



**JUZGADO TREINTA Y CUATRO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO DE BOGOTÁ
Sección Tercera**

| | |
|------------------|---|
| CIUDAD Y FECHA | Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) |
| REFERENCIA | Expediente No. 11001333603420180029700 |
| DEMANDANTE | CONSORCIO PV AVENIDA JIMENEZ |
| DEMANDADO | INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU |
| MEDIO DE CONTROL | CONTROVERSIAS CONTRACTUALES |
| ASUNTO | FALLO DE PRIMERA INSTANCIA |

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de **Controversias contractuales** iniciado por CONSORCIO PV AVENIDA JIMENEZ contra INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU-

1. ANTECEDENTES:

1.1. La DEMANDA

| DEMANDANTES | CALIDAD |
|---|------------------------|
| CONSORCIO PV AVENIDA JIMENEZ integrado por las sociedades (i) Viales y Obras Públicas S.A., y (ii) Prover Ingeniería, Urbanismo y Construcción Sociedad de Responsabilidad Limitada | Contratista sancionado |

1.1.1. PRETENSIONES

1.1.1.1. Que se DECLARE la nulidad de la Resolución No. 011172 de 21 de diciembre de 2016 que resolvió:

"ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento parcial del Contrato No. 2172-2013 cuyo objeto consistió en "LA COMPLEMENTACIÓN Y/O ACTUALIZACIÓN Y/O AJUSTES Y/O ESTUDIOS Y DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA PRIMERA ETAPA DE LA PEATONALIZACIÓN DE LA CARRERA SÉPTIMA CON CICLORUTA Y SISTEMAS URBANOS DE DRENAJE SOSTENIBLES - SUDS ENTRE LAS CALLES 10 Y 13 (AVENIDA JIMÉNEZ) EN BOGOTÁ D.C", suscrito entre el IDU y el CONSORCIO PV AVENIDA JIMÉNEZ identificado con NIT No. 900.686.374-8 representado legalmente por FRANCISCO JAVIER ESPINOSA CHECA, quien se identifica con la cédula de extranjería No. 423946, e integrado por VIALES Y OBRAS PÚBLICAS S.A. con NIT No. 900.508.344-5 con una participación del setenta por ciento (70%) y PROVER INGENIERÍA, URBANISMO Y CONSTRUCCIÓN LTDA., con NIT no. 900.494.724-8 con una participación del treinta por ciento (30%), conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento amparado en la póliza No. AA039024 expedida por la Compañía Aseguradora LA EQUIDAD SEGUROS, por lo cual se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria y se considerará como una estimación anticipada parcial pero definitiva de perjuicios a cargo del contratista CONSORCIO PV AVENIDA JIMÉNEZ y a favor del IDU,

en la suma de ciento unos millones treinta y nueve mil setecientos veinticinco pesos con veinticinco centavos (\$101.039.725,25) M/CTE.

ARTÍCULO TERCERO: El valor de la cláusula penal impuesta a través de la presente resolución deberá ser descontado de los pagos a favor del contratista CONSORCIO PV AVENIDA JIMÉNEZ, una vez se encuentre en firme el presente acto administrativo en virtud de la figura jurídica de la compensación de deudas, para lo cual, la Subdirección General de Infraestructura remitirá a la Subdirección Técnica de Presupuesto y contabilidad copia de este acto administrativo y de la constancia de ejecutoria.

Si ello no fuere posible, el valor de la cláusula penal se hará efectivo y deberá cancelarse por la Compañía Aseguradora LA EQUIDAD SEGUROS, con cargo al amparo de cumplimiento de la póliza No. AA039024 constituida con ocasión del Contrato No. 2172-2013 y deberá cancelarse dentro del mes siguiente a la ocurrencia y acreditación del siniestro de conformidad con el Artículo 1080 del Código de Comercio. En todo caso el presente acto presta mérito ejecutivo a través de cobro ejecutivo o por vía judicial.

ARTÍCULO CUARTO: Notificar en audiencia el contenido del presente acto administrativo al contratista y la Compañía aseguradora a través del Representante Legal o su apoderado conforme lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO QUINTO: De conformidad con el artículo 218 del Decreto 019 de 2012, la parte resolutive de este acto administrativo, una vez ejecutoriado, será publicada en la página web www.colombiacomDra.aov.co -SECOP- y se comunicará a la Cámara de Comercio y a la Procuraduría General de la Nación.

ARTÍCULO SEXTO: Por la Subdirección General de Infraestructura, expídase la constancia de ejecutoria del presente acto de conformidad con el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición ante la Subdirección General de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-, el cual deberá ser interpuesto y sustentado en audiencia, según lo previsto en el literal c del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011."

1.1.1.2. Que se DECLARE la nulidad de la Resolución No. 003730 del 21 de julio de 2017, "Por medio de la cual se resuelven los recursos interpuestos contra la Resolución No. 11172 de 2016".

1.1.1.3. Que se DECLARE que CONSORCIO PV AVENIDA JIMÉNEZ no se encuentra obligado a pago alguno en favor del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU como consecuencia de las anteriores declaraciones.

1.1.1.4. Que se ORDENE la devolución, a favor de que los integrantes de CONSORCIO PV AVENIDA JIMÉNEZ, de la suma de CIENTO UN MILLONES TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS VEINTICINCO PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS PESOS ML/CTE (\$101.039.725,25 ML/CTE), descontada por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU por haberse hecho efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato de obra No. 2172 de 2013, indexada a la fecha de su devolución efectiva.

1.1.1.5. Que se CONDENE al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU, a pagar a favor de los integrantes de CONSORCIO PV AVENIDA JIMÉNEZ los intereses moratorios a la tasa máxima permitida de la suma de CIENTO UN MILLONES TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS VEINTICINCO PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS PESOS ML/CTE (\$101.039.725,25 ML/CTE) desde la fecha en que se descontó dicha suma.

1.1.1.6. Que se oficie al SECOP, la Cámara de Comercio y a la Procuraduría General de la Nación para que se abstengan de publicar lo ordenado mediante la Resolución No. 011172 de 21 de diciembre de 2016, confirmada mediante Resolución No. 003730 del 21 de julio de 2017, y/o en caso de haberse comunicado o publicado tal anotación se ordene el retiro inmediato de la misma

1.1.2. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:

1.1.2.1. El IDU después de surtir el proceso de Licitación Pública No. IDU-LP-SGI-024-2013 adjudicó el contrato de Obra y Consultorio No. 2172 al CONSORCIO PV AVENIDA JIMENEZ, mediante la Resolución No. 3316 del 24 de diciembre de 2013 del IDU.

1.1.2.2. El 30 de diciembre de 2013 el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU suscribió con el CONSORCIO PV AVENIDA JIMENEZ, el **Contrato de Obra y Consultorio No. 2172**, el cual tuvo por **objeto**:

"la complementación y/o actualización y/o ajustes y/o estudios y diseños y la construcción de la primera etapa de peatonalización de la carrera séptima con ciclo ruta y sistemas urbanos de drenajes sostenibles-SUDS entre las calles 10 y 13 (Avenida Jiménez) en Bogotá D.C, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el Pliegos de Condiciones, en especial las consignadas en el capítulo 4 anexo técnico separable y la propuesta presentada el 28 de noviembre de 2013 por el Contratista de conformidad con lo dispuesto en los pliegos de condiciones, adendas, y demás documentos que hacen parte integral del contrato"

"adecuar aproximadamente 12664.16 metros cuadrados, de espacio público del corredor de la Carrera Séptima, en el tramo comprendido entre la Calle 10 y el costado sur de la Avenida Jiménez, como eje ambiental peatonal y de ciclo ruta de Bogotá D.C, en una primera fase de formalización del Proyecto Piloto de Peatonalización de la Carrera 7 implementado por la SDM".

1.1.2.3. El **valor del contrato** en la "suma hasta de DIEZ MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS DIECINUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y TRES PESOS (\$10.357.819.183) M/CTE equivalentes a 17.570,5160 salarios mínimos mensuales legales vigentes para el año 2013" según lo discriminado en el contrato.

1.1.2.4. En la citada cláusula 8, el plazo de ejecución se discriminó de la siguiente manera:

| | FASE DE EJECUCIÓN | PLAZO |
|--------|---|---------|
| Fase 1 | Revisión, complementación y/o actualización y/o ajustes y/o elaboración de los Estudios y Diseños | 3 meses |
| Fase 2 | Preliminares de Obra | 1 mes |

| | | |
|-----------|------------------------|-----------------|
| Fase 3 | Ejecución de las Obras | 6 meses |
| | TOTAL | 10 meses |

1.1.2.5. El día 30 de diciembre de 2013 se suscribió el contrato de Interventoría No. 2239 de 2013, como resultado del Concurso de Méritos No. IDU-CMS- SGI-040-2013, que tiene por objeto realizar "la Interventoría técnica, administrativa, financiera, legal, social, ambiental, y SISO para la complementación y/o actualización y/o ajustes y/o estudios y diseños y la construcción de la primera etapa de la peatonalización de la carrera séptima de ciclo ruta y sistemas urbanos de drenaje sostenibles-SUDS entre las calles 10 y 13 (Avenida Jiménez) en Bogotá D.C".

1.1.2.6. En fecha 12 de marzo de 2014 se suscribió **Acta de Inicio** del Contrato de Obra y Consultorio No. 2172 de 2013.

1.1.2.7. Se suscribieron las siguientes modificaciones, adiciones y prórrogas:

- ✓ El 11 de junio de 2014, MODIFICACIÓN No. 1 al Contrato de Obra y Consultorio No. 2172 de 2013, por medio del cual "las partes establecen que durante la etapa de Preliminares se adelanten las actividades de Complementación y/o Actualización y/o ajustes y/o Estudios y Diseños y Aprobaciones. Esto no afecta el plazo total inicialmente pactado, no genera costos adicionales para la entidad."
- ✓ El 10 de julio de 2014 se suscribió ACTA No. 3 de suspensión del Contrato 2172 de 2013, correspondiente a la primera suspensión del contrato, por un término de once (11) días.
- ✓ El día 21 de julio de 2014 se suscribió ACTA No. 4 de ampliación de suspensión al Contrato 2172 de 2013, correspondiente a la ampliación de la única suspensión del contrato, por un término de dieciocho (18) días.
- ✓ El 08 de agosto de 2014 se suscribió ACTA No. 5 de ampliación de suspensión al Contrato 2172 de 2013, correspondiente a la segunda ampliación de la única suspensión del contrato, por un término de catorce (14) días.
- ✓ El 22 de agosto de 2014 se suscribió ACTA No. 6 de reiniciación del Contrato No. 2172 de 2013, tras la única suspensión al contrato y sus dos ampliaciones.
- ✓ El 22 de agosto de 2014 se suscribió ACTA No. 7 DE RECIBO Y APROBACIÓN DE DISEÑOS E INICIACIÓN DE OBRA del Contrato No. 2172 de 2013.
- ✓ El 25 de febrero de 2015 se suscribió por parte del IDU y el CONSORCIO PV AVENIDA JIMENEZ, LA ADICIÓN, PRÓRROGA Y MODIFICACIÓN No. 1 al contrato de obra 2172 de 2013, por medio del cual se *"prorrogó por el término de cuatro [4] meses el plazo del contrato, contados a partir del día siguiente a la fecha del vencimiento del plazo inicial, sus prórrogas y suspensiones, si a ello hubo lugar; se adicionó el valor del presente contrato en la suma de MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE*

PESOS (\$1.656.969.789) M/CTE, y se realizaron modificaciones a las obligaciones que debe cumplir el Contratista en lo referente al manejo arqueológico en el contrato."

- ✓ El día 25 de junio de 2015 se suscribió por parte del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU y el CONSORCIO PV AVENIDA JIMENEZ, la PRÓRROGA NO. 2 Y ADICIÓN NO. 2 AL CONTRATO DE OBRA No. 2172 DE 2013, por medio del cual se prorrogó el plazo del contrato por un término de un (1) mes, contado a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento del plazo inicial y sus prórrogas y suspensiones, si a ello hubiera lugar, y se adicionó el valor de DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SEIS PESOS (\$2.436.268.000).
- ✓ El día 24 de julio de 2015 se suscribió por parte del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU y MAB INGENIERIA DE VALOR S.A, identificado con NIT. 900.139.110-5, con domicilio en Bogotá D.C la PRÓRROGA No. 3 al contrato, por un mes (1) más, contado a partir de la fecha de vencimiento del mismo. Fundamentalmente, las razones o causas se constituyeron en las siguientes, haciendo referencia específicamente a la FASE III de MUSEOGRAFÍA sobre la "Producción de los sistemas de exhibición de los elementos arqueológicos"¹:

1.1.2.8. El 24 de agosto de 2015 se suscribió Acta No. 23 de mayores cantidades de obra.

1.1.2.9. El día 25 de agosto de 2015 se suscribió **ACTA No. 24 DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA.**

1.1.2.10. Mediante oficio citatorio No. 20153362112471 del 7 de diciembre de 2015 se citó al CONSORCIO PV AV JIMÉNEZ a audiencia de procedimiento administrativo de declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

1.1.2.11. El 21 de diciembre de 2016 el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, encontrándose agotadas todas las etapas del procedimiento administrativo de declaratoria de incumplimiento, expidió la Resolución sancionatoria No. 011172 de 21 de diciembre de 2016, "Por medio de la cual se declara

¹ "Debido a la falta de experiencia en el país en la ejecución de sistemas de exhibición de este tipo, se han encontrado dificultades para la consecución de los materiales a utilizar para la construcción de las vitrinas, concretamente los vidrios y el sistema de iluminación de las mismas, estos materiales no se encuentran en el mercado nacional y es necesario importarlos. El trámite para su importación está previsto que dure 12 semanas (la ejecución de las cámaras de exhibición de los rieles estarán terminadas para el 5 de agosto de 2015, salvo los materiales de importación mencionados). En su reemplazo, temporalmente se instalará material provisional a costo del contratista.

Diseños para la ubicación y reconstrucción a la placa conmemorativa: El IDPC en la resolución No. 0534 de 11 de junio de 2015, aprueba intervención, haciendo observaciones a la iluminación diseñada, manifestando "su preocupación frente a la posible saturación en el diseño del espacio público y respecto a las dificultades de su mantenimiento". En el comité de seguimiento de obra del día 15 de julio de 2015, el consorcio propuso otra alternativa, acatando la observación del IDPC, que consistía en suprimir la iluminación de los rostros, cambiando el material con el cual se harían los moldes de los rostros proponiendo iluminación indirecta sobre ellos y evitando así los problemas de mantenimiento y servicio. El pedestal de la placa sí contará con iluminación led y a la fecha se adelantan los trámites con CONDENSA y la UAESP para su aprobación.

Para la ejecución de la intersección de la Carrera 7 con Calle 10 de julio de 2015, se presentó un hallazgo arqueológico durante las excavaciones necesarias para la ejecución de las obras previstas en este cruce, correspondiente a una antigua bóveda de aguas lluvias que tuvo que ser estudiada e inventariada por los arqueólogos y para la que se propuso un sistema de protección especial que garantizase su conservación; la construcción del sistema de protección aprobado consistió en la instalación de una estructura de polipropileno y la ejecución de una estructura en concreto reforzado; esta solución quedó aprobada el 10 de julio por parte del grupo de arqueología del proyecto y supuso un retraso a la ejecución de la intersección de 1 mes.

un incumplimiento y se hace efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria del Contrato de Obra No. 2172-2013", declarando el incumplimiento del contrato y la ocurrencia del siniestro amparado en la póliza No. AA039024 expedida por la Compañía Aseguradora LA EQUIDAD SEGUROS, haciendo efectiva la cláusula penal pecuniaria a título de sanción por un valor de CIENTO UN MILLONES TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS VEINTICINCO PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS (\$101.039.725,25 MCTE)".

1.1.2.12. Frente a la resolución sancionatoria No. 011172 de 21 de diciembre de 2016, el consorcio contratista y la aseguradora interpusieron oportunamente recurso de reposición que se sustentó el 12 de enero de 2016.

1.1.2.13. El 7 de abril de 2017, encontrándose vencido el plazo contractual de 8 meses para la liquidación bilateral del contrato y los dos meses adicionales para la liquidación unilateral, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 24 del contrato de obra No. 2172 de 2013, -10 meses en total, que vencieron el 25 de junio de 2016-, y sin que se hubiere efectuado la liquidación de dicho contrato, el CONSORCIO PV AV JIMENEZ interpuso demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, contra el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, radicada bajo el número 25000233600020170062500.

1.1.2.14. Mediante auto del 15 de mayo de 2017 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Magistrado ponente Dr. ALFONSO SARMIENTO CASTRO, admitió la demanda interpuesta por CONSORCIO PV AV JIMENEZ, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, contra el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO y entre cuyas pretensiones se halla:

'10.2.1.28 Sin perjuicio del reconocimiento y pago de las anteriores pretensiones, sírvase ordenar la LIQUIDACIÓN del contrato de obra No. 2172 de 2013 celebrado entre el IDU y el Consorcio PV AV Jiménez en el estado en que se encuentre, por un valor no menor de MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS SIETE PESOS \$ 1.941.222.307,00, correspondiente al balance que ha realizado la interventoría del contrato." (Se subraya y se resalta).

1.1.2.15. El 22 de mayo de 2017 el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO fue notificado del auto admisorio de la demanda en el proceso de controversias contractuales radicado bajo el número 25000233600020170062500.

1.1.2.16. El 5 de junio del 2017 el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, mediante apoderada judicial, en el curso de la conciliación extrajudicial No. 75371, -convocada por CONSORCIO PV AV JIMENEZ para efectos de agotar el requisito de procedibilidad y adicionar pretensiones en la oportunidad de reformar la demanda 25000233600020170062500-, radicó ante la PROCURADURIA 147 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS oficio en el que reconoció la pérdida de competencia de dicha entidad, para tomar decisiones en el marco del

contrato de obra No. 2172 de 2013, competencia que, señala, es del Juez de lo contencioso administrativo, al siguiente tenor:

"(...) me permito poner en conocimiento de su Despacho que, la parte aquí convocante a través de su apoderado el Dr. Roberto Jesús Núñez Escobar, ya presentó demanda de Controversias Contractuales por los mismos hechos y pretensiones de la presente convocatoria. La demanda fue admitida con Auto de 15 de mayo de 2017 por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera, con radicación 2017-00625, y de la cual tuvo conocimiento la Procuraduría 10 Judicial II para Asuntos Administrativos.

Al comparar tanto la demanda como el escrito de conciliación extrajudicial de esta convocatoria, se evidencia que, aunque cambia la (sic) pretensiones declarativas, las pretensiones de condena son las mismas y originadas en los mismos hechos.

Lo que se evidencia, es que el apoderado pretende presentar nuevamente una solicitud de conciliación prejudicial faltando a su manifestación que realizó bajo la gravedad de juramento, donde adujo que no han solicitado otra acción igual o similar a fin de obtener el pago de las pretensiones incoadas en esta diligencia.

Por lo anterior, solicito se tomen los correctivos necesarios y se rechace esta solicitud de conciliación, como quiera que el asunto ya fue discutido en esta instancia, y ahora es de competencia del Juez del proceso decidir sobre este asunto, máxime cuando en la demanda solicitó la liquidación del contrato quitando competencia temporal a este instituto para tomar decisiones fuera del escenario judicial"

1.1.2.17. El **21 de julio de 2017** el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, con pleno conocimiento de su falta de competencia para liquidar el contrato de obra No. 2172 de 2013 y por consiguiente para resolver los recursos de reposición interpuestos contra resolución sancionatoria proferida el 21 de diciembre de 2016, y por ende, declarar el incumplimiento del contrato en el marco del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y en general tomar decisiones sobre los asuntos y controversias derivados del contrato de obra No. 2172 de 2013, decidió dejar en firme la Resolución sancionatoria No. 011172 de 21 de diciembre de 2016, al resolver, de manera arbitraria, los recursos interpuestos contra dicho acto, confirmando íntegramente su contenido y dejándolo en firme.

1.1.2.18. La Constancia de ejecutoria de la Resolución No. 011172 de 21 de diciembre de 2016, fue expedida el **24 de julio de 2017** y se encuentra cargada en la página web del SECOP "Actos administrativos que imponen multas, sanciones o inhabilidades".

1.2. La CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

| DEMANDADO | CALIDAD |
|------------------------------------|---------------------|
| INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU | Entidad contratante |

Se opone a las pretensiones por cuanto la Resolución No. 11172 del 21 de diciembre de 2016 goza de total validez y legalidad, pues fue proferida por el IDU en pleno uso de sus competencias, se encuentra plena y debidamente motivada, fue expedida previa garantía del derecho de audiencia y de defensa del CONSORCIO PV AVENIDA JIMÉNEZ, además de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso, y no se materializó en ella una desviación de las atribuciones propias del IDU. Es decir, no se encuentra en causal de nulidad alguna.

Propuso como **excepciones** las siguientes:

| Excepción | Posición de la parte Actora |
|--|--|
| <p>La Resolución No. 011172 del 2 de junio de 2016, confirmada íntegramente mediante la Resolución No. 3730 de 2017, fue expedida en pleno, válido y oportuno ejercicio de las competencias atribuidas al IDU.</p> <p>Citando las sentencias del consejo de estado Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 24 de octubre de 2013, con número de radicación 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697) y 25 de mayo de 2011, exp. 18.017-, y normatividad referente a la liquidación del contrato.</p> <p>De conformidad con lo anterior y de cara al contrato que nos ocupa, debe concluirse necesariamente que el plazo de 2 años para liquidar de mutuo acuerdo el contrato No. 2172 de 2013, unilateralmente o por vía judicial, se cumplió el 25 de junio de 2018, hasta dicha fecha el IDU tenía competencia para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal.</p> <p>Así las cosas, es claro que la Resolución No. 11172 del 21 de diciembre de 2016, confirmada integralmente mediante la Resolución No. 3730 del 21 de julio de 2017, fue proferida por el IDU en pleno uso de sus competencias.</p> <p>No obstante, lo anterior, argumenta la parte demandante que con ocasión de la admisión de la demanda presentada el 7 de abril de 2017 el IDU perdió competencia para resolver los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 11172 del 21 de diciembre de 2016, por lo que, en su entender, debía ordenarse el archivo del proceso.</p> | <p>en el caso bajo estudio la pretensión de nulidad y de restablecimiento del derecho que se reclama se funda exclusivamente en la falta de competencia de la entidad contratante que profirió acto administrativo de carácter sancionatorio, con ocasión de la ejecución del contrato No. 2172 de 2013, por fuera del plazo que le otorgaba la ley para sancionar al contratista.</p> <p>La referida pérdida de competencia halla su sustento en el hecho de que encontrándose (i) en curso el procedimiento administrativo sancionatorio iniciado mediante oficio citatorio No. 20153362112471 del 7 de diciembre de 2015, esto es, sin que hubiera un resolución sancionatoria en firme; al encontrarse suspendido el citado procedimiento y pendientes por resolver los recursos interpuestos contra la resolución sancionatoria No. 011172 de 21 de diciembre de 2016, (ii) vencido el plazo contractual de 8 meses para la liquidación bilateral del contrato y los dos meses adicionales para la liquidación unilateral, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 24 del contrato de obra No. 2172 de 2013, -10 meses en total, que vencieron el 25 de junio de 2016-, y (iii) sin que se hubiere efectuado la liquidación de dicho contrato, el 7 de abril de 2017 el CONSORCIO PV AV JIMENEZ interpuso demanda, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, contra el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, radicada bajo el número 25000233600020170062500, que posteriormente fue admitida mediante auto del 15 de mayo de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y notificada a la entidad demandada el 22 de mayo de 2017, fecha a partir de la cual la demandada perdió competencia para continuar con el procedimiento administrativo sancionatorio iniciado.</p> <p>No obstante lo anterior, y a pesar de que la pérdida de competencia fue reconocida expresamente por el IDU en Oficio del 5 de junio del 2017 - dirigido a la PROCURADURÍA 147 JUDICIAL II PARA ASUNTOS</p> |

De conformidad con lo establecido en artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la referida Resolución No. 11172 del 21 de diciembre de 2016 es en sí misma un acto definitivo, ya que a través de ésta se decidió de manera directa y de fondo lo relacionado con el procedimiento administrativo iniciado para declarar el incumplimiento parcial del contrato y hacer efectiva la cláusula penal. Así, la Resolución No. 11172 del 21 de diciembre de 2016 puso, por sí misma, fin al referido procedimiento administrativo, resolviendo declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento **amparado en la póliza No. AA039024** y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en su función de estimación anticipada parcial pero definitiva de perjuicios a cargo del CONTRATISTA por la suma de \$101.039.725,25.

Entonces, no es cierto que al haberse expedido la Resolución No. 3730 del 21 de julio de 2017 con posterioridad a la admisión de la demanda presentada por el CONSORCIO PV AVENIDA JIMÉNEZ el 7 de abril de 2017 se haya actuado sin competencia, pues dicho acto administrativo no es en sí mismo un acto definitivo sino un acto de confirmación integral de una resolución que, encarnando o materializado una decisión de fondo y definitiva, fue expedida con anterioridad a la referida admisión de la demanda y con plena observancia del derecho al debido proceso.

Es claro que, al ser la Resolución No. 3730 del 21 de julio de 2017 un acto administrativo expedido con la finalidad de resolver un recurso interpuesto en ejercicio del derecho a la defensa y contradicción, ésta no se ve afectada por la supuesta pérdida de competencia alegada, pues su naturaleza no es la de un acto administrativo definitivo sino la de un acto cuya expedición tiene como finalidad única la de garantizar el derecho al debido proceso de los administrados.

En similar sentido se pronunció el Consejo de Estado a través de sentencia del 10 de marzo de 2011, con número de radicación 25000-23-

ADMINISTRATIVOS y obrante en el expediente- dicha entidad, al reanudar el procedimiento administrativo sancionatorio, en lugar de proferir auto de archivo con fundamento en su pérdida de competencia para sancionar al consorcio contratista por el factor temporal, mediante resolución de fecha 21 de julio de 2017 decidió dejar en firme una resolución que, si bien a la fecha goza de la presunción de legalidad, es a todas luces es nula, en razón a que, se reitera:

- **Las entidades estatales no ostentan una facultad sancionatoria sin límites en el tiempo:** la competencia para sancionar se ostenta sólo durante el lapso de tiempo en que se cuenta con facultad para liquidar el contrato sea de mutuo acuerdo, bilateralmente o judicialmente, no obstante, si se traslada el asunto objeto del procedimiento sancionatorio, o la competencia para liquidar el contrato, al juez del contrato o si se ha vencido el término de dos años de caducidad para incoar demanda con medio de control de controversias contractuales, la entidad estatal contratante pierde no solo competencia para liquidar el contrato, sino también la facultad de sancionar al contratista.
- En el caso bajo estudio, las controversias del contrato de obra No. 2172 de 2013 se trasladaron - a través del legítimo derecho de acción ejercido por parte del contratista, con la interposición de la demanda radicada bajo el número 25000233600020170062500- al juez natural del mismo, esto es, al Juez de lo Contencioso Administrativo (concretamente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca) para su conocimiento, situación que convirtió la controversia contractual en jurisdiccional, con lo cual el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO perdió su competencia sancionatoria, y al proferir los multicitados actos administrativos sancionatorios, los mismos quedaron viciados de nulidad al tenor de lo establecido en el artículo 137 y 138 del CAPCA
- El hecho de que las controversias del sancionatorio se hayan trasladado al juez de conocimiento, se puede verificar al comparar los hechos y pretensiones de la demanda número 25000233600020170062500 y los cargos imputados al contratista en el procedimiento sancionatorio adelantado por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, entre los que encontramos los relativos a los pendientes de obra consignadas en el acta de terminación, que corresponden a obras y tramos entregados a satisfacción por el contratista y puestas en servicio por la entidad antes de que terminara el contrato;

26-000-1991-07182-01(16856), al manifestar lo siguiente:²

De esta manera, resulta totalmente necesario concluir, tal como se anticipó, que la Resolución No. 11172 del 21 de diciembre de 2016, confirmada integralmente mediante la Resolución No. 3730 del 21 de julio de 2017, goza de plena validez, resultando improcedente y contrario a derecho que se pretenda su nulidad.

sobre estos pendientes la contratante exigió en el marco del sancionatorio aseo, reposición y reparación de elementos perdidos o dañados a causa de, en algunos casos, el vandalismo, y en general, el desgaste por el uso por la puesta en servicio a medida que se efectuaban entregas parciales.

Al respecto, alegó el contratista en el proceso sancionatorio y posteriormente en la demanda incoada, que no tiene obligación contractual de efectuar mantenimientos, aseo, reparaciones y reposiciones a obras afectadas como consecuencia natural de la temprana puesta en servicio, la falta de mantenimiento, ítem no pactado contractualmente, y hechos atribuibles a terceros en el caso del vandalismo, motivo por el cual se alegó, no era de recibo que constituyera un hecho objeto de sanción, y actualmente se pretende que en la liquidación judicial no se efectúen descuentos al contratista por tales conceptos.

Sobre la base de lo expuesto, la controversia relativa al incumplimiento de CONSORCIO PV AV JIMÉNEZ a sus obligaciones, **a partir del 22 de mayo de 2017, fecha en que se notificó el auto admisorio de la demanda al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, se volvió jurisdiccional, y por ende, a partir de dicha fecha, no era competencia de la entidad contratante decidir sobre el cumplimiento, incumplimiento o no cumplimiento del contrato por parte del contratista.**

Ahora bien, si en gracia de discusión la controversia planteada en el proceso número 25000233600020170062500 no tuviera relación alguna con la controversia en torno a la cual giró el procedimiento administrativo sancionatorio que finalizó con la confirmación de la Resolución No. 011172, no debe perderse de vista que la sola pretensión de liquidación que se reclama en dicha demanda sustrajo al IDU de su competencia sancionatoria.

Lo anterior tiene como sustento en **primer lugar** que en vigencia de la ley 80 de 1993, el Consejo de Estado en sentencia de 9 de marzo de 2000, radicado 10540, **definió el límite para el ejercicio de la potestad sancionatoria, en el sentido de que esta sólo podía ejercerse hasta el vencimiento del plazo para liquidar el contrato.**

² "(...) Siendo así y en consideración a que el Instituto contratista declaró la caducidad del contrato el 25 de abril de 1989, huelga concluir que la entidad actuó en oportunidad, es decir en el ámbito de sus potestades exorbitantes, sin que para el efecto cuente la confirmación de la decisión ocurrida el 8 de junio siguiente, porque esta sucede en respuesta al ejercicio del derecho de contradicción del afectado y no como acto de autoridad."

La anterior tesis fue reiterada por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, en Sentencia del 25 de mayo de 2011, Expediente 18.017 -encontrándose vigente la Ley 1150 de 2007 que permite la liquidación del contrato incluso en el término de dos años de caducidad para accionar la jurisdicción de los contencioso administrativo- y nuevamente acogida en sentencia del 09 de julio de 2015, Expediente 29.741.

En este sentido, habiéndose trasladado la facultad para liquidar el contrato a la vía jurisdiccional dentro del proceso con radicado No. 25000233600020170062500, resulta claro que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, por consiguiente, perdió competencia para sancionar.

Adicionalmente, tenemos que la jurisdicción arbitral, no obstante, el presente caso claramente no es de conocimiento de la misma, ha sido clara en señalar que la Administración pierde competencia para expedir actos administrativos cuando la controversia contractual se ha trasladado a la jurisdicción, en el legítimo ejercicio del derecho de acción por parte del contratista. Con base en lo anterior, en Auto No. 9 Tribunal Arbitral Promasivo S.A. contra Megabus S.A. de 29 de julio de 2016.

Adicional a lo anterior, en el antes citado auto el Tribunal Arbitral señaló que no hay lugar ni siquiera a que se expida acto administrativo de carácter contractual ni siquiera cuando, encontrándose radicada la demanda, el acto administrativo se ha expedido antes de admitida la misma en la jurisdicción, pues en todo caso la Entidad Contratante conocía del Proceso; de manera que mucho menos es válido el acto administrativo que se expide cuando la demanda en sede contencioso administrativa ante el juez natural del contrato ha sido notificada a la Contratante.

Finalmente, en el mismo auto el Tribunal indicó que no es la Administración quien tiene la facultad de determinar frente a qué pretensiones mantiene la competencia sancionatoria, sino que es el juez natural del contrato quien al resolver de fondo el proceso (en sentencia o en laudo) determinará cuáles imputaciones tienen o no fuente contractual, y a cuales es posible o no acceder.

Por todo lo anterior es posible concluir que i) Las Entidades Estatales no tienen facultad sancionatoria en el escenario en que han perdido la facultad para liquidar el contrato unilateral o bilateralmente; j) Que si se ha trasladado la competencia para liquidar el contrato al juez del contrato, la Administración pierde no solo competencia para liquidar el contrato, sino para

sancionar al contratista; ili) Que la Entidad Contratante pierde competencia para expedir actos administrativos contractuales, cuando la controversia alrededor del contrato se han llevado a sede jurisdiccional; y iv) que en el caso que nos ocupa, esto es, en el contrato de obra No. 2172 de 2013, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, desde el 22 de mayo de 2017, perdió competencia para:

- Declarar unilateralmente el incumplimiento parcial o total del contrato, lo cual, sólo podía declararse en proceso judicial iniciado contra el contratista.
- Afectar mediante proceso sancionatorio la cláusula penal pactada, la cual, sólo podía cobrarse por vía judicial.
- Liquidar unilateralmente el contrato. (...)

Así las cosas, si bien es cierto lo afirmado por la demandada -porque además así lo prevé la ley 1150 de 2007-, en lo que respecta a que el vencimiento del plazo para liquidar el contrato No. 2172 de 2013, ya fuera de mutuo acuerdo, unilateralmente o en sede judicial, acaeció el 25 de junio de 2018, y que por tanto hasta dicha fecha podría el IDU, no sólo liquidar el referido contrato sino sancionar por incumplimiento al contratista, hoy demandante, lo cierto es que dicho plazo, tanto para liquidar, como para sancionar, se encontraba condicionado a que no se iniciará proceso judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa, con pretensión de liquidación y con pretensiones relacionadas con el asunto controvertido en el procedimiento sancionatorio, como en efecto sucedió en el caso bajo estudio.

En ese orden de ideas, en consideración la reiterativa jurisprudencia del Consejo de Estado, antes citada, e incluso el precedente de las decisiones adoptadas recientemente por parte de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL UAERMV y del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS, es pacífica la postura jurídica aplicable en casos como el que nos ocupa, en el que resulta evidente y se encuentra probado que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, encontrándose notificado de la admisión de la demanda radicada bajo el número 25000233600020170062500, con pretensión de liquidación del contrato de obra No. 2172 de 2013, actuó de manera arbitraria y habiendo perdido competencia para ello, al resolver los recursos de reposición que dejaron en firme la Resolución sancionatoria No. 011172 de 21 de diciembre de 2016, con lo que configuró un claro vicio de nulidad que exige que dicha resolución sea reiterada del ordenamiento jurídico, al tenor del artículo 137 del CPACA, de conformidad con el cual procede la declaratoria de nulidad de los actos administrativos cuando estos "(...) hayan sido expedidos con infracción de las normas en

que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa (...)"

En segundo lugar, el apoderado del IDU trae a colación el concepto de ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO y señala que mientras la Resolución No. 011172 de 21 de diciembre de 2016 es un acto administrativo definitivo, la Resolución No. 3730 de 2017, que resolvió los recursos de reposición interpuestos, no lo es, lo que a su juicio trajo como consecuencia jurídica que, desde que se profirió la Resolución No. 011172 de 21 de diciembre de 2016, con anterioridad a la interposición de la demanda que dio inicio al proceso número 25000233600020170062500, la misma al ser un acto administrado definitivo, pusiera, por sí misma, fin al procedimiento administrativo sancionatorio iniciado contra la hoy demandante, sin que la Resolución No. 3730 del 21 de julio de 2017 expedida con posterioridad a que se diera inicio al proceso número 25000233600020170062500, tuviera vocación de afectar al IDU con la pérdida de competencia, por no ser un acto definitivo.

Al respecto, es necesario precisar que el apoderado del IDU desconoce abiertamente que la Resolución No. 011172 de 21 de diciembre de 2016, no obstante es un acto administrativo definitivo, no se encontraba en firme hasta tanto no se resolvieran los recursos que contra el mismo se interpusieron, lo cual en efecto sucedió con la expedición de la Resolución No. 3730 del 21 de julio de 2017, fecha en la cual dicho acto quedó en firme y finalizó el procedimiento administrativo sancionatorio, con posterioridad a la fecha en que se diera inicio al proceso número 25000233600020170062500, con base en el cual se cuestiona la competencia del IDU y la validez de las resoluciones expedidas en el trámite sancionatorio.

Ciertamente el apoderado del IDU asimila, de manera errada, el concepto de acto definitivo al de acto administrativo en firme, y por ello desconoce que los actos definitivos son aquellos que ponen fin a un procedimiento administrativo y que, por esa razón, contra los mismos proceden recursos, lo que no se predica de los actos administrativos de trámite que solo dan impulso al proceso y no resuelven asuntos de naturaleza sustancial, y que en ese orden de ideas, aquellos solo tienen firmeza cuando no pueden impugnarse a través de los recursos procedentes, porque ya han transcurrido los plazos para ello o porque se desistió o renunció a los mismos, o cuando los recursos procedentes se han resuelto (...)

La importancia de establecer cuándo un acto administrativo definitivo se encuentra en firme radica no

| | |
|---|---|
| | <p>solo en que a partir de dicha firmeza el mismo puede ejecutarse, sino también demandarse, pues solo hasta que este se encuentre en firme se puede presumir y también controvertir su legalidad.</p> <p>De todo lo expuesto se concluye que no es cierto, y no solo no tiene asidero jurídico alguno, sino que desconoce el ordenamiento jurídico vigente, lo sostenido por el apoderado de la demandada, esto es, que el 21 de diciembre de 2016, con la expedición de la Resolución No. 011172, se resolvió de manera definitiva y quedó en firme la sanción impuesta, a la hoy demandante, en el procedimiento administrativo sancionatorio que dio lugar al presente proceso, pues ello desconoce abiertamente que mientras no se resolvieran los recursos interpuestos contra dicha resolución, la sanción no se encontraba en firme y lo que existía era un mero trámite de proceso sancionatorio.</p> |
| <p>Lo actuado en el marco del proceso identificado con No. 25000233600020170062500, de conocimiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera - Subsección A, no afecta la validez de la Resolución No. 11172 del 21 de diciembre de 2016, confirmada integralmente mediante la Resolución No. 3730 del 21 de julio de 2017.</p> <p>Revisadas las pretensiones de la demanda admitida a través del Auto del 15 de mayo de 2017, notificado el 22 de mayo del mismo año al IDU, se evidencia que ninguna de ellas hace referencia o guarda relación con la Resolución No. 11172 del 21 de diciembre de 2016 o su contenido, por lo que es claro que en dicho proceso no se encuentra en debate la legalidad del referido acto administrativo.</p> <p>En consecuencia, al no ser de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo lo relacionado con la declaración de la ocurrencia del siniestro de incumplimiento amparado en la póliza No. AA039024 y la correspondiente aplicación de la cláusula penal pecuniaria en su función de estimación anticipada de perjuicios a cargo del CONTRATISTA por la suma de \$101.039.725,25, es diáfano concluir sin asomo de duda que el IDU no perdió competencia para pronunciarse respecto de los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 11172 del 21 de diciembre de 2016.</p> <p>Así las cosas, es claro que la presunción de legalidad de la que goza el citado acto</p> | <p>se reiteran los argumentos expuestos frente a la excepción 4.1., en particular los fundamentos jurídicos y la postura pacífica del Consejo de Estado en lo que respecta a la pérdida de competencia de la entidad contratante para sancionar al contratista cuando se somete a decisión judicial la liquidación del contrato en el cual se originó la controversia que dio lugar al procedimiento administrativo sancionatorio, tal y como aconteció en el caso bajo estudio.</p> <p>Adicionalmente, se pone de presente que la validez de dicho acto administrativo precisamente se discute en el proceso de la referencia, con fundamento en la pérdida de competencia que operó frente al IDU al iniciarse el proceso No. 25000233600020170062500, y que no tiene sentido que el apoderado de la demandada pretenda que la validez de la Resolución 011172 de 21 de diciembre de 2016 se discutiera en el referido proceso con base en el cual se perdió la competencia para sancionar, precisamente porque aún no se encontraba en firme la citada Resolución 011172.</p> <p>De todo lo anterior, se concluye que el IDU incumplió su obligación, en calidad de ente sancionador, de proferir un acto administrativo ejecutoriado en el plazo máximo establecido por la ley para ejercer su actividad sancionatoria.</p> |

| | |
|---|--|
| <p>administrativo se ha mantenido incólume hasta el día de hoy., sienta totalmente válido a la luz del ordenamiento jurídico.</p> | |
| <p>La Resolución No. 11172 del 21 de diciembre de 2016, confirmada integralmente mediante la Resolución No. 3730 del 21 de julio de 2017, goza de total validez. Sumado a lo anteriormente argumentado, concluirá su despacho tras el estudio del material probatorio que se aporta que las resoluciones Nos. 11172 del 21 de diciembre de 2016 y 3730 del 21 de julio de 2017 gozan de totalidad validez y legalidad, pues fueron proferidas por el IDU en pleno uso de sus competencias, se encuentran plena y debidamente motivadas, fueron expedidas previa garantía del derecho de audiencia y de defensa del CONSORCIO PV AVENIDA JIMÉNEZ, además de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso, y no se materializó en ellas una desviación de las atribuciones propias del IDU. Es decir, no se encuentran en causal de nulidad alguna.</p> | |
| <p>La excepción genérica. Propongo la excepción genérica del artículo 282 del CGP en virtud de la cual si en el proceso se prueban hechos que constituyen excepciones diferentes a las propuestas en la contestación, comedidamente solicito tener probadas tales excepciones.</p> | |

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.3.1. Demandante: CONSORCIO PV AVENIDA JIMENEZ

Solicita con base en las pruebas documentales allegadas al expediente se resuelva de manera favorable las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que las resoluciones demandadas fueron expedidas sin competencias por factor temporal por parte del IDU, toda vez que cuando la entidad accionada profirió la Resolución No. 003730 del 21 de julio de 2017 que decidió los recursos contra la resolución sancionatoria ya se había notificado de la admisión de demanda de controversias contractuales en donde se solicitó la pretensión de liquidación judicial del contrato, es decir que la facultad sancionatoria habían fenecido, tanto en la demanda como cuando se contestaron las excepciones se citaron sentencias que indican que la facultad sancionatoria de las entidades tienen un límite temporal. Cita otras sentencias que sustentan su punto, precisa que la resolución sancionatoria No. 011172 de 21 de diciembre de 2016 no quedó en firme sino hasta cuando quedó en firme la resolución que decidió los recursos.

1.3.2. Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano IDU

Indica que la competencia sancionatoria de la entidad citando sentencias del consejo de estado indica que la competencia se extiende hasta la liquidación del contrato es decir que el plazo vencía el 25 de julio de 2018, como las resoluciones se expedieron durante el plazo, la entidad no perdió competencia y las resoluciones alegadas no son nulas.

En lo que respecta a la notificación de la demanda con pretensión de liquidación, atendiendo lo dispuesto en el art 43 CPACA la resolución sancionatoria No. 011172 de 21 de diciembre de 2016 en sí mismo era un acto administrativo definitivo, que decidió motivo por el cual cuando se expidió la Resolución No. 003730 del 21 de julio de 2017 pues este no era un acto definitivo, sino que confirmó de manera íntegra el acto definitivo.

2. CONSIDERACIONES

2.1. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:

Las excepciones de **la Resolución No. 011172 del 2 de junio de 2016, confirmada íntegramente mediante la Resolución No. 3730 de 2017, fue expedida en pleno, válido y oportuno ejercicio de las competencias atribuidas al IDU. Lo actuado en el marco del proceso identificado con No. 25000233600020170062500, de conocimiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección A, no afecta la validez de la Resolución No. 11172 del 21 de diciembre de 2016, confirmada integralmente mediante la Resolución No. 3730 del 21 de julio de 2017. Y La Resolución No. 11172 del 21 de diciembre de 2016, confirmada integralmente mediante la Resolución No. 3730 del 21 de julio de 2017, goza de total validez**, propuestas por la demandada no están llamadas a prosperar ya que no gozan de esta calidad. Lo anterior, en atención a que los hechos que se aducen como fundamento de la misma, no la conforman, limitándose simplemente a negar o contradecir los supuestos de hecho en que los demandantes sustentan su acción. En este sentido, es claro que la sola negación o contradicción de los supuestos fácticos y/o jurídicos en que se apoyan las pretensiones formuladas en la demanda, constituyen una simple no aceptación de éstos, pero no excepciones en el sentido propio, estricto y restringido del término. En efecto, si bien en sentido amplio, cualquier actividad que desarrolle el demandado tendiente a obtener decisión total o parcialmente contraria a las pretensiones formuladas, constituye genéricamente un medio de defensa, en el referido sentido restringido, el término “excepción”, está reservado para aquéllos únicos casos en que tal instrumento de defensa se traduce en la aducción de hechos y razones distintos, encaminados a excluirlas, enervarlas o dilatarlas.

En relación con la excepción **genérica o la innominada** planteada por la demandada, sólo puede considerarse como un llamado al Despacho para que en caso de encontrar una causal que pudiera enervar las pretensiones de la demanda, así lo indique, por lo que se tendrá en cuenta, advirtiendo que a la fecha no encuentra ningún motivo que impida proferir una decisión de fondo en este asunto.

2.2. LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:

Conforme a lo establecido en la FIJACIÓN DEL LITIGIO, se busca establecer si hay lugar o no a declarar la nulidad de la resolución No. 011172 de 21 de diciembre de 2016 y su confirmatoria mediante Resolución No. 003730 del 21 de julio de 2017 y en dado caso se reconozca el valor de la suma de CIENTO UN MILLONES TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS VEINTICINCO PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS PESOS ML/CTE (\$101.039.725,25 ML/CTE), descontada por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU por haberse hecho efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato de obra No. 2172 de 2013, indexada a la fecha de su devolución efectiva

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

- **¿Son nulas las resoluciones 011172 de 21 de diciembre de 2016 y su confirmatoria 003730 del 21 de julio de 2017 proferidas por el IDU?**

Y estos problemas jurídicos asociados:

¿Una entidad contratante como el IDU puede hacer un proceso sancionatorio?

¿Cuál es el límite que tiene una entidad como el IDU para hacer uso de la potestad sancionatoria de un contrato?

¿El IDU tenía competencia para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por el contratista y la aseguradora contra la resolución que impuso la multa a pesar de estar en curso demanda que solicitaba la liquidación judicial del contrato?

Para dar respuesta a estas preguntas frente a la nulidad debemos tener en cuenta lo siguiente:

- En el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 se consagra el procedimiento que debe adelantar toda entidad pública para *imponer multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento cuantificando los perjuicios del mismo*
- Los artículos 137 y 138. del CPACA contemplan la posibilidad de demandar la nulidad de un acto proferido por la administración y solicitar el restablecimiento del derecho por el vicio de falta de competencia:

(...) Artículo 137 Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (...)

*Artículo 138 Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la **nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto**, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.*

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel. (Negritas fuera de texto)

El Consejo de Estado³ define este vicio de la siguiente manera: “*la competencia es la facultad o el poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinar función*”, razón por la cual la doctrina ha entendido que la incompetencia o falta de competencia se materializa cuando el autor profiere un acto pese a que no tenía el poder legal para expedirlo, es decir, cuando la decisión se toma si estar facultado legalmente para ello. En otras palabras, dicho reproche se configura cuando el acto es proferido por fuera de las competencias legales y constitucionales atribuidas al servidor público o la Corporación respectiva, esto es, por fuera de las atribuciones que el ordenamiento jurídico ha otorgado”.

Ahora bien, en contratación estatal en cuanto a la competencia de la facultad sancionatoria y su límite en el tiempo, incluido la decisión de recursos, tenemos lo siguiente:

- La ley 80 de 1993 en su artículo 3 contempla que: (...) *los servidores públicos tendrán en consideración que al **celebrar contratos** y con la ejecución de los mismos, las entidades **buscan** el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. (...)*. Es decir, que la administración goza de prerrogativas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que contrajo el contratista y con ello cumplir los fines estatales de la contratación.
- Entre esas prerrogativas se encuentra la potestad sancionatoria en el marco del debido proceso. Dicha potestad se ejerce mientras existan obligaciones por parte del contratista que estén pendientes de cumplimiento. Así lo contempla el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 el cual reza:

ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN QUINTA
Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO - Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00512-01 - Actor: ARTURO PERDOMO GÓNGORA - Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUÉ - Referencia: Nulidad Simple – Fallo de Segunda Instancia

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

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

Es decir que la entidad puede tasar los perjuicios ante el incumplimiento de la entidad contratante y hacer efectiva el cobro de la garantía.

- El procedimiento sancionatorio que se debe seguir por parte de la entidad sancionatoria en el ejercicio de la potestad sancionatoria está contemplado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 el cual indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.

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

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

*b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado presentará las **circunstancias de hecho que motivan la actuación, anunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.** Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus **descargos**, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;*

*c) Hecho lo precedente, **mediante resolución motivada** en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida **sólo procede el recurso de reposición** que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;*

d) *En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.*

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

2.3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:

2.3.1 Conforme al material probatorio aportado, se encuentran **probados los siguientes hechos:**

- ✓ El 30 de diciembre de 2013 el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU suscribió con el CONSORCIO PV AVENIDA JIMENEZ, el Contrato de Obra y Consultorio No. 2172 del cual se destacan las siguientes cláusulas:

| | |
|--|--|
| Cláusula 1. Objeto | <p>"la complementación y/o actualización y/o ajustes y/o estudios y diseños y la construcción de la primera etapa de peatonalización de la carrera séptima con ciclo ruta y sistemas urbanos de drenajes sostenibles-SUDS entre las calles 10 y 13 (Avenida Jiménez) en Bogotá D.C, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el Pliegos de Condiciones, en especial las consignadas en el capítulo 4 anexo técnico separable y la propuesta presentad el 28 de noviembre de 2013 por el Contratista de conformidad con lo dispuesto en los pliegos de condiciones, adendas, y demás documentos que hacen parte integral del contrato"</p> <p>El Parágrafo de la citada cláusula 1, fijó como alcance del contrato "adecuar aproximadamente 12664.16 metros cuadrados, de espacio público del corredor de la Carrera Séptima, en el tramo comprendido entre la Calle 10 y el costado sur de la Avenida Jiménez, como eje ambiental peatonal y de ciclo ruta de Bogotá D.C, en una primera fase de formalización del Proyecto Piloto de Peatonalización de la Carrera 7 implementado por la SDM".</p> |
| Cláusula 2 valor del contrato: | DIEZ MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS DIECINUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y TRES PESOS (\$10.357.819.183) M/CTE equivalentes a 17.570,5160 salarios mínimos mensuales legales vigentes para el año 2013" |
| Cláusula 4 mayores cantidades de obra y los ítems nos previstos, señaló que se efectuaría de la siguiente manera | <p>"4. MAYORES CANTIDADES DE OBRA: <i>El reconocimiento de las mayores cantidades de obra por parte del IDU requiere previamente de la evaluación técnica y económica por parte de la interventoría y de su respectiva aprobación. Estas mayores cantidades de obra deben ajustarse a los ítems previstos en el Pliego de Condiciones y a los precios que para cada uno de ellos está dispuesto en el mismo Pliego.</i></p> <p><i>PARÁGRAFO: Cuando las mayores cantidades de obra superen el quince por ciento (15%) del valor inicial del contrato, el reconocimiento por parte de la Entidad deberá ajustarse a lo dispuesto en el Manual de Gestión Contractual vigente al momento en que este proceda.</i></p> |

| | <p>ÍTEMS NO PREVISTOS: Los ítems no previstos deben someterse a la revisión y aprobación por parte de la Interventoría atendiendo las particularidades de la obra objeto del contrato y teniendo como referencia el estudio del mercado y/o la base de precios unitarios administrada por el IDU y publicada en la página web http://www.idu.gov.co/web/quest/contratacionprecios. El IDU se reserva el derecho de revisar y/u objetar los precios que considere conveniente, caso en el cual serán aprobados por el área técnica coordinadora del proyecto."</p> | | | | | | | | | | |
|--|---|-------------------|-------|--|---------|--------------------------------------|-------|---|---------|-------|----------|
| <p>Cláusula 8 plazo</p> | <p>para la ejecución del contrato de diez (10) meses, contados desde la fecha de suscripción del Acta de Inicio entre el Contratista, el Interventor y el IDU, plazo que podría reducirse o ampliarse de conformidad con lo previsto en el Contrato de Obra y Consultorio y sus adiciones u otros ítems</p> <table border="1" data-bbox="560 777 1385 1176"> <thead> <tr> <th data-bbox="560 777 1235 859">FASE DE EJECUCIÓN</th> <th data-bbox="1235 777 1385 859">PLAZO</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="560 859 1235 966">Fase I: Revisión, complementación y/o actualización y/o ajustes y/o elaboración de los Estudios y Diseños</td> <td data-bbox="1235 859 1385 966">3 meses</td> </tr> <tr> <td data-bbox="560 966 1235 1029">Fase II: Preliminares de Obra</td> <td data-bbox="1235 966 1385 1029">1 mes</td> </tr> <tr> <td data-bbox="560 1029 1235 1108">Fase III: Ejecución de las Obras</td> <td data-bbox="1235 1029 1385 1108">6 meses</td> </tr> <tr> <td data-bbox="560 1108 1235 1176">TOTAL</td> <td data-bbox="1235 1108 1385 1176">10 meses</td> </tr> </tbody> </table> <p>parágrafo tercero de la cláusula 8 se estipuló: "El Contrato se suspenderá una vez radicados los estudios y diseños definitivos, hasta tanto se apruebe por las Entidades Distritales, Nacionales y/o de las Empresas de Servicios Públicos a que hubiere lugar, suspensión que no ocasionará reconocimiento económico adicional al Consultor".</p> | FASE DE EJECUCIÓN | PLAZO | Fase I: Revisión, complementación y/o actualización y/o ajustes y/o elaboración de los Estudios y Diseños | 3 meses | Fase II: Preliminares de Obra | 1 mes | Fase III: Ejecución de las Obras | 6 meses | TOTAL | 10 meses |
| FASE DE EJECUCIÓN | PLAZO | | | | | | | | | | |
| Fase I: Revisión, complementación y/o actualización y/o ajustes y/o elaboración de los Estudios y Diseños | 3 meses | | | | | | | | | | |
| Fase II: Preliminares de Obra | 1 mes | | | | | | | | | | |
| Fase III: Ejecución de las Obras | 6 meses | | | | | | | | | | |
| TOTAL | 10 meses | | | | | | | | | | |
| <p>Cláusula 9</p> | <p>reglas aplicables en caso que se requiera adicionar el contrato por causas imputables al CONTRATISTA.</p> | | | | | | | | | | |

- ✓ El 12 de marzo de 2014 se suscribió **Acta de Inicio del Contrato de Obra y Consultorio No. 2172 de 2013.**
- ✓ El 11 de junio de 2014 se suscribió por parte del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU y el CONSORCIO PV AVENIDA JIMENEZ, MODIFICACIÓN No. 1 al Contrato de Obra y Consultorio No. 2172 de 2013 respecto de lo siguiente:
 - Fase I: Revisión, complementación y/o actualización y/o ajustes y/o elaboración de los Estudios y Diseños
 - Fase II: Preliminares de Obra.: las partes establecen que durante la etapa de Preliminares se adelanten las actividades de Complementación y/o Actualización y/o ajustes y/o Estudios y Diseños y Aprobaciones. Esto no afecta el plazo total inicialmente pactado, no genera costos adicionales para la entidad."
 - Fase III: Ejecución de las Obras

✓ Se presentaron las siguientes suspensiones:

| | |
|----------------------------|--|
| 10 de julio de 2014 | se suscribió ACTA No. 3 de suspensión del Contrato 2172 de 2013 por 11 días “el 12 de julio de 2014 iniciaba la Etapa de Construcción del Contrato , y para la fecha, no se tenían las autorizaciones por parte del Ministerio de Cultura para realizar las obras establecidas en el contrato, tal y como era exigido” |
| El día 21 de julio de 2014 | Como no se tenían las autorizaciones por parte del Ministerio de Cultura para realizar las obras establecidas en el contrato, tal y como era exigido , se suscribió ACTA No. 4 de ampliación de suspensión al Contrato 2172 de 2013, correspondiente a la ampliación de la única suspensión del contrato, por un término de dieciocho (18) días |
| El 08 de agosto de 2014 | se suscribió ACTA No. 5 de ampliación de suspensión al Contrato 2172 de 2013, correspondiente a la segunda ampliación de la única suspensión del contrato, por un término de catorce (14) días “El 4 de agosto de 2014 el Ministerio de Cultura autorizó la intervención de espacio público mediante la Resolución No. 2336 de 2014 , razón por la cual se hace necesario adelantar las reuniones de <u>socialización con la comunidad</u> requeridas, las cuales están programadas para el 12 de agosto con comerciantes joyeros del sector de la carrera 7, el 13 de agosto en las instalaciones de la Cámara de Comercio de Bogotá y citados por FENALCO a pequeños y grandes comerciantes de la localidad de la Candelaria, el 15 de agosto de 2014 con las universidades y estudiantes del sector, para finalizar con un cabildo abierto convocado por el Alcalde Mayor para el 19 de agosto de 2014. Adicionalmente y con motivo de la resolución No. 02309 del 2104 otorgada por la Secretaría Distrital de Ambiente , “por la cual se autorizan tratamientos silviculturales en espacio público”, aplicable al contrato de obra IDU-2172-2013, el Instituto de Desarrollo Urbano presentó recurso de reposición mediante oficio con Radicado IDU 20143350723861, SDM 2014ER122408 el 24 de julio de 2014 , situación que suspende los efectos para ejecutar la misma, total o parcialmente. La SDA informó que dicho recurso será resuelto a más tardar el 19 de agosto de 2014, fecha en la cual se podrá dar inicio a la etapa de construcción.” |

✓ El 22 de agosto de 2014, se suscribió ACTA No. 6 de reiniciación del Contrato No. 2172 de 2013.

✓ El 26 de agosto de 2014 se suscribió ACTA No. 7 DE RECIBO Y APROBACIÓN DE DISEÑOS E INICIACIÓN DE OBRA del Contrato No. 2172 de 2013.

✓ Hubo las siguientes ADICIONES y PRÓRROGAS:

| | |
|-----------------------|--|
| 25 de febrero de 2015 | se suscribió por parte del IDU y el CONSORCIO PV AVENIDA JIMENEZ, LA ADICIÓN, PRÓRROGA Y MODIFICACIÓN No. 1 al contrato de obra 2172 de 2013, por medio del cual se "prorrogó por el término de cuatro [4] meses el plazo del contrato, contados a partir del día siguiente a la fecha del vencimiento del plazo inicial, |
|-----------------------|--|

| | |
|--------------------------|---|
| | <p>sus prórrogas y suspensiones, si a ello hubo lugar; se adicionó el valor del presente contrato en la suma de MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS (\$1.656.969.789) M/CTE, y se realizaron modificaciones a las obligaciones que debe cumplir el Contratista en lo referente al manejo arqueológico en el contrato."</p> |
| El 25 de junio de 2015, | <p>se suscribió por parte del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU y el CONSORCIO PV AVENIDA JIMENEZ, la PRÓRROGA NO. 2 Y ADICIÓN NO. 2 AL CONTRATO DE OBRA No. 2172 DE 2013, por medio del cual se prorrogó el plazo del contrato por un término de un (1) mes, contado a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento del plazo inicial y sus prórrogas y suspensiones, si a ello hubiera lugar, y se adicionó el valor de DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SEIS PESOS (\$2.436.268.000).</p> <p>En la prórroga No. 2 y adición No. 2 se consideró lo siguiente para proceder a su justificación: "6. Que mediante Memorando No. 20153360189733 del 24 de junio de 2015, el Subdirector General de Infraestructura, justifica y solicita a la Dirección Técnica de Gestión Contractual, la necesidad de prorrogar y adicionar el contrato, en los siguientes términos: (...) Se sustenta la solicitud de adición por \$2.436.268.007 m., motivada para cubrir de manera exclusiva la ejecución del diseño y la ejecución de la obra de la museografía, la ejecución de la obra para el traslado de la placa de los desaparecidos del Palacio de justicia y la ejecución de las obras de las intersecciones de la calle 12, calle 1 y calle 10 cuyos soportes se relacionan a continuación."</p> |
| el 24 de julio de 2015 | <p>se denominó Prórroga No. 3 y Adición No. 4 al contrato de interventoría 2239 de 2013, suscrita entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU Y MAB INGENIERÍA DE VALOR S.A.</p> <p>por un (1) mes contado a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento del plazo inicial y sus prórrogas y suspensiones,</p> <p>y un valor de CIENTO DIEZ MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$110.973.294) M/CTE, incluido IVA equivalentes a 172.2252 SMLMV para el 2015, indicando en el PARÁGRAFO SEGUNDO, que el contratista CONSORCIO PV AVENIDA JIMÉNEZ asumirá el valor de la adición a la interventoría, valor que será descontado en un 100% en el periodo comprendido entre el 26 de junio de 2015 al 25 de agosto de 2015, mediante el acta correspondiente</p> <p>Motivo necesidad de importar productos no disponibles en el mercado nacional y hallazgos arqueológicos</p> |
| el 24 de agosto de 2015. | <p>se suscribió Acta No. 23 de mayores cantidades de obra.</p> |

✓ El **25 de agosto de 2015** se suscribió ACTA No. 24 DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA donde se indicó:

- Que se había alcanzado una ejecución del 95,22%, las actividades pendientes por ejecutar junto con los detalles de obra se encuentran en el Anexo No. 1 que hace parte integral del acta. La programación de actividades pendientes y corrección de detalles se encuentran en el Anexo No.2 elaborado por el Contratista, el cual determina que el 20 de septiembre culminará en su totalidad."
- Que "(...) La terminación de los trabajos no releva al contratista de sus responsabilidades y obligaciones a que hace referencia el contrato y a las establecidas en las normas legales

vigentes. Así mismo, el contratista se compromete a mantener vigentes las garantías de conformidad con lo estipulado en el contrato.”

✓ El **9 de diciembre de 2015** se comunicó al representante legal del CONSORCIO PV AVENIDA JIMÉNEZ., con oficio radicado con No. 20153362112471 del 7 de diciembre de 2015 el inicio del proceso sancionatorio.

✓ El IDU expidió la Resolución No. **11172 del 21 de diciembre de 2016**, a través de la cual se declaró el incumplimiento parcial del Contrato No. 2172 de 2013 y se declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento amparado en la póliza No. AA039024, expedida por la Compañía Aseguradora LA EQUIDAD SEGUROS; haciendo efectiva la cláusula penal pecuniaria, en su función de estimación anticipada parcial pero definitiva de perjuicios a cargo del CONTRATISTA, por la suma de \$101.039.725,25.

✓ El 12 de enero de 2017 el contratista y la aseguradora interpusieron recurso de reposición

✓ El contratista CONSORCIO PV AV JIMENEZ presentó demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en contra del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, radicada bajo el número 25000233600020170062500 el 7 de abril de 2017, solicitando la liquidación judicial del contrato, la cual fue admitida el 15 de mayo de 2017 y notificada al IDU el 22 de mayo de 2017.

✓ El IDU el día **21 de julio de 2017** profirió la **resolución N. 003730** “*Por medio de la cual se resuelve los recursos interpuestos contra la resolución N. 011172 de 2016*”, confirmando íntegramente la resolución N. 011172.⁴

2.3.2. Entremos ahora a resolver los interrogantes planteados:

- **¿Una entidad contratante como el IDU puede hacer un proceso sancionatorio?**

Toda entidad pública contratante buscando el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, debe verificar que lo que se le entregó esté acorde con lo que se contrató; dicha verificación no solo se efectúa durante la ejecución del contrato pues hay obligaciones cuyo cumplimiento sólo puede ser verificado después del plazo de ejecución o acta de entrega.

El IDU⁵ es una entidad pública descentralizada con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, destinada a ejecutar obras viales y de espacio público para el Desarrollo Urbano del Distrito Capital de Bogotá. Una vez recibió la obra estipulada bajo el contrato de obra No. 2172 suscrito con el CONSORCIO PV AVENIDA JIMENEZ, encontró varias obligaciones insatisfechas y debía velar porque fueran cumplidas, así fuera tardíamente, o de lo contrario, hacer efectivo el

⁴ Folio 94 Pb

⁵ creada mediante el Acuerdo 19 de octubre 6 de 1972 del Concejo de Bogotá

cumplimiento de la garantía mediante un procedimiento sancionatorio, respetando el debido proceso, como lo consagra el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

La entidad demandada por estar sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, haciendo uso de las cláusulas 13 y 15 pactadas en el contrato de obra, tramitó en contra de su contratista el proceso sancionatorio contemplado en artículo 86 de la Ley 1474 de 2011⁶.

Así, citó al contratista y a su garante a una audiencia pública donde le indicó las obligaciones incumplidas y la consecuencia derivada de ello. Durante la diligencia la entidad les expuso los puntos motivo de inconformidad; permitió al contratista y a su aseguradora presentar sus descargos y aportar sus pruebas. Concluida la etapa anterior, el IDU mediante resolución 11172 del 21 de diciembre de 2016, consignó todo el procedimiento efectuado y decidió declarar el incumplimiento del contrato haciendo efectiva la cláusula penal.

Si bien en el caso bajo estudio, en la misma diligencia en que el contratista y su aseguradora presentaron su recurso de reposición contra la resolución **11172 del 21 de diciembre de 2016**, aquel no se decidió ahí mismo, ello no significaba que nunca se decidiría o que quedaría indefinidamente postergada su decisión, pues las normas contemplan consecuencias ante el silencio de la administración dependiendo del transcurrir del tiempo, punto que a continuación explicaremos.

En lo no contemplado en las disposiciones normativas relacionados con temas de contratación estatal y sus concordantes, se aplica el CPACA. Así las cosas, el legislador contempló que la facultad sancionatoria tiene caducidad de tres años después de proferido el acto administrativo que impone la sanción y que el acto que impone una sanción es diferente del acto que resuelve los recursos cuya caducidad es de 1 año, según lo indicado en el *artículo 5 del CPACA*⁷.

En el presente caso la resolución No. 11172 del 21 de diciembre de 2016 fue objeto de recurso el 12 de enero de 2017 y al transcurrir los 2 meses sin respuesta de la entidad, la parte actora pudo entender que se resolvió de manera desfavorable a sus pretensiones, demandando el acto ficto; sin embargo, no lo hizo. De ello es prueba la demanda que promovió donde sólo solicitó la pretensión de liquidación judicial del contrato.

⁶ artículo 3, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011

⁷ (...) artículo 52. del CPACA Salvo lo dispuesto en leyes especiales, **la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caducas a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiese ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.**

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria.

En todo caso la entidad no podía dejar transcurrir más de un año so pena de que se entendiera decidido el recurso a favor del accionante, además de las consecuencias que le acarrearía internamente a los funcionarios de la entidad obligados a dar respuesta y que se demoraron en cumplir su función.

- **¿Cuál es el límite que tiene una entidad como el IDU para hacer uso de la potestad sancionatoria de un contrato?**

Citando lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la ejecución de la cláusula penal se puede perseguir mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.

La liquidación del contrato es un ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de cada uno o se **declaren a paz y salvo**, según el caso, para extinguir el negocio jurídico celebrado⁸.

Por ello, teniendo en cuenta los plazos indicados en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 para liquidar un contrato, se debe entender que mientras existan obligaciones insatisfechas por el contratista y no exista liquidación del contrato que finiquitó la relación jurídica comercial de las partes, la entidad puede ejercer su facultad sancionatoria sobre el contratista incumplido.

Ahora bien, no es de recibo el argumento de la parte demandante en el sentido de indicar que los actos administrativos proferidos por el IDU adolecen de nulidad, porque perdió competencia para ejercer la potestad sancionatoria, al haber sido notificada de la demanda que pretendía la liquidación judicial del contrato. La razón de ello es que para ese momento aún persistían obligaciones incumplidas por parte del contratista pendientes de su cumplimiento.

Es decir, si las partes no liquidaron el contrato de manera bilateral, ni la entidad de manera unilateral y el contratista acudió a la jurisdicción contencioso-administrativa en ejercicio del medio de control de controversias contractuales solicitando la liquidación judicial del contrato, la notificación del auto admisorio de la demanda a la entidad, no significa que aquella pierda su facultad sancionatoria por estas razones: i. porque la presentación de la demanda **no genera terminación de las obligaciones contractuales pendientes de cumplimiento** y ii. porque el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 contempla que la competencia de la entidad para hacer efectiva la cláusula penal está condicionada a que “**se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista**”

- **¿El IDU tenía competencia para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por el contratista y la aseguradora contra la resolución que**

⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL - consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS - Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil dieciséis (2016) - Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00067-00(2253) - Actor: MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

impuso la multa a pesar de estar en curso demanda que solicitaba la liquidación judicial del contrato?

En el caso bajo estudio el IDU podía hacer uso de su facultad sancionatoria después de vencido el plazo de ejecución y hasta que se liquidará el contrato⁹.

Analizando el contrato bajo estudio con todas sus prórrogas y suspensiones tenía como finalización del plazo de ejecución el 24 de agosto de 2015 como a continuación se sintetiza:

| FASE DE EJECUCIÓN | PLAZO |
|---|-----------------|
| Revisión, complementación y/o actualización y/o ajustes y/o elaboración de los Estudios y Diseños | 3 meses |
| Preliminares de Obra | 1 mes |
| Ejecución de las Obras | 6 meses |
| TOTAL | 10 meses |

| <i>Fecha de suscripción</i> | <i>Modificación</i> | <i>Finalización de la obra en tiempo</i> | <i>Dinero</i> |
|--|---|--|---------------|
| Acta de inicio: 12 de marzo de 2014 Acta de Inicio del Contrato de Obra y Consultorio No. 2172 de 2013. | 10 meses | finaliza enero 12 de 2015 | |
| 11 de junio de 2014 MODIFICACIÓN No. 1 al Contrato de Obra y Consultorio No. 2172 de 2013 | las partes establecen que durante la etapa de Preliminares se adelanten las actividades de Complementación y/o Actualización y/o ajustes y/o Estudios y Diseños y Aprobaciones. Esto no afecta el plazo total inicialmente pactado, no genera costos adicionales para la entidad." | | |
| 10 de julio de 2014 ACTA No. 3 de suspensión del Contrato 2172 de 2013, | Suspende el contrato por 11 días (el 12 de julio de 2014 iniciaba la ejecución de la obra) | Finaliza 23 de enero de 2015 | |
| 21 de julio de 2014 suscribió ACTA No. 4 | Ampliación del contrato, por un término de 18 días | Finaliza 10 de febrero de 2015 | |

⁹ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No 50422-23-31-000-1992-01369-01 (17.031) de 20 de noviembre de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Esta tesis también fue adoptada y expuesta en la misma Corporación en Sentencia de 9 de abril de 1992, Exp.6491, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

| | | | |
|---|--|----------------------------------|---|
| 08 de agosto de 2014 suscribió ACTA No. 5 | Suspende el contrato por 14 días | Finaliza 24 de febrero de 2015 | |
| 25 de febrero de 2015 Suscribió LA ADICIÓN, PRÓRROGA Y MODIFICACIÓN No. 1 | <i>prorrogó por el término de cuatro [4] meses el plazo del contrato, contados a partir del día siguiente a la fecha del vencimiento del plazo inicial, sus prórrogas y suspensiones, si a ello hubo lugar</i> | Finaliza el 24 de junio de 2015 | <i>se adiciona el valor del contrato en la suma de MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS (\$1.656.969.789) M/CTE)</i> |
| 25 de junio de 2015 Suscribió la PRÓRROGA NO. 2 Y ADICIÓN NO. 2 AL CONTRATO DE OBRA No. 2172 DE 2013 | se prorrogó el plazo del contrato por un término de un (1) mes, contado a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento del plazo inicial y sus prórrogas y suspensiones | Finaliza el 24 de julio de 2015 | adiciona el valor de DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SEIS PESOS (\$2.436.268.000). |
| 24 de julio de 2015 Se suscribió la PRÓRROGA No. 3 | se prorrogó el plazo del contrato por un término de un (1) mes, contado a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento del plazo inicial y sus prórrogas y suspensiones | Finaliza el 24 de agosto de 2015 | |
| 25 de agosto de 2015 se suscribió ACTA No. 24 DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA. | | | |

Ahora, teniendo en cuenta que se suscribió el acta de terminación del contrato el 25 de agosto de 2015, tenemos lo siguiente:

| | | | |
|--|--|---|--|
| Tiempo para liquidar el contrato | 4 meses (bilateralmente) | 2 meses (unilateralmente) | 2 años (judicialmente) |
| Cuando vencía el plazo para liquidarlo | 25 de diciembre de 2015 | 25 de febrero de 2016 | 25 de febrero de 2018 |
| Uso de la facultad sancionatoria | El IDU expidió la Resolución No. 11172 del 21 de diciembre de 2016 que hizo efectiva la cláusula penal | El 12 de enero de 2017 tanto la contratista como la aseguradora interpusieron recurso de reposición | El IDU decidió con Resolución No. 3730 del 21 de julio de 2017 los recursos interpuestos |

De lo anterior se concluye que a pesar de que el IDU se notificó del auto admisorio de la demanda con pretensión de liquidación el 22 de mayo de 2017, como aún había obligaciones contractuales pendientes de cumplir por el contratista y no se había efectuado la liquidación del contrato, la entidad podía declarar el incumplimiento haciendo efectiva la cláusula penal y por supuesto decidir los

recursos interpuestos, so pena de que operara pasado un año el silencio administrativo positivo, además de las consecuencias disciplinarias. Con todo, el contratista había podido demandar la nulidad de los actos administrativos que le hicieron efectiva la cláusula penal, con su respectivo término de caducidad autónomo para dichas pretensiones.

No sobra indicar que no hay **disposición normativa** que contemple la pérdida de competencia por parte de una entidad estatal de pronunciarse y hacer uso de la potestad sancionatoria con solo la **presentación de la demanda o su notificación**; asunto diferente hubiera sido que el contratista en la demanda que promovió, hubiese demandado el acto ficto ante la operancia del silencio administrativo negativo, solicitando la suspensión del acto, lo cual no hizo.

- **¿Son nulas las resoluciones 011172 de 21 de diciembre de 2016 y su confirmatoria 003730 del 21 de julio de 2017 proferidas por el IDU?**

No. La presentación, admisión y/o notificación de la demanda con pretensión de liquidación no interrumpe la competencia para hacer uso de la facultad sancionatoria de la entidad, mucho menos la de decidir los recursos interpuestos por las partes afectadas y de esa facultad hizo uso mientras persistían las obligaciones insatisfechas por el contratista, sin que existiere liquidación judicial que indicara que las partes quedan a paz y salvo.

De esta forma, teniendo en cuenta que no se demostró la causal de nulidad de la resolución No. 011172 de 21 de diciembre de 2016 y su confirmatoria mediante Resolución No. 003730 del 21 de julio de 2017 las pretensiones de la demanda deberán ser denegadas.

2.4. CONDENA EN COSTAS:

Se **CONDENARÁ EN COSTAS** a la **parte actora** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimientos Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que remite al Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso¹⁰

Sobre este punto los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso establecen que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y para la fijación de las agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

¹⁰ "(...). Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

En el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016¹¹, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establece las tarifas de agencias en derecho, señalando en los asuntos de primera instancia de mayor cuantía¹², un parámetro entre el **3 y el 7,5% de lo pedido**.

De conformidad con lo anterior, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte demanda, así como la cuantía del proceso, y en atención a que la parte actora con la presentación de la demanda ante el tribunal pretendió enervar la competencia de la potestad sancionatoria de la entidad demandada IDU, se fijará como agencias en derecho el **3% de las pretensiones negadas** en la presente sentencia.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Niéguese las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Se condena en costas a la parte **ACTORA**, liquídense por secretaria.

TERCERO: Fíjense como agencias en derecho del apoderado de la parte demandada la suma de \$ 3.031.191,76 ¹³

CUARTO: Notifíquese a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA.

COPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


OLGA CECILIA HENAO MARÍN
Juez

NNC/OCHM

¹¹ ACUERDO No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho ARTÍCULO 4º. Analogía. A los trámites no contemplados en este acuerdo se aplicarán las tarifas establecidas para asuntos similares. ARTÍCULO 5º. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL. En única instancia. a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido. b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V. En primera instancia. a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario: (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido. (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido. b. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V. En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V. (...) negrita fuera de texto.

¹² CGP. ARTÍCULO 25 Cuantía. “(...) Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv). Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv). (...)”

¹³ El 3% de 101.039.725,25 equivalente a las pretensiones solicitadas

Firmado Por:

**Olga Cecilia Henao Marin
Juez
Juzgado Administrativo
034
Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.**

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

Código de verificación: **5096ca8e4834ddb613408ecc12d22f7e0004816639826d38fc76723fd5778889**

Documento generado en 22/09/2021 06:08:51 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>