

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Niega

MULTA AL CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA - Atraso en la ejecución de obra pública / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

SÍNTESIS DEL CASO: El Instituto de Desarrollo Urbano impuso una multa a su contratista Unión Temporal Prouurbanos JS por incumplimiento del cronograma de obra, al haber incurrido en atraso de la ejecución del tramo de la Avenida 72 entre carreras 25 y 35 de la ciudad de Bogotá. El apelante adujo violación del debido proceso porque no se cumplió el establecido en el contrato y porque no fueron llamados a la audiencia de descargos los miembros de la unión temporal, y falsa motivación, porque en dicha audiencia se comprometió a dar al servicio la vía en una determinada fecha, y cumplió con este compromiso.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA / COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA / PROCESO DE DOBLE INSTANCIA / FACTOR OBJETIVO / FACTOR FUNCIONAL

Le corresponde a la Sala resolver en segunda instancia el presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984, modificado por la Ley 446 de 1998 -, norma vigente al momento de presentación de la demanda, según la cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia. Adicionalmente, conoce la Sala del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de marzo de 2014, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que el valor de la mayor de las pretensiones a título de perjuicios materiales ascendió a \$2.206'397.832, por concepto de las utilidades dejadas de percibir por los demandantes, a consecuencia de no haber podido participar en licitaciones en las que hubiesen podido presentar ofertas ante distintas entidades distritales, mientras que el monto exigido en la época de presentación de la demanda para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de controversias contractuales tuviera vocación de doble instancia era de \$ 267.800.000.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 129 / LEY 446 DE 1998

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / TÉRMINO PARA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 136 del Decreto 01 de 1984 -modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998-, la caducidad de la acción de controversias contractuales es de dos años. Cuando el contrato es susceptible de liquidación, debe contarse a partir de la misma o de vencido el término para efectuarla de común acuerdo o en forma unilateral; en el presente caso, se trató de un contrato de obra pública que, por lo tanto, era susceptible de liquidación; no obstante, se observa que dicho contrato aún no había terminado y se hallaba en ejecución cuando se profirió el acto administrativo demandado, Resolución No. 357 del 19 de febrero de 2009, confirmada por Resolución No. 1347 del 24 de abril de 2009. En tales condiciones, aún contando el término de caducidad desde la ejecutoria de este acto administrativo y aún sin tener en cuenta el trámite de conciliación prejudicial que se llevó a cabo, se advierte que la demanda fue presentada en tiempo, el 9 de marzo de 2011.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 10 / LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 44

PROBLEMA JURÍDICO: Teniendo en cuenta los hechos probados y los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, le corresponde a la Sala establecer si el acto administrativo por medio del cual el Instituto de Desarrollo Urbano IDU le impuso una multa a su contratista, Unión Temporal Prouurbanos JS, está viciado de nulidad por haber violado el debido proceso y estar incurso en falsa motivación, tal y como se alegó por el apelante.

MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / SANCIÓN PECUNIARIA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / MULTA AL CONTRATISTA / MORA DEL CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO

Por su naturaleza y finalidad, las multas en materia de contratación estatal han sido concebidas como sanciones pecuniarias de control de la ejecución contractual, tendientes a constreñir o inducir al contratista al exacto cumplimiento de sus obligaciones, para que las mismas se ejecuten en la forma y tiempo previstos en el contrato. Esto es así por cuanto el negocio jurídico celebrado por las partes, si bien tiene un objeto determinado, a cuya obtención apuntan las estipulaciones contractuales, usualmente establece la manera como se deben ejecutar las prestaciones y las distintas etapas o plazos de los trabajos y labores a cargo del contratista, que son necesarios para garantizar la correcta ejecución del objeto contractual. Es así como, de tiempo atrás, los estatutos de contratación estatal consagraron la facultad de las entidades públicas regidas por sus normas, de imponer, unilateralmente, a través de actos administrativos, sanciones pecuniarias a sus contratistas en caso de mora o incumplimiento parcial de sus obligaciones, las cuales fueron denominadas multas.

CONTRATO DE OBRA / CONTRATO ESTATAL / APLICACIÓN DE LA RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE

El Contrato de Obra No. 52 en virtud del cual se expidió el acto administrativo objeto de la presente controversia, suscrito por las partes el 18 de septiembre de 2007, es un contrato estatal regido por la Ley 80 de 1993, estatuto que, a diferencia de los anteriores, no contempló expresamente la facultad de las entidades estatales para imponer, unilateralmente, las multas que hubieran sido pactadas en los contratos regidos por sus normas, tal y como lo estableció la

jurisprudencia de esta Corporación. No obstante, para la fecha de su celebración, ya había sido expedida la Ley 1150 de 2007, la cual entró a regir, según el artículo 33, seis meses después de su promulgación, que se produjo el 16 de julio de 2007. El artículo 17 de esta ley, consagró nuevamente la facultad de las entidades estatales de imponer unilateralmente las multas pactadas en sus contratos y, así mismo, le otorgó efectos retrospectivos a dicha facultad, respecto de aquellos contratos que se hallaran en ejecución cuando la ley entró a regir, en los cuales se hubiera pactado la cláusula de multas. (...) dado que, en el caso del Contrato de Obra No. 52 de 2007, las partes habían pactado la cláusula de multas, con la facultad de la entidad para imponerlas a través de acto administrativo, y en virtud de la expresa autorización del parágrafo transitorio del artículo 17 transcrito, la entidad tenía competencia para expedir las Resoluciones 357 del 19 de febrero y 1347 del 24 de abril de 2009. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencia de 20 de octubre de 2005, Exp. 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 17 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 33

DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / DERECHO AL DEBIDO PROCESO CONTRACTUAL / ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / SANCIÓN CONTRACTUAL / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Como es bien sabido, el debido proceso es un derecho fundamental de consagración constitucional -art.29- , que se predica tanto de las actuaciones judiciales como de las administrativas, y que apunta a garantizar el derecho de audiencia y defensa de las personas en aquellas situaciones en que sus derechos pueden verse afectados por una decisión judicial o por un acto administrativo. Dado que, en materia de contratación, las entidades estatales también profieren actos administrativos que afectan la situación jurídica de sus contratistas, la jurisprudencia de tiempo atrás reconoció que, también en relación con estos actos, la administración está impelida a respetar el debido proceso, en especial cuando se trate de actos administrativos sancionatorios. Y ha sostenido así mismo que para ello no resulta suficiente la procedencia de recursos en contra de la decisión administrativa, puesto que la garantía de ese derecho sólo se surte en la medida en que se permita al administrado su participación en la actuación administrativa previa a la expedición de la decisión, dándole la oportunidad de ser oído, por cuanto las sanciones de plano atentan contra el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, principio de contradicción, etc. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencia de 20 de noviembre de 2008, Exp. 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 23 de junio de 2010, Exp. 16367, C.P. Enrique Gil Botero; sentencia de 18 de enero de 2012, Exp. 20611, C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 29

PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / MULTA AL CONTRATISTA / DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

[E]ncuentra la Sala que, si bien no se siguió al pie de la letra el procedimiento contemplado en el anexo del contrato de obra, por cuanto no se le pidió al contratista que presentara sus descargos por escrito sino que se lo citó a una

audiencia para que allí lo hiciera, lo cierto es que la entidad no tomó la decisión sancionatoria a espaldas del contratista ni lo sorprendió con una decisión de la que éste no hubiera tenido noticia, sino todo lo contrario. Se agotó un procedimiento que, efectivamente, le garantizó el derecho de audiencia y de defensa, dándole la oportunidad de brindar explicaciones y justificaciones, que fueron debidamente analizadas, luego de lo cual la entidad consideró que eran insuficientes para justificar los atrasos presentados y por ello procedió a imponer la multa. Se observa además, que el proceso sancionatorio se adelantó por el incumplimiento del cronograma respecto de la terminación del tramo de la AV 72, lo que suponía su entrega a satisfacción, aspecto sobre el cual pudo debatir la UT demandante y que fue congruente con la causa de incumplimiento a la que se atribuyó la multa, lo cual no se altera porque en la audiencia de descargos la contratista hubiera manifestado que pondría en servicio ese tramo el 31 de enero de 2004. En las condiciones anotadas, no encuentra la Sala que, en el presente caso, en la actuación adelantada por la entidad para sancionar al contratista, se hubiera vulnerado el debido proceso, tal y como lo expuso el recurrente, razón por la cual este cargo no prospera.

CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO / MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR / MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / CAUSALES DE NULIDAD / NULIDAD POR FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Al ser el acto administrativo una decisión proferida por una entidad estatal que crea, modifica o extingue una situación jurídica, el mismo debe obedecer a unas razones de hecho y de derecho, que justifican la determinación que se está tomando por parte de la administración. Esas razones, corresponden entonces, a la motivación del acto, es decir que todo acto tiene una causa, motivo o razón, que pueden estar expresados o no en el mismo acto. Los motivos del acto administrativo, siempre se deben plasmar explícitamente, cuando se trate de una decisión que va a afectar la esfera jurídica de una o varias personas determinadas, es decir que se impone, por lo general, en relación con los actos administrativos de contenido particular y concreto y, con mayor razón, cuando se trate de actos administrativos sancionatorios, de los que se exige que estén debidamente motivados. Las razones que sustentan la decisión que adopte la administración, deben ser ciertas y coincidir con la realidad de los hechos que le sirven de fundamento, razón por la cual la ley ha consagrado como causal de nulidad de los actos administrativos la falsa motivación -art. 84, C.C.A.-.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 84

MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / MULTA AL CONTRATISTA / MORA DEL CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO - Por atraso en una de las etapas de la obra / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA

[R]esulta necesario recordar que la figura de la multa en materia de contratación estatal surge como mecanismo de apremio al contratista, para inducirlo a ejecutar las prestaciones a su cargo no sólo en la forma como fueron plasmadas en el contrato, sino también de manera oportuna, es decir dentro de los plazos que también se hubieran estipulado por las partes. Especialmente en los contratos de obra, se observa que su desarrollo se concibe, generalmente, por etapas de avance, lo que implica la elaboración de cronogramas de obra, en los que se

plasman las actividades que se deben ir realizando en determinados lapsos, bien sea semanales, mensuales, etc., y que van marcando el apropiado adelantamiento de los trabajos, en aras de que los mismos sean culminados dentro del plazo contractual que se acordó por las partes para la ejecución total de la obra. Es claro entonces, que el atraso en una etapa de las obras, de acuerdo con lo que se hubiere previsto en el respectivo cronograma, repercutirá en el cumplimiento oportuno del objeto contractual, razón por la cual las multas pactadas en los contratos, vienen a ser un disuasivo importante y útil frente al contratista demorado, para inducirlo al exacto cumplimiento de los tiempos acordados.

MULTA AL CONTRATISTA / MORA DEL CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / INEXISTENCIA DE LA FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / AUSENCIA DE LA NULIDAD POR FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, a juicio de la Sala, el hecho de que el contratista se hubiera comprometido, en la audiencia de descargos, a dar al servicio la vía el 31 de enero de 2009, no desvirtúa la existencia de los atrasos en los que efectivamente incurrió. A lo cual se puede agregar que la manifestación del contratista en la audiencia no afectó la decisión de imponer las multas porque, además de que ya se habían causado, eso no supuso un acuerdo entre las partes para modificar el cronograma de las obras. Por lo tanto, lo máximo a lo que podría conducir, es a que no fuera nuevamente multado, esta vez por no hacer entrega a satisfacción de las obras en la fecha prometida, pues ese no fue el compromiso asumido, como lo sostuvo el recurrente. Es decir que, si bien le asiste razón al apelante respecto de su afirmación de que cumplió con lo prometido en la referida audiencia, puesto que el tramo de la vía fue dado al servicio en la fecha propuesta, esto no se traduce en una falsa motivación del acto administrativo demandado, puesto que, tal y como se registró en los hechos probados, la razón para la imposición de la multa fue el incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista, "por el atraso de los períodos comprendidos entre el 22 de diciembre de 2008 y el 31 de enero de 2009" -hecho probado 14-, circunstancia que efectivamente se dio y que no desapareció por la entrega al servicio de la vía que hubiera efectuado el contratista en fecha posterior a la que, de acuerdo con el cronograma de obra varias veces reprogramado, ha debido producirse tal entrega. En estas condiciones, considera la Sala que no tiene vocación de prosperidad el cargo de falsa motivación en contra del acto administrativo demandado.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Impróspera / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

[E]ncuentra la Sala que los argumentos expuestos en el recurso de apelación no son suficientes para desvirtuar la decisión denegatoria de las pretensiones tomada por el a-quo, razón por la cual ésta merece ser confirmada, y así se decidirá en la parte resolutive de la presente providencia.

CONDENA EN COSTAS - No hay lugar a su imposición

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 171 / LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 55

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00182-01(51519)

Actor: JOSÉ SIDNEY MARTÍNEZ AGUILAR Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de descongestión, el 27 de marzo de 2014, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El Instituto de Desarrollo Urbano impuso una multa a su contratista Unión Temporal Prourbano JS por incumplimiento del cronograma de obra, al haber incurrido en atraso de la ejecución del tramo de la Avenida 72 entre carreras 25 y 35 de la ciudad de Bogotá. El apelante adujo violación del debido proceso porque no se cumplió el establecido en el contrato y porque no fueron llamados a la audiencia de descargos los miembros de la unión temporal, y falsa motivación, porque en dicha audiencia se comprometió a dar al servicio la vía en una determinada fecha, y cumplió con este compromiso.

ANTECEDENTES

La demanda

El 9 de marzo de 2011, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, el señor José Sidney Martínez Aguilar, en nombre propio y en representación de la sociedad Prouurbanos Cima y Cía. S. en C., ambos miembros de la Unión Temporal Prouurbanos JS¹, presentó, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda en contra del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, en la cual pidió que se declare la nulidad de las Resoluciones 357 del 19 de febrero y 1347 del 24 de abril del 2009, por medio de las cuales la entidad demandada impuso una multa y confirmó la decisión, y que como consecuencia de dicha declaratoria, se levanten las medidas impuestas en el acto administrativo demandado, que ordenaron i) descontar, de los pagos a favor del contratista, el valor de la multa impuesta; ii) informar a la Procuraduría General de la Nación y iii) enviar la información a la Cámara de Comercio. Así mismo, que se condene a la demandada a reconocer y pagar los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes: José Sidney Martínez Aguilar y Prouurbanos Cima y Cía. S. en C., en la proporción que a cada uno corresponde como miembro de la Unión Temporal, 30% y 70% respectivamente, según los valores consignados en la demanda (f. 2, c. 1).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la actora dio cuenta de la celebración entre las partes, previo proceso licitatorio, del Contrato de Obra No. IDU 052 de 2007, cuyo objeto fue la rehabilitación de los tramos rojos de las vías de la malla vial arterial principal y complementaria correspondiente al grupo VII calle 45, calle 34, calle 63, calle 147 y calle 72 -comprendido en esta última el tramo entre carreras 24 y 35- en Bogotá D.C., con un plazo inicial de 8 meses, prorrogados mediante dos contratos adicionales en 7 meses más.

Adujo que, en varias ocasiones, la entidad lo conminó por el retraso en algunas obras y modificó el cronograma de obra presentado por el contratista, extendiendo el plazo para su ejecución primero hasta el 21 de diciembre de 2008, luego hasta el 28 de diciembre y después hasta el 4 de enero de 2009.

El contratista respondió que no existía atraso en algunos frentes y presentó justificaciones al atraso de otros -el tramo de la calle 72 entre carreras 24 y 35-,

¹ A instancias del Tribunal, la parte actora allegó el documento de constitución de la Unión Temporal Prouurbanos JS, del 23 de mayo de 2007, en el cual consta que sus miembros son la sociedad Prouurbanos Cima y Cía. S. en C. y José Sidney Martínez Aguilar, persona natural que obra en su propio nombre y representación y como representante legal de la referida sociedad; y que, además, fue designado representante legal de la Unión Temporal (f. 26, c. 1).

como i) el incremento del 270% de las cantidades de redes para sumideros y ii) la situación de inusual invierno, y manifestó que tomaría las medidas de contingencia necesarias para recuperarlo; en otra ocasión, refirió que iii) el cronograma se había hecho con fundamento en la información del pliego de condiciones, pero que las características reales de las redes de alcantarillado fueron muy distintas a las que se tuvieron en cuenta y ello conllevó a una fuerte disminución en los rendimientos de los trabajos por el enorme aumento en las labores de excavación, al aumento en la cantidad de tubería requerida. Y que también había incidido en el rendimiento iv) el sistema de construcción impuesto por la entidad, que sólo permitía ocupar media calzada, dificultando el desplazamiento de maquinaria y trabajadores y el acopio de materiales.

Por recomendación de la interventoría -que encontró que el contratista había incumplido el cronograma de obra respecto de la terminación del tramo de la calle 72 entre carreras 24 y 35 y por lo tanto se hacía acreedor a una multa-, la entidad demandada citó al contratista a descargos, pero adelantó un procedimiento irregular desconociendo el establecido en las cláusulas comunes de los contratos celebrados por el IDU -Contrato 052 de 2007-, pues en la citación no aportó las pruebas que soportaban el cargo ni hizo tasación de la multa y no citó a cada uno de los partícipes de la UT (Unión Temporal), a pesar de tener delimitadas sus responsabilidades y cargas patrimoniales conforme a los porcentajes de participación.

El demandante anotó que mucho antes de que se diera inicio al procedimiento de multa, cuando los porcentajes de ejecución eran muy inferiores al 95%, el IDU, el interventor y la UT habían alcanzado un acuerdo satisfactorio para la reprogramación y extensión del plazo. Y que las justificaciones que para entonces sirvieron, se mantenían en la época de los apremios y la multa, por lo que resultaba antojadizo y caprichoso por parte de la entidad, que los mismos imponderables, suficientes para la reprogramación y extensión del plazo, no se consideraran faltando apenas el 5% para la culminación del tramo por el que se multó.

La UT informó a la entidad que el 31 de enero de 2009 se habilitó totalmente el tramo para el tráfico vehicular, a pesar de lo cual, con base en los conceptos ambiguos de la interventoría -que de un lado aceptaban las justificaciones

eximentes de la UT y de otro, recomendaban la multa-, procedió a imponer la sanción pecuniaria.

La decisión fue objeto del recurso de reposición por parte de la Unión Temporal y de la Aseguradora de Fianzas S.A., y fue confirmada mediante Resolución 1347 de 2009, que quedó ejecutoriada el 17 de junio de ese año. El contratista pidió que se declarara el decaimiento de las Resoluciones 357 y 1347 y luego la revocatoria directa de estos actos, solicitudes que fueron denegadas por la entidad.

El contratista citó varios pronunciamientos de la interventoría, en los cuales ésta aceptó que el contratista había dado cumplimiento al objeto contratado en el plazo establecido y concluyó que la entidad le ocasionó graves perjuicios al contratista, quien por causa y efecto del procedimiento sancionatorio vio desequilibradas sus prestaciones económicas y quebrantado el prestigio y buen nombre de los miembros de la Unión Temporal, lo que los privó de su fuente principal de trabajo como contratistas de obras públicas.

En los fundamentos de derecho de la demanda, la parte actora se refirió i) en general, a la responsabilidad estatal, fundada en el artículo 90 de la Constitución Política; ii) a la responsabilidad del IDU, por los conceptos emitidos sin soporte jurídico por el interventor, que sirvieron de base para la imposición de la sanción pecuniaria impugnada, *“(...) máxime si sus conceptos varían de principio a fin; son contradictorios y en últimas, cuando ya no hay remedio en sede administrativa, absolventes de la responsabilidad del contratista”*; iv) a la legalidad, las garantías y el debido proceso, que deben asegurar el derecho de defensa, por lo que nada se oponía a que hubieran sido citados al procedimiento sancionatorio todos los integrantes de la Unión Temporal y sus garantes; v) a la oportunidad para imponer la multa, pues ésta sólo procede mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista -art. 17, Ley 1150 de 2007- y en el presente caso, la multa se produjo con posterioridad a la entrada en servicio de la vía; vi) la falsa motivación del acto administrativo, pues como se cumplió el compromiso de dar al servicio la vía el 31 de enero de 2009, como lo acordaron las partes, el interés general, público o de la comunidad, no se vio afectado, además de que, para esa fecha, no sólo no existía atraso sino adelanto en relación con el programa de obra del 6 de octubre de 2008, por el dramático aumento -de un 61,9%- de la obra ejecutada en relación con la programada para el tramo de la calle 72 entre carreras 24 y 40; vii) el rompimiento del equilibrio económico del

contrato, causado por la imposición injusta de la sanción económica al contratista, que lo dejó por fuera del mercado laboral y configuró el agravio que la administración debe reparar; viii) inconstitucionalidad de la Ley 1150 de 2007, pues la Constitución le atribuye de manera exclusiva al legislador la competencia para expedir el estatuto general de contratación y esta ley dejó su desarrollo, de manera muy amplia, al ejecutivo. Y en cuanto a las multas contempladas en el artículo 17, consideró que el Estado no está autorizado, por encima del principio de legalidad, para el ejercicio de facultades excepcionales, distintas a las expresamente descritas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que no fue modificado por la Ley 1150.

El trámite de la primera instancia

Mediante auto del 4 de agosto de 2011 se admitió la demanda, providencia que fue notificada al director del Instituto de Desarrollo Urbano IDU y al agente del Ministerio Público (f. 33, 33 vto., y 35, c. 1).

Contestación de la demanda

El Instituto de Desarrollo Urbano IDU contestó la demanda, aceptó algunos hechos y negó otros; se opuso a las pretensiones por carecer de fundamento fáctico y jurídico, y propuso como excepciones i) la inexistencia de incumplimiento del contrato por parte del IDU, ausencia del rompimiento de la ecuación contractual e incumplimiento del contratista, y ii) la inexistencia de vicios que invaliden la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados (f. 36, c. 1).

La demandada explicó que, efectivamente, a pesar de las múltiples reprogramaciones de obra que le fueron autorizadas al contratista y de los apremios de que fue objeto por parte de la entidad, éste no cumplió con los plazos de entrega de las obras en la calle 72 sin que existieran razones suficientes que justificaran sus retrasos, por lo que, luego de citarlo a descargos y de oírlo, dentro del procedimiento tendiente a imponer una multa, una vez verificado que para el 31 de enero de 2009 había faltantes para la terminación de los trabajos que reflejaban el incumplimiento del contratista, la entidad procedió a expedir la Resolución 357 del 19 de febrero de 2009, confirmada por Resolución 1347 del 24 de abril del mismo año.

De la misma manera, expuso que la afirmación del demandante, según la cual la entidad dejó que interventor ejerciera su función sin control y vigilancia y sin soporte legal apto, y que fue quien en últimas fundamentó la causa de sanción del contratista, con conceptos que variaban de principio a fin, se quedó en eso: en una afirmación, sin soporte fáctico, puesto que en realidad el interventor se limitó a cumplir con sus funciones, dando oportuna cuenta de las acciones y omisiones en que incurrió el contratista.

Así mismo, el IDU conminó en varias ocasiones al contratista a terminar la obra y a cumplir el objeto del contrato, mediante varios oficios que fueron relacionados en los actos administrativos demandados, en razón de lo cual aceptó las imputaciones y se comprometió, en la audiencia de descargos, a entregar las obras objeto del atraso en el cronograma de obra el 31 de enero de 2009, de lo cual quedó constancia en el acta de la audiencia.

En providencia del 3 de noviembre de 2011, se abrió el proceso a pruebas (f. 75, c. 1); con auto del 11 de octubre de 2013, se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (f. 192, c. 1).

Alegatos de conclusión

La parte actora presentó alegatos finales, en los que reiteró los argumentos de la demanda, en especial los referidos a la imposición de una multa con base en los conceptos del interventor, *“(...) que consideró en forma ambigua, anfibológica, subjetiva e impropia que la UT incumplió el compromiso de ‘terminación’ del tramo de la Calle 72”,* sin que la entidad hubiera llevado el proceso sancionatorio contractual *“(...) en la forma lógica y necesaria que corresponde a la individualización de supuestos relevantes incumplimientos, sin que al efecto hubiera dispuesto a plenitud de las facultades evaluativas propias, dejando en consecuencia a merced del borroso concepto del interventor, una decisión que, bien sabe el IDU, conlleva responsabilidad administrativa por los perjuicios causados al contratista”* (f. 193, c. 1).

La demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia proferida el 27 de marzo de 2014, negó las pretensiones, por cuanto consideró, con base en las pruebas obrantes en el proceso, que el Instituto de Desarrollo Urbano IDU le garantizó el debido proceso al contratista en el trámite de la imposición de la multa, por lo que pudo ejercer los derechos de audiencia y de defensa, además el acto estuvo debidamente motivado y no se probó por el demandante que la entidad hubiera incurrido en una falsa motivación porque, en realidad, el contratista había cumplido a cabalidad con el cronograma de la obra. Por lo tanto, no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo demandado (f. 205 a 215, c. ppl.).

El recurso de apelación

Inconforme con lo decidido en primera instancia, la parte actora interpuso recurso de apelación en el que pidió que se revoque el fallo de primera instancia y que, en su lugar, se acojan todas las pretensiones de la demanda, con fundamento en los cargos que adujo en contra de la sentencia, pues consideró que i) el *a-quo* dio por sentado, sin ser cierto, que en el proceso de imposición de multa no hubo violación del debido proceso y que no hubo falsa motivación del acto; ii) se interpretaron erróneamente las pruebas decisivas en la resolución del litigio, en particular la sucesión de actos, comunicaciones y actuaciones demostrativas de los errores en que incurrió la entidad demandada al imponer la multa; iii) no apreció los términos del contrato en función de su mérito, es decir, “(...) *apreciarlo sin fidelidad objetiva para desconocer, restringir o ampliar su contenido, desvirtuando su literalidad*”; iv) hubo falta de motivación del fallo, pues tomó como sustento valorativo citas genéricas de la ley y la jurisprudencia sin contextualizarlos con los hechos y las pruebas; v) hubo interpretación inadecuada de la demanda; vi) se concluyó falsamente, contra la ley sustancial, que las pretensiones no estaban llamadas a prosperar (f. 217, c. ppl.).

En relación con el primer punto, el apelante explicó que una cosa era dar al servicio la vía -tramo de la avenida 72 entre carreras 25 y 35- y otra cosa era la entrega a satisfacción de las obras. Y que el compromiso que adquirió con la entidad en la audiencia de descargos del 22 de enero de 2009, fue lo primero y efectivamente se cumplió, pues la vía fue dada al servicio. No obstante, la multa le fue impuesta porque no se había cumplido con la terminación para el recibo a

satisfacción de los trabajos encomendados, entrega que debía hacerse una vez se terminara la etapa de construcción y no antes, la cual concluyó el 15 de septiembre de 2014.

En cuanto al punto segundo, sobre la interpretación errónea de la sucesión de actos, comunicaciones y actuaciones demostrativas de los errores en que incurrió la entidad demandada al imponer la multa, el apelante adujo que en el plenario obran suficientes pruebas de que el contratista cumplió con su compromiso de dar al servicio la vía, según consta en varias comunicaciones -MG7-727-A-09 del 3 de junio de 2009, MG7-776-A-09 del 6 de julio de 2009 y MG7-727-A-09 del 23 de agosto de 2009- de la interventoría sobre la instalación de la nueva estructura del pavimento y la entrada al servicio vehicular de la calzada norte de la calle 72 entre carreras 25 y 35. El registro fotográfico adjunto a la comunicación UTPJS-052-130-09 del 25 de marzo de 2009 radicada en el IDU con el número 030107 el 26 de marzo de 2009, de acuerdo con el cual la carpeta asfáltica se encontraba instalada y en uso, lo mismo que el sardinel de la calle 72 entre carreras 30 y 35, la construcción de dos pozos en calle 72, uno en la carrera 30 y otro en la carrera 34, y la terminación de la carpeta asfáltica en el segmento de la carrera 32. Y que también estaba probado, con el registro fotográfico tomado el 18 de junio de 2009 por el director de obra, adjunto a la comunicación UTPJS-052-266-09 del 9 de junio del mismo año y radicada en el IDU con el número 056608, que fueron oportunamente realizados los ajustes o detalles de obra solicitados por la interventoría y pendientes de ejecución a junio 3 de 2009, que ya se encontraban totalmente terminados, lo cual le constaba a la interventoría. Y afirmó el apelante que el conjunto de pruebas mencionadas permitía afirmar, sin lugar a dudas, que el compromiso de la UT de dar al servicio la vía en enero 31 de 2009 fue cabalmente cumplido.

En relación con el tercer punto, referido a que el *a-quo* no apreció los términos del contrato en función de su mérito, se refirió el apelante a que el contratista no adquirió la obligación de entregar los correspondientes trabajos en enero 31 de 2009, pues la entrega al IDU sí debía hacerse, pero una vez terminada la etapa de construcción y no antes, la cual concluyó el 15 de septiembre de 2014, por lo que el contratista no había incumplido con la obligación de entrega ni cuando dictó la resolución que impuso la multa ni cuando emitió la resolución que la confirmó, por cuanto ella no era exigible. Y el compromiso adquirido en la audiencia de descargos fue la puesta en servicio del tramo de la vía de que se trata para enero

31 de 2009, no la entrega total y a satisfacción de la rehabilitación de dicho tramo en tal fecha, pues según el Apéndice A del pliego de condiciones, *“A la terminación de la Etapa de obra ... el Constructor ... De igual manera entregará al IDU ... las obras del contrato de rehabilitación”*.

Adujo que, en consecuencia, se equivocó la entidad al acoger el concepto equivocado del interventor, en el sentido de que, como no se había entregado la obra a satisfacción para el 31 de enero, debía continuarse el procedimiento de sanción. Este concepto fue corregido tardíamente, al admitir que la interventoría no conocía el texto definitivo del acta de la audiencia de descargos, en la que se consignó solamente que el contratista se comprometió a dar al servicio la vía el 31 de enero de 2009 y no que entregaría la rehabilitación del tramo totalmente terminada y aceptada para el 30 de enero, como se dijo en el oficio del 2 de febrero de 2009, alegando además, que la interventoría no contaba con un asesor legal dentro de sus recursos de personal.

En relación con el cuarto punto, relativo a la falta de motivación del fallo, pues tomó como sustento valorativo citas genéricas de la ley y la jurisprudencia sin contextualizarlos con los hechos y las pruebas, el apelante sólo refirió la errónea apreciación de la Dirección Técnica de Malla Vial, al asumir que existía obligación de entregar las obras del mencionado tramo de la calle 72 entre carreras 25 y 35 el 31 de enero de 2009, y como la entrega no se produjo en esta fecha, concluyó también erróneamente, que el contratista había incumplido. Sostuvo que el origen de estas apreciaciones estuvo en i) una errónea lectura del acuerdo contenido en el acta de la diligencia de descargos, según el cual *“el contratista expone que para el día 31 de enero de 2009 da al servicio la vía”*, lo que fue admitido por el IDU, pero que fue adicionado unilateralmente por la entidad con la supuesta obligación de hacer entrega a la contratante, total y a satisfacción, ese mismo día, de las respectivas obras; ii) un error en la solicitud de concepto a la interventoría sobre si a 30 de enero de 2009 el contratista había cumplido con la obligación adquirida; iii) un error de la interventoría al asumir que el contratista, en la audiencia de descargos, había adquirido la obligación de entregar la rehabilitación del tramo en cuestión totalmente terminada y aceptada en enero 31 de 2009, error que la llevó a concluir también equivocadamente que el compromiso no se había cumplido y por lo tanto, solicitar a la entidad la continuación del proceso de imposición de multa; iv) un error del IDU al atender la solicitud de la interventoría y vi) un error del IDU al no considerar ni valorar las pruebas, especialmente los registros

fotográficos, que demostraban que a las fechas en que fueron realizados -marzo 25 y junio 19 de 2009-, es decir antes de la ejecutoria de las resoluciones demandadas, la vía y sus obras rehabilitadoras asociadas se encontraban en servicio.

Concluyó así mismo, que al haberlo sancionado por la razón expuesta en el acto administrativo, no se le ofreció al contratista la oportunidad de controvertirla, pues no se dio la necesaria individualización de los supuestos relevantes incumplimientos y se procedió a sancionarlo únicamente con base en los conceptos “borrosos” del interventor.

El trámite de la segunda instancia.

El recurso de apelación fue admitido por auto del 6 de agosto de 2014 y el 5 de septiembre del mismo año, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo.

La parte actora presentó escrito, en el cual reiteró los argumentos del recurso de apelación. A su turno, la entidad demandada presentó escrito en el que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto la actora no logró probar la presunta ilegalidad del acto administrativo demandado (f. 233 y 237, c. ppl.).

La Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado presentó concepto en el cual solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por considerar que estaba probado que el contratista sí incumplió con sus obligaciones y por lo tanto se hizo acreedor a la sanción impuesta (f. 246, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

Competencia del Consejo de Estado

Le corresponde a la Sala resolver en segunda instancia el presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984, modificado por la Ley 446 de 1998²-, norma

² A la fecha en que se profiere la sentencia se encuentra en vigencia la Ley 1437 de 2011, “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, sin embargo, por expresa disposición de la norma, éste no es aplicable al proceso de la

vigente al momento de presentación de la demanda, según la cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia³.

Adicionalmente, conoce la Sala del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de marzo de 2014, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que el valor de la mayor de las pretensiones a título de perjuicios materiales ascendió a \$2.206'397.832, por concepto de las utilidades dejadas de percibir por los demandantes, a consecuencia de no haber podido participar en licitaciones en las que hubiesen podido presentar ofertas ante distintas entidades distritales, mientras que el monto exigido en la época de presentación de la demanda para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de controversias contractuales tuviera vocación de doble instancia era de \$ 267.800.000⁴.

Legitimación en la causa

Tanto los demandantes, José Sidney Martínez Aguilar y Prouurbanos Cima y Cía. S. en C., como el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, se encuentran legitimados por activa y por pasiva, respectivamente, toda vez que obraron como parte contratista los primeros, miembros de la Unión Temporal Prouurbanos JS y parte contratante la entidad, en el Contrato de Obra No. 276 de 2006, y por cuanto esta última profirió el acto administrativo contractual demandado.

referencia. *“ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. // Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. // Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.*

³ De acuerdo con el artículo 132 numeral 5º del C.C.A. *“Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos: “(...) 5. De los 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.*

⁴ Para 2011, fecha de presentación de la demanda, el salario mínimo ascendía a la suma de \$ 535.600 –Decreto 033 del 11 de enero de 2011-, que, multiplicados por 500, corresponden a \$ 267'800.000.

Oportunidad de la acción

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 136 del Decreto 01 de 1984 -modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998-, la caducidad de la acción de controversias contractuales es de dos años. Cuando el contrato es susceptible de liquidación, debe contarse a partir de la misma o de vencido el término para efectuarla de común acuerdo o en forma unilateral; en el presente caso, se trató de un contrato de obra pública que, por lo tanto, era susceptible de liquidación; no obstante, se observa que dicho contrato aún no había terminado y se hallaba en ejecución cuando se profirió el acto administrativo demandado, Resolución No. 357 del 19 de febrero de 2009, confirmada por Resolución No. 1347 del 24 de abril de 2009. En tales condiciones, aún contando el término de caducidad desde la ejecutoria de este acto administrativo⁵ y aún sin tener en cuenta el trámite de conciliación prejudicial que se llevó a cabo⁶, se advierte que la demanda fue presentada en tiempo, el 9 de marzo de 2011.

El problema jurídico

Teniendo en cuenta los hechos probados y los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, le corresponde a la Sala establecer si el acto administrativo por medio del cual el Instituto de Desarrollo Urbano IDU le impuso una multa a su contratista, Unión Temporal Prouurbanos JS, está viciado de nulidad por haber violado el debido proceso y estar incurso en falsa motivación, tal y como se alegó por el apelante.

Hechos probados

En el *sub-lite* se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la decisión:

1) Previa adjudicación en proceso licitatorio, el 18 de septiembre de 2007, el Instituto de Desarrollo Urbano IDU celebró, con la Unión Temporal Prouurbanos JS -conformada por la sociedad Prouurbanos Cima y Cía. S. en C. y el señor José Sidney Martínez Aguilar-, el Contrato de Obra No. 52, cuyo objeto fue la

⁵ El acto administrativo quedó debidamente ejecutoriado el 16 de junio de 2009 (f. 33, c. 2).

⁶ Por solicitud presentada el 2 de septiembre de 2010 y que culminó el 2 de diciembre del mismo año, cuando se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio (f. 129 a 131, c. 2).

realización, a precios unitarios sin fórmula de reajuste, de las obras requeridas para la rehabilitación de los tramos rojos de las vías de la malla vial arterial principal y complementaria correspondiente al Grupo VII calle 45, calle 34, calle 63, calle 147 y calle 72 en Bogotá D.C., conforme al pliego de condiciones y la oferta presentada por el contratista. El valor del contrato fue de \$ 8.073'261.506, y el plazo de ejecución se fijó en 8 meses, contados a partir del día siguiente a la suscripción del acta de iniciación. En la cláusula 3, se consignó, en relación con las multas (f. 86, c. 1):

En caso de incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA en virtud del contrato que se suscriba, el contratista autoriza al IDU para liquidarle y cobrarle multas mediante el acto administrativo correspondiente, en la cuantía que a continuación se describe:

(...)

4) Por Incumplimiento del Cronograma de Obras: *Por no cumplir con el cronograma de obras se causará una multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación. Si pasaren más de treinta (30) días calendario, sin que el CONTRATISTA haya cumplido con esta obligación, el IDU podrá declarar la caducidad del contrato.*

(...)

11) *Por incumplimiento en general de las obligaciones pactadas en el contrato y/o en los pliegos de condiciones o términos de referencia, distintas a las antes señaladas. En caso que el CONTRATISTA incumpla las obligaciones contenidas en el contrato y en los Pliegos de Condiciones, o las cumpla deficientemente o por fuera del tiempo estipulado, el IDU le liquidará y cobrará multas equivalentes hasta el 1 por mil (1x1000) del valor total del contrato por cada día calendario que transcurra desde la fecha prevista para el cumplimiento de dichas obligaciones y hasta cuando estas efectivamente se cumplan. Si pasaren más de treinta (30) días calendario, sin que el CONTRATISTA haya cumplido, el IDU podrá declarar la caducidad del contrato (PUEDE GENERAR DOBLE MULTA, POR LAS ANTERIORES PREVISIONES).*

PARÁGRAFO PRIMERO: *El valor máximo de las multas señaladas anteriormente, no podrá superar el treinta por ciento (30%) del valor del contrato de obra.*

PARÁGRAFO SEGUNDO: *El pago o deducción de las multas no exonerará al contratista del cumplimiento de sus obligaciones emanadas del contrato de obra. Si pasaren más de treinta (30) días calendario sin que el Contratista haya cumplido, el IDU podrá declarar la caducidad del contrato.*

PARÁGRAFO TERCERO: *Las partes acuerdan que en caso de proceder a la aplicación de multas, la entidad lo podrá hacer directamente y el contratista autoriza expresamente la realización del procedimiento establecido en el documento de cláusulas comunes del contrato y el descuento del valor de la multa de los saldos del contrato a su favor.*

2) En las “Cláusulas comunes a los contratos celebrados por el Instituto de Desarrollo Urbano Contrato de Obra Número IDU-052 de 2007”, se consagró el siguiente procedimiento para las multas (f. 104, c. 1):

PROCEDIMIENTO PARA IMPOSICIÓN DE LAS MULTAS

- 1) *Una vez definida por parte del área técnica y coordinadora del proyecto la procedencia de una multa, ésta requerirá mediante oficio al CONTRATISTA, en donde señalarán las posibles obligaciones incumplidas, las pruebas que lo soporten y una tasación de la multa. De este escrito se enviará copia a la compañía de seguros o banco garante del contrato.*
- 2) *El CONTRATISTA tendrá un término perentorio de tres (3) días hábiles siguientes a la fecha en que el IDU emita vía fax o por correo electrónico dicho requerimiento, para que presente por escrito sus descargos y solicite la práctica de las pruebas que considere necesarias para desvirtuar los cargos que le son imputados. En el evento que el contratista no cuente con fax o correo electrónico, se acudirá al sistema de correo certificado. La Dirección Técnica coordinadora del contrato deberá verificar el cumplimiento estricto del anterior término y si el contratista no presenta sus descargos dentro del mismo, precluye su oportunidad para hacerlo.*
- 3) *Recibidos los descargos, se efectuará un análisis de los argumentos esgrimidos por el CONTRATISTA y se determinará si hay lugar o no a la multa.*
- 4) *Si el IDU considera que el incumplimiento amerita multa, expedirá el correspondiente acto administrativo y hará los descuentos a que haya lugar de los pagos a favor del CONTRATISTA. Si no existen saldos se requerirá al contratista para su pago en un término máximo de diez (10) días. En caso que éste no pague, se solicitará a la compañía de seguros o banco garante, a través de correo certificado, para que asuma el pago de la multa, con cargo al amparo de cumplimiento una vez se encuentre en firme el correspondiente acto administrativo.*

3) El 15 de octubre de 2008, la interventoría del contrato de obra IDU-57-2007, llevada a cabo por la sociedad ETA S.A. Consultores, envió comunicación al contratista en la cual, entre otras cosas, le reiteró lo dicho en los comités y recorridos de obra, en relación con el tramo de la calle 72 entre carrera 25 y carrera 35, en la que se evidenciaba que faltaba personal en labores de redes, faltaba fundir todas las placas superiores de los sumideros, la construcción de algunas cajas de interceptación de domiciliarias y construcción de pozos. Por lo tanto, le solicitó que se le diera prioridad a la terminación de redes por donde se inició la obra (cra 25 y cra 26) para terminar la estructura de la vía y le reiteró la solicitud de toma de densidades donde se instalaron las tuberías en las capas superiores a 40 cm, 20 cm y a nivel de subrasante, recordándole, además, que era deber del contratista presentar los ensayos de calidad solicitados por la interventoría (f. 2, c. 3).

4) El 23 de octubre de 2008, la interventoría nuevamente se dirigió al contratista para reiterarle el incumplimiento de la programación en varios frentes, entre ellos el tramo de la calle 72 entre carreras 26 y 28, entre carreras 32 y 35 y con la carrera 36, por lo que le solicitó disponer los recursos humanos y técnicos para realizar las obras oportunamente en los tiempos programados y la conminó a presentar con urgencia un plan de acción que mostrara a corto plazo resultados, tanto en la parte administrativa como en la obra (f. 4, c. 3).

5) Mediante oficio del 15 de diciembre de 2008, el Director Técnico de Malla Vial del IDU le manifestó al contratista que su nivel de ejecución semanal del tramo de la calle 72 entre carreras 24 y 35 se encontraba en un porcentaje del 87% y el tramo de la calle 147 entre carreras 7B y 7F se encontraban en un porcentaje del 96%, *"tramo que ya debería estar ejecutado al 100% para el periodo comprendido entre el día 8 de diciembre y día 14 de diciembre de 2008"*. Advirtió que tales porcentajes fueron calculados por la entidad partiendo del cronograma de obra y el reporte que el contratista suministró a través de la interventoría, por lo cual, *"y advirtiendo que su nivel de ejecución se encuentra en un porcentaje que genera las correspondientes alarmas a la Entidad"*, lo conminaba perentoriamente a que, en el transcurso de la semana del 15 al 21 de diciembre, adoptara las medidas de choque para cumplir con el cronograma, para que su indicador, al finalizar la misma, se encontrara en un rango superior al 91% para el tramo de la calle 72 entre carreras 24 y 35 y del 100% para el tramo de la calle 147 entre carreras 7B y 7F, pues en caso de que no se lograra el nivel óptimo de ejecución indicado, la entidad se vería abocada a adoptar medidas de apremio, como serían la amonestación de la directora general y/o el inicio de trámite de multas (f. 365, c. 3).

6) En similares términos, el IDU se dirigió al contratista el 22 de diciembre de 2008, en oficio en el cual evidenció que el nivel de ejecución semanal del tramo de la calle 72 entre carreras 24 y 35 se encontraba en un porcentaje del 95%, cuando ya debería estar ejecutado al 100% para el periodo comprendido entre el 15 y el 21 de diciembre, por lo que lo conminó a adoptar medidas de choque en la semana del 22 al 28 de diciembre, so pena de amonestación y/o multa (f. 367, c.3).

7) El 29 de diciembre, nuevamente se dirigió el IDU al contratista para advertirle que el nivel de ejecución semanal del tramo de la calle 72 entre carreras 24 y 35 seguía siendo del 95%, cuando ya debería estar ejecutado al 100%, por lo que

otra vez lo conminó a tomar en la semana del 28 de diciembre al 4 de enero las medidas de choque necesarias para dicha ejecución (f. 369, c. 3).

8) Mediante oficio del 9 de enero de 2009, la interventoría del contrato informó a la entidad contratante sobre la ejecución del tramo correspondiente a la calle 72 entre las carreras 25 y 35, respecto del cual se había programado originalmente para inicio el 22 de julio de 2008 y terminación el 22 de septiembre del mismo año, plazo que no se cumplió, y que a solicitud del contratista fue reprogramado, quedando como nueva fecha de entrega el 18 de noviembre, que tampoco se cumplió; nuevamente se reprogramó para ser entregado el 21 de diciembre, fecha en la que, de nuevo, incumplió con la entrega, razón por la cual la interventoría solicitó a la entidad que iniciara el procedimiento de multa contemplado en el contrato por el incumplimiento del cronograma de obras (f. 58, c. 2).

9) El 16 de enero de 2009, el IDU citó al contratista a audiencia de descargos, mediante oficio en el cual relacionó las distintas comunicaciones tanto de la entidad como de la interventoría en las que el contratista había sido requerido por retrasos en la ejecución de las obras y advertido de una posible multa⁷. Se observa que esta citación fue enviada al señor José Sidney Martínez Aguilar, en su condición de representante legal de la Unión Temporal Prouurbanos JS. (f. 70, c. 2).

10) El contratista efectivamente presentó los correspondientes descargos, en los que expuso, como justificación de los retrasos que se habían presentado en la ejecución de las obras, las mayores cantidades de obra respecto de las inicialmente contempladas, el cambio en las condiciones de logística para el manejo de la obra y la presencia de unas condiciones de invierno superiores a las previsibles (copia del “*resumen para audiencia de descargos*”: f. 125, c. 2).

11) El 24 de enero de 2009, el interventor le presentó a la entidad contratante sus comentarios en relación con los descargos efectuados por el contratista en la respectiva audiencia, manifestándole que debía continuarse el procedimiento sancionatorio e imponerse la multa, si en el plazo ofrecido por el contratista no se había terminado el tramo objeto del apremio. En este documento, el interventor hizo un recuento de los descargos efectuados por el contratista y por qué consideraba que algunos no eran procedentes (f. 60, c. 2):

⁷ Las comunicaciones de apremio y amonestación son visibles a folios 72 a 77, c. 2.

a) En relación con el *“aumento dramático en la cantidad de obra ejecutada en relación con la tomada en cuenta al elaborar el programa con el cual se está evaluando el cumplimiento”* de sus obligaciones, sostuvo que sí se incrementaron las cantidades de obra, pero que las obras ejecutadas en cantidades habían variado muy poco respecto a las que se encontraban en los planos, situación que se previó en los pliegos de condiciones. Además, que en la segunda reprogramación se debió tener en cuenta este argumento de los descargos, y que el atraso se dio por no tener en cuenta las recomendaciones de esa interventoría, expuestas en comités semanales y en diversos oficios que relacionó allí -del 15, 20 y 23 de octubre de 2008-, que contienen varias indicaciones impartidas al contratista sobre deficiencias que debía corregir, como falta de personal necesario, obras que no se habían ejecutado, necesidad de implementar dos turnos o ampliar la jornada a horas nocturnas o trabajar en varios frentes paralelamente, y el deber de implementar planes de contingencia con el propósito de cumplir con los plazos establecidos, pues se advertían retrasos injustificados en la ejecución de los trabajos.

b) En cuanto al *“cambio de las condiciones de logística para el manejo de la obra, en relación [con] las tomadas en cuenta al elaborar el correspondiente programa de obra”*, la interventoría sostuvo que era cierto que los trabajos a media calzada, por los inconvenientes presentados con la Secretaría de Movilidad, habían producido atrasos, pues se vieron obligados a trabajar en forma distinta a la programada.

c) En relación con la *“presencia de invierno con cantidades de precipitación que exceden de los promedios tenidos en cuenta al elaborar el programa de obra”*, la interventoría aceptó que la frecuencia de las lluvias perjudicó las actividades principales de la rehabilitación.

No obstante hallar que hubo situaciones atenuantes en defensa del contratista, recomendó al IDU continuar con el proceso de multa hasta que se cumpliera con la terminación de la rehabilitación del tramo y puesta en servicio dentro del plazo ofrecido por el contratista en la audiencia de descargos, esto es, en el mes de enero de 2009, y que rebasada dicha fecha sin terminar el tramo objeto del apremio, se debería aplicar las sanciones correspondientes.

12) El 27 de enero de 2009, el Director Técnico de Malla Vial del IDU le informó al contratista que, atendiendo al procedimiento contractual para la imposición de multas y llevada a cabo la diligencia de descargos por incumplimiento en el cronograma de obra, previo concepto de la interventoría, la entidad consideraba procedente la imposición de la referida multa (f. 380, c. 3).

13) El 2 de febrero de 2009, el interventor envió comunicación al IDU en la cual le informó, en relación con el compromiso adquirido por el contratista en audiencia de descargos del 22 de enero de *“entregar la rehabilitación del tramo totalmente terminada y aceptada el día 30 de enero de 2009”*, que el compromiso no se cumplió, por lo que solicitó continuar con el proceso de imposición de multa, pues en esa fecha, para terminar la rehabilitación les faltaba: i) instalación de sardinel entre carreras 34 y 35, ii) instalación de un cargue en la carrera 34, iii) construcción de un pozo en la carrera 30, iv) terminar la carpeta asfáltica en el segmento de la carrera 32, v) recibo por nivelación topográfica de algunas capas de la estructura, vi) ensayos de calidad de los materiales, densidades y lisura y vii) en los segmentos entre carreras 30 y 35 costado norte, se instaló MDC-2 sin la autorización de la interventoría, porque no se habían instalado previamente sardinel y descargues (f. 22, c. 3).

14) El 19 de febrero de 2009, el director técnico de malla vial del Instituto de Desarrollo Urbano IDU profirió la Resolución No. 357, por medio de la cual declaró que la Unión Temporal Prouurbanos JS, conformada por la sociedad Prouurbanos Cima y Cía. S. en C. y José Sidney Martínez Aguilar, en desarrollo del la ejecución del contrato No. 052 de 2007 incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales y le impuso una multa por valor de \$100'094.500, *“por el atraso de los períodos comprendidos entre el 22 de diciembre de 2008 y el 31 de enero de 2009”*, la cual sería descontada de los pagos a favor del contratista o se haría efectiva ante la aseguradora Confianza S.A., con cargo al amparo e cumplimiento de la respectiva póliza. Así mismo, se ordenó que una vez en firme el acto administrativo, se enviaran los formularios con la información de la decisión a la Procuraduría General de la Nación para que se realizara el correspondiente reporte y registro en el Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad -SIRI, y así mismo que se enviara a la Cámara de Comercio para el respectivo registro y se efectuara su publicación en el Diario Oficial y en medios de comunicación escrita con amplia circulación en el Distrito Capital (f. 1 a 10, c. 2).

En las motivaciones de este acto administrativo se dio cuenta de los varios requerimientos de que fue objeto el contratista por cuenta del incumplimiento de las metas semanales y por el retraso en el cronograma general de ejecución contractual, así como de los informes de interventoría sobre dichos atrasos y las extensiones de plazo que le fueron concedidos al contratista, a pesar de los cuales no se puso al día, por lo que recomendaba la imposición de una multa.

Así mismo, se informó sobre la audiencia de descargos que se realizó con participación del contratista, quien fue informado de los retrasos que evidenciaban su incumplimiento y de la tasación de la multa por parte de la interventoría, por lo que, después del análisis detallado de los descargos e informes del interventor, el contratista se comprometió *“a entregar el atraso en el cronograma de obra el día 31 de enero de 2009”*.

No obstante, por informe posterior de la interventoría se dio cuenta precisa de los atrasos en el tramo de la calle 72 entre carreras 25 y 35, que representaban 57 días y consideró insuficientes los descargos del contratista para justificarlos, por lo que recomendó seguir con el proceso de multa *“(...) hasta cuando se cumpla con la terminación de la rehabilitación del tramo y puesta en servicio dentro del plazo ofrecido por el contratista en la audiencia, esto es en el mes de enero. Rebasada tal fecha sin terminar el tramo objeto del apremio, se deberá aplicar las sanciones correspondientes”*.

Se consignó además, que mediante oficio del 2 de febrero de 2009, la interventoría informó que el compromiso asumido por el contratista en la audiencia de descargos, de entregar la rehabilitación del tramo totalmente terminada y aceptada el 31 de enero de 2009, no fue cumplido, razón por la cual la entidad decidió imponer la multa con fundamento en lo dispuesto en la cláusula décima tercera del contrato que establece, en relación con el cumplimiento del cronograma de obra que se causará una multa de 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación.

15) El anterior acto administrativo fue confirmado mediante Resolución No. 1347 del 24 de abril de 2009 (f. 11, c. 2).

16) El 15 de septiembre de 2009, las partes suscribieron el acta de terminación del Contrato de Obra No. 52 de 2007, en la cual se dejó constancia de que en esa fecha venció el plazo de ejecución pactado y que el contratista cumplió con el objeto contratado (f. 142, c. 2).

17) En oficio del 3 de junio de 2009, a solicitud del contratista, la interventoría le corroboró que, para el día 30 de enero de 2009, la Unión Temporal Prouurbanos JS ya había instalado la nueva estructura de pavimento y había dado al servicio vehicular la calzada norte de la calle 72 entre carreras 25 y 35, pero agregó que, para la fecha de esta comunicación, se encontraban en ejecución los ajustes solicitados por la interventoría para su posterior recibo a satisfacción (f. 63, c. 2).

18) La Cámara de Comercio, mediante comunicación del 25 de noviembre de 2011 dirigida al Tribunal *a-quo*, informó que, con la información remitida, no era posible establecer si había sido reportada a esa entidad por parte del IDU, la sanción impuesta mediante Resolución 357 de 2009 (f. 132, c. 2).

19) El 29 de noviembre de 2011, la Procuraduría General de la Nación informó al Tribunal *a-quo* que al revisar los archivos físicos y previa verificación en el Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad SIRI, se pudo constatar que el acto administrativo objeto de la solicitud de certificación - Resolución 357 de 2009, proferida por el Director Técnico de Malla Vial del IDU-, no había sido reportado por autoridad competente (f. 133, c. 2).

Consideraciones de la Sala:

Las multas en los contratos estatales

Por su naturaleza y finalidad, las multas en materia de contratación estatal han sido concebidas como sanciones pecuniarias de control de la ejecución contractual, tendientes a constreñir o inducir al contratista al exacto cumplimiento de sus obligaciones, para que las mismas se ejecuten en la forma y tiempo previstos en el contrato. Esto es así por cuanto el negocio jurídico celebrado por las partes, si bien tiene un objeto determinado, a cuya obtención apuntan las estipulaciones contractuales, usualmente establece la manera como se deben ejecutar las prestaciones y las distintas etapas o plazos de los trabajos y labores a

cargo del contratista, que son necesarios para garantizar la correcta ejecución del objeto contractual.

Es así como, de tiempo atrás, los estatutos de contratación estatal consagraron la facultad de las entidades públicas regidas por sus normas, de imponer, unilateralmente, a través de actos administrativos, sanciones pecuniarias a sus contratistas en caso de mora o incumplimiento parcial de sus obligaciones, las cuales fueron denominadas multas⁸.

El Contrato de Obra No. 52 en virtud del cual se expidió el acto administrativo objeto de la presente controversia, suscrito por las partes el 18 de septiembre de 2007, es un contrato estatal regido por la Ley 80 de 1993, estatuto que, a diferencia de los anteriores, no contempló expresamente la facultad de las entidades estatales para imponer, unilateralmente, las multas que hubieran sido pactadas en los contratos regidos por sus normas, tal y como lo estableció la jurisprudencia de esta Corporación⁹.

No obstante, para la fecha de su celebración, ya había sido expedida la Ley 1150 de 2007, la cual entró a regir, según el artículo 33, seis meses después de su promulgación, que se produjo el 16 de julio de 2007. El artículo 17 de esta ley, consagró nuevamente la facultad de las entidades estatales de imponer unilateralmente las multas pactadas en sus contratos y, así mismo, le otorgó efectos retrospectivos a dicha facultad, respecto de aquellos contratos que se

⁸ El artículo 60 del Decreto-ley 150 de 1976, disponía: **“Art. 60.- De las cláusulas sobre multas. En los contratos deberá incluirse la facultad de la nación para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser directamente proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra la entidad contratante. // Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 51 de este decreto. // En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula”**. Por su parte, el artículo 62 del mismo decreto, establecía que el valor de la multa ingresaría al tesoro de la entidad contratante y podría ser tomada directamente de la garantía constituida, y si esto último no fuere posible, se cobraría por jurisdicción coactiva. El Decreto-ley 222 de 1983, en su artículo 60 establecía, dentro de las cláusulas que forzosamente debían contener los contratos, la de multas. Y en el artículo 71 disponía: **“De la cláusula sobre multas.- En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra. // Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto. // En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula”**. Y en su artículo 73, nuevamente disponía que el valor de la multa ingresaría al tesoro de la entidad contratante y podría ser tomada directamente de la garantía constituida, y si esto último no fuere posible, se cobraría por jurisdicción coactiva.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, expediente 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

hallaran en ejecución cuando la ley entró a regir, en los cuales se hubiera pactado la cláusula de multas. Dice la norma:

Artículo 17. *Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, dado que, en el caso del Contrato de Obra No. 52 de 2007, las partes habían pactado la cláusula de multas, con la facultad de la entidad para imponerlas a través de acto administrativo, y en virtud de la expresa autorización del parágrafo transitorio del artículo 17 transcrito, la entidad tenía competencia para expedir las Resoluciones 357 del 19 de febrero y 1347 del 24 de abril de 2009.

Ahora bien, la apelante adujo que, con la expedición del acto administrativo de multa contenido en las resoluciones demandadas, se violó el debido proceso frente al contratista, y que dicho acto estaba viciado de falsa motivación, por lo que resulta necesario analizar estos cargos.

El debido proceso

Como es bien sabido, el debido proceso es un derecho fundamental de consagración constitucional -art.29-¹⁰, que se predica tanto de las actuaciones judiciales como de las administrativas, y que apunta a garantizar el derecho de audiencia y defensa de las personas en aquellas situaciones en que sus derechos pueden verse afectados por una decisión judicial o por un acto administrativo.

Dado que, en materia de contratación, las entidades estatales también profieren actos administrativos que afectan la situación jurídica de sus contratistas, la jurisprudencia de tiempo atrás reconoció que, también en relación con estos actos, la administración está impelida a respetar el debido proceso, en especial cuando se trate de actos administrativos sancionatorios. Y ha sostenido así mismo que para ello no resulta suficiente la procedencia de recursos en contra de la decisión administrativa, puesto que la garantía de ese derecho sólo se surte en la medida en que se permita al administrado su participación en la actuación administrativa previa a la expedición de la decisión, dándole la oportunidad de ser oído, por cuanto las sanciones de plano atentan contra el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, principio de contradicción, etc.¹¹.

¹⁰ **“ARTICULO 29.** *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. // Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. // En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. // Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. // Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.*

¹¹ *“De la doctrina constitucional citada merece destacarse el hecho de que en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública. // Si en gracia de discusión no se admitiera la aplicación de las normas de la primera parte del C.C.A., habría que acudir a las previsiones del art. 5º de la Ley 58 de 1982, según el cual “A falta de procedimiento especial las actuaciones administrativas de nivel nacional, departamental y municipal se cumplirán conforme a los siguientes principios: audiencia de las partes, enumeración de los medios de prueba que puedan ser utilizados en el procedimiento; necesidad por lo menos sumaria de motivar los actos que afecten a particulares” (se destaca)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,*

Al respecto, se observa que la Ley 1474 de 2011 consagró específicamente, en su artículo 86¹², el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Dado que es posterior a la expedición del acto administrativo demandado, esta norma no es aplicable al presente caso, pero es ilustrativa en relación con lo que, en materia de contratación estatal, resulta imperativo en aras de garantizar el debido proceso en las actuaciones de las entidades contratantes, en la medida en que se exige la citación del contratista para informarlo de la actuación que se está iniciando con miras a imponerle una sanción, y de esta forma darle la oportunidad de ser oído y de presentar sus

Sección Tercera, Auto del 24 de septiembre de 1998, expediente 14821, C.P. Ricardo Hoyos Duque. La necesidad de garantizar el debido proceso en materia de contratación, ha sido así mismo reiterada en múltiples ocasiones por la jurisprudencia de la Sección. A título de ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 16367, C.P. Enrique Gil Botero; sentencia del 18 de enero de 2012 -Subsección A-, expediente 20611, C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

¹² *“Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: // a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera; // b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad; // c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia; // d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.*

descargos, así como de aportar pruebas y controvertir las aducidas por la administración, antes de que la decisión sea tomada.

Se trata entonces de la consagración legal y expresa de la garantía del debido proceso en materia de contratación, lo que no significa de manera alguna que, con anterioridad a su expedición, no fuera exigible, pues siempre ha sido claro para la jurisprudencia que la forma como se garantiza el debido proceso al contratista, es evitando sorprenderlo con la toma de decisiones administrativas que puedan afectarlo. Por ello, se impone el deber de adelantar las actuaciones previas con su participación y audiencia, dándole la oportunidad de brindar descargos y ofrecer explicaciones y justificaciones frente a los incumplimientos que se le imputan, para hacer efectivo, de esta manera, su derecho de defensa y contradicción, antes de expedir el acto administrativo sancionatorio.

En el presente caso se observa que, en las “*cláusulas comunes*” anexas al contrato suscrito por las partes, se incluyó un procedimiento que debía adelantarse para la imposición de las multas, que comprendía el requerimiento por escrito al contratista, con la información sobre las posibles obligaciones incumplidas, las pruebas que la soportaban y una tasación de la multa, para que éste presentara sus descargos, también por escrito y dentro de los tres días siguientes, y solicitara la práctica de las pruebas que considerara necesarias para desvirtuar los cargos que le fueren imputados -hecho probado 2-.

De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, la actuación tendiente a imponer una sanción pecuniaria a su contratista, fue iniciada por el IDU mediante la citación que le hizo el 16 de enero de 2009 a una audiencia de descargos, mediante oficio en el cual consignó los múltiples requerimientos que se le habían efectuado con ocasión del retraso en la ejecución de las obras y en los que se le había advertido sobre la posible procedencia de una multa por dicha circunstancia -hecho probado 9-.

Es así como el contratista tuvo oportunidad de presentar los respectivos descargos, que fueron analizados y respondidos uno a uno por el interventor del contrato, quien le recomendó a la entidad continuar con el procedimiento sancionatorio, recomendación que fue acogida por el IDU, que le informó al contratista su decisión de continuar con el procedimiento -hechos probados 10, 11 y 12-, el cual culminó con la imposición de la sanción, una vez la entidad fue

informada por el interventor de que llegada la fecha última de entrega del tramo de la obra retrasado, la misma no se había producido -hechos probados 13 y 14-.

De acuerdo con el anterior recuento, encuentra la Sala que, si bien no se siguió al pie de la letra el procedimiento contemplado en el anexo del contrato de obra, por cuanto no se le pidió al contratista que presentara sus descargos por escrito sino que se lo citó a una audiencia para que allí lo hiciera, lo cierto es que la entidad no tomó la decisión sancionatoria a espaldas del contratista ni lo sorprendió con una decisión de la que éste no hubiera tenido noticia, sino todo lo contrario. Se agotó un procedimiento que, efectivamente, le garantizó el derecho de audiencia y de defensa, dándole la oportunidad de brindar explicaciones y justificaciones, que fueron debidamente analizadas, luego de lo cual la entidad consideró que eran insuficientes para justificar los atrasos presentados y por ello procedió a imponer la multa.

Se observa además, que el proceso sancionatorio se adelantó por el incumplimiento del cronograma respecto de la terminación del tramo de la AV 72, lo que suponía su entrega a satisfacción, aspecto sobre el cual pudo debatir la UT demandante y que fue congruente con la causa de incumplimiento a la que se atribuyó la multa, lo cual no se altera porque en la audiencia de descargos la contratista hubiera manifestado que pondría en servicio ese tramo el 31 de enero de 2004.

En las condiciones anotadas, no encuentra la Sala que, en el presente caso, en la actuación adelantada por la entidad para sancionar al contratista, se hubiera vulnerado el debido proceso, tal y como lo expuso el recurrente, razón por la cual este cargo no prospera.

Por otra parte se advierte que, en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, no se dijo nada sobre la vulneración del debido proceso por no haberse citado a todos a los miembros de la UT a la audiencia de descargos, razón por la cual tal punto no se abordará en la sentencia.

Falsa motivación del acto administrativo

Al ser el acto administrativo una decisión proferida por una entidad estatal que crea, modifica o extingue una situación jurídica, el mismo debe obedecer a unas razones de hecho y de derecho, que justifican la determinación que se está tomando por parte de la administración. Esas razones, corresponden entonces, a la motivación del acto, es decir que todo acto tiene una causa, motivo o razón, que pueden estar expresados o no en el mismo acto. Los motivos del acto administrativo, siempre se deben plasmar explícitamente, cuando se trate de una decisión que va a afectar la esfera jurídica de una o varias personas determinadas, es decir que se impone, por lo general, en relación con los actos administrativos de contenido particular y concreto¹³ y, con mayor razón, cuando se trate de actos administrativos sancionatorios, de los que se exige que estén debidamente motivados.

Las razones que sustentan la decisión que adopte la administración, deben ser ciertas y coincidir con la realidad de los hechos que le sirven de fundamento, razón por la cual la ley ha consagrado como causal de nulidad de los actos administrativos la falsa motivación -art. 84, C.C.A.-.

En el presente caso, el recurrente insistió en que el acto administrativo por medio del cual la entidad le impuso una multa al contratista Unión Temporal Proubanos JS, contenido en las Resoluciones 357 del 19 de febrero y 1347 del 24 de abril de 2009, está viciado de falsa motivación, afirmación que sustentó en el hecho de que el compromiso asumido por el contratista en la audiencia de descargos fue el de entregar al servicio el tramo de la calle 72 entre carreras 25 y 35, y no de entregar a satisfacción dichas obras, y que, efectivamente, para el 31 de enero de 2009, se había dado al servicio la referida vía.

Al respecto, resulta necesario recordar que la figura de la multa en materia de contratación estatal surge como mecanismo de apremio al contratista, para inducirlo a ejecutar las prestaciones a su cargo no sólo en la forma como fueron plasmadas en el contrato, sino también de manera oportuna, es decir dentro de los plazos que también se hubieran estipulado por las partes.

¹³ El artículo 35 del C.C.A., que se refiere a la adopción de decisiones administrativas, dispone que *“Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares”*.

Especialmente en los contratos de obra, se observa que su desarrollo se concibe, generalmente, por etapas de avance, lo que implica la elaboración de cronogramas de obra, en los que se plasman las actividades que se deben ir realizando en determinados lapsos, bien sea semanales, mensuales, etc., y que van marcando el apropiado adelantamiento de los trabajos, en aras de que los mismos sean culminados dentro del plazo contractual que se acordó por las partes para la ejecución total de la obra.

Es claro entonces, que el atraso en una etapa de las obras, de acuerdo con lo que se hubiere previsto en el respectivo cronograma, repercutirá en el cumplimiento oportuno del objeto contractual, razón por la cual las multas pactadas en los contratos, vienen a ser un disuasivo importante y útil frente al contratista demorado, para inducirlo al exacto cumplimiento de los tiempos acordados.

Ahora bien, en el presente caso, obran suficientes pruebas en el plenario en relación con los atrasos en los que incurrió el contratista respecto de la ejecución de las obras en el tramo de la Avenida 72 entre carreras 25 y 35, a tal punto que hubo varias reprogramaciones en relación con las mismas, que igualmente fueron incumplidas, de acuerdo con los múltiples requerimientos que le fueron hechos por el interventor del contrato -hechos probados 3, 4, 5, 6 y 7-, quien finalmente resolvió recomendar a la entidad la imposición de una multa -hecho probado 8-.

Consta así mismo, que las explicaciones brindadas por el contratista para justificar los atrasos en ese tramo de la obra no fueron satisfactorias para la entidad, luego de conocer los comentarios de la interventoría sobre las mismas -hechos probados 11 y 12-.

Se advierte, igualmente, que el contrato contemplaba la procedencia de la imposición de multas en caso de incumplimiento del cronograma de obras -hecho probado 1-, circunstancia que, efectivamente, se dio en la ejecución del tramo de la Avenida 72 entre carreras 25 y 35.

Ahora bien, a juicio de la Sala, el hecho de que el contratista se hubiera comprometido, en la audiencia de descargos, a dar al servicio la vía el 31 de enero de 2009, no desvirtúa la existencia de los atrasos en los que efectivamente incurrió. A lo cual se puede agregar que la manifestación del contratista en la audiencia no afectó la decisión de imponer las multas porque, además de que ya

se habían causado, eso no supuso un acuerdo entre las partes para modificar el cronograma de las obras. Por lo tanto, lo máximo a lo que podría conducir, es a que no fuera nuevamente multado, esta vez por no hacer entrega a satisfacción de las obras en la fecha prometida, pues ese no fue el compromiso asumido, como lo sostuvo el recurrente.

Es decir que, si bien le asiste razón al apelante respecto de su afirmación de que cumplió con lo prometido en la referida audiencia, puesto que el tramo de la vía fue dado al servicio en la fecha propuesta, esto no se traduce en una falsa motivación del acto administrativo demandado, puesto que, tal y como se registró en los hechos probados, la razón para la imposición de la multa fue el incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista, *“por el atraso de los períodos comprendidos entre el 22 de diciembre de 2008 y el 31 de enero de 2009”* -hecho probado 14-, circunstancia que efectivamente se dio y que no desapareció por la entrega al servicio de la vía que hubiera efectuado el contratista en fecha posterior a la que, de acuerdo con el cronograma de obra varias veces reprogramado, ha debido producirse tal entrega.

En estas condiciones, considera la Sala que no tiene vocación de prosperidad el cargo de falsa motivación en contra del acto administrativo demandado.

Conclusión

Con fundamento en los anteriores razonamientos, encuentra la Sala que los argumentos expuestos en el recurso de apelación no son suficientes para desvirtuar la decisión denegatoria de las pretensiones tomada por el *a-quo*, razón por la cual ésta merece ser confirmada, y así se decidirá en la parte resolutive de la presente providencia.

Condena en costas

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de descongestión, el 27 de marzo de 2014, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CUARTO: Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Firmado electrónicamente

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ