicó que frente a lo anterior, la Alcaldía de Fontibón citó al contratista y su garante a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474. Resumió el desarrollo de la audiencia aludida y el modo en que el contratista respondió a cada uno de los cargos por los incumplimientos que se le endilgaban.

Expresó que, debido a nuevas pruebas, la entidad elevó otros cargos adicionales, y citó a nueva audiencia donde el hoy demandante presentó sus respectivos descargos.

Con fundamento en lo anterior, la Alcaldía de Fontibón resolvió declarar el incumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas del contrato de interventoría No. 195 a través de la Resolución 359 de 2014, pues estimó que el Consorcio no logró desvirtuar los cargos que se elevaron y que por ese motivo, el plazo pactado en el contrato de obra No. 086 de 2012 sobre el cual ejercía interventoría, venció sin que se hubiera terminado la obra contratada.

Señaló que contra dicha decisión se interpuso el recurso de reposición el cual fue resuelto por la entidad mediante la Resolución 369 de 17 de octubre de 2014, en virtud de la cual decidió modificar el artículo segundo de la Resolución 359 de 2014 y disminuyó en un 73% la sanción impuesta.

En dicho acto administrativo, la Alcaldía de Fontibón desvirtuó uno a uno y con fundamentos sólidos y acordes con la realidad fáctica y contractual, las razones de impugnación que adujo el Consorcio. De ese análisis, advirtió que resultaba evidente que el contratista incurrió en incumplimiento contractual.

Consideró que resultaba claro y además se encontraba fundamentado el hecho de que no existe falsa motivación en los actos administrativos impugnados, como quiera que éstos son el resultado necesario y fundado de una situación de incumplimiento imputable al interventor, que no cumplió en debida forma sus deberes contractuales, y con ello propició el no cumplimiento del contrato de obra, sobre el que ejercía la labor de interventoría.

De otra parte, resulta improcedente admitir el argumento o excepción de contrato no cumplido, pues la interventoría no prueba ni establece que su omisión en el cumplimiento de sus deberes contractuales y legales se hubiese producido en virtud de un incumplimiento contractual imputable a la Alcaldía Local de Fontibón.

Respecto al acto administrativo en virtud del cual se liquidó unilateralmente el contrato, indicó que en el mismo se registró en forma detallada lo acontecido en la ejecución contractual, incluido lo atinente a las resoluciones de incumplimiento que se produjeron, y finalmente se decidió lo referente a las cuentas pendientes, pagos por realizar a favor del Consorcio, sanciones y el retorno al erario de los saldos sin ejecutar.

Contra dicho acto administrativo se interpuso el recurso de reposición en cuya resolución se desestimaron todos los argumentos del recurrente, no obstante, aceptó, tal como quedó plasmado en la parte resolutive, que el hoy demandante aportó finalmente la prueba que demuestra que cumplió con la obligación de pagar los aportes al régimen de seguridad social en salud. Por ende, negó parcialmente el recurso interpuesto y revocó el artículo quinto de la Resolución 182 de 2015, decisión que fue notificada personalmente a la representante legal del Consorcio, el 2 de julio de 2015.

Respecto al **cobro de lo no debido** manifestó que dichas pretensiones del demandante no están sustentadas en las pruebas respectivas y en lo tocante con los perjuicios morales, consideró que resultaban improcedentes por tratarse el demandante de una persona conformada a su vez, por personas jurídicas que carecen de la capacidad afectiva y sentimental, sobre la cual pudiere recaer el perjuicio de tal raigambre. Del mismo modo señaló que no se habría probado tampoco que las personas naturales integrantes de esas personas jurídicas, hubieren sufrido semejante dolencia o desafuero moral.

En consecuencia, al no existir base contractual, ni sustento jurídico para deprecar el pago de sumas de dinero, y por el contrario, existir plena legitimidad en los actos administrativos proferidos por la Alcaldía Local de Fontibón, forzoso resultaba concluir que no existió legitimidad ni legalidad por parte del Consorcio para reclamar los valores que en esta sede judicial, pretende.

Finalmente, solicitó se desestimen todas las pretensiones de la demanda, pues la legalidad de los actos administrativos demandados, no ha sido desvirtuada y por el contrario, conservan plena legitimidad.

1.4. TRÁMITE PROCESAL

El trámite en esta instancia ha cursado de la siguiente manera:

-La demanda fue presentada el 1º. de marzo de 2017 (fl.488 continuación c. principal).

-Este Despacho mediante auto de 29 de septiembre de 2017 admitió la demanda⁴ y dispuso su notificación a la demandada y al Ministerio Público (fls.500-502 continuación c. principal). Las notificaciones y traslados se surtieron, tal como se evidencia a folios 506-524.

-En proveído del 15 de marzo de 2018, se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 para el día 28 de noviembre de 2018 a las 9:00 am, haciendo las precisiones de rigor a las partes (fl.835 continuación c. principal).

No obstante lo anterior, la audiencia inicial fue reprogramada mediante auto de fecha 29 de noviembre de 2018 donde se fijó para el día 2 de abril de 2019 a las 9:00 a.m. (fl.838 continuación c. principal)

En la fecha y hora programada se celebró la audiencia inicial, oportunidad en la cual en la cual se fijó el litigio en los siguientes términos:

“El litigio se circunscribe entonces en determinar los siguientes aspectos:

-Determinar si las Resoluciones Nos. 359 de 17 de octubre de 2014 y 428 de 1 de diciembre de 2014, por medio de las cuales la Alcaldía Local de Fontibón declaró el siniestro de incumplimiento en la ejecución del contrato de interventoría 195 de 2011 celebrado entre el Fondo de Desarrollo Local de Fontibón y el Consorcio Sede Alcaldía Fontibón; y, resolvió el recurso de reposición interpuesto contra dicha decisión, respectivamente; son legales o por el contrario adolecen de

⁴ Previa solicitud de adecuación de los hechos mediante auto de 17 de julio de 2017 (Fl.490).

algún vicio con la magnitud de extraerlos del ordenamiento jurídico.

-Establecer si los motivos aducidos por la entidad contratante en los citados actos administrativos, tienen respaldo o no en el incumplimiento de las obligaciones contractuales por cuenta del Consorcio Sede Alcaldía Fontibón.

-Determinar si las Resoluciones Nos. 182 de 4 de mayo de 2015 y 242 de 11 de junio de 2015, por medio de la cual la Alcaldía de Fontibón liquidó unilateralmente el contrato 195 de 2011; y, resolvió el recurso contra la anterior decisión unilateral, respectivamente; son legales o por el contrario adolecen de algún vicio con la magnitud de extraerlos del ordenamiento jurídico.

-Establecer si los motivos aducidos por la entidad contratante en los citados actos administrativos, tienen respaldo o no en el contrato, las normas legales vigentes y se avienen con la realidad técnica, jurídica y financiera del contrato de consultoría 195 de 2011.

-Si en el evento de anularse uno o varios de los actos administrativos mencionados, hay lugar al reconocimiento de alguna prestación a favor de la demandante y a cargo de la entidad demandada." (fl.843 continuación c. principal).

-La audiencia de pruebas tuvo lugar el día 15 de agosto de 2019, oportunidad en la cual el Despacho, al verificar el recaudo de todas las pruebas y que el término probatorio se encontraba vencido, fijó el término de 10 días para que las partes alegaran de conclusión (fls.859-861 continuación c. principal).

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMADANTE

Radicó el memorial contentivo de sus alegatos de conclusión el día 29 de agosto de 2019 (fls.863-876 continuación c. principal).

Inició sus alegatos de conclusión indicando que el origen del presente litigio tiene que ver con un proceso contractual indebido e insuficientemente planificado, lo que generó que una obra pública contratada para 11 meses solamente tuviera diseños terminados 5 meses antes de culminar su plazo de ejecución. En ese contexto, la administración que era la responsable de suministrar los diseños,

endilga esta falencia al contratista de interventoría, utilizando indebida y arbitrariamente su facultad de declarar incumplimientos.

Luego se ocupó en señalar, respecto de cada uno de los actos administrativos cuya nulidad pretende, los vicios de que adolecía cada uno de ellos.

Resolución No. 359 de 17 de octubre de 2014.

Falsa motivación.

-Respecto a la revisión y evaluación de las mayores cantidades de obra, obras adicionales o no previstas por ejecutar, frente a lo cual la entidad consideró que una vez realizados los ajustes de diseño se debió tener claridad de las cantidades, presupuesto y programación ajustados, donde se especificara con detalle el valor final de la construcción, situación que hoy día con la información suministrada, aún no resulta clara.

El demandante considera que esta afirmación no es cierta, por cuanto el 20 de abril de 2013 se presentó el modificadorio a la administración donde se señalaban con claridad las cantidades, el presupuesto y la programación ajustados, donde se especificó además, con detalle el valor final de la construcción. Dicha información está contenida en el oficio NSALF-195-11-148 (501 folios) recibido el 20 de abril de 2013, anexo 20 de la demanda. De este cargo no se corrió traslado al contratista tal como se desprende de las citaciones a audiencia de debido proceso.

-Afirmó la entidad en la parte motiva de la resolución que *“revisada toda la documentación aportada por la Interventoría, se pudo verificar que en efecto el Informe correspondiente al mes de abril de 2013 no fue presentado por la mencionada Interventoría, pues a fin de resarcir lo endilgado en el cargo elevado sobre el tema, la interventoría procede a ponerlo a disposición de este Despacho hasta el mes de agosto de 2013 y ya en desarrollo de la audiencia por presunto incumplimiento.”*

Manifiesta el libelista que esta afirmación es cierta, pero tal como lo establece el último inciso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, frente a la subsanación hecha, no procedía la imposición de la sanción al contratista.

-En numerosos apartes de la resolución se argumenta que la interventoría no dio aviso a la administración de la próxima terminación del contrato de obra No. 086 de 2012, afirmación falsa tal

como se deduce se las siguientes pruebas: comité preliminar de 18 de abril de 2012 (Anexo 41); comités de obra de 2, 16 y 17 de mayo de 2012 (anexos 42, 43 y 44); reunión del 28 de mayo de 2012 (anexo 45); comités de obra No. 1 y 13 (anexos 47 y 14); oficios NSALF-195-11-148-153-162 y 165 (anexos 20, 48, 51 y 52); oficio 3836-13 (anexo 49) y oficio con radicado 20130900054141 (anexo 50).

En los testimonios rendidos por los ingenieros Edgar Solórzano, José Edilberto Cortés y Alexander Vanoy, se establece con claridad que la entidad siempre estuvo enterada de las circunstancias de ejecución del contrato de obra No. 086 de 2012.

-Se señala en la parte motiva de la resolución: “No logró demostrar documento que permitiera dar constancia de la verificación del personal que estuvo al frente de la obra por parte del contratista de obra, pues se limitó a afirmar que eran los mismos que se presentaron con la licitación, pero de los cuales no allega pruebas como pago de aportes ni documento que demuestre una relación contractual con el constructor.”

Afirmación que considera no es cierta, según el libelista, toda vez que tal como se desprende del acervo probatorio, la interventoría siempre estuvo atenta para que el contratista cumpliera con la obligación de mantener el personal idóneo al frente de la ejecución de la obra, como consta en las diferentes comunicaciones que fueron adjuntadas en los informes mensuales, el contratista subsanó los requerimientos.

Como prueba documental de lo anterior, se aludió al oficio del 2 de mayo de 2012, anexo 37.

Así mismo se hizo mención del testimonio del Ingeniero José Edilberto Cortés, integrante de la UT Fontibón 2012.

-En el sexto señalamiento de la entidad en el acápite de consideraciones se establece: “De igual manera el Testimonio presentado por el Apoderado del Consorcio y practicado al Arquitecto Rafael Acosta, deja ver que con los diseños aprobados por la curaduría Urbana se podría construir. Que este edificio tenía una licencia de construcción vigente al momento de iniciarse los contratos tanto de Obra como de Interventoría, se mantuvo y se debió mantener hasta último momento, no obstante a solicitud de la interventoría modificaron unos aspectos de la edificación.”

Esta afirmación es falsa, los diseños para la ejecución de las obras fueron deficientes tal como se establece en diferentes

comunicaciones y se corrobora en los testimonios de las siguientes personas: Ingeniero Edgar Solórzano, coordinador de la interventoría, José Edilberto Cortés y Alexander Vanoy, integrante y representante legal de la UT Fontibón 2012, respectivamente.

-De otro lado, en el mismo acápite de la resolución la entidad estableció: *“De igual manera queda en evidencia que en la revisión que realizó la Interventoría de los APUS del documento modificador propuesta por el Contratista de Obra y que este presentó ante la Alcaldía Local, la misma debió aclarar que varios ítems estaban por encima de los precios de mercado y de CONSTRUDATA, véanse los ítems 6.02.7 – 6-03-10 – 6.13.9, por el contrario no dejó anotaciones ni recomendaciones sobre el mencionado documento.”*

Manifestó el demandante que frente a este cargo es importante señalar que estos precios de ítems no fueron fijados por el interventor, se encuentran en la propuesta del constructor que la entidad durante el proceso licitatorio consideró y avaló y bajo los cuales firmó el respectivo contrato; la interventoría no aprueba, sólo autoriza y en este evento, lo hizo conforme a la propuesta presentada por el contratista y avalada por la administración.

Se refirió en este punto al testimonio del ingeniero José Edilberto Cortés, integrante de la UT Fontibón 2012.

Violación al debido proceso

Sustentó este cargo en el hecho de que quien tomó la decisión en el presente desarrollo, es quien ejerce la supervisión del contrato, lo cual es contrario al ordenamiento legal por cuanto no se puede ser juez y parte en el proceso, refiriéndose a la Alcaldesa Local de ese momento, que es quien suscribe la resolución y quien en virtud de la cláusula séptima del contrato, funge como supervisora del mismo.

Manifestó además la existencia de un conflicto de intereses al tenor de lo establecido en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002.

Advirtió igualmente fallas en el proceso administrativo sancionatorio a la luz de lo regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011: **i)** junto con la citación a la audiencia no se entregaron los informes de la supervisión del contrato; para el presente proceso junto con la citación, se entregó un informe firmado por Ricardo Cabrera Torres y Rafael Acosta, en calidad de apoyo a la supervisión, en tanto lo que la ley establece que el informe lo debe firmar el supervisor del

contrato. **ii)** Para el presente proceso se formularon tres grupos de cargos diferentes en igual número de comunicaciones, sin que la administración aclarara cuál de ellos iba a seguir. Tales cargos están contenidos en: radicado No. 20130900073961 de 13 de junio de 2013; radicado 20130900105391 de 16 de agosto de 2013; y, radicado 20130900134541 de 10 de octubre de 2013 (anexos 63, 64 y 65 respectivamente). **iii)** Cuando la audiencia se encontraba pendiente de decisión, se formularon cuatro cargos nuevos y el trámite seguido no cumplió con los postulados del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. **iv)** La audiencia se suspendió el 25 de septiembre de 2013 y no se estableció en su oportunidad fecha y hora de reanudación, tal como lo señala el literal d) del artículo 86 precitado. Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia un quebrantamiento del debido proceso y consecuentemente, la anulación de lo actuado. Prueba de lo aquí señalado se encuentra en los oficios: NASLF-195-11-226 y 232 de 23 de mayo y 1 de agosto de 2014 (anexos 65 y 22 respectivamente).

Concluyó este acápite de los alegados afirmando que para el presente caso, no se le podía endilgar incumplimiento al contratista, cuando la entidad contratante no dio cumplimiento al contrato No. 195 de 2011, ya que no efectuó los pagos en debida manera, excepción de contrato no cumplido, a favor del consorcio.

Resolución No. 428 de 1 de diciembre de 2014.

Por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 359 de 17 de octubre de 2014.

Manifestó que es evidente que en este acto administrativo, la entidad no hizo referencia a cada uno de los puntos del recurso interpuesto, afectando la decisión por falta de motivación.

Resolución No. 182 de 4 de mayo de 2015.

Por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato 195 de 2011.

Falsa motivación

En la parte considerativa de dicho acto administrativo, se presentan varias afirmaciones que faltan a la verdad:

-Se afirma en la resolución: *“El plazo establecido en el contrato venció el día 20 de mayo de 2013 quedando la obra según informe de interventoría ejecutada en un 73% por lo que la obra sobre la cual ejerció la interventoría no se cumplió dentro del plazo contractual.”*

Efectivamente esta afirmación es veraz; sin embargo, no resulta oponible a la liquidación del contrato de interventoría, por cuanto el pago no se encontraba atado a la ejecución del contrato de obra No. 086 de 2012. El porcentaje ejecutado del contrato de obra no fue una responsabilidad inherente a la interventoría, en tanto que, se vio afectado por decisiones que no eran de su resorte.

-Igualmente se establece en la resolución: "Que conforme a lo anteriormente expresado, la ejecución del mencionado contrato de interventoría no se efectuó a entera satisfacción del Fondo de Desarrollo Local de Fontibón, en consecuencia y conforme a la norma contractual, las partes contratantes no se declaran a Paz y Salvo por concepto del contrato objeto de la presente liquidación."

Frente a lo que manifestó el libelista, que el objeto de la obra no se podía concluir sin las decisiones correspondientes por parte de la Entidad y por lo tanto, la interventoría actuó hasta donde las herramientas técnicas y legales lo permitieron; así mismo, alude a una norma contractual que no se especifica y que no existe.

-De otro lado se afirma en el mencionado acto administrativo: "Que existen saldos a favor del Fondo de Desarrollo Local de Fontibón, en tanto el contratista ejecutó el contrato en un 73% conforme deja constancia, en certificación sobre el avance de obra, es decir no ejecutó el total de las obligaciones pactadas y además por cuanto, tal y como se mencionó anteriormente se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria establecida en el contrato."

Manifestó que la entidad está errada en su interpretación, pues la forma de pago no se encontraba atada al porcentaje de ejecución del contrato de obra, como quedó acordado en el contrato principal y en el que se estipulan pagos parciales de acuerdo con el plazo de ejecución del contrato de interventoría independiente del avance de la obra.

-Respecto a las constancias de pago de seguridad social, las planillas de pago fueron remitidas con el oficio NSALF-195-11-242 de 12 de mayo del 2015 con el radicado 2015-092-005799-2, un día antes de la entrega del oficio de la notificación de la resolución.

Desviación de poder e ilegalidad.

Argumentó que para la liquidación del contrato de interventoría No. 195 de 2011, se desconoció el régimen legal bajo el cual se celebró y ejecutó.

Citando los artículos 32 (De los contratos estatales) y 26 (Principio de responsabilidad) de la Ley 80 de 1993, manifestó que estas disposiciones establecen que los derechos y prestaciones son los establecidos en el contrato y una decisión en contrario estaría fragmentando los derechos de las partes y advierte que el desconocimiento de las estipulaciones contractuales, equivaldría a realizar una omisión antijurídica de la administración con la consecuente sanción.

Partiendo de lo preceptuado en el artículo 28 de la misma normativa, indicó que es el contrato la fuente para establecer en debida forma cuáles son las reglas de interpretación, por lo que para la liquidación del contrato No. 195 de 2011, se debe acudir como fuente primigenia, al contenido contractual.

Así, verificando los estudios previos, los pliegos de condiciones y las cláusulas contractuales en todos estos instrumentos, se señala con rotunda contundencia, que el pago no se realiza por porcentaje de ejecución, sino por medio de mensualidades y por la permanencia de la interventoría, como quiera que nunca se ató el pago de ésta, a la ejecución del contrato de obra, la cual dicho sea de paso, no fue posible que llegara al 100% por razones no imputables a la interventoría.

Violación al debido proceso

El procedimiento seguido por la administración no es el previsto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. Lo anterior ya que las comunicaciones de que convocaron al contratista a una liquidación de mutuo acuerdo, fueron concurrentes con la decisión de terminarlo unilateralmente.

Si bien es cierto el radicado y la fecha del oficio que menciona la entidad es el correcto, éste no les fue remitido sino hasta el 23 de abril de 2015 y en la misma fecha fue el oficio radicado No. 20150900098481 de segunda citación para suscripción de acta de liquidación, es decir, que la citación y el aviso de apremio llegaron en

la misma fecha, como consta en la planilla de recibo de correspondencia que diligencia la entidad.

Si las decisiones son concurrentes no es posible para el contratista manifestar su aquiescencia para llegar a un acuerdo o para poder dejar las salvedades del caso.

Reiteró el argumento referido a que la forma de pago del contrato de interventoría, no estuvo atada al porcentaje de ejecución del contrato de obra, y como sustento, citó la cláusula quinta del contrato No. 195 de 2011.

Indicó que el mismo esquema se mantuvo en la adición y prórroga No. 1, para lo cual citó la cláusula tercera de este instrumento.

Concluyó que los documentos señalados, dan certeza que la liquidación del contrato de interventoría No. 195 de 2011, se realizó en contravía de las disposiciones contractuales establecidas y están en contra de la realidad técnica, jurídica y financiera del contrato de consultoría.

Resolución No. 242 de 11 de junio de 2015.

Por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 182 de 4 de mayo de 2015.

Manifestó que es evidente que en este acto administrativo la entidad no hizo referencia a cada uno de los puntos del recurso interpuesto (radicado No. 2015-092-011448-2 de 29 de octubre de 2014) afectando la decisión por falta de motivación.

Con fundamento en los anteriores argumentos, el libelista solicitó extraer del ámbito jurídico las Resoluciones Nos. 359 de 17 de octubre de 2014, 428 de 1 de diciembre de 2014, 182 de 4 de mayo de 2015 y 242 de 11 de junio de 2015, proferidas por la Alcaldesa Local de Fontibón, por violación al debido proceso y al régimen legal al cual debieron sujetarse y por falsa e insuficiente motivación.

PARTE DEMANDADA

Con memorial de fecha 30 de agosto de 2019 (fls.892-911) la parte demandada presentó sus alegatos de conclusión-. Solicitó que se desestimaran todas las pretensiones de la demanda, habida cuenta

que no existe ningún elemento probatorio ni fáctico que permita endilgar algún tipo de responsabilidad contractual a la entidad.

Inició el sustento de sus afirmaciones señalando, a partir de los testimonios rendidos por el ingeniero Edgar Enrique Solórzano coordinador del grupo de interventoría del Consorcio, de José Edilberto Cortés Camargo quien fungió como director de obra y de José Alexander Manuel Camargo, representante legal de la UT Fontibón 2012, que no era de recibo que el contratista de obra, como también la interventoría hubieran tenido la debida diligencia en la revisión y observaciones sobre los diseños de las obras previamente a suscribir los respectivos contratos, lo cual era su obligación.

Afirmó en este sentido que “es inconcebible que un contratista de obra y una interventoría que aducen amplísima experiencia en el tema omitan una revisión calificada y seria a los diseños de obra, y pretendan atribuir toda la responsabilidad a la entidad contratante por presunta falta de planeación. Es innegable que, en el marco del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la interventoría y aún el contratista de obra deben participar activamente para evitar situaciones como la acaecida en el presente caso, donde la obra se inicia y posteriormente debe ser objeto de múltiples ajustes y retardos. Es más, en el presente caso, el objeto contractual tuvo que ser terminado luego por otro contratista, con todos los perjuicios que esto puede acarrear el Estado.”

Concluyó que la prueba testimonial planteada por la parte actora no desvirtúa en modo alguno la legalidad y legitimidad de los actos administrativos demandados.

Reiteró su argumento de la contestación de la demanda en el sentido de señalar que la Resolución 359 de 17 de octubre de 2014, goza de plena legalidad pues es el resultado necesario de una situación reprochable e irregular imputable plenamente al Consorcio. Agregó que se profirió ante el deber legal de establecer el incumplimiento imputable a la interventoría y fue el resultado de la aplicación del debido proceso y el respecto a todas las garantías de defensa.

Expuso cada una de las razones por las cuales la entidad declaró el incumplimiento contractual, indicando que ninguna de ellas había sido desvirtuada a lo largo del proceso.

Indicó que frente a cada uno de esos aspectos fácticos y con fundamento en la Ley 1474 de 2011, se citó al Consorcio Sede Alcaldía Fontibón y a la compañía de seguros, garante a la audiencia de presunto incumplimiento.

Expresó que la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 tuvo lugar el 23 de agosto de 2013, oportunidad en la cual se leyeron los cargos contenidos en la comunicación 201309000105121, se corrió traslado al contratista y luego a su garante. Resumió los puntos generales de los descargos presentados por el Consorcio e indicó que la aseguradora hizo lo propio.

Narró que debido a nuevas pruebas, la entidad elevó otros cargos adicionales para lo cual se libraron las comunicaciones respectivas (201309001134551 que repite dos veces). La nueva audiencia se citó para el día 16 de octubre de 2013, oportunidad en la cual el Consorcio presentó sus descargos respectivos.

Con todas las evidencias y su valoración, la Alcaldía de Fontibón resolvió declarar el incumplimiento, pues estimó que no se lograron desvirtuar los cargos que se elevaron y que por ese motivo, el plazo pactado en el contrato de obra No. 086 de 2012 sobre el cual ejercía la interventoría, venció sin que se hubiera terminado la obra contratada.

Contra la Resolución 359 se interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución 428 de 2014, en la cual se modificó el artículo segundo del acto administrativo recurrido, disminuyendo el valor por el cual se afectaría la cláusula penal pecuniaria, es decir, por la suma de \$13.612.752.

En la Resolución 428 de 2014 la Alcaldía de Fontibón desvirtuó una a una las razones de impugnación; manifestó que dicho análisis no ha sido desvirtuado en modo alguno, es decir, el Consorcio Sede Alcaldía Fontibón si incurrió en un incumplimiento contractual.

Se refirió a la excepción de contrato no cumplido, indicando que la interventoría no prueba ni estabrece que su omisión en el

⁵ Aludió a los oficios:

-20130900073691 de 13 de junio de 2013 dirigido a la arquitecta Nidia E. Garzón Morales representante legal del Consorcio;

-20130900105391 de 16 de agosto de 2013 dirigido a la arquitecta Nazly Pachón Fuentes del Consorcio;

-20130900134541 de 10 de octubre de 2013 dirigido a la arquitecta Nidia E. Garzón Morales representante legal del Consorcio.

cumplimiento de sus deberes contractuales y legales se hubiere producido en virtud de un incumplimiento contractual imputable a la Alcaldía Local de Fontibón, es decir, no cumplió con su carga de la prueba.

Se refirió en lo sucesivo al proceso de liquidación unilateral del contrato de consultoría y a la resolución del recurso interpuesto contra la Resolución 182 de 2015, el cual fue desatado mediante la Resolución 242 de 2015, en la cual se desestimaron todos los argumentos del Consorcio hoy demandante.

Concluyó sus alegatos reiterando que la responsabilidad de la interventoría en los hechos objeto de la demanda está demostrada, por lo cual, se justifican legalmente los actos administrativos que se cuestionan, motivo por el cual se deben rechazar todas y cada una de las pretensiones elevadas en la demanda.

II. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente en razón de la cuantía para decidir la presente acción, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155 numeral 5º y 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. PLANTEAMIENTO DEL CASO

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 359 y 428 de 2014, mediante las cuales se declaró el incumplimiento del contrato de consultoría y se afectó la cláusula penal pecuniaria; y de las Resoluciones 182 y 242 de 2015, en virtud de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato de consultoría No. 195 de 2011.

El extremo demandado sostuvo que el procedimiento administrativo sancionatorio se desarrolló con observancia de las normas que regulan dichos trámites y que se encuentran contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; y además que se dieron los presupuestos de incumplimiento necesarios para imponer al contratista la cláusula penal pecuniaria. Adicional a lo anterior, que la liquidación unilateral del contrato obedeció a la realidad

contractual, por lo cual se desestimaron todos los argumentos del recurso interpuesto contra la resolución que así lo dispuso.

2.3. DEL PROBLEMA JURÍDICO

Gira en torno a lo siguiente:

Determinar si: **i)** las Resoluciones Nos. 354 de 17 de octubre de 2014⁶ y 428 de 1 de diciembre de 2014⁷; y, **ii)** las Resoluciones Nos. 182 de 4 de mayo de 2015⁸ y 242 de 11 de junio de 2015⁹, adolecen de alguna causal de nulidad que genere su extracción del ordenamiento jurídico, y en consecuencia, den lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios solicitados a título de restablecimiento del derecho.

2.4. HECHOS PROBADOS

De conformidad con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen probados los siguientes hechos particularmente relevantes:

Valor probatorio de los documentos

Los documentos aportados por las partes se valorarán de conformidad con lo establecido en el artículo 246 del Código General del Proceso y, de acuerdo con lo decidido por la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno en su sesión del 28 de agosto de 2013, se le otorgará valor probatorio a todos los documentos traídos al proceso en copia simple, siempre que su aporte se haya producido durante las oportunidades previstas por las normas procesales aplicables a los juicios de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no hayan sido tachados como falsos en los términos de los artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, por la parte contra la cual se pretenden hacer valer¹⁰.

De este tipo de pruebas, se encuentra demostrado lo siguiente:

⁶ “Por medio de la cual se declara el siniestro de incumplimiento en la ejecución del contrato de interventoría No. 195 de 2011 celebrado entre el Fondo de Desarrollo Local de Fontibón y el Consorcio Sede Alcaldía Fontibón.”

⁷ “Por la cual se resuelve el recurso de reposición contra la Resolución No. 359 de 17 de octubre de 2014 “Por medio de la cual se declara el siniestro de incumplimiento en la ejecución del contrato de interventoría No. 195 de 2011 celebrado entre el Fondo de Desarrollo Local de Fontibón y el Consorcio Sede Alcaldía Fontibón.””

⁸ “Por la cual se liquida unilateralmente el contrato No. 195 de 2011”

⁹ “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 182 de 2015 ““Por la cual se liquida unilateralmente el contrato No. 195 de 2011.””

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

■ **Condiciones pactadas en el contrato de consultoría No. 195 de 2011**

- Entre el Fondo de Desarrollo Local de Fontibón y el Consorcio Sede Alcaldía Fontibón, se suscribió el contrato de consultoría **No. 195 el día 1 de diciembre de 2011**¹¹. Por parte de la entidad lo suscribió la entonces alcaldesa local, mientras que, por el contratista, la representante legal del consorcio.

La cláusula primera del contrato, en cuanto a su objeto estableció:

“El Contratista se compromete para con el FONDO a desarrollar la Interventoría técnica administrativa y financiera a la construcción de la sede administrativa en la localidad de Fontibón en Bogotá D.C., para la vigencia 2011.”¹²

- Las obligaciones del contratista quedaron establecidas en la cláusula segunda.

- Según la cláusula cuarta el **valor del contrato ascendió a la suma de \$390.000.000.**

- La forma de pago quedó establecida por la cláusula quinta de la siguiente manera:

“EL FONDO pagará a el CONTRATISTA el valor de la siguiente manera: 1) Pago inicial, del (20%) veinte por ciento a la firma del acta de inicio, la cual está sujeta a la legalización del contrato y a la aprobación del cronograma y del plan de trabajo por parte del Interventor, previa certificación de cumplimiento por parte del supervisor. 2) Segundo pago, del (30%) treinta por ciento al cuarto mes de ejecución contractual, previa certificación de cumplimiento por parte del supervisor. 3) Tercer pago, del (30% treinta por ciento al séptimo mes de ejecución contractual, previa certificación de cumplimiento por parte del supervisor. 4) Cuatro y último pago, de (20%) veinte por ciento a la entrega a satisfacción, firma del acta de terminación y firma del acta de liquidación, previa certificación de cumplimiento por parte del supervisor.”

- El plazo inicial de ejecución del contrato según la cláusula sexta fue pactado de 8 meses contados a partir de la fecha de suscripción del

¹¹ Fls.69-81 c. principal.

¹² En el anexo No. 2.1 se establecen los lugares de prestación del servicio (fls.11-13 c. principal).

acta de inicio. Posteriormente, las partes suscribieron la adición y prórroga No. 113, ampliando dicho plazo hasta el **20 de mayo de 2013**.

- La cláusula séptima estableció que la supervisión general del contrato sería ejercida por el alcalde local de Fontibón. A su vez, la cláusula décima primera indicó que el Fondo efectuaría la supervisión del contrato a través de un supervisor designado por el Alcalde Local, el cual vigilaría el desarrollo de los trabajos objeto del contrato.

- La cláusula décima tercera estableció la cláusula penal pecuniaria y la decimo cuarta, las multas de la siguiente manera:

“CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. - CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: *Si se llegare a suceder el evento de incumplimiento total de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA este deberá pagar a título de cláusula penal pecuniaria, el valor correspondiente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, incluidos reajustes de precios, los que se podrán cobrar, previo requerimiento, con base en el presente documento, el cual prestará mérito ejecutivo y previa declaratoria de la caducidad del contrato.*

CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA. – MULTAS: *En caso de mora o de incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales a cargo del interventor, este autoriza expresamente, mediante el presente documento al Fondo para efectuar la tasación y cobro, previo requerimiento, de multas diarias sucesivas del uno por ciento (1%) del valor del contrato, sin que estas sobrepasen del diez por ciento (10%) del valor total del mismo. La liquidación de las multas la efectuará el supervisor técnico en las actas parciales de recibo y en el acta final y/o de recibo de la consultoría contratada para la presente interventoría, según sea el momento en que se ocasionen, y su cobro se efectuará descontando el valor de las mismas en los pagos parciales y/o final, según sea el caso. En el evento en que no puedan ser descontadas oportunamente o no sean pagadas dentro del mes siguiente a su tasación por parte del interventor, la liquidación efectuada prestará mérito ejecutivo, y su cobro podrá efectuarse con cargo a la garantía de cumplimiento, de las multas tasadas, impuestas y cobradas, se informará a la Cámara de Comercio. Para la aplicación de multas se aplicará el procedimiento contenido en el manual de contratación del Fondo.” (Se resalta)*

- En cuanto a su liquidación, el contrató previó en sus cláusulas décima séptima a vigésima lo pertinente.

13 Fls.82-85 c. principal.

En cuanto a la liquidación del contrato fue acordado por las partes en las cláusulas décima séptima, décima octava y décima novena:

"CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. El presente contrato de liquidará de común acuerdo entre las partes al cumplimiento de su objeto, o a más tardar dentro de los cuatro (4) meses siguientes contados a partir d la fecha de la extinción de la vigencia del contrato o de la expedición del acto administrativo que ordene su terminación. También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Para la liquidación se exigirá al interventor la extensión o ampliación, si es del caso, la garantía del contrato al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones y en general para avalar las obligaciones que daba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. Para la liquidación del contrato deberán recopilarse los siguientes documentos: 1. copia del contrato. 2. copia de todas las actas que hacen parte del contrato. 3. Relación de todos los pagos hechos al interventor. 4. la garantía única vigente. En el acta de liquidación del contrato se dejará constancia de a) entrega de los actos e informes por parte del interventor y del recibo a satisfacción por parte del Fondo; b) las reformas en el plazo y precio si las hubiere; c) las cantidades de los trabajos ejecutados y sus valores; d) número de actas parciales de recibo de trabajos y e) resoluciones que tasan multas e imponen sanciones durante el transcurso del contrato. Si el interventor no se presenta a liquidar el contrato en el término de un (1) mes contados a partir de la ocurrencia del evento que de lugar a la liquidación, el Fondo procederá a afectarla (sic) unilateralmente. El supervisor suscribirá el acta de liquidación del contrato correspondiente."

CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: LIQUIDACIÓN UNILATERAL. Si el interventor no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por el Fondo y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición."

■ **En cuanto a los actos administrativos cuya nulidad se demanda**

- Mediante la Resolución No. 359 de 17 de octubre de 2014¹⁴, la Alcaldesa Local de Fontibón declaró el incumplimiento e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria al contratista por valor de **\$50.417.600**.

- Contra el mencionado acto administrativo sancionatorio, se interpusieron por parte del contratista y de su garante, la aseguradora Seguros del Estado S.A., recursos de reposición, los cuales fueron resueltos por la entidad hoy demandada, mediante la Resolución No. 428 de 1 de diciembre de 2014¹⁵, oportunidad en la cual se modificó el valor de la afectación de la cláusula penal pecuniaria, tasándolo en **\$13.612.752**.

- Mediante Resolución 182 de 4 de mayo de 2015¹⁶, la Alcaldesa Local de Fontibón, liquidó unilateralmente el contrato de marras.

Contra el mencionado acto administrativo fue interpuesto el recurso de reposición por parte del interventor, el que fue resuelto por parte de la entidad, mediante la Resolución No. 242 de 11 de junio de 2015¹⁷.

III. CONSIDERACIONES

3.1. El debido proceso en materia contractual y en el proceso de imposición de multas y sanciones

En cuanto a esta temática ha establecido la doctrina del Consejo de Estado:

“El artículo 17 de la ley 1150 establece que la administración para adoptar la decisión unilateral de imponer las multas deberá garantizar al afectado los derechos al debido proceso y de defensa, mediante un procedimiento mínimo, que consiste en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad pública contratante, y defenderse del mismo, incluso con petición de práctica de pruebas y posibilidad de contradicción de las que se aduzcan en su contra, en caso de que resulte necesario.

La norma no fue más específica en el señalamiento de dicho procedimiento, pero como se afirmó anteriormente, el fundamento constitucional de esta disposición se encuentra en el artículo 29

14 Fls.558-598 c. principal.

15 Fls.668-708 c. principal.

16 Fls.709-713 c. principal.

17 Fls.725-735 c. principal.

superior, que consagra el derecho al debido proceso, lo que significa que las entidades públicas contratantes deben observar los principios mínimos allí establecidos, dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto afectado con una eventual medida y a protegerlo de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad que conoce del asunto¹⁵.

En efecto, la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual, es de vital trascendencia para la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material, y 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 administrativas¹⁶."¹⁸ (Se resalta)

3.2. La facultad de las entidades públicas para imponer multas y sanciones a sus contratistas y la oportunidad para hacerlo

La facultad legal de las entidades públicas para imponer multas a sus contratistas se encuentra establecida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el cual establece:

"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.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 10 de octubre de 2013. Radicado: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157). Consejero Ponente Álvaro Namen Vargas.

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.” (Se resalta)

El procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, así como para hacer efectiva la cláusula penal, quedó establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011¹⁹.

En cuanto a la naturaleza y oportunidad para su imposición, ha establecido la doctrina y jurisprudencia del Consejo de Estado:

*“En el ejercicio genérico de ese poder sancionatorio en materia contractual se han identificado varios tipos de sanciones a saber: **(i) pecuniarias, como la efectividad de las cláusulas penales;** (ii) rescisorias, que le permiten a la administración sancionar a su contratista y poner fin al contrato en razón del incumplimiento total y grave de las obligaciones a cargo de este último, como el decreto de la caducidad del contrato y **(iii) coercitivas o compulsorias, que tienen por objeto que el contrato se pueda cumplir dentro del término y en las condiciones pactadas, como la imposición de multas.***

(...)

*Entiende la Sala que **las cláusulas penales pactadas en los contratos estatales con cláusula de caducidad, cumplen las mismas funciones que en el derecho privado, esto es precaver, regular y sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo de los contratantes,** sólo que su exigibilidad debe integrarse a los actos administrativos en los que se ejerzan estas atribuciones, bien sea que se decida caducar o continuar con el contrato celebrado.”*²⁰ (Se resalta)

Frente a lo que la jurisprudencia también ha reconocido que:

*“**El origen e implementación de [las multas],** desde la perspectiva contractual, se correlaciona y halla su justificación en los eventos en*

¹⁹ Expedida el 12 de julio de 2011. Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 14 de septiembre de 2017. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Radicado No. 25000 23 26 000 1987 03959 02.

los que una de las partes incurre en incumplimiento de las obligaciones contraídas, al paso que su activación surge como consecuencia de una previsión anticipada y libremente acordada por los contratantes sobre los efectos que pueden extraerse de dicha inobservancia y que, por regla general, conlleva al pago de una suma preestablecida, sin que con esto el incumplido se releve de satisfacer la prestación debida; lo que busca es precisamente inducir a su acatamiento. Su falta de correspondencia con una sanción de carácter resarcitorio se explica en la medida en que no persigue obtener una suma o monto para contener o reparar un menoscabo patrimonial de la Administración contratante. Bajo esa óptica, la ocurrencia del perjuicio no constituye un elemento de la esencia de este tipo de sanción, **como sí acontece en el evento de la cláusula penal pecuniaria, cuya razón de ser es meramente indemnizatoria.** Distinto a ello, su propósito se asocia con un fin proteccionista del interés público que involucra la celebración del contrato estatal, en tanto busca la ejecución efectiva de la labor encomendada al contratista, al margen de que su satisfacción oportuna hubiese causado o no daño al ente contratante. (...) su finalidad, en esencia, es fungir como herramienta de apremio o acoso dirigida a compeler al contratista para el cumplimiento del objeto contractual en la forma y tiempo acordados..."²¹ (Se resalta)

Posición que reitera lo ya reconocido por la misma alta corporación al respecto:

"En efecto, la tesis preponderante al interior del ordenamiento jurídico colombiano tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial se encamina a **reconocer en la multa un carácter meramente coercitivo, entendiéndose ésta como un mecanismo o herramienta por medio de la cual lo que se procura es constreñir, presionar o apremiar al contratista para que cumpla de manera adecuada el objeto del contrato y las obligaciones derivadas de éste** con base en consideraciones de preservación y satisfacción del interés público o general.

Resulta entonces obvio que si por medio de las multas lo que se busca es constreñir al contratista para que dé cumplimiento a las obligaciones parcialmente incumplidas en ejecución del contrato, no tendría sentido alguno que las partes acordaran su imposición

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 1 de febrero de 2018. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Radicado No. 25000-23-26-000-2009-00082-01(52549)

cuando el término de ejecución del contrato ha vencido, o ante incumplimientos totales y definitivos.”²² (Se resalta)

Perspectiva que revisada en contexto queda más clara:

“La interpretación jurisprudencial frente al linderó temporal dentro del cual resultaría viable ejercer la facultad legal de declarar el incumplimiento del contrato con la finalidad de imponer multas al particular moroso no ha sido una materia pacífica. De antaño, la Sección Tercera de esta Corporación consideró que la posibilidad de declarar el incumplimiento con el propósito de imponer multas solo podía ejercerse dentro del plazo de ejecución del contrato y antes de vencerse el término pactado para su finalización. (...) En pronunciamientos posteriores, se mantuvo la orientación jurisprudencial relativa a la viabilidad de imponer multas, sujeta a que se realizara dentro del término contractual. Con todo, frente a este último concepto se distinguió entre el plazo de ejecución y fecha de vencimiento del contrato o de su vigencia, siendo este último el límite máximo para que procediera válidamente su ejercicio. (...) Tiempo después, la Sección Tercera recogió la línea de pensamiento imperante hasta entonces, con fundamento en la tesis de conformidad con la cual el contrato tenía dos plazos: uno para su ejecución, al cabo del cual el negocio se entendía vencido, y otro para su liquidación, a cuyo término el contrato se extinguía. En ese orden, se consideró que hasta la culminación de este último período la Administración podía hacer exigible, a través de su potestad sancionatoria, el cumplimiento de las obligaciones insatisfechas, en razón a que esa prerrogativa debía estar presente a lo largo de la vida jurídica del contrato, existencia que se extendía incluso hasta la etapa de liquidación. (...) **No obstante, en un período subsiguiente la Sección Tercera de esta Corporación retomó la posición inicialmente acogida, en el sentido de señalar que el ejercicio de la potestad legal conferida a la Administración para la imposición de multas debía reservarse a la etapa de ejecución contractual, bajo la comprensión de que su naturaleza conminatoria se oponía jurídicamente a que su materialización tuviera ocurrencia luego de vencido el plazo pactado para el cumplimiento del objeto convenido.**”²³ (Se resalta)

22 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia de 1 de julio de 2015. Radicado 25000-23-26-000-2007-00441-01 (38.797).

23 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 1 de febrero de 2018. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Radicado No. 25000-23-26-000-2009-00082-01(52549)

Queda establecido así el marco legal y jurisprudencial de la competencia que tienen las entidades públicas de que trata la Ley 80 de 1993, para imponer multas y sanciones a sus contratistas.

3.3. Demanda por incumplimiento del contrato cuando existe liquidación unilateral

Al respecto es preciso considerar el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado²⁴:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que, una vez liquidado unilateralmente el contrato, sólo se puede alegar el incumplimiento de las obligaciones a través de la censura de la legalidad del acto administrativo que contiene la liquidación.

*En efecto, una vez que la entidad pública liquida unilateralmente el negocio jurídico, en los términos establecidos en el contrato o en la ley (artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993), **el contratista no puede invocar como pretensión autónoma el incumplimiento de las obligaciones**, por cuanto en la liquidación se halla el reflejo de lo que fue la ejecución del contrato, se realiza el balance definitivo de la relación negocial, se hace el cruce de cuentas entre las partes, se determina quién debe a quién y por qué conceptos o se declaran a paz y salvo; **en consecuencia, todos los aspectos concernientes a la realidad contractual que se estimen contrarios o que no coincidan con lo plasmado en el acto administrativo que adopta unilateralmente la liquidación, deben ser planteados no sin antes obtener la declaración de nulidad del acto administrativo correspondiente, en caso contrario, la demanda se torna improcedente, por ineptitud sustancial de la misma**^[iii].*

Así, pues, cuando el contrato ha sido liquidado unilateralmente, la única forma de controvertir aspectos relacionados con su ejecución, incluyendo el incumplimiento de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y las consecuencias derivadas del mismo, es mediante el levantamiento del velo de legalidad que ampara ese acto administrativo, lo cual se traduce en que constituye requisito sine qua non para que se puedan analizar las pretensiones propias del incumplimiento deprecar la declaratoria de nulidad total o parcial del acto que contiene la liquidación, así como la indicación y el desarrollo del concepto de violación en el que se apoya la censura.

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia de 24 de junio de 2015. Radicado 73001233100020000007-01 (31.161).

En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Corporación, a este respecto[iv]²⁵:

“Tal como lo ha señalado la Sala en oportunidades anteriores[v], no le es viable al contratista invocar el incumplimiento del contrato como pretensión autónoma cuando la entidad pública contratante ha liquidado unilateralmente el negocio jurídico. Una vez la entidad pública contratante liquida de forma unilateral el contrato, según lo definido por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, resulta necesario demandar la anulación del acto administrativo contractual de liquidación...

“En este sentido, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que una vez liquidado unilateralmente el contrato, sólo es viable su controversia a través de la solicitud de nulidad de los actos administrativos que la hubieran adoptado”.”

3.4. De los presupuestos para la declaratoria judicial de incumplimiento contractual

Al respecto la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido²⁶:

“Teniendo en cuenta que el punto medular de censura estriba en obtener la declaratoria de incumplimiento del negocio jurídico, es necesario tener en cuenta que para que se estructure la responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, es necesario acreditar: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento[viii].

Ahora bien, es importante destacar que la carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento y que en los contratos sinalagmáticos[ix] tiene una doble dimensión, tal y como lo ha expresado la jurisprudencia de la Sección, así:

“... tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde

²⁵ La cita corresponde a: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 30 de abril de 2009, exp. 33.609.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P. Hernán Andrade Rincón. Sentencia de 26 de agosto de 2015. Radicado 08001-23-31-000-2009-00883-01(43227).

(Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.

En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada..." [x]"

3.5. De la falsa motivación

Sobre los cargos de falsa motivación contra los actos administrativos contractuales, ha expresado el Consejo de Estado:

"96. Respecto de la falsa motivación, esta Sección ha indicado que es un cargo que ataca el elemento causal del acto administrativo, por atribuir la Administración una calificación errada a los motivos de hecho o de derecho que dan lugar a su expedición. Al respecto, en Sentencia de 12 de febrero de 2014[²⁷], la Subsección A señaló (se transcribe):

*"La falsa motivación de un acto administrativo es el vicio que afecta el elemento causal del acto, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo. **Se genera cuando las razones expuestas por la Administración, para tomar la decisión, son contrarias a la realidad.** Así, la jurisprudencia[²⁸] ha sostenido que la falsa motivación del acto tiene ocurrencia cuando **i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública, ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas, iii) el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) los motivos***

²⁷ La cita hecha corresponde: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 12 de febrero de 2014, expediente 27.776.

que sirven de fundamento al acto no justifican la decisión”²⁸ (Se resalta)

3.6. De la desviación de poder

En lo relacionado con este factor, es pertinente citar lo siguiente:

“4. La desviación de poder en materia contractual puede ser definida como aquella función administrativa que ejercida por un servidor público se dirige a favorecer los intereses de un tercero o de sí mismo, dejando de un lado el cumplimiento de las finalidades estatales para las cuales se le otorgaron determinadas competencias en ejercicio de la actividad contractual, es decir de un lado, para la satisfacción de intereses de carácter general y, de otro para la continua, adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos.

Con otras palabras, la desviación o abuso de poder se presenta cuando el funcionario público ejerce sus funciones con fines diversos a aquellos para los cuales se le otorgó una determinada competencia en el ámbito de la contratación estatal[12].”²⁹

3.7. La falta de competencia como vicio de nulidad de los actos administrativos

Al respecto ha enseñado el Consejo de Estado:

“4.1.- El de falta de competencia es uno de aquellos vicios invalidantes de los actos administrativos reconocidos por el derecho positivo colombiano. Así lo dispone el inciso segundo del artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al preceptuar que se declarará la nulidad de los actos “cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de defensa y audiencia, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.” (Resaltado propio).

4.2.- En la estructura dogmática de los vicios invalidantes la falta de competencia se ubica como un vicio externo al acto⁴⁷ toda vez que es alrededor del sujeto activo que expidió la decisión el eje sobre el que gravita el debate jurídico en orden a determinar si es éste al que

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Alberto Montaña Plata. Sentencia de 5 de junio de 2019. Radicado. 25000-23-26-000-2000-00108-02 (30634) acumulado, 25000-23-26-000-2000-00111-01 (34230).

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia de 13 de febrero de 2015. Radicado. 25000-23-26-000-2002-02240-01 (29.473).

el ordenamiento le ha reconocido la aptitud para actuar como legítimo portador de la voluntad estatal, concretamente como autoridad normativa, y le faculta para dictar actos de naturaleza administrativa creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas o de carácter general, en tanto manifestación de poder reglamentario.

4.3.- Ello responde, en esencia, al hecho de que el de competencia es un concepto normativo toda vez que es el propio derecho el que prescribe el modo, forma y condiciones de producción de las normas jurídicas (autorregulación) y en este escenario es que tiene lugar la determinación de los sujetos que fungen como autoridades normativas con poder decisorio para emitir actos jurídicos. Por tal razón, la averiguación sobre si un sujeto de derecho público es competente no es un asunto que demande reflexiones internas en torno a la decisión, esto es, su ilicitud, imposibilidad o inexistencia, ni su motivación o finalidad, sino que se contrae a indagar, en el marco del universo jurídico vigente, si tal o cual contenido normativo podía ser emitido por cierta autoridad administrativa.

4.4.- El atributo de la competencia, entonces, debe ser entendido como la posibilidad que tiene una determinada persona, esto es, un órgano público o un particular de proferir o realizar un acto productor de determinados cambios normativos, que repercutirán en quien lo produce o un tercero, reconocido por el ordenamiento jurídico superior, siempre que se sigan los pasos establecidos para tal fin, o lo que es lo mismo, mientras se dé el estado de cosas dispuesto en la norma jurídica que establece la competencia.

4.5.- De observarse lo reglado, se tendrá que la competencia atribuida a un sujeto –y su resultado- ha sido llevada a cabo de manera adecuada, mientras que, de no ser así, el acto jurídico ejecutado en contravención se verá expuesto a la consecuencia de la nulidad y se dirá que no se llevó a cabo con éxito la competencia otorgada⁴⁸.”³⁰

3.8. El deber de planeación en materia contractual – contrato de obra pública

Ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado al respecto que:

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia de 19 de septiembre de 2016. Radicado. 11001-03-26-000-2013-00091-00 (47693).

*“El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; **y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad**; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden.”³¹ (Se resalta)*

Lo que de tiempo atrás ya había sido establecido por la misma corporación al expresar que:

*“**Otro de sus significativos propósitos [del principio de economía], en íntima conexión con el principio de planeación, consiste en el ideal de lograr que la actividad contractual no sea el resultado de la improvisación y el desorden**, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad; en tal sentido, la norma ordena que con anterioridad a la decisión misma de emprender un determinado procedimiento de selección contractual, mediante licitación o de forma directa, entre otras cuestiones de máxima importancia, la Administración verifique la existencia de la disponibilidad presupuestal requerida para respaldar los compromisos que puedan surgir para la entidad, como resultado de dicha selección; **realice los estudios de conveniencia, técnicos, económicos, jurídicos y de mercado a los que haya lugar; que elabore los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia y obtenga todas las autorizaciones y aprobaciones requeridas para la ejecución del proyecto concreto.**”³² (Se resalta)*

3.9. Las obligaciones y el deber de colaboración de los interventores y su relación con el contrato de obra

Ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado al respecto:

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia de 28 de mayo de 2012. Radicado. 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 29 de agosto de 2007. Radicado. 850012331000030901(15324).

“Con fundamento los artículos 28 y 29 del Código Civil, la Sala aprecia el criterio de interpretación gramatical, de conformidad con el cual se consulta el diccionario de la Real Academia de la Lengua, donde aparece como segunda acepción de **“interventor”**, la de **“persona que autoriza y fiscaliza ciertas operaciones para asegurar su corrección”**. Desde la perspectiva legal, a la cual también remiten los artículos referidos, se tiene que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en el numeral 1, al tratar el contrato de obra hace referencia a la interventoría pero no la define, como tampoco lo hace ese artículo en su numeral 2, incisos 2 y 3, cuando se refiere la interventoría como una modalidad de consultoría, ni el artículo 53 del mismo estatuto, en el cual se prescribe respecto de la responsabilidad de los interventores. No obstante, una norma jurídica, y a la vez técnica, de la mayor importancia para efectos del caso concreto, el Decreto 2090 de 1989 “por el cual se aprueba el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura”, en el numeral 6 indica que **“se entiende por interventoría el servicio prestado por un profesional o persona jurídica especializada, para el control de la ejecución del proyecto arquitectónico o de la construcción”**. Por último, la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado ha afirmado que el contrato de interventoría **“tiene por objeto supervisar o vigilar que la obra se construya de conformidad con lo estipulado en el contrato.**

(...)

En ese orden de ideas, hace parte de la naturaleza del contrato que el interventor controle, supervise, vigile, fiscalice las obras, pero no que elabore presupuestos, cantidades y especificaciones técnicas, razón por la cual, desde una perspectiva de lo que es natural al contrato, un interventor no está obligado a cumplir con tales actividades, salvo que dentro del clausulado correspondiente, en el caso sometido al análisis de la Sala, hubiera asumido esa obligación de manera expresa, dado que la autonomía de las partes –como fundamento básico de la contratación de acuerdo con los artículos 1602 del Código Civil y 32 de la Ley 80 de 1993, entre otros– permite que los particulares y el Estado acuerden libremente sus obligaciones y derechos, en tanto que con ello no se afecte el orden público.

(...)

Estas obligaciones se atribuyen al interventor aun cuando consten en un contrato del cual no es parte, pues la doctrina en casos como el presente, bajo la denominación de **coligación comercial** ha explicado la interdependencia que entre dos contratos se establece, la cual puede ser **voluntaria**, cuando específicamente se ha hecho depender un contrato del otro por la común intención expresa de las

*partes, o **funcional**, cuando resulta de la unidad de la función perseguida, es decir, cuando las diferentes relaciones contractuales tienden a realizar un fin práctico único, de acuerdo con el significado objetivo de la operación social y económica. Los efectos que la coligación origina no obedecen a prescripciones legales específicas de los tipos contractuales, sino a la interpretación de la común intención de contratantes y de la función práctica del negocio. La interdependencia de las relaciones es, como su nombre lo indica, recíproca, en el sentido que la suerte de cada contrato está condicionada a la del otro; no obstante, existen supuestos de coligación en los cuales sólo la suerte de un contrato depende de la del otro o solo algunos aspectos específicos de un contrato dependen de los del otro, mientras que el otro contrato u otros aspectos de ese contrato permanecen por fuera de tal dependencia. En tal sentido, la Sección Tercera ha caracterizado la interventoría como un contrato íntimamente relacionado en su objeto con el de obra respecto del cual ejerce su actividad el interventor, y como un contrato que a pesar de lo anterior, resulta independiente de éste en aspectos específicos como la prórroga y el incumplimiento, esto es, que la prórroga de la obra no implica de suyo la del interventor y que el incumplimiento del contrato de obra jamás significa por sí solo el incumplimiento del de interventoría."*³³
(Se resalta)

Se ha descrito y establecido los parámetros respecto de los cuales el Despacho resolverá el problema jurídico plantado. Por lo cual procede ahora abordar el caso concreto.

3.10. El caso concreto

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 359 y 428 de 2014 mediante las cuales se declaró su incumplimiento del contrato de consultoría y se afectó la cláusula penal pecuniaria; y de las Resoluciones 182 y 242 de 2015 con las cuales se liquidó unilateralmente el contrato contrato de consultoría No. 195 de 2011, esgrimiendo cargos de falsa motivación, violación del debido proceso y desviación de poder; en consecuencia, busca el reconocimiento de perjuicios a título de restablecimiento del derecho.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia de 28 de febrero de 2013. Radicado. 25000-23-26-000-2000-00732-01(24266)

Otra de las pretensiones de la demanda tiene que ver con que se declare que el Fondo de Desarrollo Local incumplió el contrato No. 195 de 2011 por cuanto no efectuó los pagos en debida manera, por lo cual esgrimió la excepción de contrato no cumplido a favor del consorcio y en esa medida, sustentando que no se le podía endilgar incumplimiento al contratista, cuando la entidad contratante no hizo lo propio.

Finalmente, pretende que se condene a la parte demandada a pagar la suma de **\$13.612.752** por concepto de sanción pecuniaria proveniente del debido proceso sancionatorio contractual y de **\$136.127.728** por concepto de descuento del saldo del contrato No. 195 de 2011.

Sobre la nulidad de la Resolución No. 182 de 4 de mayo de 2015

Respecto del conjunto de las pretensiones de la demanda, es preciso resaltar que ***“cuando el contrato ha sido liquidado unilateralmente, la única forma de controvertir aspectos relacionados con su ejecución, incluyendo el incumplimiento de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y las consecuencias derivadas del mismo, es mediante el levantamiento del velo de legalidad que ampara ese acto administrativo, lo cual se traduce en que constituye requisito sine qua non para que se puedan analizar las pretensiones propias del incumplimiento deprecar la declaratoria de nulidad total o parcial del acto que contiene la liquidación, así como la indicación y el desarrollo del concepto de violación en el que se apoya la censura”***³⁴, en este sentido, se analizarán inicialmente los cargos esgrimidos contra la Resolución 182 de 4 de mayo de 2015, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato No. 195 de 2011.

Falsa motivación

Los cargos formulados en contra del mencionado acto administrativo tienen que ver, en primer lugar, con la **falsa motivación**, que el libelista sustentó en el hecho que la entidad tuvo en cuenta una serie de elementos que a su juicio no son ciertos:

-Que la obra sobre la cual se ejerció la interventoría se ejecutó solamente en un 73%, endilgándole la responsabilidad de dicha situación a la interventoría.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia de 24 de junio de 2015. Radicado 730012331000200000007-01 (31.161).

-Que por lo anterior, la interventoría no se había desarrollado a entera satisfacción de la Alcaldía Local de Fontibón, razón por la cual las partes no se podían declarar a paz y salvo.

-Que al no haberse ejecutado en su totalidad el contrato de obra, existían saldos a favor de la entidad.

-Y que el interventor no acreditó el pago de sus obligaciones al sistema de seguridad social en salud.

Razones frente a las cuales el demandante indicó que efectivamente el contrato de obra no se ejecutó en su totalidad; sin embargo, dicha situación no es oponible a la liquidación del contrato de interventoría, por cuanto **su forma de pago no se encontraba atada a la ejecución del contrato de obra No. 086 de 2012, el porcentaje ejecutado del contrato de obra no fue una responsabilidad inherente a la interventoría**, sino que, se vio afectado por decisiones que no eran de su resorte.

El objeto de la obra no se podía concluir sin las decisiones correspondientes por parte de la Entidad y por lo tanto la interventoría actuó hasta donde las herramientas técnicas y legales lo permitieron.

Reiteró que la entidad está errada en su interpretación pues la forma de pago no se encontraba atada al porcentaje de ejecución del contrato de obra, como quedó acordado en el contrato principal y en el que se estipulan pagos parciales de acuerdo con el plazo de ejecución del contrato de interventoría independiente del avance de la obra.

Y respecto a las constancias de pago de seguridad social, las planillas fueron remitidas con el oficio NSALF-195-11-242 de 12 de mayo del 2015 con el radicado 2015-092-005799-2, un día antes a la entrega del oficio de la notificación de la resolución.

Visto lo anterior, entiende el Despacho que el cargo de falsa motivación en contra de la Resolución No. 182 de 14 de mayo de 2015 por la cual se liquidó unilateralmente el contrato No. 195 de 2011, tiene que ver con que la entidad le eldilga al hoy demandante, un ejercicio defectuoso de la interventoría, achacándole el resultado de haberse ejecutado solamente el 73% del contrato principal, de lo cual devino el descuento del saldo a su favor. Además por cuanto no acreditó el cumplimiento de sus obligaciones con el sistema de seguridad social, razones que el demandante calificó como inexistentes, por cuanto, a su juicio, el contrato de obra no se ejecutó

en su totalidad por razones atribuibles a la entidad, además porque la forma de pago del contrato de consultoría no estaba determinada por el porcentaje de ejecución de la obra y, finalmente, porque pudo acreditar el cumplimiento de sus obligaciones frente al sistema de seguridad social.

Dicho de otra forma, a juicio del demandante, la Resolución No. 182 de 4 de mayo de 2015 está basada en hechos falsos, por cuanto, si bien el contrato de obra no se ejecutó en su totalidad, no lo fue por causas atribuibles a la interventoría, además, señaló que no es cierto que la forma de pago de la interventoría dependía del avance de la obra.

Así las cosas, es preciso revisar el texto del mencionado acto administrativo de liquidación unilateral, con el fin de verificar cuáles fueron las razones aducidas por la entidad.

El documento de dicha resolución, visible a folios 709-713, establece dentro de las consideraciones:

“El valor estipulado para el contrato de interventoría fue la suma de: TRESCIENTOS NOVENTA MILLONES DE PESOS (\$390.000.000) M/CTE...valor que fue adicionado el 19 de febrero de 2013, en la suma de CIENTO CATORCE MILLONES CIENTO SETENTA Y SEIS MIL PESOS (\$114.176.000) M/CTE...

*El plazo inicialmente establecido para la ejecución del contrato fue de Ocho (8) meses, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación, hecho que ocurrió el día 30 de Marzo de 2012, tuvo dos suspensiones que sumaron 75 días así: Suspensión No. 1 del 28 de mayo al 28 de junio de 2012 (30 días) y Suspensión No. 2 del 29 de junio al 13 de agosto de 2012 (45 días). El día 19 de febrero de 2013 se firmó una prórroga y adición al contrato por el término de noventa (90) días. **El plazo establecido en el contrato venció el día 20 de mayo de 2013** quedando la obra según informe de la interventoría, ejecutada en un **73%**, por lo que la obra sobre la cual ejerció la interventoría no se culminó dentro del plazo contractual.*

Mediante la Resolución 359 de 2014 y 428 de 2014 se declaró el incumplimiento del contrato de interventoría 195 de 2011 y por lo tanto se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria como indemnización anticipada de los perjuicios ocasionados al Fondo de Desarrollo Local de Fontibón, sanción que fue tasada en la suma de \$13.612.752.

Que conforme con lo anteriormente expresado, la ejecución del mencionado contrato de interventoría no se efectuó a entera satisfacción del Fondo de Desarrollo Local de Fontibón, en consecuencia y conforme a la norma contractual, las partes Contratantes no se declaran a Paz y Salvo por concepto del contrato objeto de la presente liquidación."³⁵

Conforme a lo anterior, en la parte resolutive, artículo primero, la entidad estableció el siguiente balance financiero:

"ARTÍCULO PRIMERO: Liquidar Unilateralmente el Contrato No. 195 de 2011, suscrito entre el FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE FONTIBÓN y el CONSORCIO SEDE ALCALDÍA FONTIBÓN Nit. 900.478.910 debidamente representado por la señora NIDIA ESPERANZA GARZÓN MORALES...de la siguiente manera:

Valor inicial del contrato	\$390.000.000
Valor de adición No. 1	\$114.176.000
Valor ejecutado por el contratista 73% del total del contrato	\$368.048.480
Valor pagado según relación	\$312.000.000
Saldo a favor del contratista	\$56.048.480
Menos sanción por incumplimiento	\$13.612.752
VALOR A GIRAR AL CONTRATISTA	\$42.435.728
SALDO SIN EJECUTAR	\$136.127.520

ARTÍCULO SEGUNDO: Entrar a descontar a favor del Fondo de Desarrollo Local, la suma de TRECE MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (\$13.612.752) M/CTE, por concepto de Cláusula Penal, la cual se hizo efectiva mediante Resolución No. 354 de 2014, decisión que fue recurrida, siendo resuelto el recurso de alzada mediante Resolución No. 428 del 1 de diciembre de 2014.

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar el pago a favor del Contratista por la suma de CUARENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$42.435.728) M/CTE, para lo cual el Contratista deberá allegar los documentos contables requeridos para el pago."

El Despacho encuentra que la Resolución No. 182 de 2015 ofrece como razón puntual que sustenta la determinación del porqué se estableció como valor no ejecutado del contrato, la suma de

³⁵ Fls.709-713 continuación c. principal.

\$136.127.520, el hecho de que según informe de la interventoría el contrato de obra fue ejecutado en un 73%.

Ahora, el demandante cuestiona los motivos para no haberle cancelado el total del valor del contrato, los que fundamenta, de un lado en el hecho de que la entidad hace una interpretación errada del contrato de interventoría por cuanto a su forma de pago al porcentaje de ejecución del contrato de obra, y de otro, en que el contrato de obra no se ejecutó en su totalidad por razones atribuibles a la entidad, más no a la interventoría. **Se analizará en primer lugar el argumento referente a que la forma de pago del contrato de consultoría no estaba ligada a la ejecución del contrato de obra.**

La forma de pago del contrato de consultoría No. 195 de 2011 y de su adición y prórroga No. 1, se estableció de la siguiente manera:

La forma de pago quedó establecida según la cláusula quinta del contrato inicial de la siguiente manera:

“EL FONDO pagará a el CONTRATISTA el valor de la siguiente manera: 1) Pago inicial, del (20%) veinte por ciento a la firma del acta de inicio, la cual está sujeta a la legalización del contrato y a la aprobación del cronograma y del plan de trabajo por parte del Interventor, previa certificación de cumplimiento por parte del supervisor. 2) Segundo pago, del (30%) treinta por ciento al cuarto mes de ejecución contractual, previa certificación de cumplimiento por parte del supervisor. 3) Tercer pago, del (30% treinta por ciento al séptimo mes de ejecución contractual, previa certificación de cumplimiento por parte del supervisor. 4) Cuatro y último pago, de (20%) veinte por ciento a la entrega a satisfacción, firma del acta de terminación y firma del acta de liquidación, previa certificación de cumplimiento por parte del supervisor.”³⁶

Y en la cláusula tercera de la adición y prórroga No. 1 suscrita el día 19 de enero de 2013 se pactó:

“CLÁUSULA TERCERA. FORMA DE PAGO: EL FONDO pagará al CONTRATISTA el valor de la presente adición así: 1.- Dos pagos de CUARENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$45.670.400) M/cte, incluido el IVA. Cada uno de los pagos, una vez, presenten el informe 9 y 10 respectivamente. El 20% restante, es decir la suma de VEINTIDOS MILLONES OCHCOENTOS

³⁶ Fl.77 c. principal.

*TREINTA Y CINCO DOSCIENTOS (\$22.835.200) M/cte incluido IVA, a la liquidación del contrato."*³⁷

Frente a este argumento del demandante, del tenor literal de las citadas cláusulas encuentra el Despacho que su posición no puede ser de recibo, por cuanto, si bien en las citadas cláusulas se establecen una serie de porcentajes, la condición para el pago de cada uno, sí se encuentra relacionada con la ejecución del contrato de obra. Veamos en cuanto al contrato inicial:

- 1) *Pago inicial, del (20%) veinte por ciento a la firma del acta de inicio, **la cual está sujeta** a la legalización del contrato y **a la aprobación del cronograma y del plan de trabajo por parte del Interventor**, previa certificación de cumplimiento por parte del supervisor*

El cronograma y el plan de trabajo de que se habla tiene que ver con los documentos respectivos del contrato de obra.

- Los pagos 2º, 3º y 4º quedaron establecidos al cuarto y al séptimo mes de ejecución y el último pago *a la entrega a satisfacción, firma del acta de terminación y firma del acta de liquidación*. Al estipular el cuarto y séptimo mes de ejecución, igualmente se refiere necesariamente al contrato de obra y el pago final, está relacionado no solo con la terminación y liquidación del contrato de interventoría sino con el contrato principal, es decir, el contrato de obra. Esto, al tenor de las obligaciones específicas de la interventoría numeral 2.8 inspección final de la obra y recibo definitivo³⁸.

En el mismo sentido, en cuanto a la forma de pago del valor adicionado, los informes 9 y 10 respectivamente como condición para los primeros dos pagos, tienen que ver con la ejecución del contrato de obra. Y en cuanto a la liquidación, se reitera en este punto la interpretación de la forma de pago del contrato inicial.

Se concluye lo anterior, sin ir más allá del tenor literal de las cláusulas, analizadas en el marco del objeto del contrato de consultoría No. 195 de 2011, es decir, desarrollar la interventoría técnica, administrativa y financiera del contrato de obra No. 086 de 2012.

Para corroborar lo anterior, es preciso traer a colación la noción ya citada de **coligación negocial funcional**, que "resulta de la unidad

³⁷ Fl.84 c. principal.

³⁸ Fls.73-74 c. principal.

de la función perseguida, es decir, **cuando las diferentes relaciones contractuales tienden a realizar un fin práctico único, de acuerdo con el significado objetivo de la operación social y económica.** Los efectos que la coligación origina no obedecen a prescripciones legales específicas de los tipos contractuales, sino a la interpretación de la común intención de contratantes y de la función práctica del negocio. **La interdependencia de las relaciones es, como su nombre lo indica, recíproca, en el sentido que la suerte de cada contrato está condicionada a la del otro...**³⁹, lo cual explica claramente la relación entre el contrato de obra No. 086 de 2012 y el contrato de consultoría 195 de 2011.

Corolario de lo anterior, se tiene que el contrato de consultoría, si bien es un negocio jurídico independiente, debe su existencia al contrato de obra, y viceversa, éste no podría ejecutarse sin una interventoría que ejerza el debido control técnico, jurídico y financiero.

En este contexto no entiende el Despacho cómo se puede deslindar la remuneración del consultor que ejerce la interventoría de un contrato de obra, del porcentaje de ejecución de éste. Admitirlo de esa forma implicaría, de un lado, desnaturalizar el propósito fundamental del contrato de consultoría, y de otro, abrir la puerta para un eventual detrimento patrimonial, dado que el pago del interventor tendría que efectuarse independientemente de la suerte que corra el contrato principal. Sería admitir que el simple paso del tiempo haría acreedor al interventor de los respectivos pagos. Y entiende el Despacho que bajo ninguna circunstancia ésta pudo ser la *communis intentio* de los cocontratantes⁴⁰.

Por las anteriores razones, el argumento del libelista según el cual la forma de pago del interventor no estaba ligada al porcentaje de ejecución del contrato de obra, no es de recibo para el Despacho y tal decir no es procedente. Este cargo de falsa motivación en contra de la Resolución No. 182 de 2015, no está llamado a prosperar.

De otro lado, expresó el demandante que el contrato de obra No. 086 de 2012 no se ejecutó en su totalidad por razones atribuibles a la entidad contratante, mas no a la interventoría. Pasa ahora el Despacho a revisar este aspecto.

39 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia de 28 de febrero de 2013. Radicado. 25000-23-26-000-2000-00732-01(24266)

40 Tal como lo establece el artículo 1618 del Código Civil, al que se acude por remisión expresa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

De entrada debe expresar el Despacho que en el expediente abundan pruebas documentales que dan cuenta que el proyecto no contó desde un principio con unos diseños definitivos; que dicha circunstancia fue el motivo para que pocos días después de iniciada la ejecución tanto del contrato de obra como de su interventoría, los contratos fueran suspendidos y esa primera suspensión fuera prorrogada por cuanto las causas persistían (en total por 75 días); que los diseños fueron ajustados y entregados por parte de la entidad contratante meses después de la ejecución del contrato, lo cual incidió directamente en la ejecución de obra. Todo esto se pasa a evidenciar a partir de las documentales respectivas.

El contrato de obra No. 086 inició su ejecución el 30 de marzo de 2012⁴¹ y menos de dos meses después, el día 28 de mayo de 2012, se suscribió el acta de suspensión No. 1⁴², la cual, entre otros aspectos se sustentó en que “se han presentado circunstancias que impiden la continuación normal de las obras, siendo ampliamente discutidas en los comités, la interventoría cita las circunstancias más relevantes: 1 Luego de reunión sostenida con el consultor en la presente semana, **continúan las dudas acerca de la pertinencia del sistema de cimentación, faltan algunos APU dentro del paquete entregado por la Alcaldía Local y faltan algunos complementos de los diseños hidráulicos y eléctricos.**” (Se resalta)

La primera suspensión fue por 30 días calendario.

Para la segunda suspensión suscrita el 29 de junio de 2012,⁴³ se reiteró la misma causa: “**...continúan las dudas acerca del sistema de cimentación, faltan algunos APU...**”

Frente a lo anterior para el Despacho es válida la pregunta, si en la ejecución de un contrato de obra pública, a dos meses de iniciar su ejecución, dentro de sus diseños no hay claridad sobre la validez del sistema de cimentación y no están completos los diseños hidráulicos y eléctricos, sobre la rigurosidad en cuanto a la planeación del mismo⁴⁴.

⁴¹ Con un plazo inicial de ejecución de 8 meses.

⁴² Fls.95-96.

⁴³ Fls.97-98.

⁴⁴ Ya desde el primer mes de ejecución, el 23 de abril de 2012 a través del radicado No. 2012-092-003953-2 la interventoría llamaba la atención a la entidad pública sobre este tipo de falencias en los diseños del proyecto (fl.168). Y cuando se hizo una entrega de estos elementos por parte de la Alcaldía, continuaron las observaciones de la interventoría,

El 31 de agosto de 2012, es decir, 5 meses después de iniciada la ejecución del contrato de obra y su interventoría, ésta remite un informe a la Alcaldía Local de Fontibón⁴⁵ en donde llama la atención sobre una serie de ítems del proyecto, entre los cuales, uno tiene que ver con la cimentación de la obra (diseños) y los demás, igualmente con aspectos fundamentales del proyecto:

“GEOTECNIA

De acuerdo a los requerimientos establecidos en el Estudio de suelos realizado por la firma Alfonso Uribe y Cía. S.A., referencia AUS-9602, se requiere de la presencia del geotecnista⁴⁶ responsable del proyecto a fin de revisar y evaluar el terreno donde se están fundiendo los pilotes y de igual manera su aval a la secuencia del proceso constructivo programado para los mismos.

ARQUITECTURA

No existe un espacio establecido para cuarto de control y comunicaciones.

No existe especificación para el ascensor por lo cual no es claro que el cuarto de máquinas del mismo tenga 0,80 metros de altura.

No hay planos de detalles y los pocos que existen carecen de información.

Se debería dejar un cuarto independiente para la instalación de los diferentes tableros eléctricos por piso y no en las cocinas.

ESTRUCTURA

No existe diseño estructural del tanque de almacenamiento de agua (consumo e incendio), así como del diseño del desarenador y pozo eyector requeridos.

Pendiente diseño estructural de la escalera que comunica el primer piso con el segundo.

Ajuste del diseño estructural a las vigas de los balcones, acorde con el diseño arquitectónico.

Diseño estructural de la losa de contra piso para la rampa de discapacitados y el apoyo lateral de la misma.

Diseño estructural de los muros de confinamiento de la rampa de acceso vehicular.

Diseño estructural del pórtico de la puerta de acceso principal.

Diseño cubierta cuarto de máquinas ascensor.

muestra de lo anterior se observa el radicado 2012-092-004206-2 de fecha 2 de mayo de 2012 (fl.170-173).

⁴⁵ Radicado No. 2012-092-008263-2 (NSALF-195-11-008) visible a folios 99-103.

⁴⁶ La geotecnia es la parte de la geología aplicada que estudia la composición y propiedades de la zona más superficial de la corteza terrestre, para el asiento de todo tipo de construcciones y obras públicas.

Debajo de la rampa de acceso se encuentra localizado el cuarto de bombas, por lo cual se requiere que esta rampa sea diseñada como placa aérea y no como de contra piso.

HIDRÁULICO Y SANITARIO

...No existe plano de desagües propios del sótano ni cárcamo de acceso al mismo.

...No hay memorias de cálculo de la red de incendio.

...No existe desagüe para la cubierta del cuarto de máquinas de ascensor.

El colector para las bajantes de aguas lluvias está pasando por dentro del espacio de la sub estación eléctrica, lo cual no es permitido.

...Desde el punto de vista arquitectónico no se dejaron ductos para las bajantes de aguas lluvias.

VENTILACIÓN MECÁNICA Y AIRE ACONDICIONADO

No se prevé sistema de ventilación mecánica en baños ni cocinas, más aún cuando estos espacios son confinados se debería tener presente la renovación de aire dentro de los mismos.

GAS NATURAL

...No existe ventilación natural en los espacios de uso de gas.

...No se indican los centros de regulación de primera y segunda etapa.

No se plantea sistema de protección y/o ventilación a las tuberías internas.

En términos generales no existe coordinación entre los diferentes proyectos, adicionalmente las falencias técnicas que los mismos presentan y los nuevos equipos planteados como la planta de emergencia eléctrica y otros no previstos pero requeridos para construir una edificación de ópticas (sic) condiciones técnicas, deja en claro la interventoría, que generará un mayor costo al mismo."

Lo anterior muestra una palmaria falta de planeación por parte de la entidad contratante.

En cuanto a diseños, solamente hasta el 30 de noviembre de 2012, es decir, 8 meses después de iniciada la ejecución de la obra, los supervisores de apoyo por parte de la Alcaldía Local, arquitectos Ricardo Carrera y Rafael Eduardo Acosta, a través de radicado 20120930167061⁴⁷ remitieron al Consorcio Sede Alcaldía Fontibón, las aclaraciones y ajustes de diseño par el proyecto anexando:

"DISEÑO ARQUITECTÓNICO

⁴⁷ FI.122.

(21) veintiún planos arquitectónicos debidamente firmados.

DISEÑO ELÉCTRICO – CCTV – HUMO – VOZ Y DATOS – NORMAL Y REGULADA

(26) planos debidamente firmados

Cuadros de cargas y memorias de cantidades.

VENTILACIÓN MECÁNICA Y AIRE ACONDICIONADO

(5) cinco planos debidamente firmados

Memorias y cantidades de obra."

Aún en enero y abril de 2013, la interventoría seguía insistiendo en el tema de planos, muestra de ellos son los oficios radicados 2013-092-000758-2 de 31 de enero de 2013 y 2013-092-003068-2 de fecha 17 de abril de 2013⁴⁸, en los cuales el consultor traslada a la Alcaldía Local de Fontibón el requerimiento del contratista de obra respecto de la entrega del denominado Plano serie 3 debidamente aprobado por Codensa.

En suma, como se evidencia, solamente hasta noviembre de 2012 fueron proporcionados los diseños por parte de la Alcaldía Local de Fontibón.

Panorama frente al cual es preciso volver, sobre el decir de la jurisprudencia respecto de la falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos cuando afirma que:

*"La falsa motivación de un acto administrativo es el vicio que afecta el elemento causal del acto, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo. Se genera cuando las razones expuestas por la Administración, para tomar la decisión, son contrarias a la realidad. Así, la jurisprudencia[^{lxviii}]ha sostenido que la falsa motivación del acto tiene ocurrencia cuando i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública, ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas, iii) el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) los motivos que sirven de fundamento al acto no justifican la decisión"*⁴⁹

⁴⁸ Fls.143-144.

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Alberto Montaña Plata. Sentencia de 5 de junio de 2019. Radicado. 25000-23-26-000-2000-00108-02 (30634) acumulado, 25000-23-26-000-2000-00111-01 (34230).

Así, la falsa motivación de un acto administrativo como la Resolución 182 de 2015, tiene que ver con que las razones expuestas por la administración para tomar la decisión, son contrarias a la realidad.

Llama la atención el Despacho en el hecho de que la administración señaló: *“Que existen saldos a favor del Fondo de Desarrollo Local de Fontibón, en tanto el Contratista ejecutó el contrato en un 73% conforme deja constancia, en certificación sobre el avance de obra, es decir no ejecutó el total de las obligaciones pactadas y además por cuanto, tal y como se mencionó anteriormente se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria establecida en el contrato.”*

Lo anterior, se ve reflejado en el balance financiero del artículo primero de la Resolución:

Valor inicial del contrato	\$390.000.000
Valor de adición No. 1	\$114.176.000
Valor ejecutado por el contratista 73% del total del contrato	\$368.048.480
Valor pagado según relación	\$312.000.000
Saldo a favor del contratista	\$56.048.480
Menos sanción por incumplimiento	\$13.612.752
VALOR A GIRAR AL CONTRATISTA	\$42.435.728
SALDO SIN EJECUTAR	\$136.127.520

Le endilga responsabilidad al interventor por la inejecución del contrato de obra, cuando, como se evidenció previamente con las documentales respectivas, la carencia de diseños impactó en gran medida la ejecución del proyecto, verbi gratia, las dos suspensiones por 75 días que fue necesario suscribir.

Frente a este aspecto, encuentra el Despacho que la administración al adoptar un balance financiero como el anterior, incurre en falsa motivación, por cuanto le endilga directamente al contratista interventor la responsabilidad de que el contrato de obra se haya ejecutado solamente en un 73%, cuando la realidad indica lo contrario. Dicho de otra forma, no hay fundamentos de hecho que sustenten esta posición por parte del Fondo de Desarrollo Local de Fontibón. Adicional, los supuestos de hecho son contrarios a la realidad.

Para el Despacho, no existe asidero, -a partir de la ejecución contractual-, el hecho que la entidad pública le endilgue al

intervenir la responsabilidad por la insatisfacción en la ejecución de obra cuando ni siquiera los diseños estuvieron listos al comienzo de la obra, sino casi 8 meses después, lo cual implica una patente falta de planeación.

Por las anteriores razones este cargo de falta motivación contra la Resolución 182 de 2015 tiene prosperidad, razón por la cual, el acto administrativo se declarará nulo en lo que tiene que ver con el balance financiero que adoptó.

Desviación de poder e ilegalidad

Otro de los cargos que el libelista le endilgó a la Resolución 182 de 2015 con la cual se liquidó unilateralmente el contrato de consultoría 195 de 2011, tiene que ver con la desviación de poder en su expedición, la cual la hizo consistir en que para la liquidación del contrato unilateral se desconoció el régimen legal bajo el cual se celebró y ejecutó.

Citando los artículos 32 y 26 de la Ley 80 de 1993, manifestó que estas disposiciones establecen que los derechos y prestaciones son los establecidos en el contrato y una decisión en contrario estaría fragmentando los derechos de las partes. De otra parte, desconocer las estipulaciones contractuales equivaldría a realizar una omisión antijurídica de la administración con la consecuente sanción.

De otro lado, partiendo de lo preceptuado en el artículo 28 de la misma normativa, indicó que es el contrato la fuente para establecer en debida forma cuáles son las reglas de interpretación, por lo que para la liquidación del contrato No. 195 de 2011, se debió acudir como fuente primigenia al contenido contractual.

Así, verificando los estudios previos, los pliegos de condiciones y las cláusulas contractuales en todos estos instrumentos señaló que el pago del contrato de interventoría no se realiza por porcentaje de ejecución, sino por medio de mensualidades y por la permanencia de la interventoría, nunca se ató el pago de ésta a la ejecución del contrato de obra, la cual dicho sea de paso no fue posible que llegara al 100% por razones no imputables a la interventoría.

El Despacho considera sobre los argumentos respecto de los cuales la forma de pago del contrato de consultoría No. 195 de 2011 no estaba atada a la ejecución del contrato de obra No. 086 de 2012, al haber

sido analizado como parte de los cargos de falta motivación, en donde estaba incluido el mismo argumento, se encuentran suficientemente analizados, por lo cual, ha de estarse a lo allí resuelto.

Es decir, en este caso, analizando el tenor literal de las cláusulas del contrato inicial y de su adición y prórroga, además acudiendo al concepto de coligación negocial funcional, el Despacho llega a la misma conclusión. Por estas razones el cargo no está llamado a prosperar.

Violación al debido proceso

En sustento de este cargo de nulidad contra la Resolución 182 de 2015, afirmó el libelista que el procedimiento seguido por la administración no es el previsto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. Lo anterior ya que las comunicaciones que convocaron al contratista a una liquidación de mutuo acuerdo, resultaron concurrentes con la decisión de terminarlo unilateralmente.

Si bien es cierto el radicado y la fecha del oficio que menciona la entidad es el correcto, éste no les fue remitido sino hasta el 23 de abril de 2015 y en la misma fecha fue el oficio radicado No. 20150900098481 de segunda citación para suscripción de acta de liquidación, **o sea que la citación y el aviso de apremio llegaron en la misma fecha, como consta en la planilla de recibo de correspondencia que diligencia la entidad.**

En ese orden, si las decisiones son concurrentes no fue posible para el contratista manifestar su aquiescencia para llegar a un acuerdo o para poder dejar las salvedades del caso.

Reiteró el argumento referido a que la forma de pago del contrato de interventoría no estuvo atada al porcentaje de ejecución del contrato de obra, como susutento, citó la cláusula quinta del contrato No. 195 de 2011. Indicó que el mismo esquema se mantuvo en la adición y prórroga No. 1, para lo cual citó la cláusula tercera de este instrumento.

Concluyó que los documentos señalados dan certeza que la liquidación del contrato de interventoría No. 195 de 2011 se realizó en contravía de las disposiciones contractuales establecidas y están en contra de la realizad técnica, jurídica y financiera del contrato de consultoría.

Para el Despacho al analizar estos cargos, se debe indicar de entrada que frente a los argumentos referidos a la forma de pago del contrato de interventoría, la cual se esgrimió como no atada a la ejecución del contrato de obra, se reitera lo ya establecido con anterioridad, por lo que no está llamado a prosperar.

Respecto a los defectos en la citación del contratista dentro del proceso de liquidación unilateral, es preciso iniciar revisando la normatividad aplicable contenida en el artículo 11 de la Ley 1150 que a la letra establece:

“ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS.

La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.” (Se resalta)

En cuanto a la liquidación bilateral y unilateral del contrato de consultoría fue acordado por las partes en la cláusula décima séptima, décima octava y décima novena, lo siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. El presente contrato de liquidará de común acuerdo entre las partes al cumplimiento de su objeto, o a más tardar dentro de los cuatro (4)

meses siguientes contados a partir d la fecha de la extinción de la vigencia del contrato o de la expedición del acto administrativo que ordene su terminación. También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Para la liquidación se exigirá al interventor la extensión o ampliación, si es del caso, la garantía del contrato al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones y en general para avalar las obligaciones que daba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. Para la liquidación del contrato deberán recopilarse los siguientes documentos: 1. copia del contrato. 2. copia de todas las actas que hacen parte del contrato. 3. Relación de todos los pagos hechos al interventor. 4. la garantía única vigente. En el acta de liquidación del contrato se dejará constancia de a) entrega de los actos e informes por parte del interventor y del recibo a satisfacción por parte del Fondo; b) las reformas en el plazo y precio si las hubiere; c) las cantidades de los trabajos ejecutados y sus valores; d) número de actas parciales de recibo de trabajos y e) resoluciones que tasan multas e imponen sanciones durante el transcurso del contrato. **Si el interventor no se presenta a liquidar el contrato en el término de un (1) mes contados a partir de la ocurrencia del evento que de lugar a la liquidación, el Fondo procederá a afectarla (sic) unilateralmente.** El supervisor suscribirá el acta de liquidación del contrato correspondiente."

CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: LIQUIDACIÓN UNILATERAL. Si el interventor no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por el Fondo y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición."

Según la parte considerativa de la Resolución 182 de 2015, el contrato de consultoría 195 de 2011, terminó su plazo de ejecución el día **20 de mayo de 2013**. Dando aplicación a las cláusulas contractuales, las partes dispusieron de un plazo de 4 meses para liquidarlo de mutuo acuerdo, es decir, hasta el **20 de septiembre de 2013**.

Si bien las citadas cláusulas no remiten a la Ley 1150, luego de este plazo, lo procedente es la aplicación de lo previsto en su artículo 11, por lo que, luego del 20 de septiembre de 2013 y hasta el **20 de**

noviembre de 2013, la administración podía liquidarlo unilateralmente.

Luego de fenecido este plazo, las partes podían concurrir a liquidarlo de mutuo acuerdo o la entidad pública podía liquidarlo unilateralmente dentro de los 2 años siguientes, es decir, hasta el **20 de noviembre de 2015**.

En el transcurso de este último plazo la entidad emitió la **Resolución 182 de 4 de mayo de 2015**.

Como ya se ha dicho, la garantía del debido proceso implica entre otras cosas “...**(i) ser oído antes de que se tome la decisión...**”⁵⁰ y es precisamente esa la falla que le endilga el demandante a la entidad dentro del proceso de liquidación del contrato de marras, que las citaciones para que concurren a la liquidación del contrato y así poder expresar las salvedades del caso, llegaron de manera simultánea con la decisión de la entidad pública de liquidar unilateralmente el negocio jurídico.

Respecto de las comunicaciones surtidas entre las partes a fin de liquidar el contrato, en la parte motiva de la Resolución 182 de 2015 se estableció:

*“Mediante comunicación **20150900028991 del 9 de febrero de 2015**, se le informó a la Representante Legal del consorcio sobre los documentos que debía aportar para efectos de llevar a cabo la liquidación bilateral del contrato, sin que se obtuviera respuesta a la misma.*

*En fecha 20 de Marzo de 2015 con radicado No. **20150900074491** se citó a la Representante legal del consorcio Sede Alcaldía Fontibón, a fin que compareciera a firmar el Acta de Liquidación del Contrato 195 de 2011.*

Teniendo en cuenta que transcurrido un tiempo prudencial la Representante no compareció a firmar el acta de liquidación y además en razón a que fue declarado el incumplimiento del Contrato de Interventoría, debe darse cumplimiento a lo establecido en el Art. 11 de la Ley 1150 de 2007 y proceder a liquidar de manera unilateral el contrato.”⁵¹ (Se resalta)

50 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 10 de octubre de 2013. Radicado: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157). Consejero Ponente Álvaro Namen Vargas.

51 Fl.711.

El libelista en su defensa afirma que el procedimiento seguido por la administración no es el previsto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. **Lo anterior ya que las comunicaciones de convocar al contratista a una liquidación de mutuo acuerdo fueron concurrentes con la decisión de terminarlo unilateralmente.**

Si bien es cierto el radicado y la fecha del oficio que menciona la entidad es el correcto, éste no les fue remitido sino hasta el 23 de abril de 2015 y en la misma fecha fue el oficio radicado No. 20150900098481 de segunda citación para suscripción de acta de liquidación, **o sea que la citación y el aviso de apremio llegaron en la misma fecha, como consta en la planilla de recibo de correspondencia que diligencia la entidad.**

En ese contexto, se pasa a verificar unas y otras afirmaciones, a la luz de las pruebas obrantes en el expediente.

La administración menciona dos oficios:

-20150900028991 de 9 de febrero de 2015 con el cual se informó al consorcio los documentos que debía aportar para la liquidación bilateral.

-20150900074491 de 20 de marzo de 2015 mediante el cual se citó a la representante legal del consorcio para que suscribiera el acta de liquidación.

El demandante a su vez, menciona el radicado **20150900098481** con el cual se efectuó la segunda citación para la liquidación bilateral.

La entidad demandada con la contestación a la demanda,⁵² no aportó los oficios mencionados en la Resolución 182 de 2015, es decir, los radicados de 9 de febrero y 20 de marzo de 2015.

Revisado igualmente el expediente, observa el Despacho que la parte demandante al igual que su contraparte en este proceso, tampoco aportaron pruebas sobre el particular, es decir, no probó sus afirmaciones en el sentido de establecer que la citación inicial para comparecer a suscribir el acta de liquidación se había remitido solamente hasta el 23 de abril de 2015, misma fecha en la cual recibieron el oficio de apremio radicado 20150900098481. Y que en

⁵² Fls.534-832.

suma, dichas comunicaciones fueron concurrentes con la decisión de la administración de liquidar el contrato unilateralmente.

Dado que la presunción de legalidad del acto administrativo⁵³ en este punto no pudo ser derribada por parte del demandante, dado que no logró probar sus afirmaciones, este cargo de nulidad contra la Resolución 182 de 2015 no está llamado a prosperar.

Sobre la nulidad de la Resolución No. 242 de 11 de junio de 2015.

Mediante este acto administrativo se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 182 de 4 de mayo de 2015.

El único cargo contra la misma fue expresado de manera general por parte del demandante por cuanto manifestó que es evidente que en este acto administrativo la entidad no hizo referencia a cada uno de los puntos del recurso interpuesto (radicado No. 2015-092-011448-2 de 29 de octubre de 2014) afectando la decisión por falta de motivación.

No obstante, no se detuvo en puntualizar en qué consistía el cargo de falsa motivación, razón por la cual le es imposible al Despacho pronunciarse sobre tan vaga argumentación. En todo caso, dado que se determinará la nulidad parcial de la Resolución 182 de 4 de mayo de 2015, la Resolución 242 decaerá en esa misma medida.

Volviendo a la cita con la cual se inició este acápite, según la cual, **"cuando el contrato ha sido liquidado unilateralmente, la única forma de controvertir aspectos relacionados con su ejecución, incluyendo el incumplimiento de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y las consecuencias derivadas del mismo, es mediante el levantamiento del velo de legalidad que ampara ese acto administrativo, lo cual se traduce en que constituye requisito sine qua non para que se puedan analizar las pretensiones propias del incumplimiento deprecar la declaratoria de nulidad total o parcial del acto que contiene la liquidación, así como la indicación y el desarrollo del concepto de violación en el que se apoya la censura"**⁵⁴

⁵³ Prevista, para el caso del contrato 195 de 1 de diciembre de 2011 en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, norma aplicable al momento de su suscripción, según el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia de 24 de junio de 2015. Radicado 73001233100020000007-01 (31.161).

Entonces, dado que dicho velo de legalidad que amparaba a la Resolución No. 182 de 4 de mayo de 2015 ha sido derribado parcialmente, resulta pertinente estudiar los demás cargos contra los otros actos administrativos demandados es decir, las resoluciones No. 359 de 17 de octubre de 2014 por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato 195 de 2011 y No. 428 de 1 de diciembre de 2014 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 359.

Sobre la nulidad de la Resolución No. 359 de 17 de octubre de 2014⁵⁵

Los cargos contra este acto administrativo sancionatorio tienen que ver con la falsa motivación y la vulneración al debido proceso, que se pasan a revisar y analizar en el mismo orden:

Falsa motivación.

Considera el libelista que en la Resolución 359 de 2014 existen una serie de supuestos y afirmaciones que no son ciertos.

-La entidad consideró respecto a la **revisión y evaluación de las mayores cantidades de obra**, obras adicionales o no previstas por ejecutar, que una vez realizados los ajustes de diseño se debió tener claridad de las cantidades, presupuesto y programación ajustados donde se especificara con detalle el valor final de la construcción, situación que hoy día con la información suministrada aun no es clara.

Frente a lo anterior, el demandante considera que esta afirmación no es cierta por cuanto el 20 de abril de 2013 se presentó el modificatorio a la administración donde se señalaba con claridad las cantidades, el presupuesto y la programación ajustados, donde se especificó con detalle el valor final de la construcción. Dicha información está contenida en el **oficio NSALF-195-11-148 (501 folios) recibido el 20 de abril de 2013, anexo 20 de la demanda**. De este cargo no se corrió traslado al contratista tal como se desprende de las citaciones a audiencia de debido proceso.

A folio 147 se encuentra el **oficio NSALF-195-11-148** con firma de recibido el 20 de abril de 2013, no obstante, solo se encuentra como anexo 20 a la demanda el oficio remitido, en donde si bien se anuncia el balance del contrato de obra con el respectivo modificatorio, las cantidades de obra estimadas de acuerdo a los

⁵⁵ Por medio de la cual se declara el siniestro de incumplimiento en la ejecución del contrato de interventoría No. 195 de 2011 celebrado entre al Fondo de Desarrollo Local de Fontibón y el Consorcio Sede Alcaldía Fontibón.

diseños finales recibidos por el FDLF (Fondo de Desarrollo Local de Fontibón) en diciembre de 2012, las mayores y menores cantidades de obra, las obras adicionales y no previstas pero necesarias para el objeto del contrato; no se anexó como prueba el documento anunciado de 501 folios en donde el Despacho pudiera corroborar que esa información se entregó. **Por esta razón no hay evidencia documental que permita corroborar lo afirmado por el demandante, de este modo, el cargo no puede prosperar.**

En cuanto a la afirmación del demandante respecto a que de este cargo no se le corrió traslado tal como se desprende de las citaciones a audiencia de debido proceso. Encuentra el Despacho que no es cierta, por cuanto en la citación a audiencia de descargos de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 remitida con el radicado No. 20130900073961 de fecha 13 de junio de 2013⁵⁶, el primer cargo está relacionado con las afirmaciones de la entidad en la Resolución respecto de la revisión y evaluación de las mayores cantidades de obra, obras adicionales o no previstas por ejecutar, los que el demandante indica que aportó con el oficio NSALF-195-11-148 recibido el 20 de abril de 2013. Por lo que tampoco tiene cabida dicho argumento del demandante.

*-Afirmó la entidad en la parte motiva de la resolución que “revisada toda la documentación aportada por la Interventoría, se pudo verificar que en efecto el **Informe correspondiente al mes de abril de 2013** no fue presentado por la mencionada Interventoría, pues a fin de resarcir lo endilgado en el cargo elevado sobre el tema, la interventoría procede a ponerlo a disposición de este Despacho hasta el mes de agosto de 2013 y ya en desarrollo de la audiencia por presunto incumplimiento.”*

Manifiesta el libelista que esta afirmación es cierta, pero tal como lo establece el último inciso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, frente a la subsanación hecha no procedía la imposición de la sanción al contratista.

Revisado el contenido de la parte considerativa de la Resolución atacada, en este punto particular, encuentra el Despacho que la entidad tuvo en cuenta el hecho que el informe de abril de 2013 se aportó durante el trámite sancionatorio⁵⁷ y aunque no lo mencionó expresamente, dentro de los motivos de sanción no aludió a este incumplimiento puntual, por lo que entiende el Despacho que este no

⁵⁶ Fls.266-271.

⁵⁷ Fl.594 párrafo final.

fue motivo para la imposición de la sanción, mas aún si se tiene en cuenta que en el marco del proceso administrativo sancionatorio, hubo otros cargos que a juicio de la entidad si prosperaron y sustentaron la sanción impuesta al hoy demandante. **Por lo anterior, considera el Despacho que este cargo de falsa motivación no está llamado a prosperar.**

-En numerosos apartes de la resolución se imputa que la interventoría no dio aviso a la administración de la próxima terminación del contrato de obra No. 086 de 2012, afirmación falsa tal como se deduce se las siguientes pruebas: comité preliminar de 18 de abril de 2012 (Anexo 41); comités de obra de 2, 16 y 17 de mayo de 2012 (anexos 42, 43 y 44); reunión del 28 de mayo de 2012 (anexo 45); comités de obra No. 1 y 13 (anexos 47 y 14); oficios NSALF-195-11-148-153-162 y 165 (anexos 20, 48, 51 y 52); oficio 3836-13 (anexo 49) y oficio con radicado 20130900054141 (anexo 50).

En virtud de los testimonios de los ingenieros Edgar Solórzano, José Edilberto Cortés y Alexander Vanoy, se establece con claridad que la entidad siempre estuvo enterada de las circunstancias de ejecución del contrato de obra No. 086 de 2012.

El Despacho, revisando las pruebas esgrimidas por el demandante en sustento de este cargo encuentra que, el Anexo 41⁵⁸ corresponde a un comité desarrollado entre el contratista de obra, el interventor y representantes de la Alcaldía Local de Fontibón en donde no se trató el tema de la terminación del contrato, lo cual es apenas obvio, puesto que las actas de inicio de los contratos, tanto de obra como de interventoría se suscribieron el 30 de marzo de 2012 y en un comité 18 días después, difícilmente habría de tratarse este tema.

Igual conclusión extrae el Despacho de los anexos 42, 43, 44 y 45 que corresponden a comités de fecha 2, 16, 17 y 28 de mayo de 2012⁵⁹. Es decir, por ser tan próximos al inicio de los contratos de obra y su interventoría, no se trató el tema de la terminación del contrato principal.

En el comité de obra No. 1 (Anexo 47)⁶⁰ tampoco se trató el tema de marras. La próxima terminación del contrato de obra No. 086 de 2011.

⁵⁸ Fl.182-183.

⁵⁹ Fls.184-200.

⁶⁰ Fls.207-210.

En el comité de obra No. 13 (Anexo 14)⁶¹ se abordó el tema de la reciente prórroga del contrato de obra y la adición y prórroga de la interventoría y la reprogramación presentada por el contratista de obra con el alcance de la nueva fecha que era 20 de mayo de 2013.

En el anexo 20 correspondiente al oficio NSALF-195-11-148⁶² no se anunció el tema de la terminación del contrato de obra en el oficio remitido, como ya se indicó, sólo se encuentra como anexo a la demanda el oficio remitido, en donde si bien se anuncia el balance del contrato de obra con el respectivo modificatorio, las cantidades de obra estimadas de acuerdo a los diseños finales recibidos por el FDLF (Fondo de Desarrollo Local de Fontibón) en diciembre de 2012, las mayores y menores cantidades de obra, las obras adicionales y no previstas pero necesarias para el objeto del contrato; no se anexó como prueba el documento anunciado de 501 folios, en virtud del cual el Despacho pudiera corroborar que el tema de la terminación del contrato de obra, se anunció a la entidad contratante.

En el anexo 48 que tiene que ver con el oficio NSALF-195-11-153⁶³, la interventoría remite a la Alcaldía Local de Fontibón el oficio 3836 radicado por la UT Fontibón 2012 (contratista de obra) de fecha 15 de abril de 2013 (anexo 49),⁶⁴ el cual contiene una solicitud de suspensión del contrato hasta tanto no se determine el alcance final del mismo, de acuerdo al modificatorio puesto en conocimiento de la interventoría. No obstante, no se trata el tema de la terminación del contrato de obra.

Finalmente, los anexos 50, 51 y 52 son los oficios 20130900054141 de fecha 2 de mayo de 2013, 2013-092-003652-2 de fecha 6 de mayo de 2013 y 2013-092-004058-2 de fecha 20 de mayo de 2013⁶⁵; la entidad contratante y el interventor aluden y discuten el tema de la suspensión del contrato de obra.

Revisado el testimonio del ingeniero **Edgar Enrique Solórzano Medina** en su calidad de coordinador de la interventoría del Consorcio Sede Alcaldía Fontibón, rendido el día 15 de agosto de 2019 en la audiencia de pruebas desarrollada, encuentra el Despacho que no aporta elementos diferentes o adicionales a los referidos en los anexos

⁶¹ Fls.130-133.

⁶² Fl.147.

⁶³ Fl.211.

⁶⁴ Fls.212-213.

⁶⁵ Fls.214-219.

ya analizados a fin de corroborar lo afirmado por el demandante respecto de este cargo específico de falsa motivación.

Por parte del testigo **José Edilberto Cortés Camargo** miembro del contratista de obra, en su testimonio manifestó aspectos generales de la ejecución del contrato de obra, pero no aportó algún elemento esclarecedor respecto al cargo que se estudia. En igual sentido se concluye del testimonio rendido por **Alexander Vanoy Camargo**.

Por lo anterior, con todas las pruebas aludidas por el demandante, concluye el Despacho que no se logra desvirtuar el cargo de incumplimiento que le endilgó la entidad contratante en la Resolución 359 de 2014, por lo cual este argumento no está llamado a prosperar.

-De otro lado, se señala en la parte motiva de la resolución atacada: *"No logró demostrar documento que permitiera dar constancia de la verificación del personal que estuvo al frente de la obra por parte del contratista de obra, pues se limitó a afirmar que eran los mismos que se presentaron con la licitación, pero de los cuales no allega pruebas como pago de aportes ni documento que demuestre una relación contractual con el constructor."*

Afirmación que para el hoy demandante no es cierta, toda vez que tal como se desprende del acervo probatorio, la interventoría siempre estuvo atenta para que el contratista cumpliera con la obligación de mantener el personal idóneo al frente de la ejecución de la obra, como consta en las diferentes comunicaciones que fueron adjuntadas en los informes mensuales, el contratista subsanó los requerimientos.

Como prueba documental de lo anterior, se aludió al oficio del 2 de mayo de 2012, anexo 37.

Así mismo se hizo mención del testimonio del ingeniero José Edilberto Cortés, integrante de la UT Fontibón 2012.

Revisado el anexo 37 por parte del Despacho, que corresponde al oficio radicado No. 2012-092-004206-2 de fecha 2 de mayo de 2012, se advierte que en dicho documento no se aborda el tema de la verificación del personal que estuvo al frente de la obra, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar.

Respecto al testimonio del ingeniero José Edilberto Cortés, integrante de la UT Fontibón 2012, encuentra el Despacho que habiéndole

preguntado por parte del apoderado del demandante “señale ud cómo la alcaldía le inició un proceso administrativo sancionatorio contractual entre otros apartes porque no tuvo al frente del contrato de obra el personal que usted prometió en su propuesta, esto es cierto? **CONTESTÓ:** no, nosotros siempre tuvimos el personal que fue propuesto, hubo cambios de hojas de vida que es diferente...pero el personal fue el que se ofreció...siempre se mantuvo...el proceso que se llevó a cabo con nosotros que se desarrolló dentro de la misma alcaldía salimos absueltos...” (min:1:32:31)

Esta circunstancia fue corroborada por Alexander Vanoy Camargo (representante legal de la UT Fontibón 2012 contratista de obra) en su testimonio ante la misma pregunta del apoderado del extremo activo: **“CONTESTÓ:** No señor” Preguntado: nunca lo requiriero por esto? **“CONTESTÓ:** que me acuerde no.” (min: 1:48:02)

Evidencia frente a la cual el extremo pasivo, no pudo aportar ningún elemento que permitiera desestimar dichas afirmaciones.

Visto lo anterior, para el Despacho no hay una explicación que valide el hecho de que, de un lado, al contratista de obra no se le haya sancionado por no haber dispuesto del personal al que se comprometió en su propuesta y por no haber acreditado el pago de aportes a seguridad social y parafiscales; y de otro, al interventor del mismo contrato de obra, si se le haya endilgado y sancionado por la misma causa.

Por lo anterior, considera el Despacho que por esta razón puntual, el cargo de falsa motivación en contra de la Resolución 359 de 2014 está llamado a prosperar.

-En el sexto señalamiento de la entidad en el acápite de consideraciones se establece: “De igual manera el Testimonio presentado por el Apoderado del Consorcio y practicado al Arquitecto Rafael Acosta, deja ver que con los diseños aprobados por la curaduría Urbana se podría construir. Que este edificio tenía una licencia de construcción vigente al momento de iniciarse los contratos tanto de Obra como de Interventoría, se mantuvo y se debió mantener hasta último momento, no obstante a solicitud de la interventoría modificaron unos aspectos de la edificación.”

Expresa el demandante que esta afirmación es falsa, los diseños para la ejecución de las obras fueron deficientes tal como se establece en diferentes comunicaciones y se corrobora en los testimonios de las siguientes personas: ingeniero Edgar Solórzano coordinador de la

interventoría, José Edilberto Cortés y Alexander Vanoy, integrante y representante legal de la UT Fontibón 2012 respectivamente.

Como ya lo pudo corroborar el Despacho y lo reitera ahora, en el plenario existe suficiente prueba documental para concluir que los diseños del proyecto nunca estuvieron consolidados durante la ejecución del contrato de obra, muestra de lo anterior son las dos suspensiones por 75 días que tuvieron que ser suscritas apenas transcurridos dos meses de ejecución; además, que parte de los diseños fue entregada alrededor de los 8 meses (en noviembre de 2012) de ejecución y que, aún en enero y abril de 2013, la interventoría seguía insistiendo en el tema de planos, muestra de ellos son los oficios radicados 2013-092-000758-2 de 31 de enero de 2013 y 2013-092-003068-2 de fecha 17 de abril de 2013⁶⁶, en los cuales el consultor traslada a la Alcaldía Local de Fontibón el requerimiento del contratista de obra respecto de la entrega del denominado Plano serie 3 debidamente aprobado por Codensa.

Igualmente, los testimonios recaudados de los ingenieros Edgar Solórzano, José Edilberto Cortés y Alexander Vanoy, cuyas afirmaciones en este sentido no pudieron ser desvirtuadas por la parte demandada, permiten tener claridad respecto a que la principal causa por la que el proyecto no se pudo ejecutar adecuadamente, fue la falta de planeación de la entidad contratante, reflejada directamente en unos diseños deficientes: nunca hubo diseños definitivos afirmó expresamente el ingeniero José Edilberto Cortés Camargo (min:1:24:47) y en lo afirmado por Alexander Vanoy Camargo se corrobora tal circunstancia (min:1:48:39)

Lo anterior contrasta con lo afirmado por la Entidad en la resolución con la que sancionó al interventor, lo que para el Despacho constituye una falsa motivación, por cuanto, resulta palmario, de lo arriba enunciado, que durante la ejecución de los contratos de obra e interventoría, constantemente existieron dudas y requerimientos respecto de los diseños del proyecto. Por esta razón, a juicio del Despacho, la Resolución 359 de 2014 adolece de falta motivación en este punto específico.

-De otro lado, en el mismo acápite de la resolución la entidad estableció: *“De igual manera queda en evidencia que en la revisión que realizó la Interventoría de los APUS del documento modificador propuesta*

⁶⁶ Fls.143-144.

por el Contratista de Obra y que este presentó ante la Alcaldía Local, la misma debió aclarar que varios ítems estaban por encima de los precios de mercado y de CONSTRUDATA, véanse los ítems 6.02.7 – 6-03-10 – 6.13.9, por el contrario no dejó anotaciones ni recomendaciones sobre el mencionado documento."

Frente a lo que manifestó el demandante que estos precios de ítems no fueron fijados por el interventor, se encuentran en la propuesta del constructor que la entidad durante el proceso licitatorio consideró y avaló y bajo los cuales firmó el respectivo contrato; la interventoría no aprueba, solo autoriza y en este evento lo hizo conforme a la propuesta presentada por el contratista y avalada por la administración.

Se refirió en este punto al testimonio del ingeniero José Edilberto Cortés, integrante de la UT Fontibón 2012.

Revisado este testimonio, encuentra el Despacho que no es concluyente respecto a lo afirmado por el demandante.

No obstante, la declaración rendida por el ingeniero Edgar Enrique Solórzano Medina sí se refiere de manera puntual a dicha situación ante la pregunta que le hiciera el apoderado del extremo activo, afirmaciones que no pudieron ser desvirtuadas por la parte demandada y que versan sobre lo siguiente: "Construdada no es una lista oficial de precio, Construdada es simplemente un referente para precios, adicionalmente a los ítems que ud nos señala, estos ítems formaban parte ya aprobada por la entidad contratante y eran ítems contractuales, así que ya estaban debidamente aprobados desde el momento propio de la propuesta que presentó el contratista, que revisó la entidad contratante y que avaló la entidad contratante. Caso contrario es cuanto la interventoría entra a desarrollar el documento modificadorio donde se encuentra que para ese contrato de obra 086 está cada una de las obras nuevas y no previstas debidamente soportadas con cotizaciones comerciales y como referente la mano de obra y las cuadrillas que habían sido utilizadas, así que reitero, los ítems a los cuales se hace referencia eran contractuales, ya habían sido aprobados y nosotros entramos fue a hacer la supervisión de esos ítems." (min 52:47)

Afirmaciones que, se reitera, al no ser desvirtuadas por la entidad demandada, para el Despacho también presentan la validez y viabilidad suficiente para soportar el cargo por falsa motivación que se le endilga a la Resolución 359 de 2014.

Violación al debido proceso

Sustentó este cargo en el hecho que quien tomó la decisión en el presente desarrollo es quien ejerce la supervisión del contrato, lo cual es contrario al ordenamiento legal por cuanto no se puede ser juez y parte en el proceso, refiriéndose a la Alcaldesa Local de ese momento, que es quien suscribe la resolución y quien en virtud de la cláusula séptima del contrato, funge como supervisora del mismo.

Manifestó además la existencia de un conflicto de intereses al tenor de lo establecido en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002. Lo anterior por cuanto, se pregunta que: si existió incumplimiento, por qué el supervisor no lo advirtió con anterioridad. De otro lado, se pregunta igualmente, si el proceso sancionatorio no es una excusa para amparar su indecisión en la solicitud de suspensión del contrato de obra y de interventoría que formulara esta última, tras abstenerse de modificar el contrato?

Advirtió igualmente fallas en el proceso administrativo sancionatorio a la luz de lo regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011: **i)** junto con la citación a la audiencia no se entregaron los informes de la supervisión del contrato; para el presente proceso junto con la citación se entregó un informe firmado por Ricardo Cabrera Torres y Rafael Acosta, en calidad de apoyo a la supervisión, siendo que la ley establece que el informe lo debe firmar el supervisor del contrato. **ii)** Para el presente proceso se formularon tres grupos de cargos diferentes en igual número de comunicaciones, sin que la administración aclarara cuál de ellos iba a seguir, dichos cargos están contenidos en: radicado No. 20130900073961 de 13 de junio de 2013; radicado 20130900105391 de 16 de agosto de 2013; y, radicado 20130900134541 de 10 de octubre de 2013 (anexos 63, 64 y 65 respectivamente). **iii)** Cuando la audiencia se encontraba pendiente de decisión se formularon cuatro cargos nuevos y el trámite seguido no cumplió con los postulados del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. **iv)** La audiencia se suspendió el 25 de septiembre de 2013 y no se estableció en su oportunidad fecha y hora de reanudación tal como lo señala el literal d) del artículo 86 precitado, dado lo anterior se evidencia un quebrantamiento del debido proceso y consecuentemente la anulación de lo actuado. Prueba de lo aquí señalado se encuentra en los oficios: NASLF-195-11-226 y 232 de 23 de mayo y 1 de agosto de 2014 (anexos 65 y 22 respectivamente).

Respecto del primer argumento en que sustenta el libelista la vulneración al debido proceso, considera el Despacho que el hecho de que quien dirige un proceso sancionatorio y al final suscribe el acto administrativo que impone una multa o sanción contractual, sea quien ejerció la supervisión del mismo, no constituye per se una transgresión a dicha prerrogativa constitucional y legal.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en definir cuáles son los puntos específicos que en materia sancionatoria contractual constituyen el derecho al debido proceso en el marco de la vigencia del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007: "**(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**16."67"

Para el caso bajo estudio, encuentra el Despacho que ninguno de estos ítems puntuales se vieron afectados por el hecho que quien fungía como alcalde o alcaldesa local de Fontibón, aún ejerciendo la supervisión del contrato de consultoría 195 de 2011, hubiera dirigido el procedimiento administrativo sancionatorio.

Además, esta circunstancia es un hecho que no encuentra prohibición legal (Ley 1150 de 2007 artículo 17, Ley 1474 de 2011 artículo 86) ni tampoco ha sido proscrito a nivel jurisprudencial. Por lo que se reitera que por sí mismo no acarrea vulneración alguna al debido proceso.

Por lo anterior, no le asiste razón al demandante en este punto.

En cuanto al **segundo argumento**, referido al presunto conflicto de intereses por parte de la alcaldesa local de Fontibón, si bien el artículo 40 de la Ley 734 de 2002 citado por el demandante alude a esta circunstancia particular, no encuentra el Despacho prueba alguna de haberse presentado dicha circunstancia. Si bien el libelista formula una serie de preguntas respecto del presunto interés en el desenlace del proceso sancionatorio por parte de la alcaldesa, sus afirmaciones

67 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 10 de octubre de 2013. Radicado: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157). Consejero Ponente Álvaro Namen Vargas.

no encuentran sustento probatorio en el plenario, por lo que dicho argumento también se desestima por parte del Despacho.

Finalmente el demandante radicó el sustento de su cargo de violación al debido proceso, en una serie de presuntos vicios en el procedimiento administrativo sancionatorio, frente a los que el Despacho considera que **i)** no hay prueba que evidencie que junto con las citaciones no se entregó el informe de la supervisión del contrato; de otro lado, la posibilidad de ejercer la supervisión por parte del alcalde local y tener además apoyos para dicho control quedó establecida en el contrato de consultoría en sus cláusulas séptima y décima primera, por lo que el interventor no se puede sustraer a dicho pacto pretendiendo oponer el mandato legal del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, cuyo tenor no representa una prohibición al hecho que la supervisión se ejerza de esa manera y que los informes no puedan ser suscritos por el supervisor o sus apoyos. **ii)** y **iii)** El hecho que se hayan formulado tres tipos de cargos, tal como lo afirma el demandante, por sí mismo no implica una vulneración al debido proceso, siempre y cuando se garantice el principio de contradicción y defensa y todos los demás ítems arriba descritos con la jurisprudencia citada; lo cual, de la revisión de la Resolución 359 de 2014 se observa que fue atendido, dándole la oportunidad al consorcio hoy demandante de presentar sus descargos, aportar pruebas, interponer los recursos contra la decisión, etc.

El demandante tampoco sustentó por qué con la formulación de los cargos nuevos se le vulneró el debido proceso. Considera el Despacho de una lado, que dicha situación no se encuentra prohibida en el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Incluso dicho proceder encuentra sustento en el principio de economía establecido en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, verbi gratia, en los numerales 3, 4 y 5 y **iv)** De la lectura y revisión de la Resolución 359 de 2014 se observa que el procedimiento administrativo sancionatorio se surtió en varias sesiones, cada una de las cuales fue prevista adecuadamente y si bien hubo aplazamientos, los mismos se encuentran sustentados en el mismo texto del mencionado acto administrativo, lo cual, para el Despacho, en principio no constituye vulneración al debido proceso.

En sus alegatos de conclusión afirmó el demandante que para el presente caso no se le podía endilgar incumplimiento al contratista, cuando la entidad contratante no dio cumplimiento al contrato No. 195 de 2011, ya que no efectuó los pagos en debida manera, excepción de contrato no cumplido, a favor del consorcio.

Frente a lo anterior, considera el Despacho que el Consorcio sede Alcaldía Fontibón, no logró probar que su omisión en el cumplimiento de sus deberes contractuales y legales se presentó por causa de un incumplimiento contractual atribuible a la Alcaldía Local de Fontibón. Por esta razón este planteamiento, a juicio del Juzgado, no encuentra sustento en el plenario y por tanto, no tiene prosperidad.

Sobre la nulidad de la Resolución No. 428 de 1 de diciembre de 2014.

Por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 359 de 17 de octubre de 2014.

Manifestó que es evidente que en este acto administrativo la entidad no hizo referencia a cada uno de los puntos del recurso interpuesto afectando la decisión por falta de motivación.

El único cargo contra la misma fue expresado de manera general por parte del demandante por cuanto manifestó que es evidente que en este acto administrativo la entidad no hizo referencia a cada uno de los puntos del recurso interpuesto, afectando la decisión por falta de motivación.

No obstante, igual que en el caso de la Resolución 242 de 2015, no se detuvo en puntualizar en qué consistía el cargo de falsa motivación, razón por la cual le es imposible al Despacho pronunciarse sobre tan vaga argumentación. En todo caso, dado que se determinará la nulidad de la Resolución 359 de 2014, la Resolución 428 decaerá en esa misma medida.

Como un argumento adicional a todo lo expuesto considera el Despacho que por tratarse la Resolución 359 de 17 de octubre de 2014 de un acto administrativo de carácter sancionatorio, debe abordar su estudio de legalidad y revisar puntualmente la oportunidad y competencia que tenía la entidad demandada de expedirlo.

Así lo ha establecido el Consejo de Estado al afirmar que:

“En atención a las facultades unilaterales y especialmente aquellas de carácter sancionatorio de que disponen las entidades estatales en materia contractual, resulta necesario que el juez, oficiosamente, adelante el examen sobre el punto, aun cuando éste no se hubiere solicitado en el proceso. (...) dada la naturaleza de orden público propia de las normas sobre competencia y los postulados del principio de legalidad, se concluye que en aquellos eventos en los cuales el juez advierta falta de competencia en determinado caso, debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad.”⁶⁸

De esta manera, es preciso revisar cómo estaba prevista la aplicación de la cláusula penal pecuniaria en el contrato de consultoría No. 195 de 2011:

“CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. - CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: Si se llegare a suceder el evento de incumplimiento total de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA *este deberá pagar a título de cláusula penal pecuniaria, el valor correspondiente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, incluidos reajustes de precios, los que se podrán cobrar, previo requerimiento, con base en el presente documento, el cual prestará mérito ejecutivo y previa declaratoria de la caducidad del contrato.”* (Se resalta)

De una revisión y análisis detenido de la Resolución 359 de 2014 encuentra el Despacho que es el resultado de un procedimiento administrativo sancionatorio regulado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en virtud del cual se formularon varios grupos de cargos en diversos momentos y frente a cada cual se presentaron descargos por el contratista y su garante, se aportaron y practicaron pruebas y se tomó una decisión por parte de la administración, pero que no obstante todo lo anterior, no sustenta en ningún momento que se trate de endilgarle al interventor, hoy demandante, un incumplimiento total de las obligaciones para derivar de ello, la aplicación de la cláusula penal pecuniaria en su contra.

Mediante el citado acto administrativo “...se declara el siniestro de incumplimiento en la ejecución del contrato de interventoría No. 195 de 2011...”, a lo largo de todos los temas tratados en ningún momento

⁶⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 30 de abril de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Radicado No. 18001-23-31-000-1997-01006-01(27096).

se hace alusión y sustenta por parte de la entidad que los cargos endilgados al contratista impliquen un **incumplimiento total de las obligaciones a cargo** del Consorcio hoy demandante.

Lo anterior, para el Despacho, a la luz del contrato, en su cláusula décima tercera, era un aspecto necesario y fundamental de probar para poder afectar o aplicar la cláusula penal pecuniaria.

Solamente en el acápite de conclusiones⁶⁹ la entidad alude a que *"en la contratación estatal colombiana, el **incumplimiento grave** en la ejecución de las obligaciones pactada que amenacen con la paralización de la obra o el servicio que se quiere prestar o gestionar se puede analizar desde una doble perspectiva"*, un ilícito administrativo y un ilícito civil. (Se resalta)

Lo anterior para el Despacho no tiene sustento suficiente para llevar a afectar la cláusula penal pecuniaria, es decir, para sustentar un incumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista.

En ninguna otra parte de la Resolución 359 de 2014 se alude a que los cargos, al no ser desvirtuados por el contratista, hayan implicado un incumplimiento total de sus obligaciones.

De este modo, concluye el Despacho que la entidad pública demandada no tenía competencia para afectar de la manera como lo hizo, la cláusula penal pecuniaria, porque no existían los presupuestos fácticos ni jurídico-contractuales requeridos para ello; se reitera, un incumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista.

Por lo anterior, el Despacho declarará nula la Resolución 359 de 17 de octubre de 2014 dado que la entidad no tenía competencia a la luz del contrato, y con los presupuestos fácticos a los que aludió, no era suficiente para sustentar un incumplimiento total de las obligaciones por parte del contratista como fundamento para afectar la cláusula penal pecuniaria.

Liquidación de la condena

Es preciso establecer, con base en el balance financiero del contrato de interventoría establecido en la liquidación unilateral del contrato, a

⁶⁹ FI.396.

la luz de los actos administrativos que se declararán nulos, los valores dejados de pagar al demandante:

Valor inicial del contrato	\$390.000.000
Valor de adición No. 1	\$114.176.000
Valor ejecutado por el contratista 73% del total del contrato	\$368.048.480
Valor pagado según relación	\$312.000.000
Saldo a favor del contratista	\$56.048.480
Menos sanción por incumplimiento	<u>\$13.612.752</u>
VALOR A GIRAR AL CONTRATISTA	\$42.435.728
SALDO SIN EJECUTAR	<u>\$136.127.520</u>

Se estableció en el balance de la entidad demandada una deducción de \$13.612.752 y un saldo sin ejecutar de \$136.127.520, lo cual suma un total de **\$149.740.272**.

A raíz de la nulidad de los actos administrativos atacados, el que liquidó unilateralmente el contrato y el que sancionó al contratista afectando irregularmente la cláusula penal pecuniaria, se condenará a la entidad demanda a pagar a favor del demandante la suma de **\$149.740.272**.

Cifra que deberá ser actualizada, desde el momento del presente fallo hasta el del pago efectivo por parte de la Alcaldía Local de Fontibón teniendo en cuenta el IPC utilizando la siguiente fórmula.

Se actualizará con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, así:

$$V_p = V_h \times \frac{\text{Índice inicial}}{\text{Índice final}}$$

Donde:

$$V_h = \$149.740.272$$

Índice inicial = IPC vigente para la fecha del presente fallo.

Índice final = IPC vigente a la fecha del pago efectivo por parte de Alcaldía Local de Fontibón.

En cuanto a los perjuicios morales y materiales pretendidos por el demandante, el Despacho no encontró prueba suficiente en el plenario que los lograra acreditar. Razón por la cual se negarán.

IV. CONCLUSIÓN

De todo lo anterior se concluye que la pretensión de nulidad de los actos administrativos, en virtud de los cuales se liquidó unilateralmente el contrato y se sancionó al contratista, tiene vocación de prosperar.

El demandante demostró que adolecían de falsa motivación y además el Despacho concluyó que el que sancionó al contratista fue un acto administrativo expedido cuando la entidad no tenía competencia a la luz de lo estipulado en el contrato de consultoría No. 195 de 2011.

Por lo anterior, las pretensiones están llamadas a prosperar y así se declarará en la parte decisoria del presente fallo.

No obstante, las referidas a los perjuicios morales y materiales de la demandada, no serán concedidas, por las razones antes expuestas por el Despacho.

V. COSTAS

Sobre la condena en costas la Ley 1437 de 2011 en su artículo 188, consagró un mandato a cargo del Juez de resolver sobre este particular en la sentencia, la norma antes citada impone al Juez que disponga sobre la condena en costas, no obstante, para determinar en concreto la procedencia de dicha condena, se deben acatar las reglas especiales que se extraen del artículo 365 del CGP, norma en que consagra en su numeral 8, que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Se hace frente a lo anterior imperativo concluir que solo procede la condena en costas cuando, del contenido del expediente se evidencie la causación efectiva de gastos erogaciones para el trámite del proceso, lo que no se ha evidenciado en la presente actuación, dado que el único gasto en que se ha incurrido es en la cancelación de los gastos ordinarios del proceso, carga que corresponde únicamente a la parte actora.

Adicionalmente, este Despacho hace suyo los argumentos de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo Cundinamarca, quien

consideró que no procede condenar en costas a la parte vencida ya que en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dicha condena no puede relevar la finalidad de los medios de control, que es la realización de los derechos y garantías del ciudadano frente al Estado, en el sentido que, no es suficiente ser vencido en el proceso para derivar condena en costas. Así lo dispuso la aludida Corporación⁷⁰.

“Avizora esta Corporación desacertada la condena del A Quo por costas, como quiera que desconoce que en jurisdicción contencioso administrativa, por preceptiva del artículo 103 del CPACA, los medios de control tienen por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, en tamiz de los artículos 2º y 230 Superiores, siendo además insuficiente el ser vencido en el proceso para derivar tal condena, contrastado(sic) que en esta jurisdicción, la condena en costas no deviene como consecuencia de resultar vencido en el proceso.

Es así por cuanto en consonancia con el precitado artículo 103 del CPACA, el artículo 188 ibídem, en tópicos de la condena en costas emplea la alocución “dispondrá”, que no impone la misma, dado que significa: “mandar lo que se debe hacer”, y la remisión que hace a la norma supletoria, antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, eso solo para efectos de la liquidación y ejecución de las costas.”

Conforme con lo anterior el Despacho se abstendrá de condenar en costas en el asunto de la referencia.

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

VI. FALLA:

PRIMERO: DECLARAR NULOS los artículos primero, segundo, cuarto y quinto de la Resolución 182 de 4 de mayo de 2015 y la Resolución 242 de 11 de junio de 2015, por las consideraciones expuestas en la parte motiva.

⁷⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera Subsección “C”, sentencia del 06 de noviembre de 2019, proceso 059-2016-00219 Magistrada Ponente María Cristina Quintero Facundo.

SEGUNDO: DECLARAR NULAS la Resolución 359 de 17 de octubre de 2014 y la Resolución 418 de 1o de diciembre de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Alcaldía Local de Fontibón a pagar a favor del Consorcio Sede Alcaldía Fontibón, la suma de **\$149.740.272**.

Este valor deberá actualizarse al momento efectivo de su pago total, utilizando la misma fórmula establecida por el Despacho.

En caso de que la parte demandada incurra en mora en el pago de la presente condena, se deberá aplicar como interés moratorio el establecido en el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo establecido en la parte motiva.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: La presente sentencia se notificará de conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 1437.

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

OCTAVO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos que llegaren a existir a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MAGDA CRISTINA CASTAÑEDA PARRA
Juez