



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN C**

**Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil veintidós (2022)**

**Referencia:** CONTROVERSIAS CONTRACTUALES  
**Radicación:** 25000-23-26-000-2009-01076-01 (51741)  
**Demandante:** CICON S.A. Y OTRO  
**Demandado:** INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU)

**Temas:** Falta de competencia relativa. Violación del debido proceso. Desviación de poder. Falsa motivación. Cláusula penal pecuniaria. Proporcionalidad de la cláusula penal pecuniaria.

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 29 de mayo de 2014 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera. Subsección C de Descongestión, que negó las pretensiones de la demanda.

**I. SÍNTESIS DEL CASO**

El IDU y el Consorcio CICON – KMA II celebraron el contrato IDU-194 de 2005, cuyo objeto consistía en la construcción de accesos a barrios y pavimentos locales en el barrio Jerusalén de la localidad de Ciudad Bolívar en Bogotá. La entidad, mediante Resolución 196 de 2009, confirmada por la Resolución 1204 del 24 de abril de 2009, declaró el incumplimiento contractual de las obligaciones a construir las obras dentro del plazo pactado, y a allegar documentos necesarios para la liquidación del contrato, y en consecuencia hizo efectiva la pena pecuniaria por \$428'170.642.

El Consorcio demandó los actos administrativos, porque, en su parecer, los actos adolecían de falta de competencia, violación del debido proceso, falsa motivación, desviación de poder y desproporcionalidad respecto a lo ejecutado por el contratista.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. La demanda**

Mediante escrito radicado el 18 de diciembre de 2009, **las sociedades CICON S.A. y KMA Construcciones S.A., y el Consorcio que estas conformaron (CICON – KMA II)**, formularon demanda<sup>1</sup> contra el **Instituto de Desarrollo Urbano (IDU)** en ejercicio de la **acción de controversias contractuales** para que se declare: (i) la nulidad de la resolución n° 196 del 2 de febrero de 2009, que declaró el incumplimiento contractual del Consorcio, por no haber terminado las obras en el plazo convenido y, en consecuencia, hacer efectiva la pena pecuniaria, amparada

<sup>1</sup> F. 13-31, c. 1.



mediante póliza de cumplimiento; (ii) la nulidad de la resolución n° 1204 del 24 de abril de 2009, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior, confirmándola en su totalidad; y (iii) que, en consecuencia, se ordene restablecer el derecho de las demandantes condenando al pago de la suma de la pena impuesta, el correspondiente a la *“pérdida financiera por no recibir los pagos de las actas o facturas presentadas y no canceladas o a las que se les aplicó o descontó el valor de la multa impuesta”*; y a la afectación del buen nombre de las empresas, y en la participación en otros procedimientos de selección con entidades públicas.

Como asidero fáctico de sus pretensiones, la demandante relata:

2.1.1. Que el 29 de diciembre de 2005, el Consorcio CICON – KMA II y el IDU celebraron el contrato IDU-194 de 2005, cuyo objeto consistía en la construcción de accesos a barrios y pavimentos locales en el barrio Jerusalén de la localidad de Ciudad Bolívar en la ciudad de Bogotá.

2.1.2. Previamente, el IDU había contratado a un diseñador y consultor que se encargaría de entregarle a la entidad los estudios y diseños completos de las vías a construir. Pero, la orden de inicio de las obras se produjo el 9 de octubre de 2006, mucho después de la celebración del contrato, porque la contratante no contaba con estudios, planos y diseños para las obras.

2.1.3. El plazo era de 9 meses, 1 para la etapa de preconstrucción, y 8 para la de construcción, que a su vez se subdividía entre 7 para confeccionar la obra, y 1 para la entrega y recibo de la misma.

2.1.4. El 8 de junio, 9 de octubre y 24 de diciembre de 2007, las partes pactaron múltiples prórrogas al contrato. El negocio concluyó el 11 de marzo de 2008.

2.1.5. Sin contar con la participación del contratista, la interventoría informó circunstancias que no reflejaron el estado real de las obras, por lo que el acta de terminación del contrato, que expresó lo expuesto por la interventoría, no fue suscrita por el Consorcio. Esa fuente de información también fue usada por el IDU, para iniciar el procedimiento declarativo del siniestro y efectividad de la cláusula penal.

2.1.6. En decisión del 19 de marzo de 2009, ratificada por la entidad al resolver el recurso de reposición, el IDU declaró el incumplimiento parcial del contrato e hizo efectiva la cláusula penal, por \$428'170.642, monto que supera ampliamente el porcentaje de obras que supuestamente no se habrían ejecutado (\$21'527.208, equivalente al 0,5% del precio del contrato).

2.1.7. La parte demandante acusa que las decisiones del IDU fueron proferidas con falta de competencia, falsa motivación, desviación de poder, violación al debido proceso y al derecho de defensa, y desproporcionalidad de la sanción.

## 2.2. Trámite procesal relevante

2.2.1. El 18 de marzo de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca **admitió** la demanda<sup>2</sup>, y ordenó su notificación al IDU y al agente del Ministerio Público.

<sup>2</sup> F. 53-54, c.1, corregido mediante auto del 20 de mayo de 2010: f. 58-59, c. 1.



2.2.2. El IDU contestó la demanda<sup>3</sup>, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones del Consorcio.

2.2.3. En la etapa para presentar **alegatos de conclusión en primera instancia**<sup>4</sup>, estos fueron presentados por el IDU<sup>5</sup> y la parte actora<sup>6</sup>. El Procurador 11 Judicial Administrativo II rindió concepto<sup>7</sup> en la oportunidad correspondiente.

2.2.4. El Tribunal, mediante **sentencia de primera instancia**<sup>8</sup> del 29 de mayo de 2014, desestimó las pretensiones de la demanda.

2.2.5. La demandante interpuso **recurso de apelación** contra esta decisión<sup>9</sup>. Esta Corporación lo concedió mediante auto del 13 de agosto de 2014<sup>10</sup>.

2.2.6. El 3 de septiembre de 2014, inició la etapa para presentar los **alegatos de conclusión en segunda instancia**<sup>11</sup>, ocasión en que únicamente se pronunció la parte actora<sup>12</sup>.

2.2.7. El magistrado Nicolás Yepes Corrales manifestó estar impedido para conocer del presente asunto, toda vez que previamente rindió concepto en el asunto, como Procurador 11 Judicial Administrativo II ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. El impedimento es fundado por lo que será apartado del conocimiento del asunto.

### III. CONSIDERACIONES

#### 3.1. Presupuestos de la sentencia de mérito

3.1.1. La Sala es **competente** para conocer de la presente acción de controversias contractuales, en virtud del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley 01 de 1984 - CCA), modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006<sup>[13]</sup>, vigentes para la época en que se presentó la demanda, toda vez que la parte demandada es un establecimiento público del Distrito Capital de Bogotá. Además, conforme a las normas procesales aplicables al asunto, esta Corporación decide la segunda instancia de las sentencias proferidas por los Tribunales

<sup>3</sup> F. 61-80, c. 1.

<sup>4</sup> Abierta por el Tribunal mediante auto del 21 de febrero de 2014: f. 209, c.1.

<sup>5</sup> F. 210-217, c. 1.

<sup>6</sup> F. 218-234, c. 1.

<sup>7</sup> F. 236-256, c. 1.

<sup>8</sup> F. 258-274, c. ppal.

<sup>9</sup> F. 276-300, c. ppal.

<sup>10</sup> F. 308, c. ppal.

<sup>11</sup> F. 138, c. ppal.

<sup>12</sup> F. 309-324, c. ppal.

<sup>13</sup> "ARTICULO 82. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley."



Administrativos<sup>14</sup>, y este asunto tiene vocación de doble instancia por el factor cuantía<sup>15</sup>.

3.1.2. Conforme al inciso segundo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, los actos administrativos proferidos con ocasión de la actividad contractual de las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP) son enjuiciados a través de la **acción de controversias contractuales**<sup>16</sup>, de manera que el término para formular oportunamente la demanda es el de dos años, tomados a partir del motivo de hecho o de derecho que motiva la reclamación judicial.

3.1.2.1. En este caso, motivaron la demanda las decisiones administrativas plasmadas en las Resoluciones 196 del 2 de febrero de 2009, y 1204 del 24 de abril de 2009, confirmatoria de la inicial. Esta última fue notificada por edicto<sup>17</sup>, desfijado<sup>18</sup> el 25 de junio de 2009. A partir del día siguiente a esta última fecha, la parte actora tenía hasta el 26 de junio de 2011 para formular su reclamación judicial.

3.1.2.2. Con estas fechas, resulta evidente que la demanda se **presentó en tiempo**, incluso pasando por alto la suspensión del término de caducidad por el trámite conciliatorio prejudicial, transcurrido entre el 27 de octubre y el 18 de diciembre de 2009, fecha en que fue expedida el acta de no acuerdo<sup>19</sup>.

3.1.3. Por último, los extremos procesales están **legitimados en la causa**: las sociedades actoras, como destinatarias de los actos demandados, en su calidad de integrantes del Consorcio contratista; y la entidad demandada, por pasiva, al ser la autoridad administrativa que profirió las resoluciones bajo juzgamiento.

## 3.2. Identificación de la controversia y problemas jurídicos

3.2.1. Como fundamento del **juicio desestimatorio**, el Tribunal consideró que las resoluciones atacadas fueron expedidas al amparo del parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; razón por la que, en primer término, no le asistía razón a la actora para predicar la incompetencia de la entidad para imponer las medidas contenidas en los actos demandados, toda vez que se cumplían los presupuestos que le permitían obrar en tal sentido, a saber: el contrato se celebró antes de expedirse la mencionada ley, y se pactó cláusula de multas y penal pecuniaria, que previó la potestad de la contratante de imponer y hacerlas efectivas unilateralmente. Además, observó que los actos fueron proferidos después de la

<sup>14</sup> CCA. Artículo 129 (subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998): “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.”

<sup>15</sup> Según el artículo 132 numeral 5 del CCA (subrogado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998), los asuntos “referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.”. Para el 2009, ese tope equivalía a \$248'500.000. En este caso, dicho monto fue superado por las pretensiones de la demanda, tasadas en \$430'000.000.

<sup>16</sup> “Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

<sup>17</sup> F. 153-154, c. 2.

<sup>18</sup> Constancia de desfijación: f. 155, c. 2.

<sup>19</sup> F. 37-38, c. 1.



entrada en vigor de la norma legal mencionada. Estos argumentos también fundamentaron la ausencia de desviación de poder en las decisiones proferidas.

3.2.1.1. El *a quo* descartó la acusación por desproporcionalidad de la sanción ya que, si bien las obras no concluidas equivalían aproximadamente a \$21'000.000, encontró que existían otros incumplimientos contractuales atribuidos a la contratista:

*“[...] entre ellos la entrega a la interventoría de los planos record aprobados por las empresas de servicio públicos a las que se intervinieron redes, y la entrega de los paz y salvos de las empresas de servicios a las que se les intervinieron redes, lo que generó que no se hayan realizado con la Empresa de Acueducto de Bogotá y Empresa de Teléfonos de Bogotá los respectivos cruces de cuentas de las obras, sanción que está calculada por un valor de \$406.913.434, así las cosas, obsérvese que el total de estas sumas es el equivalente de \$428.170.642”.*

3.2.1.2. Tampoco encontró violado el debido proceso ni el derecho de defensa de la actora, porque el IDU siguió lo preceptuado por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y se probó la presentación de descargos, así como el ejercicio de recursos en la vía gubernativa. Y en relación con el decreto de pruebas solicitadas, sostuvo que, de acuerdo con el artículo 56 del CCA:

*“[...] el recurso de reposición siempre debe resolverse de plano, razón por la cual la práctica de pruebas solicitada por la parte accionante fue denegada en su momento por la entidad demandada, toda vez que no había lugar a su decreto, aunado a ello obsérvese que el Consorcio [...] debió en su momento cuando [sic] interpuso el recurso de reposición allegar todas las pruebas que tenía en su poder con el fin de desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo recurrido”.*

3.2.1.3. El Tribunal no encontró configurado el cargo de falsa motivación, porque las decisiones fueron *“proferidas de conformidad a los hechos y pruebas existentes que se obtuvieron a lo largo del proceso administrativo y las mismas fueron motivadas de conformidad con la normatividad contractual vigente”*. Además, no se demostró un hecho extraño que le impidiera al consorcio contratista la ejecución del contrato.

3.2.2. En su **recurso de alzada**, el Consorcio CICON-KMA II planteó los siguientes reparos contra la sentencia de primera instancia:

3.2.2.1. Frente a la desproporcionalidad de la sanción, señaló que la documentación cuya entrega consideró el Tribunal que no se había producido, sí fue entregada por el Consorcio, por lo que no hubo tal incumplimiento contractual. Ahora, de ser una obligación incumplida, el juzgador de primera instancia debió considerar que la entrega de dichos insumos dependía de terceros (empresas de servicios públicos domiciliarios) sobre los cuales el Consorcio no tenía ningún poder coercitivo. Sobre este mismo cargo, la parte apelante echa de menos que el *a quo* no haya efectuado un análisis detenido sobre el porcentaje real de ejecución de las obras, que debía incidir en la cuantificación de la pena.

3.2.2.2. En torno al señalamiento de falsa motivación, la recurrente cuestiona que la sentencia no haya encontrado demostrado este vicio, porque hubo razones no atribuibles al Consorcio que impidieron la ejecución completa de las obras dentro del plazo pactado. En primer lugar, los documentos aportados y el testimonio de



Salomón Niño dan cuenta del deber del IDU de entregar oportunamente los diseños, planos y estudios completos de la construcción y —en particular— de los “*muros de contención necesarios*”, aspecto que entorpeció el desarrollo del objeto contractual y desconoció el principio de planeación. En segundo lugar, afirma que en el acápite de las obras no ejecutadas de las decisiones demandadas, se relacionaron unas que “*realmente sí estaban ejecutadas, o que ya había sido ejecutada y dañada, o que correspondía era a corrección de defectos, o que no hacían parte del objeto contractual*”. Para sustentar estas afirmaciones, invocó extractos de los testimonios de Aníbal Ojeda y Salomón Niño.

Agregó la apelante que existió una “*falsa motivación de hecho*”, porque el alegado incumplimiento no existió, y de haberse dado, éste fue ocasionado por la entidad. Aseguró así mismo que el interés público fue satisfecho con las obras ejecutadas y puestas a disposición de la comunidad, razón por la que la demandada no podía hacer uso de sus prerrogativas.

3.2.2.3. Hubo desviación de poder, debido a que la cláusula penal pecuniaria se ejerció respecto de un incumplimiento parcial e intrascendente, cuando la finalidad de esta cláusula es sancionar incumplimientos definitivos y graves.

3.2.2.4. Se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa del contratista, porque la entidad negó la práctica de las pruebas solicitadas en vía gubernativa. Estas, según el recurso, eran “*de gran importancia y pudieron haber variado la decisión administrativa*”.

3.2.2.5. La falta de competencia que se discutía era relativa al funcionario que dictó las resoluciones demandadas, no a la vigencia o a la retrospectividad o retroactividad del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Argumenta que la delegación que el Director del IDU hizo al Director Técnico de Malla Vial, “*por medio de la Resolución 1705 del 19 de abril de 2006*”, se hizo antes de la expedición de dicho artículo, en un momento en que la potestad legal de hacer efectiva unilateralmente la pena pecuniaria no existía, siendo imposible delegar una competencia no concebida por el legislador.

3.2.3. Visto lo anterior, como **problemas jurídicos**, la Sala deberá dar respuesta a los las siguientes cuestiones:

3.2.1. ¿Se presentó una falsa motivación en las resoluciones 196 del 2 de febrero de 2009 y 1204 del 24 de abril de 2009, porque, se demostró que el IDU no entregó oportunamente los diseños, planos y estudios completos de la construcción, porque en aquellas fueron mencionados incumplimientos del contratista que no se presentaron, y las obras fueron ejecutadas y puestas a disposición de la comunidad?

3.2.2. ¿Los actos demandados fueron expedidos con vulneración del debido proceso, ya que en su imposición el IUD negó la práctica de pruebas solicitadas por la contratista, que pudieron haber variado la decisión?

3.2.3. ¿El funcionario que profirió los actos impugnados no era competente, porque la resolución la resolución de delegación de funciones, en la que se fundamentó, fue expedida antes de la entrada en vigor de la Ley 1150 de 2007?



3.2.4. ¿En los actos demandados la pena se hizo efectiva de forma desproporcionada?

### 3.3. Pruebas objeto de valoración

En vista de que hay elementos de prueba documentales aportados en copia simple, la Sala las tendrá en cuenta para decidir conforme lo han establecido, de forma unificada, la Sección Tercera en pleno<sup>20</sup> y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo<sup>21</sup> de esta Corporación.

Dicho lo anterior, se relacionan los siguientes medios de convicción documentales y testimoniales:

3.3.1. En noviembre de 2005, el IDU publicó los **pliegos de condiciones<sup>22</sup> de la licitación pública IDU-LP-DMTV-030-2005**, cuyo objeto era contratar “a precios unitarios, las obras requeridas para la **CONSTRUCCIÓN DE ACCESOS A BARRIOS Y PAVIMENTOS LOCALES, PROGRAMA DE GESTIÓN COMPARTIDA, BARRIO JERUSALÉN EN LA LOCALIDAD DE CIUDAD BOLÍVAR FASE 2 Y FASE 3**” en la ciudad de Bogotá.

3.3.1.1. En lo que refiere a la fase 2, el plazo del contrato a celebrar era de 9 meses, divididos en 1 mes para la *preconstrucción*, 7 meses para la construcción y un mes para el recibo o entrega de las obras.

3.3.1.2. Según el pliego, el valor oficial de A.I.U. para la fase 2 era del “**TREINTA Y TRES PUNTO SETENTA Y CINCO POR CIENTO (33.75%)**” y advirtió a los proponentes que el valor del A.I.U. plasmado en la propuesta no podía “*ser inferior al 80% ni mayor al 100% del Valor Oficial del Porcentaje de A.I.U., so pena de rechazo de la propuesta*”.

3.3.1.3. Entre las actividades que correspondía realizar al contratista, el pliego enunciaba la realización de demoliciones y excavaciones de todo tipo, nivelación y conformación de subrasantes, y la construcción de “*redes de servicios públicos (reparación, rehabilitación, reubicación, renovación y construcción de las mismas)*”, subbases granulares y/o bases granulares, losas de concreto hidráulico, calzadas de pavimento en adoquín y asfalto, andenes, ciclorrutas, bolardos metálicos y barandas.

3.3.1.4. El pliego expresó que el IDU suministraría “*los diseños para las vías objeto de la presente licitación, los cuales fueron elaborados mediante el contrato IDU-209-03*”.

3.3.1.5. Durante la etapa de *preconstrucción*, el contratista debía revisar los estudios y diseños de acuerdo con su propia verificación y validación en el terreno, y con ello realizar la construcción con insumos actualizados. Así mismo, debía revisar y ajustar las cantidades de obra y presupuesto de acuerdo a los estudios y diseños suministrados por la entidad, y para tal propósito el contratista debía “*realizar una actualización del inventario de redes existentes y solicitar información de redes que han sido construidas o*

<sup>20</sup> Sentencia del 28 de junio de 2013. exp. 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022).

<sup>21</sup> Sentencia del 30 de septiembre de 2014. exp. 11001-03-15-000-2007-01081-00(REV).

<sup>22</sup> F. 205-400, c. 3.



fueron proyectadas por las empresas de servicios, con posterioridad a la elaboración de los estudios y diseños con que cuenta la entidad”.

3.3.1.6. El apéndice C del pliego<sup>23</sup> contenía las especificaciones para las redes de servicios públicos y en él se declaró que “[s]u incumplimiento constituirá incumplimiento del Contrato, haciéndose aplicables las sanciones previstas en el mismo”. Consta que el diseño de las obras de redes de servicios públicos había sido realizado por el IDU y aprobado por las ESPs respectivas. Sin embargo, se preveía la modificación o adecuación de los diseños y estudios de detalle durante la ejecución del contrato, con el “objeto de garantizar los resultados exigidos”, actividad que requería de la aprobación de las ESPs.

3.3.1.6.1. Las **obras acueducto y alcantarillado** que habían de ser realizadas para la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (en adelante, “EAAB”) comprendían la verificación del adecuado funcionamiento y la adecuación de las redes existentes para el drenaje pluvial y sanitario, con el fin de pavimentar las vías objeto del contrato, lo que podía implicar el reemplazo y la relocalización de algunos de sus elementos. El sistema de drenaje intervenido debía ser entregado a la EAAB en perfecto funcionamiento y las obras debían ser entregadas “de forma simultánea a los planos de construcción, los cuales deben ser elaborados bajo las normas establecidas en el SIG de la EAAB-ESP”.

3.3.1.6.2. Aparte, el contrato comprendía “el acondicionamiento” de **redes telefónicas de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá** (“ETB”), de las Empresas Públicas de Medellín (“EPM”) y de Telecom-Capitel, así como de las **redes eléctricas** de CODENSA, de acuerdo con las especificaciones definidas en los planos de diseño aprobados y las recomendaciones de cada una de estas ESPs. En caso de que existieran inconsistencias entre lo consignado en los planos y documentos entregados para las redes telefónicas y eléctricas, y lo hallado en el terreno, el contratista debía solicitar su verificación por escrito a la interventoría.

Podrían darse, además, modificaciones a las obras de redes telefónicas y eléctricas especificadas en los planos y documentos, las cuales debían consultarse con la “autoridad designada”. Estas modificaciones “[...] se irán registrando de acuerdo con el avance de la obra, en un juego de planos Maestro (Máster) destinados para tal propósito. De esta manera, durante y al finalizar los trabajos del contrato, el Contratista procederá a digitalizar la información de los cambios en los respectivos archivos magnéticos, se superará la revisión y se emitirán los planos finales sellados ‘OBRA REALIZADA’”. Se buscaba garantizar así “la culminación de los planos de OBRA REALIZADA con la suficiente anticipación a la entrega final de la obra”. En línea con ello, se especificó en los pliegos que “[c]omo requisito previo para el recibo final de las instalaciones el Contratista deberá entrega un juego de planos modificados ‘según obra realizada’ y un visto bueno por parte de CODENSA ESP S.A. y las respectivas empresas telefónicas”.

3.3.1.7. En el apéndice C del pliego fueron regulados los **trámites administrativos que se adelantarían ante las ESP**, de los cuales, se dijo: “deben ser cumplidos por el contratista”, de la siguiente manera:

<sup>23</sup> F. 372-400, c. 3.





«a) El Contratista debe solicitar al IDU, a través de la interventoría, copia de los convenios interadministrativos vigentes con las Empresas de Servicios Públicos, para su información y aplicación. Para los asuntos relacionados con estos convenios, se debe consultar con la Subdirección Técnica de Coordinación Interinstitucional del IDU, STCI en adelante.

b) El IDU tiene disponibles, para consulta, los diseños aprobados por las ESP o el IDU, según el caso, y demás documentos necesarios para la ejecución de las obras; el Contratista junto con la Interventoría, debe verificar la vigencia de los mismos.

c) El IDU, por intermedio del área ejecutora del Contrato de Obra, solicitará por escrito el respectivo profesional delegado de la ESP para supervisión de las obras, en donde se indicará la fecha de iniciación del Contrato de Obra, el nombre de las firmas concesionaria e interventora y el alcance del mismo.

d) Si el delegado de la ESP no es nombrado en un plazo de 10 días hábiles la interventoría debe informar al coordinador IDU, para que a través de la STCI se agilice el nombramiento.

e) Cada empresa nombrará un profesional delegado para la supervisión de las obras, quien debe asistir a los comités de obra, previa citación de la Interventoría. Adicionalmente, cualquier información impartida por el delegado de las ESP debe quedar por escrito, dejando constancia de las mismas en un acta firmada por las partes o bien quedar en el libro de obra.

f) En caso de inasistencia del delegado de la ESP a los comités de obra, el interventor debe notificar al coordinador y a la STCI del IDU.

g) Para dar inicio a la obra la Interventoría debe verificar que se cuente con el número de proyecto otorgado por la ESP y el delegado por cada una de las entidades, y obtener las aprobaciones que se requieran cuando por razones no previstas se deban realizar modificaciones.

h) La interventoría, el Contratista, el coordinador del IDU en compañía del profesional delegado de la ESP y el delegado por cada una de las entidades, y obtener las aprobaciones que se requieran cuando por razones no previstas se deban realizar modificaciones.

i) Los traslados de redes de las ESP que sean necesarios para adelantar los proyectos IDU, deben ser solicitados a la empresa en forma escrita por el IDU, a través del área ejecutora del Contrato de Obra; el Contratista no podrá solicitar el traslado de éstas directamente a las ESP. La solicitud por escrito, será el soporte para el cruce de cuentas.

j) La interventoría, con base en el proyecto aprobado y una vez verificados los posibles cambios debe elaborar el formato "Preacta de cruce de cuentas con empresas" (STDO-00434) y hacer entrega de las misma a la Dirección Técnica de Construcciones.

k) La interventoría debe elaborar las Actas de Puesta en Servicio de las Obras. Estas actas servirán únicamente para efectos del cruce de cuentas



entre el IDU y las ESP, sin perjuicio de lo establecido en la Cláusula 5.2.1 del Contrato de Obra [24].

l) Al finalizar la obra, la interventoría debe elaborar el Acta de Recibo de Obra por parte de las Empresas, (Formato IDU STDO-00166) y enviar el original de la obra ejecutada lo siguiente:

- Porcentaje de AIU.
- Ajuste.
- Porcentaje Interventoría (no aplica para la empresa Codensa).

El valor de la interventoría se calculará con la siguiente fórmula:

$$\frac{\text{V/R TOTAL INTERVENTORÍA OBRA EJECUTADA X V/R TOTAL OBRAS}}{\text{A CRUZAR}} \\ \text{V/R TOTAL DE OBRA EJECUTADA}».$$

3.3.1.7.1. Por otra parte, el referido apéndice C del pliego de condiciones previó un procedimiento a seguir en caso de daños a la infraestructura de las ESP, a saber:

«a) La Interventoría del Contrato de Obra debe reportar los daños en redes, a la Dirección Técnica de Construcciones y a la STCI, máximo 2 días después de la ocurrencia del mismo. Este reporte debe contener un informe y un registro fotográfico.

b) Con el fin de minimizar la posibilidad de efectuar daños a la infraestructura existente de las ESP, la Interventoría debe verificar que el Contratista revise que la información contenida en los planos corresponda a la realidad.

c) La Interventoría, debe elaborar el Acta de Aceptación y Reparación de Daños, la cual debe ser firmada por el Contratista, interventor, Coordinador IDU y el Delegado de la ESP.

d) En caso de no existir acuerdo entre las partes para firmar el Acta de Daños, la Interventoría debe definir si los mismos son imputables o no al Contratista e informar por escrito a la Dirección Técnica de Construcciones a la STCI con los soportes correspondientes.

e) Es deber de la Interventoría hacer seguimiento al pago de los daños causados a las ESP por parte del Contratista, e informar al IDU. En el caso de no aceptación de daños, la Interventoría debe hacer acompañamiento al IDU para las reuniones que se requieren con las ESP».

3.3.1.7.2. Además, en un acápite del apéndice C destinado a los “**casos especiales**”, se especificó:

“a) En caso de no realizarse obras para cualquiera de las ESP, no se requiere Acta de Recibo de Obra por parte de dicha Empresa, pero es indispensable obtener PAZ Y SALVO.

<sup>24</sup> Tal cláusula, sin embargo, no fue pactada en el Contrato 164 de 2005, ni se encuentra en las cláusulas comunes a los contratos celebrados con el IDU.



b) Si todas las obras ejecutadas son a cargo del IDU, se debe suscribir el Acta de Recibo de Obras de Construcción y Obras para Redes, en la cual el valor a cargo de la ESP será de \$0. [...]”.

3.3.1.7.3. Para la **entrega de obras a la EAAB** se determinó un **procedimiento específico**, el cual comprendía además la supervisión de los trabajos por parte de un funcionario de dicha empresa de servicios públicos (“ESP”), en los siguientes términos:

«a) El contratista elaborará planos “de obra realizada” parciales y actas de recibo de obra por sectores terminados. Estos documentos deben ser verificados por la Interventoría y aprobados por el delegado de la EAAB.

b) Para entregar los sectores terminados a la EAAB, se requiere que la interventoría verifique a satisfacción las obras y que estas sean aceptadas y aprobadas por la EAAB. Posteriormente, debe realizarse un recorrido a la obra con la asistencia del Delegado, Contratista, Interventor y Coordinador IDU para comprobar en terreno lo consignado en los planos de obra realizada. Si el delegado hace observaciones a las obras, deben ser atendidas por el Contratista con el aval del interventor.

c) Una vez aprobados los planos de obra por la EAAB, el delegado debe revisar y aprobar el Acta de Recibo de Obra (Formato STDO-0166).

d) El acta de recibo de obra debe ir firmada por el Gerente de Zona de la EAAB y el Gerente Corporativo de Servicio al Cliente de la EAAB y cumplir con lo establecido en el Formato STDO-1666.

e) El Interventor debe enviar el original del Acta de Recibo de Obra al Coordinador del Contrato de Obra.

f) En caso de que durante el desarrollo de la obra IDU no se ejecuten obras de Acueducto y Alcantarillado, la Interventoría debe solicitar el Paz y Salvo ante la Dirección de Servicio de Acueducto y Alcantarillado de la zona correspondiente. [...]».

3.3.1.8. Ahora bien, para el **cruce de cuentas** se establecieron, en el apéndice C de los pliegos, unos **criterios** específicos para cada ESP, que, en el caso de la **EAAB** se prescribía, debían ser tenidos en cuenta para la elaboración de las actas de puesta en servicio de las obras y las actas de recibo de obras, de la siguiente manera:

«a) Los drenajes de las vías y las modificaciones requeridas por interferencia de la obra serán a cargo del IDU.

b) Toda renovación de redes solicitada para cumplir con las especificaciones vigentes, infraestructura nueva y traslado de redes de acueducto de calzada a andén serán a cargo de la EAAB.

c) Cuando la EAAB solicite ampliación del diámetro de las redes existentes o la reparación o mejoramiento de redes en mal estado, que deban ser trasladadas por interferencia de la obra, su costo será a cargo de la EAAB y el valor a cruzar será el equivalente al diámetro renovado.



d) Si dentro de la obra nueva requerida para drenaje de la vía, la empresa solicita ampliación de diámetro su costo será a cargo de la EAAB y el valor a cruzar será el equivalente al del diámetro adicionado».

3.3.1.9. Para el **cruce de cuentas** con **ETB** se fijaron, por otro lado, los siguientes **criterios** específicos:

«a) La ETB tiene a cargo los costos por concepto de renovación, ampliación o nuevas canalizaciones.

b) El IDU tiene a su cargo los costos de las obras de redes generadas por interferencia con las obras del IDU, por concepto de canalizaciones que deban trasladarse, repararse o protegerse».

3.3.1.10. Finalmente, se determinaron los siguientes **criterios** para el **cruce de cuentas** con **Gas Natural**:

«a) La Empresa de Gas Natural tiene a su cargo los costos por concepto de renovación o ampliación de redes por solicitud de dicha Empresa.

b) El Contratista tiene a su cargo los costos por concepto de daños ocasionados en las redes existentes de la Empresa Gas Natural, con ocasión de las obras del IDU.

c) El Contratista se encarga de dar a conocer a la Empresa Gas Natural el inicio de las obras y se pondrá de acuerdo con dicha Entidad para la Ejecución de las obras durante el proyecto».

3.3.2. El 29 de diciembre de 2005, el IDU, a través de su Director Técnico de Malla Vial, y el Consorcio CICON – KMA II celebraron el **contrato de obra**<sup>25</sup> **194 de 2005**, (en adelante, “**Contrato 194 de 2005**”) con el objeto de:

*“[...] ejecutar a precios unitarios, las obras requeridas para la CONSTRUCCIÓN DE ACCESOS A BARRIOS Y PAVIMENTOS LOCALES, PROGRAMA DE GESTIÓN COMPARTIDA, BARRIO JERUSALÉN EN LA LOCALIDAD DE CIUDAD BOLIVAR FASE 2, EN BOGOTÁ D.C., de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones, en especial lo dispuesto en el Capítulo 4, la propuesta [...] y los apéndices, los cuales hacen parte integral de este contrato”* (subrayado fuera del texto original).

3.3.2.1. En el contrato se pactó un precio, para “efectos legales” de \$4.027’055.068 discriminados así: \$3.697’022.056 (incluido el A.I.U.) como valor de la obra objeto de la construcción; \$242’596.115 como “valor global ambiental y de gestión social en la etapa de construcción”; y \$87’436.897 como valor global para el manejo de tráfico, señalización y desvíos durante la etapa de construcción.

3.3.2.2. El plazo contemplado por el contrato, al igual que en el pliego de condiciones, fue de 9 meses, subdividido entre las etapas de *preconstrucción* (1 mes), construcción (7 meses), y recibo de obras (1 mes), contado desde

<sup>25</sup> F. 157-175, c. 3.



el “acta de iniciación que suscriba el Director Técnico de Construcciones”, durante los 10 días hábiles siguientes al perfeccionamiento y legalización del contrato. Así mismo, plasmaron la posibilidad de ampliar el plazo contractual, a través de la cláusula 12:

**“12. PRÓRROGA.** Si por circunstancias previamente revisadas y aprobadas por el interventor y el área coordinadora, se requiere modificar el plazo del contrato, las partes celebrarán un adicional de acuerdo con las disposiciones legales.

*Pero si por causas imputables al contratista se requiere prorrogar el plazo del contrato para lograr el fin del proyecto y evitar un perjuicio mayor para la entidad y no se considera que existen razones que justifiquen la declaratoria de caducidad, todos los costos que se generen por esta prórroga serán por cuenta del contratista, incluyendo el valor del período adicional de interventoría, el cual será descontado de las actas de obra y/o actas de liquidación”.*

3.3.2.3. El IDU estaba obligado, según el texto del contrato, a realizar los pagos y a prestar su colaboración para el cumplimiento de las obligaciones del contratista. Mientras que, de las obligaciones del contratista, descritas en la cláusula 7 del contrato, cabe destacar:

**“a) Obligaciones en materia de ejecución.** 1) Ejecutar el contrato de conformidad con lo previsto en el pliego de condiciones, la propuesta y el presente contrato. 2) Llevar a cabo todas las labores necesarias para alcanzar el objeto de este proyecto relacionado con la construcción, ciñéndose a las normas técnicas vigentes y a rehacer a sus expensas cualquier obra que resulte mal ejecutada. [...] 4) El Contratista deberá dar estricto cumplimiento al cronograma de obra [...] 6) El CONTRATISTA se obliga a presentar constancia de recibo y aprobación de las respectivas Empresas de Servicios Públicos y Telecomunicaciones a las cuales se les haya ejecutado obra durante la ejecución del contrato donde conste la construcción de los distintos servicios públicos, para el caso en que existan redes en la zona de ejecución del contrato que no hayan sido intervenidas, se obliga a presentar el paz y salvo respectivo donde conste que no fueron afectadas. Esta certificación es requisito previo para la suscripción del acta de liquidación.

[...] **f) Obligaciones en materia de documentos:** 1) Presentar al momento de la iniciación del contrato los documentos señalados en el Pliego de Condiciones. [...] 3) Presentar informes sobre su gestión técnica, ambiental y social con la periodicidad y contenido que le exija los pliegos, el IDU y la interventoría. 4) Las demás obligaciones de entrega de documentos que estén en el pliego de condiciones [...]”.

3.3.2.4. El contrato contempló multas en la cláusula 13, para el incumplimiento parcial de las obligaciones del contrato. En lo pertinente para este caso, se estipuló lo siguiente:

**“13. MULTAS** En caso de incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del **CONTRATISTA** en virtud del contrato que se suscriba, el **IDU** tendrá la facultad de imponerle multas así:



[...] **9) Por incumplimiento en la entrega de documentos:** Si el **CONTRATISTA** incumpliere cualquiera de sus obligaciones de entrega de documentos, se causará una multa diaria de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada día calendario transcurrido a partir de las fechas previstas para el cumplimiento de esta obligación.

**10) Por no liquidar en el término contractual o en su defecto en el término legal establecido para tal fin:** Si por causas imputables al contratista no es posible suscribir el Acta de liquidación del Contrato en el término estipulado en el contrato para tal fin se causará una multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada día calendario transcurrido a partir de las fechas previstas para el cumplimiento de esta obligación”.

3.3.2.5. La cláusula 14 refería a la liquidación del contrato en estos términos:

**“14. LIQUIDACIÓN** El presente contrato se liquidará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación de conformidad con lo estipulado en el artículo 60 de la ley 80 de 1993. Si el **CONTRATISTA** no se presenta para efectos de la liquidación del contrato o las partes no llegan a ningún acuerdo, el **IDU** procederá a su liquidación unilateral de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 de la citada ley, para lo cual proferirá Resolución motivada susceptible del recurso de reposición”.

3.3.2.6. En las cláusulas comunes de los contratos celebrados por el IDU, que se integraron al negocio, la cláusula 5 era la penal pecuniaria cuya redacción fue la siguiente:

**“5. CLAUSULA PENAL PECUNIARIA** En caso de declaratoria de caducidad y/o incumplimiento parcial del presente contrato, el **CONTRATISTA** pagará al **IDU**, a título de pena pecuniaria, una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor del contrato. La imposición de esta pena pecuniaria se considerará como una estimación anticipada de perjuicios que el **CONTRATISTA** cause al **IDU**. El valor pagado como cláusula penal no es óbice para cobrar ante el juez del contrato, la indemnización integral de perjuicios causados si estos superan el valor de la cláusula penal. El valor de esta cláusula penal se descontará de los pagos pendientes a favor del **CONTRATISTA**, o en su defecto se hará efectivo el amparo de cumplimiento de la garantía única”.

3.3.2.7. Además, en la cláusula 11 común a los contratos celebrados con el IDU se estipulaba:

“Para la ejecución e interpretación del presente contrato se tendrán en cuenta [sic] tendrán en cuenta el siguiente orden de prelación de los documentos contractuales:

1. Pliego de condiciones o término [sic] de referencia.
2. Oferta.
3. Documento de Estudio de Evaluación.
4. Resolución de Adjudicación.
5. Contrato.



6. *Todo otro documento que se indique que forma parte del Contrato”.*

3.3.3. El 9 de octubre de 2006, las partes (por el IDU firmaron el Director Técnico de Malla Vial y la Subdirectora Técnica de Pavimentos Locales -e-) firmaron el **acta n° 2 de iniciación de obra**<sup>26</sup>.

3.3.4. El 8 de junio de 2007, las partes (el IDU, a través de su Director Técnico de Malla Vial) celebraron la **adición n° 1 al contrato de obra**<sup>27</sup> que **prorrogó el plazo** original en tres meses. De este documento, cabe resaltar la siguiente consideración sobre la cual se fundamentó este acuerdo:

*«1) La solicitud de prórroga firmada conjuntamente por el Director Técnico de Malla Vial, la Subdirectora Técnica de Pavimentos Locales, el Coordinador, el Interventor y el **CONTRATISTA**, según consta en el documento del 26 de Abril de 2007, en el cual invocan como causal de la misma lo siguiente: “Tal como se estableció en el Acta No. 3 de Inicio de Etapa de Construcción, el contratista con la aprobación de la Interventoría programó la inspección de redes de alcantarillado para definir su posible renovación, la cual tomó un período de un mes contado a partir de la fecha del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción. Producto de dicha inspección se estableció que era necesario renovar todas las redes existentes. Por tal razón y dado que durante éste (sic) período no se ejecutó obra y que los requerimientos inicialmente planteados para la ejecución del proyecto se disminuyen por la renovación de las mismas, de igual manera la ejecución de las obras contratadas no se puede adelantar hasta tanto se haga la renovación, se hace necesario **prorrogar** la fecha inicial de terminación de la Etapa de Construcción en un término de 3 meses, de acuerdo con la valoración hecha por la Interventoría [...]».*

3.3.5. El 9 de octubre de 2007, las partes (el IDU mediante su Director Técnico de Malla Vial) **prorrogaron nuevamente el plazo contractual** en 75 días, a través de pacto adicional<sup>28</sup>. Para tal efecto, tuvieron en cuenta estos documentos<sup>29</sup> y consideraciones:

*«1) Solicitud con radicado IDU No. 082368 del 6 de septiembre de 2007, suscrita por el **INTERVENTOR** del contrato 194 – 2005 en la cual indica como causal de la adición lo siguiente: “Como es de su conocimiento en la ejecución del Contrato IDU-194 de 2005, se han presentado eventos que han afectado el normal desarrollo de las obras. Con base en lo anterior el Consorcio Constructor, mediante comunicación CCKII-GT-194-057-07, solicitó la ampliación del plazo actual del contrato. La cual fue evaluada y mediante nuestra comunicación CAP-375-05 de Julio 31 de 2007 se emitió concepto a la misma, de cuyos documentos se adjunta copia. Adicionalmente, el contratista en Comité de Obra No. 33, de agosto 22 de 2007, se compromete a terminar las obras faltantes durante el período de prórroga mencionado, aceptando que el 40% de los atrasos presentados hasta la fecha son imputables al Consorcio CICON – KMA II. Con base en lo anterior se recomienda a la Entidad Contratante, conceder una nueva prórroga por **SETENTA Y CINCO (75) días** al Contrato 194 de 2005” (...) 2) Solicitud de prórroga, suscrita el 14 de septiembre de 2007, por el*

<sup>26</sup> F. 86-87, c. 3.

<sup>27</sup> F. 81, c. 3.

<sup>28</sup> F. 83-84, c. 3.

<sup>29</sup> Los documentos que acá se mencionan no fueron allegados al expediente.



**CONTRATISTA**, el Coordinador, el Director Técnico de Malla Vial, la Subdirectora Técnica de Pavimentos Locales y el Interventor, en la cual indican como causal de la adición lo siguiente: “Una vez revisada por la Interventoría, la solicitud de prórroga presentada por el Consorcio CICON – KMA II, mediante comunicación CCKII-GT-194-057-07, se observa que algunos de los argumentos son reales como son: 2) EXCAVACIÓN EN ROCA En algunos de los tramos fue necesaria la excavación en este material para la instalación de las tuberías de renovación de redes. 4) DISEÑO DE MUROS, el contratista debió diseñar los muros de contención tanto de hormigón armado como de mampostería estructural debido a la inconformidad con los diseños entregados por el contratante. Con base en lo anterior se recomienda a la Entidad contratante, conceder una nueva prórroga por setenta y cinco (75) días”».

3.3.6. El 24 de diciembre de 2006, las partes (el IDU, a través del Director Técnico de Malla Vial) nuevamente **prorrogaron el plazo contractual**, esta vez en “dos punto cinco” (2.5) meses<sup>30</sup>. Los documentos<sup>31</sup> que sustentaron esta modificación fueron plasmados así:

«1) Solicitud de prórroga suscrita por el **CONTRATISTA**, la Interventoría, el Coordinador, la Subdirectora Técnica de Pavimentos Locales y el Director Técnico de Malla Vial, según consta en documento del 20 de diciembre de 2007, en el cual invocan como causal de la misma lo siguiente: “... en las reuniones realizadas en la Entidad se informó que, según el balance de las actividades necesarias para finalizar las obras programadas, y dado que se presentaron actividades No Previstas al inicio del contrato se han generado mayores cantidades de obra para el contrato IDU-194 de 2005, razón por la cual se hace necesario prorrogar el plazo del contrato por 2,5 meses.” Los comentarios de la Interventoría en el acta respecto de la solicitud son los siguientes: “Una vez revisada la solicitud se recomienda a la entidad contratante, conceder una nueva prórroga por DOS PUNTO CINCO (2.5) meses al Contrato 194 de 2005. 2) Memorando STOPL 4300-60686 del 20 de diciembre de 2007, mediante el cual la Dirección Técnica de Malla Vial solicita a la Subdirección Técnica de Contratos y Convenios prorrogar el plazo del contrato No. 194 de 2005, con fundamento en lo siguiente: “Atentamente le solicito elaborar una prórroga (...) teniendo en cuenta la revisión y aprobación por parte de la Interventoría de las justificaciones presentadas por el contratista, las cuales comunica mediante oficio con radicado IDU No. 119657 del 19 de diciembre de 2007 y que se encuentren detalladas en el acta de solicitud de prórroga con fecha de 18 de diciembre de 2007... La solicitud realizada no requiere de recursos adicionales toda vez que se pretende agotar el valor del contrato en el tiempo solicitado».

3.3.7. El Consorcio A.I.M. LTDA., encargado de la **interventoría** del contrato<sup>32</sup>, **requirió al contratista de obra**, mediante **oficio**<sup>33</sup> del **15 de enero de 2008**, para que respondiera por el atraso en las obras aseverando que, de acuerdo con las evaluaciones efectuadas, y según las reprogramaciones en los cronogramas de obra:

<sup>30</sup> F. 179-180, c. 3.

<sup>31</sup> No aportados al expediente.

<sup>32</sup> Contrato IDU-235 de 2005: f. 88-102, c. 3.

<sup>33</sup> F. 401, c. 3.





*“[...] se deberían haber ejecutado obras por el 2.72% del valor del contrato y solamente se ejecutó un 0.52%, alcanzándose un atraso acumulado del proyecto del orden del 18.3%, valores establecidos con base en la reprogramación de obra que incluye 8 meses de ampliación al plazo inicial del Contrato 194/05”.*

3.3.8. Luego de esta comunicación, en **oficio<sup>34</sup> IDU-004610 STPL 4300 del 22 de enero de 2008**, el **Director Técnico de Malla Vial del IDU** se dirigió al contratista para que este tomara las medidas necesarias en aras de cumplir con el objeto contractual en el plazo establecido.

3.3.9. El 1° de febrero de 2008, en **oficio<sup>35</sup> IDU-008285 STPL-4300**, el **Director Técnico de Malla Vial del IDU** requirió al contratista para que acelerara el avance de los trabajos, toda vez que *“de acuerdo con la evaluación realizada al contrato, se está presentando un atraso acumulado de 6.76% en el avance de obra con base en la reprogramación que incluye los 75 días de prórroga aprobados mediante contrato adicional en plazo No. 2”.*

3.3.10. Posteriormente, mediante **oficio<sup>36</sup> del 16 de febrero de 2008**, la **interventoría** advirtió nuevamente el atraso en las obras, que esta vez alcanzaba un 11,38%, correspondiente a las obras reprogramadas y las mayores cantidades de obra que justificaron la prórroga al plazo inicial, y que por entonces significaba que faltaba por ejecutar *“el 18,73% de las actividades de obra”.*

3.3.11. El **10 de marzo de 2008**, en **oficio<sup>37</sup> CAP-127-08**, la **interventoría** señaló que en esa fecha **el plazo contractual había culminado**, y solicitó al contratista presentar informes finales *“siso-ambientales”* y de gestión social.

3.3.12. En la misma fecha, mediante **oficio<sup>38</sup> CAP-143-08**, al cual se adjuntó el **“INFORME OBSERVACIONES CALIDAD Y ACABADOS DE OBRA”<sup>39</sup>**, la **firma interventora** le expresó al contratista lo siguiente:

*“En recorrido realizado para el recibo de las obras objeto del contrato de la referencia, se observó que se encuentran algunas deficiencias en cuanto a acabados y calidad de obra, razón por la cual se solicita al contratista atender las observaciones que se presentan en el informe adjunto.*

*Por otra parte, les reiteramos que esta Interventoría **se abstiene de recibir las obras** hasta tanto sean atendidas dichas observaciones”.*

3.3.13. El consorcio **interventor** remitió al contratista el **acta n° 45 de terminación del contrato de obra por vencimiento del plazo<sup>40</sup>**, con fecha del 11 de marzo de 2008; documento este, firmado únicamente por el representante legal del interventor de la obra, en el que manifestaba que el contratista había incumplido el contrato.

<sup>34</sup> F. 403-404, c. 3.

<sup>35</sup> F. 405-406, c. 3.

<sup>36</sup> Oficio CAP-102-08: f. 402, c. 3.

<sup>37</sup> F. 414-415, c. 3.

<sup>38</sup> F. 416, c. 3.

<sup>39</sup> F. 417-440, c. 3.

<sup>40</sup> F. 407-408, c. 3.



3.3.14. Con **oficio CAP-190-08**<sup>41</sup>, radicado el 13 de mayo de 2008, la **interventoría** le comunicó al consorcio contratista que debía entregar las obras a cada una de las empresas de servicios públicos, para lo cual se requería los siguientes documentos:

- “- *Planos récord, solicitados en los comités técnicos No. 38, No. 41, No. 42, No. 43, No. 44 y No. 45 y mediante comunicación CAP-089-08.*
- *Gestiones realizadas para suscribir las actas de cruces de cuentas con sus respectivas memorias de cálculo de cantidades de obra y Paz y Salvos con cada una de las empresas.*
- *Visita técnica de los delegados de cada empresa para el recibo de las obras ejecutadas”.*

3.3.15. Mediante **oficio**<sup>42</sup> **CAP-198-08 del 16 de mayo de 2008**, la **interventoría** informó a la Subdirección Técnica de Pavimentos Locales del IDU la gestión realizada en torno a la terminación y recibo final de las obras del contrato.

3.3.15.1. En esta comunicación, detalla que envió tres veces el acta de terminación de obra al Consorcio CICON-KMA II sin que hubiera recibido respuesta. No obstante, señala que el contratista le manifestó que disentía del concepto del consorcio interventor en torno al incumplimiento contractual, y solicitó un perito para definir la controversia; empero, la interventoría ratificó su parecer.

3.3.15.2. Aparte, indicó que el consorcio interventor había indicado que, considerando que el contratista no había cumplido con la totalidad de la ejecución contractual —de la cual había entregado el 95% de las obras contratadas a la fecha de terminación del plazo contractual— ni había respondido a las observaciones a los trabajos efectuados, remitidas al contratista desde el 10 de marzo de 2008, esa interventoría no había adelantado las actividades relativas a la entrega final de las obras.

3.3.15.3. También expresó que el Consorcio CICON – KMA II no había entregado, a la fecha, *“los planos record de la obra para efectuar la revisión pertinente”*, ni tampoco los *“paz y salvos de las empresas de servicios públicos, especialmente, los relacionados con las Entidades que no tuvieron ninguna ingerencia [sic] en el desarrollo del proyecto”*.

3.3.15.4. Además, aseguró que el consorcio contratista no había resuelto las manifestaciones ciudadanas, lo que no había posibilitado la elaboración del informe final de gestión social; tampoco había resuelto las observaciones ambientales en obra, ni allegado las certificaciones de salarios, aportes al Sistema General de Seguridad Social, ni había aportado las certificaciones de manejo de materiales y escombros.

3.3.16. En **oficio**<sup>43</sup> **IDU-118938 STPL-4300 del 5 de junio de 2008**, el **Director Técnico de Malla Vial del IDU** se dirigió al Consorcio CICON-KMA II, para solicitarle que adelantara las actividades y entregara los documentos faltantes para liquidar el Contrato 194 de 2005. En este documento indicó, entre otras situaciones, lo siguiente:

<sup>41</sup> F. 451-45, c. 3.

<sup>42</sup> F. 409-411, c. 3.

<sup>43</sup> F. 509-512, c. 3.



3.3.16.1. Que hasta ese momento, el contratista no había “ejecutado la totalidad de las obras faltantes ni las observaciones de deficiencias en acabados y calidad de obra solicitadas por la Interventoría [...], por lo que la Interventoría no ha recibido las obras ni ha suscrito el acta de recibo final de obra”.

3.3.16.2. Que teniendo en cuenta que la constancia de recibo y aprobación de las empresas de servicios públicos y telecomunicaciones a las que se les haya ejecutado obra durante la ejecución del contrato, el paz y salvo de las redes no afectadas ni intervenidas por la construcción, eran requisitos para el acta de liquidación del contrato, la entidad señaló que, para ese entonces el contratista no había radicado a la interventoría “los paz y salvos de las empresas de servicios públicos que no tuvieron ingerencia [sic] en el desarrollo del contrato. Tampoco ha radicado las actas de recibo ni las constancias de aprobación de los planos record por parte de las empresas de servicios públicos a las que se les ejecutó obra”.

3.3.17. El 24 de julio de 2008, la **interventoría**, en oficio CAP-223-08<sup>44</sup>, le presentó **informe** al IDU en el que detalló los **incumplimientos del Consorcio CICON – KMA II**, entre los cuales enlistó:

3.3.17.1. La entrega insatisfactoria de los siguientes planos récord, que fueron devueltos, “dado que no cumplen con las exigencias de la Entidad Contratante y no se encuentran estandarizados mediante software IDU-SCAD-GIS”:<sup>45</sup>

a- Plano récord urbanístico Cl. 74 B Sur desde Cra 45 hasta Cra 45 A, Tramo 54.

b- Plano récord urbanístico Cl. 73 B Sur desde Cr 45 hasta Cra 45, Tramo 55.

c- Plano general de alcantarillado residual Tramo 54-55-56-57.

d- Plano general de alcantarillado pluvial tramos 54-55-56-57.

e- Plano récord urbanística Cl. 74 Sur desde Cr 45 B hasta Cra 45 C Tramo 63.

f- Plano récord urbanística Cl. 74 Sur desde Cr 45 A hasta Cra 45 B Tramo 62.

g- Plano récord urbanística Cl. 74 Sur desde Cr 45 hasta Cra 45 A Tramo 88.

h- Plano récord urbanística Cl. 74 Sur desde Cr 44 B hasta Cra 45 Tramo 63.

i- Planta general de alcantarillado pluvial tramos 61-88-62-63.

j- Planta general de alcantarillado residual tramos 61-88-62-63.

k- Planta general de alcantarillado residual tramo 62.

[...]

a- Plano récord urbanístico Tramo 57.

b- Plano récord urbanístico Tramo 56.

c- Plano récord urbanístico Tramo 89.

d- Plano récord urbanístico Tramo 90.

e- Plano récord urbanístico Tramo 68.

f- Plano récord urbanístico Tramo 83.

g- Plano récord urbanístico Tramo 84.

h. Plano récord urbanístico Tramo 85”.

<sup>44</sup> F. 460-463, c. 3.

<sup>45</sup>



La interventoría agregó que el contratista no elaboró *“la totalidad de los planos, incurriendo en incumplimiento de las obligaciones del Constructor”*.

3.3.17.2. Agregó la interventoría, con referencia al contratista: *“a la fecha no ha hecho entrega de las obras terminadas”*, ni se tienen los planos récord, *“los cuales son requisito indispensable para la elaboración de las Actas de cruces de cuentas y Actas de recibo de obras por parte de las ESP, incurriendo en incumplimiento a esta obligación contractual”*.

3.3.18. Mediante **oficio IDU-133459 STPL-4300 de 31 de julio de 2008**<sup>46</sup>, el IDU, con base en lo manifestado por la interventoría en el anterior oficio [aptado. 3.3.17.1], le comunicó al Consorcio CICON-KMA II que: *“[...] se puede concluir que a la fecha, el Contratista no ha cumplido con la obligación contractual de entregar los planos récord de obra acorde con los requerimientos del IDU, lo que ha generado atrasos en la entrega de las obras a las empresas de servicios públicos, entrega del informe final de Interventoría y demora en la liquidación del contrato”*.

3.3.19. El 6 de septiembre de 2008, la **interventoría** presentó el **oficio CAP-234-08**<sup>47</sup> ante el IDU, en el cual refirió que:

*“No se han recibido los planos récord aprobados por las empresas de servicios públicos a las que se les intervinieron redes. Por consiguiente, aún no se pueden suscribir las actas de cruces de cuentas y actas de recibo de obras por parte de las empresas de servicios públicos. Los planos récord recibidos por la interventoría no están completos y, por consiguiente, no se pueden remitir a las diferentes empresas. Una vez el Consorcio Contratista incorpore las obras faltantes, se podrían remitir a las correspondientes empresas de servicios públicos.*

*No se han recibido los paz y salvos de las empresas de servicios públicos a las que no se les intervinieron redes durante la ejecución del contrato”*.

3.3.20. El 17 de septiembre de 2008, la **interventoría** presentó el **oficio CAP-236-08**<sup>48</sup>, con un **“recuento pormenorizado de las condiciones y circunstancias que rodearon la ejecución del contrato”**, con ocasión de la determinación tomada por la Dirección Técnica del IDU de declarar ocurrido el siniestro de incumplimiento y de hacer efectiva la pena pecuniaria con cargo a la garantía única de cumplimiento.

3.3.20.1. En esta comunicación, el interventor describió las obras faltantes y deficiencias en los acabados y calidad de los materiales de la obra, en cada tramo especificado en el informe adjunto al oficio CAP-143-08 del 10 de marzo de 2008:

**“TRAMO 81.**

- *Faltan escaleras proyectadas.*

**TRAMO 83.**

- *Falta finalizar la adecuación del espacio público.*
- *Faltan-tapas de sumideros.*

<sup>46</sup> F. 496-502, c. 3.

<sup>47</sup> F. 464-465, c. 3.

<sup>48</sup> F. 460-485, c. 3.



TRAMO 84.

- *Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias, anticorrosivo y nivelación.*
- *Falta construcción rampa de anden en adoquín.*

TRAMO 86.

- *Falta terminar espacio público.*
- *Falta instalación de adoquín en arcilla y toperol en la parte superior del tramo.*
- *Falta tapas de cajas de inspección domiciliarias.*

TRAMO 87.

- *Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias.*
- *Sumidero KO+012.50 sin terminar, falta tapa.*
- *Faltan peldaños y cerrajería en recamara, al igual que el emboquillado de ductos, el remate y arreglo de caja de 30 x 30 cm de ETB.*

TRAMO 52.

- *Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias a lo largo de todo el tramo.*

TRAMO 54.

- *Faltan tapas de sumideros con su respectivo anticorrosivo y nivel según Norma a lo largo del tramo.*

TRAMO 55.

- *Falta terminar espacio público, falta instalación de adoquín de arcilla y toperol.*
- *Falta demolición -de piedra y construcción de escalera en la parte superior del tramo.*
- *Falta tapa de sumidero en la parte inferior del tramo, y tapas de cajas de inspección domiciliarias.*

TRAMO 56.

- *Falta acabado con adoquín, en la esquina inferior del tramo.*
- *Faltan bajantes de aguas lluvias en general.*
- *Falta emboquillar toperol y adoquín de arcilla, al igual que sellado en juntas.*

TRAMO 57

- *Falta el llenado con material seleccionado, y la instalación de adoquín de arcilla al igual que toperol en gran parte del tramo.*
- *Falta la construcción de sardineles tanto en la parte superior como en la parte inferior del tramo.*
- *Falta sumidero en la parte inferior del tramo y tapas de cajas de inspección domiciliarias en general.*

TRAMO 68.

- *Falta construcción del espacio público en el tramo.*
- *Falta construcción de sumideros tanto en la parte inferior como superior del tramo.*
- *Falta construcción de rampas de acceso a garajes.*



- Falta la conformación del espacio público en el costado derecho del tramo.
- Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias según Norma en general.

TRAMO 62.

- Falta por terminar construcción pozo de aguas lluvias y el empalme con sumidero.
- Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias según Norma.

TRAMO 63.

- Falta construcción de rejillas del sumidero en la parte inferior del tramo.
- Falta construcción del sardinel junto al sumidero en la parte inferior del tramo.

TRAMO 64

- Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias según Norma.

TRAMO 88.

- Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias según Norma.

TRAMO 89.

- Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias según Norma

TRAMO 90.

- Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias según Norma

TRAMO 100.

- Falta construcción de tres placas de pavimento rígido
- Falta tapas de sumideros al final del tramo
- Falta la construcción de cajas de inspección domiciliarias
- Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias.
- Falta excavación y conformación del espacio público frente a la casa No 75a-20 par; acceso a garaje.
- Falta conformación de la terraza.

TRAMO 61

- Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias según Norma

TRAMO 69

- Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias según Norma (sic)

TRAMO 79.

- Falta instalación de adoquín y toperol en la parte final del tramo.
- Falta demolición y construcción de sardineles en la parte alta del tramo.
- Falta la construcción de un sumidero en la parte final del tramo
- Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias según Norma

TRAMO 80.

- Falta instalación de adoquín tanto de arcilla como de concreto y toperol en gran parte del tramo.
- Falta construcción de un sumidero en la parte final del tramo.
- Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias según Norma



- *Falta la construcción de sardineles y el empalme con sardineles existentes*

TRAMO 65-65A.

- *Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias según Norma TRAMO 94.*
- *Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias según Norma*

TRAMO 97.

- *Faltan tapas de cajas de inspección domiciliarias según Norma”.*

3.3.20.2. Por otra parte, señaló los incumplimientos del contratista a las obligaciones ambientales y de retiro de escombros, “*siso-ambientales*” y del cronograma de la obra. Sobre este último aspecto, anotó:

**“c. Incumplimiento en el Cronograma de Obra:** *Con base en el seguimiento a las actividades desarrolladas en el Contrato 194 de 2005 y la programación que incluye 8 meses de ampliación al plazo inicial se determinó que el Contratista no cumplió con el cronograma de obra. A corte realizado el 26 de febrero de 2008, se determinó que se había ejecutado el 84.64% del valor básico del contrato contra un 94.44% programado, presentado un atraso del 9.8% a 12 días de finalizar el plazo del contrato. La Interventoría determinó que el bajo rendimiento era reflejo del no cumplimiento en la aplicación del plan de contingencia por falta de personal, equipos y maquinaria en obra. En la Audiencia de Descargos para Imposición de Multas realizada el 7 de marzo de 2008, la Interventoría informó que de acuerdo con lo establecido en el cronograma actualizado a esa fecha faltando tres (3) días para la finalización del plazo del contrato, el atraso en la ejecución del proyecto era del 10%. Así mismo, informó la Interventoría que en el recorrido efectuado el 6 de marzo de 2008, a los tramos intervenidos en el contrato, observó que dentro del plazo contractual no serían terminadas las labores contractuales por parte del Consorcio”.*

3.3.20.3. También afirmó que hubo incumplimientos en la terminación de la obra en el plazo estipulado, aludiendo al corte hecho al 10 de marzo de 2005, en que se había ejecutado un 95% de las obras contratadas. Así mismo, insistió en el incumplimiento en la entrega “*de los productos esperados para el recibo de las obras y liquidación del contrato*”, como los planos récord y los certificados de paz y salvo de las empresas de servicios públicos, razón por la que el negocio no se había liquidado; y en el envío del acta de terminación que no había sido suscrita por el contratista.

3.3.20.4. En el documento, el Consorcio interventor tasó los perjuicios ocasionados al IDU:

3.3.20.4.1. Por no terminar las obras en el plazo pactado, tomando en cuenta que, de acuerdo con el contrato, “*si a la finalización del plazo para la ejecución de las obras no hubiesen sido éstas terminadas cumpliendo a cabalidad con los requerimientos técnicos, se causará una multa diaria hasta quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, hasta que satisfaga la obligación*”, encontró que entre la fecha de terminación (10 de marzo de 2008) y la del informe (12 de septiembre de 2008) habían transcurrido 185 días, por lo que la multa la calculaba en \$1.280.662.500.



3.3.20.4.2. Por el incumplimiento de la obligación de entregar la totalidad de los planos récord estandarizados en software IDU-SCAD-GIS, ni en medio físico, ni de los planos récord aprobados por las ESPs correspondientes, ni los paz y salvo de las ESPs cuyas redes no fueron intervenidas, de acuerdo con la cláusula de multa por la omisión en la entrega de documentos [aptado. 3.3.2.4], manifestó lo siguiente:

*“De acuerdo con el contrato IDU-194 de 2005, si el CONTRATISTA incumpliere cualquiera de sus obligaciones de entrega de documentos, se causará una multa diaria de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada día calendario transcurrido a partir de las fechas previstas para el cumplimiento de esta obligación.*

|                               |  |
|-------------------------------|--|
| Fecha de terminación:         | 10 de marzo de 2008                              |
| Fecha actual:                 | 12 de septiembre de 2008                         |
| Días transcurridos:           | 185 días   |
| Salario mínimo legal mensual: |  |
| Vigente:                      | \$461.500  |
| Cálculo multa 5 SMLMV:        | $185 \times 5 \times 461.500 = \$426.887.500$ ”. |

3.3.20.4.3. Por “no liquidar” el contrato en el término estipulado, calculó la multa equivalente a “cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada día calendario transcurrido a partir de las fechas previstas para el cumplimiento de esta obligación”, calculando que entre la fecha de terminación y la destinada para la liquidación (10 de julio de 2008) habían transcurrido 64 días, la interventoría sostuvo que el cálculo de la multa fue de \$147.600.000.

3.3.21. El 25 de septiembre de 2008, el **Director Técnico de Malla Vial del IDU** emitió el **oficio<sup>49</sup> IDU-148848 STPL-4300**, dirigido al Consorcio contratista, donde hizo recuento de los oficios del 5 de junio, 31 de julio y 5 de septiembre de 2008 en que tanto la interventoría como la entidad requirieron el cumplimiento de obligaciones al contratista. Por ende, le comunicó que iniciaría los trámites internos para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, haciendo efectiva la garantía única de cumplimiento por lo que le indicó que, para garantizar el debido proceso, tendría un plazo de 5 días hasta la fecha en que el contratista podía allegar la documentación pertinente o que complemente la información respectiva.

3.3.22. El 29 de septiembre de 2008, en el **memorando interno<sup>50</sup> IDU STPL-4300-41674** de la Dirección Técnica de Malla Vial dirigido a la Dirección Técnica Legal, quedó consignada una “*descripción pormenorizada de las condiciones y circunstancias que rodearon la ejecución del contrato*” con el propósito de declarar ocurrido el siniestro de incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal afectando la garantía única de cumplimiento.

Luego de describir los antecedentes de la celebración del contrato, y de los pactos adicionales que prorrogaron el plazo, describió los incumplimientos contractuales, entre los cuales se destacan:

<sup>49</sup> F. 486-488, c. 3.

<sup>50</sup> F. 515-550, c. 3.





3.3.22.1. El incumplimiento del cronograma de obra, porque, de acuerdo a la información con que contaba la Dirección Técnica de Malla Vial:

*“A corte realizado el 26 de febrero de 2008, se determinó que se había ejecutado el 84.64% del valor básico del contrato contra un 94.44% programado, presentando un atraso del 9.8% a 12 días de finalizar el plazo del contrato. La Interventoría determinó que el bajo rendimiento era reflejo del no cumplimiento en la aplicación del plan de contingencia por falta de personal, equipos y maquinaria en obra. En la Audiencia de Descargos para Imposición de Multas realizada el 7 de marzo de 2008, la Interventoría informó que de acuerdo con lo establecido en el cronograma de obra actualizado a esa fecha faltando tres (3) días para la finalización del contrato, el atraso en la ejecución era del 10%. Así mismo, informó la Interventoría que en el recorrido efectuado el 6 de marzo de 2008, a los tramos intervenidos en el contrato, observó que dentro del plazo contractual establecido no serían terminadas las labores contractuales por parte del Consorcio”.*

3.3.22.2. Sobre el incumplimiento por no terminar las obras en el plazo estipulado, siguiendo lo informado por la Interventoría, sostuvo que desde la fecha de terminación del contrato (10 de marzo de 2008) se advirtieron obras faltantes, deficiencias en los acabados y en la calidad de materiales. En esa fecha determinó que se había ejecutado el 95% de las obras contratadas. Entre ese momento y el 5 de septiembre de 2008, tanto la Interventoría como la entidad requirieron al contratista sin que este respondiera, razón por la que no se pudo adelantar la entrega de las obras.

3.3.22.3. La no entrega de los documentos necesarios para realizar la liquidación, entre ellos los “paz y salvos” con las empresas de servicios públicos a las que no se les intervinieron redes durante la ejecución del contrato.

3.3.22.4. En el informe consta una cuantificación de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual, según la Dirección Técnica de Malla Vial del IDU, atribuidos a dos tipos de incumplimiento:

3.3.22.4.1. Por el incumplimiento en la terminación de las obras en el plazo estipulado, con corte al 10 de marzo de 2008, fue estimado lo siguiente:

| <b>ACTIVIDADES<br/>PENDIENTES<br/>ESPACIO PÚBLICO</b>                                       | <b>Unidad</b> | <b>Cantidad<br/>Aproximada</b> | <b>Precio<br/>Unitario</b> | <b>Precio Total</b> |
|---|---------------|--------------------------------|----------------------------|---------------------|
| <i>Sardinela integral de 15 X 25 (Incluye el refuerzo). De Acuerdo Especificaciones IDU</i> | <i>ML</i>     | <i>185,84</i>                  | <i>\$20.208</i>            | <i>\$ 3.755.533</i> |
| <i>Anden e=10cms F'c= 210 Kg/cm<sup>2</sup>. De acuerdo Especificaciones IDU</i>            | <i>M2</i>     | <i>3,10</i>                    | <i>\$43.600</i>            | <i>\$ 135.161</i>   |



|  |    |        |           |                     |
|--|----|--------|-----------|---------------------|
| Suministro e instalación de pisos en adoquín de concreto de 20x10x6 A 25 color gris, sobre mortero de 1500 psi e=3 cms, incluye suministro de mortero. | M2 | 50,70  | \$ 45.358 | \$ 2.299.630        |
| Suministro e instalación de adoquín de arcilla tipo Moore o similar de 6x6x26, color natural o arena, instalado sobre mortero 1:6                      | M2 | 403,35 | \$38.024  | \$ 15.336.884       |
| <b>VALOR TOTAL</b>   |    |        |           | <b>\$21.527.208</b> |

La Dirección Técnica de Malla Vial estimó que estos incumplimientos dieron lugar a que la entidad no hubiera *“podido entregar a la comunidad las obras contratadas en la fecha prevista en condiciones óptimas de calidad y seguridad”*. Por lo que consideró que los perjuicios por este incumplimiento ascendían a \$21'527.208.

3.3.22.4.2. Por el incumplimiento en la entrega de documentos, y por *“no liquidar en el término contractual o en su defecto en el término legal establecido para tal fin”*. Con fundamento en que después del vencimiento del plazo contractual, el 10 de marzo de 2008; y de que el contratista no entregara *“la totalidad de los planos record de la obra en medio magnético estandarizados mediante software IDU-SCAD-GIS, ni en el medio físico para la revisión pertinente”*, ni tampoco los paz y salvos de las empresas de servicios públicos cuyas redes no fueron intervenidas, se cuantificó *“la valoración estimada de las obras ejecutadas que deben ser incluidas en los cruces de cuentas con las empresas de servicios públicos”* así:

**“OBRAS EJECUTADAS PARA CRUCE DE CUENTAS CON LA EAAB**

| <b>OBRAS INCLUIDAS EN EL CRUCE DE CUENTAS CON EAAB</b>                    | <b>Unidad</b> | <b>Cantidad Aproximada</b> | <b>Precio Total</b> |
|---|---------------|----------------------------|---------------------|
| Suministro e instalación de tubería diámetro 6” en PVC RDE 21             | ML            | 38,00                      | 2.707.784           |
| Suministro e instalación de Tubería Concreto Simple Clase 1, Diámetro 8”  | ML            | 1.574,00                   | 52.345.955          |
| Suministro e instalación de Tubería Concreto Simple Clase 1, Diámetro 12” | ML            | 796,00                     | 37.357.800          |
| Suministro e instalación de Tubería Concreto Simple Clase 1, Diámetro 16” | ML            | 212,87                     | 1.941.058           |



|   |     |          |                    |
|---|-----|----------|--------------------|
| Suministro e instalación de tubería clase I en concreto sin refuerzo 6"   | ML  | 1.418,00 | 32.727.652         |
| Cárcamo para tubería de alcantarillado (1,10 x 0.70 m), incluye placa de espesor 0.15 m, concreto 3000 psi y placa de soldado de 0.05 m de concreto de 2000 psi | ML  | 290,00   | 66.633.334         |
| Suministro e instalación de tubería PVC de 3" RDE 21 para acueducto incluye 5 cm de atraque en arena  | ML  | 53,00    | 1.262.043          |
| Suministro e instalación de Yee en concreto 8" x 6"   | UN  | 307,00   | 13.680.586         |
| Limpieza, Sondeo e inspección con cámara de redes de alcantarillado de D=6" A D=15"   | ML  | 2.140,00 | 65.536.409         |
| Construcción dado en concreto 1.0 x 0.4 x 0.6 m (incluye acero de refuerzo) para tubería de concreto de 8"  | UND | 46,00    | 6.761.675          |
| Limpieza de sumidero transversal (dimensiones 4.50X0.6X0.7m)  | UND | 1,00     | 52.581             |
| Cárcamo para tubería de alcantarillado D=12", A=0.90 M (especificaciones EAAB) incluye trasiego de material, incluye rellenos en Sub-base granular B-200        | ML  | 246,00   | 49.871.601         |
| Suministro e instalación de tubería concreto simple clase I D=20" (incluye trasiego)  | ML  | 32,00    | 2.439.417          |
| Construcción placa fondo pozo de inspección D=1,2 (incluye acero de refuerzo)   | UND | 16,00    | 8.161.570          |
| Suministro e instalación de tubería concreto Clase I, D=14"   | ML  | 27,00    | 1.238.882          |
| Suministro e instalación de tapón HD 6" incluye anclaje en concreto simple 3000 psi   | UND | 3,00     | 674.462            |
| Suministro e instalación de tubería PVC D=3" para bajante de aguas lluvias hasta 3m (incluye accesorios y remate a sardinel)                                    | ML  | 355,00   | 15.061.289         |
| <b>VALOR TOTAL</b>  |     |          | <b>355.444.098</b> |



### OBRAS EJECUTADAS PROYECTADAS PARA CRUCE DE CUENTAS CON LA ETB

| <b>OBRAS INCLUIDAS EN EL CRUCE DE CUENTAS CON LA ETB</b>                              | <b>Unidad</b> | <b>Cantidad Aproximada</b> | <b>Precio Total</b> |
|---|---------------|----------------------------|---------------------|
| Suministro e instalación de tubería TDP 4 de 4" para red ETB                          | ML            | 553,00                     | 38.083.059          |
| Encamisado cableado existente ETB   | ML            | 185,00                     | 1.000.652           |
| Demolición y retiro de cámara de inspección ETB tipo 13                               | UND           | 1,00                       | 232.514             |
| Construcción cámara de inspección ETB Tipo 14 A (de acuerdo con especificaciones ETB) | UND           | 13,00                      | 8.841.609           |
| Suministro y colocación arena de peña para renovación redes ETB (para encamisado).    | M3            | 8,00                       | 311.202             |
| <b>VALOR TOTAL PROYECTADO CRUCE CUENTAS CON ETB</b>                                   |               |                            | <b>48.469.036</b>   |

En documento se hacía constar que, por causa de la falta de entrega de los planos récord, y los paz y salvos de las empresas de servicios públicos, el IDU no había podido adelantar los cruces de cuentas con la EAAB ni con ETB, por las obras ejecutadas por el IDU durante el contrato, "generando con este hecho un detrimento patrimonial a la Entidad que equivale al total de los valores proyectados de cruces de cuentas por **\$406.913.434**" (negrilla original del documento).

3.3.22.4.3. En conclusión, la Dirección Técnica de Malla Vial consideró procedente declarar el siniestro de incumplimiento por un valor total de **\$428'170.642**.

3.3.23. A través de la **resolución<sup>51</sup> num. 196 del 2 de febrero de 2009** (en adelante, "**Resolución 196 de 2009**"), notificado por edicto<sup>52</sup> desfilado el 9 de marzo de 2009, el Director Técnico de Malla Vial del IDU, invocando las facultades de "la resolución 1705 del 19 de abril de 2006 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007", resolvió en lo pertinente:

**"ARTÍCULO PRIMERO.-** Declarar que el CONSORCIO **CICON-KMA II**, [...] en desarrollo de la ejecución del contrato No. 194 de 2005, incurrió en incumplimiento parcial de sus obligaciones contractuales, relacionadas con la no terminación de las obras dentro del plazo convenido en el contrato, es decir, al 10 de marzo de 2008 y con la no entrega de documentos necesarios para la liquidación del contrato, de conformidad con lo consignado en la parte motiva de este acto administrativo.

**ARTÍCULO SEGUNDO.-** Como consecuencia de la anterior declaración, hacer efectivo el monto por concepto de cláusula penal pecuniaria,

<sup>51</sup> F. 1-12, c. 3.

<sup>52</sup> F. 13-16, c. 3.



*establecido en una suma equivalente a CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES CIENTO SETENTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$428'170.642)". (Negritas originales del documento).*

3.3.23.1. A manera de motivación del acto, además de hacer un recuento de los antecedentes contractuales, el Director Técnico de Malla Vial del IDU hizo referencia a las obras que, de acuerdo con la interventoría, no había ejecutado el contratista pese a la suscripción de prórrogas, así como a la omisión en la entrega de documentos, dentro de los que se mencionó: (i) *"la totalidad de los planos récord de la obra en medio magnético estandarizados mediante software IDU-SCAD-GIS, ni en medio físico para la revisión pertinente"*; (ii) *"los planos récord aprobados por las empresas de servicios públicos a las que se les intervinieron las redes"*; y (iii) *"los paz y salvos de las empresas de servicios públicos a las que no se les intervinieron redes durante la ejecución del contrato"*.

3.3.23.2. Para liquidar el monto de los perjuicios, tomó los mismos conceptos y cifras del memorando interno del 29 de septiembre de 2008 <sup>[53]</sup>, aquí citado, y por uno posterior del 19 de diciembre del mismo año<sup>54</sup>, el cual correspondía a *"la valoración estimada de las obras ejecutadas que deben ser incluidas en los cruces de cuentas con las empresas de servicios públicos"*.

A continuación, entre los considerandos del acto, se anotó:

*"Los incumplimientos presentados por parte del Contratista han conllevado [sic] a que el IDU no haya podido entregar a la comunidad las obras contratadas en la fecha prevista, en las condiciones óptimas de calidad y seguridad.*

*17. Por lo tanto, la Dirección Técnica de Malla Vial mediante memorando STPL-4300-55774 del 19 de diciembre de 2008, consideró que los perjuicios ocasionados por el Contratista al IDU por el incumplimiento en la terminación de las obras en el plazo estipulado y el incumplimiento en la entrega de documentos y liquidación del contrato, corresponden a la suma de **\$428.170.642**, es decir, el 31.17% del valor de la Cláusula Penal Pecuniaria, con fundamento en lo cual solicita la declaratoria del siniestro de incumplimiento de las obligaciones del Contratista y afectar la garantía única en su amparo de cumplimiento". (Negrilla original del documento).*

3.3.23.3. Dentro de los motivos del acto se hizo inclusión resumida de los descargos presentados por el contratista y por la aseguradora, tras lo cual el IDU concluyó:

*«- Obtención de paz y salvos. En relación con los paz y salvo de la ETB el contratista no ha entregado planos récord, ni ha atendido la programación de visita a la obra.*

[...]

*21. La obligación del contratista es de hacer, lo que implica la obtención de un resultado, que es la entrega de una obra que cumpla con los requisitos*

<sup>53</sup> Aptados. 3.3.22 y siguientes.

<sup>54</sup> No aportado al expediente.



técnicos propios que permitan el uso normal de esta. Por lo tanto, debe entregar una obra terminada conforme con los requerimientos técnicos pactados.

22. Que de lo anterior resulta que cuando el contratista incumple en la entrega oportuna y adecuada de las obras a cuya ejecución se obligó en desarrollo del respectivo contrato, será responsable de tal incumplimiento y sólo podrá exonerarse probando alguna causa extraña como el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva del contratante.

23. Que al no demostrarse en este caso ninguna de las anteriores causas que hayan justificado la no terminación de las obras dentro del plazo estipulado y el incumplimiento en la entrega de documentos, se concluye que el contratista no se exonera de responsabilidad.

[...]

25. Que las partes del contrato 194 de 2005, en el documento Cláusulas Comunes a los Contratos, acordaron el valor de los perjuicios al pactar la Cláusula Penal Pecuniaria, en un monto del treinta por ciento (30%) del valor total del contrato.

26. Que para determinar la cuantía del siniestro se toma como base el porcentaje de las obras no ejecutadas y las obras no recibidas por las empresas de servicios públicos, detallado en las consideraciones contenidas en la presente resolución, con lo que se da cumplimiento a la segunda obligación del artículo 1077 del Código de Comercio, consistente en demostrar la cuantía de la pérdida.

27. Que existe proporcionalidad entre el perjuicio ocasionado a la comunidad y al IDU, por las obras dejadas de ejecutar y las obras no recibidas por el interventor y las empresas de servicios públicos EAAB y ETB y la cláusula penal pecuniaria.

[...]

29. Que teniendo en cuenta lo expuesto en las consideraciones anteriores, se concluye que el contratista incumplió varias de sus obligaciones contractuales, principalmente las relacionadas con la terminación de la obra dentro del plazo convenido en el contrato y la entrega de documentos necesarios para la liquidación del contrato, justamente por razones imputables a él» (subrayado fuera del texto original).

3.3.24. El 13 de marzo de 2009, el **Consorcio CICON – KMA II** interpuso **recurso de reposición**<sup>55</sup> en contra del anterior acto. El contratista argumentó, entre otras cosas, que: **(i)** el IDU no entregó oportunamente los diseños, estudios y planos de la obra; **(ii)** a lo largo de la ejecución se produjeron múltiples inconvenientes no imputables al contratista, como la necesidad de construir mayores cantidades de obras y la “*obstaculización*” de la comunidad, lo que impidió realizar el 100% de la meta física del contrato; **(iii)** no es cierto que el contratista no haya cumplido con sus obligaciones documentales, y que el interventor se ha negado a recibir las comunicaciones del contratista; **(iv)** el contratista presentó paz y salvos de EPM,

<sup>55</sup> F. 17-42, c. 3.



TELECOM y CODENSA, pero quedaron pendientes los de otras empresas de servicios públicos, sobre las cuales dijo que su gestión no era la única que debía presentarse para obtener tales certificaciones; **(v)** las obras entraron en funcionamiento pese a que no fueron recibidas; y **(vi)** el incumplimiento contractual del Consorcio CICON-KMA II no se configuró, porque el IDU incumplió las suyas.

Por esto, el Consorcio constructor expresó, en ese momento, que el acto recurrido incurrió en falsa motivación. Para el efecto, solicitó que se tuvieran en cuenta las comunicaciones de la contratista y el registro fotográfico<sup>56</sup>, y pidió la práctica de los testimonios de Salomón Niño y Aníbal Ojeda Carriazo, Coordinador de Obras y Gerente Técnico del contratista, respectivamente. Así mismo, rogó la realización de un “*peritaje técnico*” e imparcial para determinar:

*“[...] i) el verdadero avance de la obra; ii) la manera como los hechos imprevistos, y obras adicionales y de terceros, afectaron el plazo contractual; iii) si las prórrogas otorgadas al CONSORCIO CICON KMA II, fueron suficientes; iv) si a la fecha persiste el incumplimiento generador de la sanción; v) Determine las actividades atribuibles al IDU que no fueron realizadas en los tiempos señalados; vi) Determine la fecha exacta en que le [sic] IDU entregó de forma completa los estudios y diseños de las obras al contratista” .*

3.3.25. La Dirección Técnica de Malla Vial del IDU, en la **resolución<sup>57</sup> núm. 1204 del 24 de abril de 2009** (en adelante, “**Resolución 1204 de 2009**”) resolvió el recurso de reposición, confirmando en su totalidad la decisión recurrida. Para ello, invocó las mismas normas jurídicas indicadas en la Resolución impugnada.

3.3.25.1. Sobre las pruebas solicitadas, el acto expresó que no consideraba necesaria su práctica:

*“Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, al precisar que los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a menos que el funcionario que deba decidir considere necesario decretar pruebas de oficio”.*

3.3.25.2. En lo demás, la entidad ratificó que el contratista no había ejecutado la totalidad de los trabajos en el plazo pactado, y que el hecho de haber entrado en funcionamiento las obras no indica que el contratista las haya cumplido completamente.

3.3.25.3. También aseguró que el debido proceso fue respetado, porque el Consorcio CICON – KMA II rindió descargos, y que el IDU no había cancelado el total de las obras, debido a que el constructor no había radicado “*las actas ni los documentos soportes [sic] debidamente revisados por la Interventoría y cumpliendo con lo estipulado en la Cartilla Guía para la Conformación de Documentos Soporte para Pagos a Terceros del IDU, por lo que el IDU ha tenido que devolver cuentas sin trámite*”.

3.3.25.4. Con respecto a la omisión de la obligación de hacer entrega de los paz y salvos de las ESPs, el IDU tomó en consideración que:

<sup>56</sup> Documentos no aportados a este expediente judicial.

<sup>57</sup> F. 43-56, c. 3.



«A la fecha y luego de 11 meses de terminado el plazo del contrato el Consorcio CICON – KMA II, ha entregado en la interventoría sólo los paz y salvos de UNE EPM y CODENASA.

En reunión realizada con los delegados de Gas Natural para el recibo de las obras, informaron verbalmente que no emitirán paz y salvo hasta tanto el Contratista cancele la deuda que tiene pendiente con Gas Natural S.A. ESP por daños a la red y se realicen los traslados de red que quedaron pendientes en el sector de Tanque Laguna: ya que el contratista dejó redes de gas dentro de cajas de aguas negras, por lo que el Contratista debe ejecutar las excavaciones necesarias para realizar las maniobras. Los delegados de Gas Natural se comprometieron a emitir concepto por escrito, a la fecha se está en espera de la comunicación.

Se debe aclarar que la interventoría y el IDU solicitaron a las distintas empresas de servicios públicos los correspondientes paz y salvos, de acuerdo a la siguiente relación:

| <b>Oficios interventoría</b> |     | <b>Oficios IDU</b>     |     | <b>Empresa</b> |
|------------------------------|-----|------------------------|-----|----------------|
| CAP-249-08<br>22/10/08       | del | IDU-157055<br>30/10/08 | del | GAS NATURAL    |
| CAP-251-08<br>22/10/08       | del | IDU-157070<br>30/10/08 | del | EAAB Zona 4    |
| CAP-248-08<br>22/10/08       | del | IDU-157077<br>30/10/08 | del | CODENSA S.A.   |
| CAP-250-08 dl 22/10/08       |     | IDU-157355<br>31/10/08 | del | ETB            |

Al respecto, la Empresa de Acueducto en reunión realizada el 15 de noviembre de 2008, informó que para el recibo de las obras es necesario que las obras estén terminadas, que la interventoría haya hecho el recibo oficial de las obras y entregue los planos récord definitivos para revisión en la zona 4. Teniendo en cuenta que a la fecha el Contratista no ha hecho el recibo final de las obras a la interventoría no se ha podido iniciar el procedimiento de entrega a la EAAB.

De igual manera, en los recorridos realizados con ETB para el trámite de obtención de paz y salvo, se encontró que no se habían atendido por parte del Contratista las observaciones de la Interventoría y estaban pendientes por ejecutar detalles constructivos de la infraestructura de la empresa. Por tal motivo, la ETB solicitó que al momento de las inspecciones de recibo se encuentren terminadas las obras y se cuente con los planos récord.

De acuerdo con lo anterior, se puede evidenciar que el Contratista a la fecha no ha cumplido con las obligaciones contractuales de entregar los paz y salvos necesarios para la liquidación del contrato, lo que demuestra que continúa presentando los incumplimientos que dieron origen a la solicitud de declaratoria del incumplimiento y hacer efectiva la póliza».

**3.3.26.** El 25 de octubre de 2010, únicamente el **interventor** y el **contratista** suscribieron el **acta núm. 50 de recibo final de obra**<sup>58</sup>. Esta fue aportada por el

<sup>60</sup> F. 556-557, c. 3.





testigo Salomón Niño en su testimonio. El espacio correspondiente a la entidad contratante aparece en blanco.

3.3.27. En el proceso se practicaron los **testimonios de Aníbal Enrique Ojeda Carriazo**<sup>59</sup> y **Salomón Niño**<sup>60</sup>:

3.3.27.1. El señor **Ojeda Carriazo** se presentó como gerente del consorcio contratista. Señaló que, pese a los plazos pactados para pagar las actas de obra, el IDU *“en reiteradas ocasiones retrasaba y demoraba los pagos”* sin justificación alguna. Sostuvo que, pese a ello, el contratista financió la ejecución del contrato y confeccionó las obras *“en su cabalidad como consta en el acta de terminación del contrato y en los registros fotográficos que en su momento presentó el consorcio a la Interventoría y al IDU”*.

También manifestó que el consorcio presentó reclamaciones por desequilibrio económico del contrato, situación que *“generó molestias en el IDU y trataron por todos los medios de imponer multas y sanciones aunque estas no correspondieran a la realidad de los hechos como es el caso de esta multa (sic) en particular”*.

Por último, dijo que el interventor *“abandonó el proyecto una vez se cumplido (sic) el plazo contractual”*, y que era normal que existieran defectos en la obra que fueron corregidos durante el plazo del contrato. Advirtió que, de cualquier modo, el *“proyecto era de construcción y no de mantenimiento”*, por lo tanto si el IDU pretendía que el contratista arreglara un daño posterior sobre las obras (v.gr. el robo de una tapa de alcantarilla o el daño de un adoquín causado por un vecino) esas eran labores que correspondían a un ámbito distinto al contratado.

3.3.27.2. El **señor Niño** dijo tener, dentro de sus funciones, la recopilación de los estudios y diseños de obra; y afirmó haber participado en toda la etapa contractual. Allí afirmó que:

*“[...] el acta de inicio solo se pudo suscribir hasta el nueve de (9) (sic) octubre de la causa fundamental por lo cual (sic) no se suscribió el acta antes fue por falta de diseños y durante la ejecución del contrato fue necesario que el contratista de obra realizara diseños nuevos con el propósito de poder ejecutar las obras, conozco que hay diferentes comunicaciones cruzadas con el contratista el IDU y la Interventora donde se pone de presente esta situación”*.

Así mismo, expresó que el contratista culminó las obras en los plazos convenidos y entraron en funcionamiento, *“tal como consta en los registros topográficos que en su momento se le radicaron al IDU, de igual forma conozco el acta N° 50 donde la interventora da fe que las obras se terminaron”*. Hizo énfasis en las acciones de la comunidad que, en su parecer, no estuvieron de acuerdo con los diseños de la construcción; además hubo daños en la obra, causados por miembros de esa comunidad, y se hurtaron tapas de inspección o cualquier elemento que tuviera metal.

<sup>59</sup> F. 558-559, c. 3.

<sup>60</sup> F. 556-557, c. 3.



Coincidió con el otro testigo en decir que la ejecución del contrato produjo reclamaciones del contratista, después de estas *“fue que el IDU decidió abrir sendos procesos de multa para sancionar al contratista por supuestos incumplimientos”*.

### 3.4. Análisis de la Sala

Visto lo anterior, la Sala desarrollará los cargos contra los actos demandados, tal como el demandante los desarrolló en su recurso de alzada.

#### 3.4.1. Falta de competencia

3.4.1.1. La incompetencia señalada por el demandante consistió en la falta de atribuciones que, en el momento de proferir los actos, tenía el Director Técnico de Malla Vial del IDU para declarar unilateralmente el incumplimiento contractual y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada<sup>61</sup>. La inconformidad planteada por el recurrente, frente al fallo de primera instancia, no versa sobre la clara competencia de la entidad demandada (IDU) para declarar el incumplimiento contractual e imponer unilateralmente la pena pecuniaria, fruto del efecto retrospectivo<sup>62</sup> del párrafo transitorio de la norma reproducida, sino que gravita sobre las atribuciones delegadas al Director Técnico de Malla Vial.

3.4.1.2. La delegación es reconocida en los artículos 209 y 211 de la Constitución Política, como una figura mediante la cual una autoridad, a través de un acto administrativo, transfiere el ejercicio de determinadas funciones o actuaciones específicas a sus colaboradores o a otras autoridades que tengan funciones afines o complementarias, siempre que esté legalmente facultada para ello, en procura del mejor cumplimiento de las funciones administrativas y el logro de los fines del Estado. De esta forma, como presupuesto lógico y necesario de la delegación de funciones —que en materia contractual fue regulada en la Ley 80 de 1993<sup>63</sup>, el Decreto 2150 de 1995<sup>64</sup> y la Ley 489 de 1998<sup>65-66</sup>— el funcionario delegante debe tener la competencia que delega.

<sup>61</sup> Aptado. 3.3.2.6.

<sup>62</sup> Sobre el tema, esta Sección se ha referido en varias ocasiones, entre ellas: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencias del 30 de julio de 2008, rad. 05001-23-25-000-1995-01905-01(21574); y del 23 de septiembre de 2009, rad. 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639).

<sup>63</sup> *“Artículo 12. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. || En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. || Párrafo. Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso”*.

<sup>64</sup> *“Artículo 37. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”*.

<sup>65</sup> *“Artículo 12. [...] Párrafo. En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal”*.

<sup>66</sup> *“[...] la ley 80 tan sólo previó dos fenómenos: i) la delegación o transferencia total o parcial de la competencia para celebrar contratos la cual implica que la titularidad de la función no se pierde por parte del delegante y tampoco se rompe su responsabilidad, y ii) la “desconcentración” de la realización de licitaciones (...) en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes; “desconcentración” en materia de contratación estatal que si bien no corresponde exactamente a la figura prevista en el artículo 8º de la ley 489 en tanto ésta alude a*



3.4.1.3. En el caso *sub lite*, el contrato de obra 194 de 2005 fue suscrito el 29 de diciembre de 2005<sup>67</sup>, es decir, bajo la regulación de la Ley 80 de 1993; y durante su ejecución se expidió la Ley 1150 de 2007, la cual modificó aquella parcialmente. En efecto, los actos administrativos objeto de control de legalidad, es decir, la Resolución 196 de 2009<sup>68</sup> y su confirmatoria, la Resolución 1204 de 2009<sup>69</sup>, fueron proferidas por el Director Técnico de la Malla Vial del INVIAS, con fundamento en las competencias otorgadas en la resolución núm.1705 del 19 de abril de 2006 (en adelante, “Resolución 1705 de 2006”), el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007<sup>70</sup>.

A su vez, la Resolución 1705 de 2006<sup>71</sup> fue expedida por la Directora General del IDU el 19 de abril de 2006; fecha anterior a la de entrada en vigor del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Con este acto, la Directora General del IDU no delegó, de manera general, las funciones de realizar los trámites necesarios para la debida ejecución de contratos y expedir los actos administrativos inherentes a la etapa de ejecución de los contratos, extendiéndose esta facultad a los negocios jurídicos que tuvieran una etapa de mantenimiento, una vez se iniciara esta etapa<sup>72</sup>.

3.4.1.4. Sobre la imposición de cláusulas penales de apremio o multas en contratos regidos por Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, han coexistido dos posiciones en la jurisprudencia administrativa colombiana. En el 2005, consideró esta Sección<sup>73</sup> que la competencia para hacer efectivas tales

*la radicación de competencias en “dependencias” al paso que aquella se refiere a la asignación de funciones contractuales en “servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”, lo cierto es que obedece a un fenómeno similar: la distribución de competencias al interior de la misma persona jurídica para efectos de su ejercicio”* (subrayado por fuera del texto original). CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 30 de enero de 2008, Radicación número: 50001-23-31-000-2006-01116-01 (34143). “[...] el artículo 12 de la ley 80 de 1993 sólo permite la distribución de competencias contractuales al interior de la misma persona jurídica para efectos de su ejercicio. **Precisó, además, que no es posible intentar vaciar de contenido la actividad contractual a cargo del representante legal de una entidad y por lo mismo la actividad contractual no es un servicio sino un instrumento para el cumplimiento de los fines del Estado y por lo tanto no es ‘descentralizable’.** CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 31 de julio de 2008, Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00240-01(AP).

<sup>67</sup> Aptado. 3.3.2.

<sup>68</sup> Aptado. 3.3.23.

<sup>69</sup> Aptado. 3.3.25.

<sup>70</sup> En el encabezado de las referidas resoluciones conta que: “EL DIRECTOR TÉCNICO DE MALLA VIAL del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, debidamente facultado por la resolución 1705 del 19 de abril de 2006 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007”.

<sup>71</sup> La Resolución No. 1705 de 19 de abril de 2006 de la Directora General del IDU esta publicada en la página web <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=20216>

<sup>72</sup> “Artículo 1. **Delegar en los Subdirectores Generales, Directores Técnicos y en los Jefes de Oficina de Gestión, teniendo en cuenta el Manual de Funciones y Requisitos Mínimos del Instituto, las siguientes funciones: || - Celebrar contratos cuya cuantía inicial no supere los 27.973 SMMLV y realizar todos los trámites requeridos para su adjudicación, suscripción, debida ejecución, modificación, adición, prórroga, terminación y liquidación. Así mismo, expedir los correspondientes actos administrativos inherentes a la etapa de selección, ejecución y liquidación de los contratos, así como los relacionados con la declaratoria del siniestro y la efectividad de la garantía única de cumplimiento y sus correspondientes amparos. [...]** Artículo 6. **Delegar en el Director Técnico de Malla Vial: || Además de las señaladas en el artículo 1º, la siguiente función: || - Ejercer la delegación conferida en el artículo 1º en lo pertinente, a los contratos que tengan etapa de mantenimiento, una vez se inicie esta etapa.** (Énfasis por fuera del texto original).

<sup>73</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 20 de octubre de 2005, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579).



multas y sanciones recaía en la jurisdicción, y no en la autoridad administrativa. Pero, a su vez, en sentencias de 1998, 2000 y 2008, esta Sección manifestó que, de acuerdo con los artículos 64 del CCA y 3º de la Ley 80 de 1993<sup>74</sup>, la Administración tenía la facultad de imponer y cobrar multas contractuales por sí y ante sí, en atención al carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, y la autotutela declarativa de la administración, que le permitió modificar unilateralmente las situaciones jurídicas en las que actúa. Luego, en el año 2014, la Subsección A consideró que antes de la entrada en vigor de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales no estaban autorizadas *“para expedir actos administrativos mediante los cuales impusieran unilateralmente multas o declararan el incumplimiento del contrato, en caso de mora o de incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista particular, esto es sin necesidad de acudir al juez del contrato”*, pero habían recobrado esa facultad con la expedición de la Ley 1150 de 2007<sup>75</sup>.

Finalmente, esta Subsección<sup>76</sup>, en línea con la Corte Suprema de Justicia<sup>77</sup>, ha precisado que el pacto de estas cláusulas en el derecho privado colombiano es válido y eficaz, razón por la que podían ser impuestas en todos los contratos estatales, pero no por los medios del derecho público, es decir, por medio de actos con fuerza ejecutiva y ejecutoria. Si bien, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 reguló el debido proceso para declarar el incumplimiento del contrato estatal con el fin de imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal, ni dicha norma ni la Ley 80 de 1993 regularon expresamente la figura de la pena pecuniaria, que ya era prevista y regulada, desde mucho antes, en los artículos 1592 y siguientes del Código Civil.

3.4.1.5. Ahora bien, con las multas o cláusulas penales de apremio se busca asegurar el cumplimiento de una obligación<sup>78</sup>, por lo que su imposición es, claramente, un acto para la ejecución del contrato, comprendido así dentro de las facultades generales que la Directora General del IDU delegó al Director Técnico de Malla Vial mediante la Resolución 1705 de 2006.

En síntesis, para el momento en que fueron expedidos los actos demandados, la Administración estaba facultada para su imposición, incluso en los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley 1150 de 2007, y la Sala entiende que la faculta de imponer multas o penas de apremio quedó comprendida, sin duda, dentro de las facultades generales delegadas al director técnico de Malla Vial mediante la Resolución 1705 de 2006. En consecuencia, este cargo no prospera.

### **3.4.2. Violación al debido proceso y al derecho de defensa**

3.4.2.1 El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, antes citado<sup>79</sup>, reconoce expresamente el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas contractuales de naturaleza sancionatoria, como un desarrollo del artículo 29 de la

<sup>74</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, auto del 6 de agosto de 1998, exp. 14558; sentencia del 29 de junio de 2000, exp. 16756; y sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17009.

<sup>75</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de abril de 2014, exp. 27096.

<sup>76</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencias del 30 de julio de 2008, exp. 21574; y del 5 de agosto de 2020, exp. 45183.

<sup>77</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de junio de 2000, exp. núm. C-4823.

<sup>78</sup> CÓDIGO CIVIL. *“Artículo. 1592. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*.

<sup>79</sup> Aptado. 3.4.1.3.



Constitución Política de Colombia, que fija dicha garantía a nivel superior y fundamental en todas las actuaciones administrativas. Dentro de sus múltiples expresiones, se encuentra el derecho a solicitar, aportar y controvertir pruebas dentro de cualquier procedimiento administrativo, incluyendo, claro está, el destinado a imponer multas y declarar la efectividad de la cláusula penal pecuniaria. Al respecto, esta Sección ha expresado que:

*“[...] el derecho de defensa no tiene más limitaciones en materia contractual, y por eso se admite cualquier manifestación suya. Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes, ser oído y que se practiquen pruebas y se controviertan, es decir, en síntesis, que se respete su derecho de audiencia y defensa, que permita fijar la posición de la parte, y en general, toda forma de participación en el procedimiento, que contribuya a defender una posición o postura jurídica”<sup>80</sup>.*

Con todo, para que la vulneración al derecho de contradicción probatoria sea relevante en el juicio de nulidad del acto no basta con la comprobación formal del vicio. El actor debe acreditar la trascendencia de este en la formación o en el sentido de la decisión adoptada, de suerte que el yerro sea sustancial. En providencia ya citada<sup>81</sup>, esta Subsección ha referido lo siguiente:

*«Pues bien, la expedición del acto administrativo en forma irregular y con desconocimiento del derecho de audiencia –que forma parte de la garantía constitucional al debido proceso<sup>82</sup>– es una de las causales de nulidad contempladas en el artículo 84 del CCA, que –como lo ha manifestado la Sala se configura– “[...] cuando, de una parte, la expedición irregular se relaciona con trámites substanciales o de fondo que inciden en la formación o en el sentido de la decisión y cuando, de otra parte, el desconocimiento de audiencia elude un paso necesario dirigido a garantizar el debido proceso”<sup>83</sup>. Las normas sobre procedimiento tienen un carácter instrumental, ya que se dirigen a la materialización de los derechos sustanciales reconocidos en abstracto<sup>84</sup>. Así, el vicio de forma invalidante del acto administrativo tiene también un carácter instrumental, por lo que adquiere relevancia cuando altera el sentido de la decisión de fondo<sup>85</sup>, lo que se presupone cuando ha sido omitido en su totalidad».*

3.4.2.2. Justamente, lo que esta Colegiatura echa de menos un elemento de convicción que permita dar por probado el hecho en que la actora soportó su oposición al fallo apelado<sup>86</sup>, a saber, que la negación de la práctica de pruebas durante el procedimiento administrativo fuese determinante, a tal grado que su conclusión hubiera sido distinta, es decir, que no se hubiese declarado el incumplimiento contractual ni impuesto la pena pecuniaria.

<sup>80</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Rad. 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367)

<sup>81</sup> Supra. cit. 59.

<sup>82</sup> “Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección B. Sentencia del 26 de septiembre de 2012, rad. núm. 11001-03-25-000-2009-00075-00(1087-09)” (cita n° 184 original de la sentencia).

<sup>83</sup> “Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de noviembre de 2003, exp. 14431” (cita n° 185 original de la sentencia).

<sup>84</sup> “Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 1995” (cita n° 186 original de la sentencia).

<sup>85</sup> “GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ T. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 15ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 672” (cita n° 187 original de la sentencia).

<sup>86</sup> Aptado. 3.2.2.4.



Particularmente, la parte actora no demostró: (i) que las conclusiones del dictamen pericial solicitado por el contratista en el recurso de reposición<sup>87</sup> hubieran determinado que el Consorcio constructor no incumplió el contrato; (ii) que las aseveraciones del Consorcio interventor y las del propio Director Técnico de Malla Vial del IDU fueran inexactas o falsas; (iii) no fue allegado al proceso el “registro fotográfico” anunciado en la impugnación; y (iii) los testimonios de los señores Ojeda y Niño no son medios de convicción suficientemente persuasivos como para variar de modo drástico las decisiones administrativas demandadas, ya que provienen de personas que tenían una relación laboral o económica con la demandante, lo que afecta su imparcialidad y credibilidad<sup>88</sup>, por lo que se impone una valoración más rigurosa de sus declaraciones<sup>89</sup>, de acuerdo con las circunstancias del caso<sup>90</sup>, sin que en este se hayan practicado o allegado otras pruebas que soporten sus afirmaciones.

### 3.4.3. Desviación de poder

3.4.3.1. Como concepto transversal a la actividad judicial contencioso-administrativa, encargada de juzgar los actos administrativos, la desviación de poder denuncia que la finalidad concebida para el ejercicio concreto de la respectiva función fue desfigurada por el agente que adoptó la decisión acusada. Como todo señalamiento presentado ante la jurisdicción contra la validez de un acto administrativo, debe ser probado por quien lo formula.

En una de las múltiples decisiones que han desarrollado esta noción, la jurisprudencia ha precisado:

*«Para que se estructure el vicio por desviación de poder se requiere que la Administración, al utilizar sus poderes, actúe pretendiendo alcanzar un fin diverso al que en derecho le corresponde de manera general, o de manera particular como autoridad específica frente a tal atribución. El iter desviatorio de este vicio se produce en el interior, no propiamente de la Administración, sino de las personas naturales que la representen, razón que hace que su estudio y su juzgamiento deban penetrar las barreras de lo objetivo o formal y situarse en la esfera volitiva de la autoridad, en la subjetividad del autor del acto<sup>91</sup>.*

*El desvío del poder no puede entonces presumirse, sino que es preciso que se demuestre, al menos con indicios que permitan deducirlo, que a pesar de la apariencia de legalidad del acto, éste fue utilizado por la autoridad que lo produjo como un medio para buscar una finalidad que contraría la constitución o la ley, porque no corresponde al objetivo que se pretendió por el legislador al conceder la atribución de la que goza ese servidor público o cuerpo colegiado del Estado.*

<sup>87</sup> Aptado. 3.3.24.

<sup>88</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 217. Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”.

<sup>89</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de abril de 2017, exp. 49117.

<sup>90</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 218. [...] El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

<sup>91</sup> “SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Ob. cit., p. 410.” (cita n° 8 original de la sentencia)



*Sobre la carga de la prueba en esta materia, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha reiterado lo siguiente:*

*“Así las cosas, para llegar a desvirtuar la legalidad del acto acusado le corresponde a la parte actora allegar los elementos probatorios tendientes a acreditar que la medida adoptada no tuvo las finalidades señaladas. Lo anterior, no se llevó a cabo en el sub-lite, pues el plenario es desértico en cuanto a probanzas que demuestren que con la salida de la actora el servicio se vio mermado”<sup>92</sup>.*

*“Demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión”<sup>93</sup>»<sup>94</sup>.*

3.4.3.2. Con estas premisas, la Sala descarta el éxito de este cargo, ya que la desviación de poder indica al funcionario que tomó la decisión de ejercer su competencia soslayando los fines que la informan, y no atiende a los hechos —en este caso, al grado del incumplimiento contractual— que motivaron la decisión, como lo expresó la apelante<sup>95</sup>. En el asunto no fue probado, siquiera de modo indirecto, que el Director Técnico de Malla Vial del IDU hubiera tenido la voluntad de declarar el incumplimiento y hacer eficaz la cláusula penal del contrato atendiendo a fines distintos, contrarios o desconocedores de los que corresponden la potestad legal ejercida. Aunque los testigos Ojeda<sup>96</sup> y Niño<sup>97</sup> afirmaron que los actos fueron producto de supuestas molestias ocasionadas en la entidad por reclamaciones contractuales iniciadas por la actora, lo cierto es que estas versiones no encuentran respaldo alguno en los demás medios de prueba que permitan la corroboración de las versiones vertidas que reproducen la postura procesal del Consorcio con el que estos deponentes laboraron<sup>98</sup>.

Así las cosas, tal como fue estructurado este cargo no prospera.

#### **3.4.4. Falsa motivación**

3.4.4.1. Sobre esta causal de nulidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha expuesto:

*“a) La falsa motivación, como vicio de ilegalidad del acto administrativo, puede estructurarse cuando en las consideraciones de hecho o de derecho*

<sup>92</sup> “Sentencia de 12 de marzo de 2009, rad. 2001-00269 (1012-05), MP. Luis Rafael Vergara Quintero” (cita n° 9 original de la sentencia).

<sup>93</sup> “Sentencia de 3 de diciembre de 2009, rad. 2004-07326 (2259-07), MP. Víctor Hernando Alvarado Ardila.” (cita n° 10 original de la sentencia).

<sup>94</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 15 de julio de 2010. Rad. 11001-03-28-000-2009-00009-00

<sup>95</sup> Aptado. 3.2.2.3

<sup>96</sup> Aptado. 3.3.27.1.

<sup>97</sup> Aptado. 3.3.27.2.

<sup>98</sup> Aptado. 3.4.2.2.



que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico. En el primer caso, se genera el error de hecho y, en el segundo, el error de derecho.

b) Quien impugna un acto administrativo bajo el argumento de encontrarse falsamente motivado, tiene la carga probatoria (*onus probandi*) de demostrarlo, dado que sobre los actos de la administración gravita una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por quien pretenda impugnarlos<sup>99</sup>.

3.4.4.2. La apelante aduce<sup>100</sup> que los actos incurrieron en falsa motivación por error de hecho, y expresa que el IDU incumplió con el deber de suministrar oportunamente los diseños, planos y estudios de la construcción. Añade que hubo obras que sí fueron ejecutadas, y que el proyecto entró en funcionamiento, por lo que no se produjo su incumplimiento. Insiste en que estos hechos fueron probados con los testimonios practicados en el proceso.

3.4.2.3. Tales testimonios provienen de empleados del consorcio contratista. Siendo las sociedades que lo conformaron quienes acudieron como demandantes a este proceso, existen circunstancias de dependencia e interés que afectan su imparcialidad y, consecuentemente, su credibilidad como testigos, por lo que, conforme al artículo 217 del CPC, lo declarado debe ser analizado con mayor rigor.

Ciertamente, ambos testigos afirmaron que el IDU incumplió sus compromisos contractuales, en particular, en la entrega de los diseños y planos de la obra y en los pagos al contratista. Aseguraron que el objeto contractual se cumplió en su totalidad, de acuerdo a los documentos entregados a la entidad; y que hubo daños en la infraestructura entregada que no fueron atribuibles a al accionar de la contratista, ni podían ser calificados como infracciones a lo pactado.

Empero, estas versiones no encuentran apoyo alguno en ningún otro medio de prueba que obre en este expediente judicial, o que se haya practicado durante el desarrollo del proceso. Llama la atención que en una de las declaraciones —la del señor Niño— se afirmó que la culminación de las obras conste en registros topográficos y comunicaciones del contratista, pero dichas pruebas no fueran aportadas al plenario. Por otra parte, el mismo deponente dijo que sus aseveraciones estaban respaldadas en el acta núm. 50, pese a que este documento<sup>101</sup> no refleja con claridad sus dichos, ni fue suscrito por el representante de la entidad demandada por lo que el IDU no reconoció el contenido de la mencionada acta.

Así las cosas, al no estar satisfecha la carga probatoria del demandante a través de los medios de convicción que este indicó, el cargo de nulidad de los actos *sub judice* por falsa motivación, en los términos desarrollados por el promotor del proceso, tampoco es de recibo.

### **3.4.5. Sobre la imposición y proporcionalidad de la pena pecuniaria**

<sup>99</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 9 de octubre de 2003. Rad. 76001-23-31-000-1994-09988-01(16718)

<sup>100</sup> Aptados. 3.2.2.2. a 3.2.2.2.3.

<sup>101</sup> Aptado. 3.3.26.





Como se expuso anteriormente<sup>102</sup>, el Consorcio CICON – KMA II protestó la imposición de pena pecuniaria que se dio en los actos demandados, porque, en su criterio, (i) no hubo, de su parte, incumplimiento contractual alguno; (ii) si lo hubiera, este no le sería imputable, porque la obligación de proporcionar los planos y constancias de recibo de obras de las empresas de servicios públicos cuyas redes fueron intervenidas dependía de dichas empresas; (iii) la pena impuesta no obedeció al incumplimiento de una obligación principal, y (iv) la suma de la pena no correspondería al porcentaje real de ejecución de las obras.

3.4.5.1. Para resolver los problemas así planteados por el demandante y recurrente, debe verificar esta Sala, si el consorcio CICON – KMA II incurrió, o no, en incumplimiento contractual, labor que demanda, en primer lugar, una cabal definición del contenido obligacional del Contrato 194 de 2005, en lo pertinente.

De acuerdo con lo previsto en el pliego de condiciones<sup>103</sup> —que formaba parte del contrato de obra<sup>104</sup> y tenía primacía en la interpretación integral del negocio jurídico<sup>105</sup>— las obras en las redes de la EAAB se entregarían “*de forma simultánea a los planos de construcción, los cuales deben ser elaborados bajo las normas establecidas en el SIG de la EAAB-ESP*”; planos estos que debían ser paulatinamente ajustados con el avance de los trabajos, verificados por la interventoría y aprobados por la EAAB, con las entregas parciales de las obras realizadas. Aparte, se estipuló<sup>106</sup> que los planos de las redes telefónicas, en los que se especificaban las obras de las que serían objeto, irían siendo ajustados de acuerdo con las inconsistencias que en el terreno fueran halladas. Tales planos, cuyo formato no se especificaba, debían ser entregados con aprobación de la empresa telefónica correspondiente, como requisito previo al recibo final de las obras contratadas<sup>107</sup>.

Aparte, en el clausulado del Contrato 194 de 2005<sup>108</sup>, el Consorcio CICON – KMA II se obligó a presentar constancia de recibo y aprobación de las obras que hubieran sido ejecutadas para empresas de servicios públicos y de telecomunicaciones, así como a entregar certificaciones de paz y salvo de las empresas cuyas redes no hubieran sido intervenidas; documentos estos que fungían como requisito para la suscripción del acta de liquidación.

Además, en el apéndice C del pliego de condiciones se fijó un procedimiento, de obligatorio cumplimiento para el contratista, con el que —en líneas generales— cada ESP nombraba un delegado para la supervisión de las obras, quien debía acudir a los comités y gestionar las solicitudes de los trabajos que su empresa requiriera, los cuales debían constar por escrito, como soporte del cruce de cuentas que el IDU y cada ESP realizarían<sup>109</sup>. La interventoría, a su vez, estaba a cargo de la elaboración de actas de la puesta en servicio de obras para el cruce de cuentas entre el IDU y las ESPs, así como de las actas de recibo de obra para cada ESP, al finalizar el contrato<sup>110</sup>.

<sup>102</sup> Aptado. 3.2.2.1.

<sup>103</sup> Aptados. 3.3.1.6.1 y 3.3.1.7.3.

<sup>104</sup> Aptado. 3.3.2.

<sup>105</sup> Aptado. 3.3.2.7.

<sup>106</sup> Aptado. 3.3.1.6.2.

<sup>107</sup> Ibidem.

<sup>108</sup> Aptado. 3.3.2.3.

<sup>109</sup> Aptado. 3.3.1.7.

<sup>110</sup> Ibidem.



3.4.5.1.2. Ahora bien, con la Resolución 196 de 2009, el IDU sancionó el incumplimiento contractual en que el Consorcio CICON – KMA II había incurrido, al no haber entregado: (i) “la totalidad de los planos récord de la obra en medio magnético estandarizados mediante software IDU-SCAD-GIS, ni en medio físico para la revisión pertinente”; (ii) “los planos récord aprobados por las empresas de servicios públicos a las que se les intervinieron las redes”; y (iii) “los paz y salvos de las empresas de servicios públicos a las que no se les intervinieron redes durante la ejecución del contrato”<sup>111</sup>.

Luego, al confirmar la anterior decisión por medio de la Resolución 1204 de 2009, el IDU agregó que el Consorcio CICON – KMA II no había entregado las actas ni los documentos revisados por la interventoría, que se requerían para exigir pagos a terceros; y que la EAAB, Gas Natural y ETB no habían recibido las obras a satisfacción, porque estas no habían sido terminadas; y porque el consorcio contratista no había entregado los planos récord que la EAAB requería, ni había reparado daños ocasionados a las redes de Gas Natural<sup>112</sup>.

3.4.5.1.3. La Sala observa, además, que, en las actuaciones previas a la imposición de la pena pecuniaria, la interventoría requirió al consorcio contratista la entrega de planos récord, así como el agotamiento de las gestiones necesarias para la suscripción de actas de recibo de las obras ejecutadas para las ESPs, lo que comprendía la visita técnica de cada uno de sus delegados<sup>113</sup>. Tales documentos, que se requerían para la liquidación del contrato, fueron solicitados reiterada pero infructuosamente por la interventoría<sup>114</sup>.

Posteriormente, cuando habían transcurrido más de dos meses desde que la primera comunicación fuera entregada al Consorcio CICON – KMA II, la interventoría encontró que los planos récord entregados no comprendían la totalidad de las obras ejecutadas, “[...] no cumplen con las exigencias de la Entidad Contratante y no se encuentran estandarizados mediante software IDU-SCAD-GIS”<sup>115</sup>. Dicho incumplimiento persistió, ya que, como lo refirió la interventoría en el informe de ejecución del contrato —presentado el 17 de septiembre de 2008— además de que el consorcio contratista no entregó los planos récord estandarizados en software IDU-SCAD-GIS, tampoco entregó los planos en medio físico, con la aprobación de las ESPs correspondientes<sup>116</sup>.

3.4.5.1.4. De acuerdo con los anteriores hechos relacionados en documentos públicos, que hacen fe de las declaraciones que en ellos constan<sup>117</sup>, sin que su contenido haya sido rebatido en este proceso, resulta forzoso concluir que, si bien el Consorcio CICON – KMA II hizo una entrega parcial de los planos récord de las obras ejecutadas, estos archivos fueron suministrados en un formato digital o magnético distinto al requerido contractualmente para las obras ejecutadas en las redes de la EAAB. La falta de entrega de los planos récord en el formato requerido o en soporte físico, hizo imposible adelantamiento, por parte del IDU, del procedimiento para el recibo de las obras ejecutadas para la EAAB, ETB y Gas

<sup>111</sup> Aptado. 3.3.23.1.

<sup>112</sup> Aptado. 3.3.25.4.

<sup>113</sup> Aptado. 3.3.14.

<sup>114</sup> Aptados. 3.3.15.3 y 3.3.16.2.

<sup>115</sup> Aptados. 3.3.17.1 y 3.3.17.2.

<sup>116</sup> Aptado. 3.3.20.4.2.

<sup>117</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 264. Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza. [...]”.



Natural; procedimiento este que comenzaba con la aprobación de tales planos por cada ESPs, para que, a continuación, la interventoría elaborara las actas de puesta en servicio y de recibo de las obras, con base en las cuales se había de liquidar el monto del pago correspondiente a cada ESP. De esta forma, es claro que el Consorcio CICON – KMA II incumplió la obligación de entregar los planos récord y las constancias de recibo de las obras ejecutadas para las ESPs, de acuerdo con lo pactado en el Contrato 194 de 2005, del cual forma parte el pliego de condiciones, con sus apéndices.

3.4.5.2. Por otra parte, el demandante ha argumentado en esta instancia que el anterior incumplimiento no puede atribuírsele, porque la honra de tal obligación dependía de terceros cuya renuencia le había hecho imposible la entrega de los documentos requeridos. Esta justificación, sin embargo, no puede tener recibo, puesto que el consorcio actor no dio cuenta de las acciones que hubiera realizado para honrar los compromisos pactados, y tampoco acreditó una causa extraña que haya tornado imposible su cumplimiento. Por el contrario, en la Resolución 1204 de 2009 consta, sin que se hubiera acreditado lo contrario, que la interventoría y el IDU fueron las únicas que adelantaron gestiones ante ETB, EAAB y Gas Natural, para obtener las constancias de recibo de las obras ejecutadas<sup>118</sup>. Una cosa es, pues, que estas constancias sean extendidas por las ESPs, y otra muy diferente es que no le correspondiera al actor la observancia de una debida diligencia para obtenerlas. En consecuencia, así planteado el cargo, no puede quebrar la legalidad de las decisiones impugnadas.

3.4.5.3. En la tercera y cuarta glosa planteadas por el apelante en esta instancia, éste aduce una *desproporción* de la pena impuesta por el IDU, porque no habría obedecido al incumplimiento de la obligación contractual principal y su monto sería excesivo con respecto a las obras no ejecutadas.

3.4.5.3.1. Pues bien, en términos amplios, el principio de proporcionalidad en la actividad administrativa supone la adecuación de las medidas adoptadas por la Administración a los hechos, las necesidades y las finalidades de interés general perseguidas con la decisión<sup>119</sup>, lo que es objeto de juicio contencioso-administrativo<sup>120</sup>. En el ámbito específico de la cláusula penal, el Derecho civil y mercantil —aplicable por remisión expresa<sup>121</sup>— prevén el derecho del contratista

<sup>118</sup> Aptado. 3.3.25.4.

<sup>119</sup> “Ahora bien, es claro que una arista del principio de la buena fe es la proporcionalidad en la sanción o prestación impuesta. Es decir, que el de proporcionalidad es también un postulado que informa toda la actividad administrativa y no pretende otra cosa que la adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer.” (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-209 del 17 de marzo de 2006). Sobre el mismo tema, abordado con mayor profundidad, ver: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Rad. 11001-03-26-000-1995-03074-01(13074)

<sup>120</sup> “[...] el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general”. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

<sup>121</sup> LEY 80 DE 1993. “Artículo 13. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. [...] Artículo 40. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. || Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos



penado, “para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”<sup>122</sup> (artículo 1596, CC) con la subsecuente facultad del juzgador de reducir la pena manifiestamente excesiva, establecida en el artículo 867 del CCo<sup>123</sup>.

3.4.5.3.2. En todo caso, de acuerdo con las normas precitadas, la pena pecuniaria —como la impuesta en el *sub lite*— procede por el incumplimiento de la obligación principal. Así lo ha entendido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al considerar que:

«No hay duda que la estimación anticipada del daño, en el evento de indemnización, regulada en la cláusula penal, gira alrededor de la obligación principal, puesto que se entiende que la pena sustituye aquel, en cuanto no se satisfacen los designios negociales de alguna de las partes, que mantienen su voluntad de querer que el contrato cumpla su cometido sustancial de atención del contrato. Por eso, se ha llegado a sostener que un clausulado de este linaje se convierte en un medio o instrumento de fortalecimiento de la obligación principal. Relevancia, pues, adquiere la cláusula penal frente a un suceso de contravención negocial fundamental, puesto que permite definir el monto de los perjuicios, sin consideración a que se regulen dentro de un proceso. Las partes saben cuál es el grado de afectación patrimonial ante la inobtención de los resultados del contrato. De ahí que el artículo 1599 del Código Civil disponga que “Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”.

Ahora bien, si se pacta la cláusula penal que discipline un punto no fundamental del contrato, es necesario, para alcanzar la afectación pecuniaria enunciada por las partes, que se examine el comportamiento contractual general, para saber o precisar si, en verdad, la desatención de aquel deber puede hacer próspera la sanción propia de la convención punitiva. Es decir, no es el hecho aislado, sin relación con el desarrollo del negocio el que permite la materialización de la cláusula en comento si, como tal, no trasciende negativamente en el resultado del contrato al lograrse a cabalidad éste, sin reparo o inconformidad por ninguno de los contratantes. Vale decir: cumple a plenitud su función el contrato, y, por ende, las obligaciones surgidas se extinguen»<sup>124</sup> (subrayado añadido).

---

que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. || En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. [...]”.

<sup>122</sup> Subrayado añadido.

<sup>123</sup> CÓDIGO DE COMERCIO. “Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. || Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella. || Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte” (subrayado fuera del texto original).

<sup>124</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de octubre de 1986.



De conformidad con lo anterior, la pena pecuniaria impuesta, en este asunto, debía fundarse en el incumplimiento de una obligación principal que, en el marco del Contrato 194 de 2005, corresponde, en principio, a la obligación principal de un típico contrato de obra, cuyo objeto contractual legalmente consiste en *“la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”* (artículo 32.1, Ley 80 de 1993).

3.4.5.3.3. En el *sub judice*, el IDU hizo efectiva la pena pecuniaria pactada por un monto de \$428'170.642; cifra que es el resultado de sumar la cuantía de los daños por el incumplimiento, por no terminar las obras contratadas dentro del plazo estipulado (\$21'527.208), y el monto total, en valor, de las obras ejecutadas para ETB y EAAB (\$406'913.434)<sup>125</sup>.

Como fundamento de la anterior decisión, en la Resolución 196 de 2009, el IDU consideró que, debido a los incumplimientos en la terminación oportuna de los trabajos y la omisión de entrega de documentos para la liquidación del contrato, las obras no habían sido puestas al servicio de la comunidad en condiciones óptimas. Agregó el IDU que la pena impuesta, que equivalía al 31,17% del monto total de la cláusula penal, era proporcional, porque comprendía las obras que no fueron ejecutadas, y las que no fueron recibidas por la interventoría, ETB ni EAAB<sup>126</sup>. Luego, al confirmar la imposición de la pena pecuniaria, mediante la Resolución 1204 de 2009, el IDU manifestó que la omisión en la entrega de los planos récord y de las constancias de recibo de las obras por ETB, EAAB y Gas Natural había además impedido la liquidación del contrato<sup>127</sup>.

3.4.5.3.4. La Sala observa que, de acuerdo con lo manifestado por la interventoría y el IDU en las comunicaciones previas a la imposición de la pena pecuniaria<sup>128</sup>, no era posible liquidar el Contrato 194 de 2005 sin los planos récord, con base en los cuales se verificarían las obras ejecutadas en las visitas técnicas que se llevarían a cabo con los delegados de las ESP, para así elaborar y suscribir las actas de recibo y aprobación de las obras, que eran el insumo principal de las actas de cruces de cuentas. Por ende, al ser imposible tal cruce de cuentas con las ESP cuyas redes fueron modificadas, se le ocasionaba un detrimento económico al IDU.

Lo afirmado por el IDU y por la interventoría, en las comunicaciones referidas anteriormente, se puede corroborar con el clausulado del Contrato 194 de 2005 — del que forma parte el pliego de condiciones y sus apéndices<sup>129</sup>— en el que se acordó que el cruce de cuentas con las ESP se realizaría con fundamento en las actas de puesta en servicio y de recibo de obras, suscritas por sus delegados, luego de que se realizaran unas visitas al lugar de las obras, en las que se constaría que lo consignado en los planos récord hubiera sido realmente ejecutado<sup>130</sup>. Aparte, se pactó que, en caso de que el contratista hubiera ocasionado daños a las redes existentes, estos debían ser verificados y reportados por la interventoría, la cual elaboraría un acta de aceptación y reparación de daños, que sería firmada por el delegado de la ESP correspondiente, el contratista, la interventoría y el IDU; y, en caso de que la ESP, el contratista y el IDU no llegaran a un acuerdo, la interventoría

<sup>125</sup> Aptados. 3.3.22.4.2 y 3.3.23.1.

<sup>126</sup> Aptado. 3.3.23.3.

<sup>127</sup> Aptado. 3.3.25.4.

<sup>128</sup> Aptados. 3.3.14, 3.3.16.2, 3.3.17.2, 3.3.17.2, 3.3.18, 3.3.19 y 3.3.22.4.2.

<sup>129</sup> Aptados. 3.3.2 y 3.3.2.7.

<sup>130</sup> Aptados. 3.3.1.7 y 3.3.1.7.3.



definiría a quién son imputables tales daños<sup>131</sup>. Finalmente, se estipuló que, cuando no se hubieran ejecutado obras en redes de una ESP, se requería un *paz y salvo* de la empresa correspondiente<sup>132</sup>.

En el Contrato 194 de 2005 se convino, además, que para el cruce de cuentas con las ESP cuyas redes fueran intervenidas, debía tomarse en consideración: (i) que las modificaciones requeridas en los drenajes de la EAAB, por interferencia con las obras del Contrato 194 de 2005, correrían por cuenta del IDU, mientras que las renovaciones, ampliaciones o mejoramientos que la EAAB solicitara, por escrito, correrían por cuenta de esta última, la cual asumiría un porcentaje equivalente de los costos de interventoría<sup>133</sup>; (ii) que ETB asumiría los costos de la renovación, la ampliación o las nuevas canalizaciones de sus redes, que solicitara por escrito, mientras que los trabajos que se ejecutaran en dichas redes, ocasionados por interferencias con las obras del Contrato 194 de 2005, correrían por cuenta del IDU<sup>134</sup>; y (iii) que Gas Natural correría con los costos de la renovación o ampliación de sus redes, que solicitara por escrito, mientras el contratista asumiría los costos de la reparación de los daños que a estas ocasionara<sup>135</sup>.

3.4.5.3.5. En este orden de ideas, es claro que resultaba imposible liquidar el Contrato 194 de 2005 sin contar con la entrega de los planos récord, las constancias de recibo de las obras ejecutadas para ETB y la EAAB, y el *paz y salvo* de Gas Natural; y que ello traería consigo un menoscabo patrimonial para el IDU, ya que, sin tales documentos, el IDU no podría cobrar, a tales ESPs, las obras ejecutadas en sus redes, cuyo costo debía, entonces, ser asumido por las empresas.

3.4.5.3.6. De esa forma, la desatención de la obligación del contratista de entregar los planos récord, las constancias de recibo de obras ejecutadas para ETB y la EAAB, y el *paz y salvo* de Gas Natural, en el contexto del negocio jurídico celebrado, tenía la trascendencia requerida para la imposición de la pena pecuniaria, y hacía que resultara procedente dicha medida sancionatoria, de acuerdo con lo precisado por la jurisprudencia referida anteriormente<sup>136</sup>.

Aparte, esta Subsección nota que el pacto de cláusula penal de apremio para el incumplimiento en la entrega de documentos<sup>137</sup> no excluía la imposición de la pena pecuniaria por ese mismo incumplimiento, ya que, de acuerdo con lo previsto en el pliego de condiciones<sup>138</sup> —cuyo contenido estaba comprendido y primaba en la interpretación integral de este negocio jurídico<sup>139</sup>— la omisión de las gestiones administrativas que al contratista le correspondía adelantar con las ESPs constituía un “[...] *incumplimiento del Contrato, haciéndose aplicables las sanciones previstas en el mismo*”<sup>140</sup>.

3.4.5.4. Una vez definido, como lo está, que la imposición de la pena pecuniaria en este caso era procedente, procede la Sala a determinar si la pena impuesta fue

<sup>131</sup> Aptado. 3.3.1.7.1.

<sup>132</sup> Aptado. 3.3.1.7.2.

<sup>133</sup> Aptados. 3.3.1.6.1, 3.3.1.7 y 3.3.1.8.

<sup>134</sup> Aptados. 3.3.1.6.2 y 3.3.1.9.

<sup>135</sup> Aptados. 3.3.1.7 y 3.3.1.10.

<sup>136</sup> Aptado. 3.4.5.3.2.

<sup>137</sup> Aptado. 3.3.2.4.

<sup>138</sup> Aptado. 3.3.1.6.

<sup>139</sup> Aptados. 3.3.2 y 3.3.2.7.

<sup>140</sup> Énfasis añadido al texto original.



proporcional; juicio este en el que no se estudia la imposición de la pena en sí misma, sino su cuantía.

3.4.5.4.1. Pues bien, de acuerdo con los artículos 1596 del Código Civil<sup>141</sup> y 867 del Código de Comercio<sup>142</sup>, la Sala ha considerado<sup>143</sup> que, de la misma forma en que el monto de la pena puede ser inferior a los perjuicios irrogados con el incumplimiento, también puede ocurrir que la entidad imponga el monto total de la pena y este resulte ser excesivo, en atención al cumplimiento parcial del contratista; situación ésta en la que puede el juez rebajar la pena en proporción al cumplimiento de la obligación principal y de los perjuicios ocasionados, sin que ello suponga la obligación de probar tales perjuicios, conforme al artículo 1599 del Código Civil<sup>144-145-146</sup>. De esta forma, como lo ha considerado esta Subsección<sup>147</sup>, no se *desconfigura la finalidad y la naturaleza indemnizatoria* de la pena pecuniaria, sino que, por el contrario, se atiende justamente la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad patrimonial en el ordenamiento colombiano, por la que esta no puede constituirse como fuente de enriquecimiento de quien sufra un daño.

En este orden de ideas, la liquidación de la pena pecuniaria de acuerdo con un cómputo aproximado del perjuicio irrogados con el incumplimiento resulta válida, sin que sea necesario acreditar que dichos perjuicios fueron realmente ocasionados.

3.4.5.4.2. En el Contrato 194 de 2005 se estipuló que el monto de la pena pecuniaria ascendía al 30% de “valor del contrato”<sup>148</sup> y no al precio de las obras programadas. Es pues, el precio estipulado en el contrato, sobre el cual debe determinarse el monto de la cláusula penal, el cual, incluyendo el A.I.U., era de \$3.697’022.056<sup>149</sup>. Por ende, el monto máximo de la pena pecuniaria, como estimación anticipada que es del daño irrogado por el incumplimiento total del contratista<sup>150-151</sup>, era de

<sup>141</sup> CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1596. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”.

<sup>142</sup> CÓDIGO DE COMERCIO. “Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. || Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella. || Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”.

<sup>143</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp.17009; Subsección C, sentencias del 26 de noviembre de 2015, exp. 48892; del 8 de octubre de 2021, exp. 53195 (fundamento jurídico 3.3.1); y del 14 de octubre de 2021, exp. 50623 (fundamento jurídico 6.2) entre otras.

<sup>144</sup> CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1599. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”.

<sup>145</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 1995, exp. 7757.

<sup>146</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de mayo de 1996, Exp. 4607.

<sup>147</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de octubre de 2021, exp. 50623 (fundamento jurídico 6.2).

<sup>148</sup> Aptado. 3.3.2.6.

<sup>149</sup> Aptado. 3.3.2.1.

<sup>150</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de 21 de febrero de 1947, Gaceta Judicial LXI, pág. 767; sentencia de 2 de junio de 1968, Gaceta Judicial LXXXVIII, pág. 37; y sentencia del 27 de septiembre de 1974.

<sup>151</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17009.



\$1.109'106.616, sin perjuicio de que, por vía judicial, el ente contratante deprecara indemnización de perjuicios, por el monto que superara la pena<sup>152-153</sup>.

3.4.5.4.3. Al liquidar el monto de la pena pecuniaria en los actos demandados, el IDU sumó las obras ejecutadas en las redes de ETB y la EAAB, que debían ser incluidas en los cruces de cuenta con dichas ESPs<sup>154</sup>. No pasa por alto la Sala que, si bien, el detrimento económico ocasionado al IDU podría ser inferior al cuantificado en los actos demandados, debido a que el IDU, en todo caso, corría con los costos de las obras en redes de servicios que hubieran sido necesarias por las interferencias que se presentaran en la ejecución del Contrato 194 de 2005; la actora no consiguió desvirtuar la presunción de legalidad que cobija los actos demandados, con pruebas que demostraran que las obras incluidas en la cuantificación de la pena pecuniaria debieran ser asumidos por el IDU.

Aparte, al cuantificar la pena impuesta, se incluyó el precio de las obras que no fueron entregadas por el contratista, el cual ascendía a \$21.527.208<sup>155</sup>; incumplimiento este que, según lo manifestado por la interventoría y la Dirección Técnica de Malla Vial del IDU<sup>156</sup>, equivalía a aproximadamente al 5% de las obras programadas en la ejecución del Contrato 194 de 2005 y a cerca del 10% del "precio básico" del contrato, estipulado inicialmente<sup>157</sup>, sin que el consorcio demandante hubiera conseguido desvirtuar, en este proceso, dicho incumplimiento.

3.4.5.4.4. Resulta válido concluir, por tanto, que la pena pecuniaria por incumplimiento de las obligaciones de entrega de documentos fue proporcional, por basarse en una cuantificación razonada del perjuicio irrogado al ente contratante con dicho incumplimiento, por lo que, en definitiva, los cargos de la apelante con los que cuestionaba la imposición de la pena y su proporcionalidad no están llamados a prosperar.

#### 4. Costas

De acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., como no se evidenció temeridad ni mala fe de las partes durante el trámite del proceso, la Subsección se abstendrá de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### FALLA

**PRIMERO: ACEPTAR** el impedimento presentado por el magistrado Nicolás Yepes Corrales.

<sup>152</sup> Aptado. 3.3.2.6.

<sup>153</sup> CÓDIGO CIVIL. "Artículo 1594. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal. [...] Artículo 1600. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena" (subrayado agregado).

<sup>154</sup> Aptados. 3.3.22.4.2 y 3.3.23.2.

<sup>155</sup> Aptados. 3.3.22.4.1 y 3.3.23.2.

<sup>156</sup> Aptados. 3.3.15, 3.3.20.3 y 3.3.22.2.

<sup>157</sup> Aptados. 3.3.20.2 y 3.3.22.1.





**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión del 29 de mayo de 2014.

**TERCERO:** Sin condena en costas, por no estar acreditadas.

**CUARTO:** En firme este proveído, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

**Cópiese, Notifíquese, Cúmplase**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**  
**Magistrado**  
**Firmado electrónicamente**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**  
**Magistrado**  
**Aclara Voto**  
**Firmado electrónicamente**

**LUIS FELIPE BOTERO ARISTIZÁBAL**  
**Conjuez**  
**Firmado electrónicamente**