

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

EL SUBDIRECTOR GENERAL DE DESARROLLO URBANO DEL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, nombrado mediante Resolución No. 002236 del 21 de febrero de 2020, posesionado según Acta de posesión No. 031 del 2 de marzo de 2020 y de conformidad con la Resolución No. 004648 de 2020 mediante la cual se delegan funciones y se dictan otras disposiciones, expedida por la Dirección General del Instituto y de conformidad con los artículos 4, 5, 12, 14, y 26 numeral 1 de la Ley 80 de 1993, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y demás normas concordantes, y teniendo en cuenta los siguientes:

CONSIDERANDOS:

I. ANTECEDENTES.

El IDU surtió el Concurso de Méritos Abierto IDU-CMA-SGI-019-2016, con el fin de contratar el siguiente objeto: *“Interventoría técnica, administrativa, legal, financiera, social, ambiental y Seguridad y Salud en el Trabajo para la ejecución la actualización, complementación, ajustes de los estudios y diseños de la ampliación y extensión de la Troncal Caracas entre la estación Molinos hasta Portal Usme - actualización, complementación, ajustes de la factibilidad y estudios y diseños del tramo Usme - Yomasa y factibilidad, estudios y diseños desde Yomasa hasta el nuevo patio y obras complementarias en Bogotá D.C”* de acuerdo con los estudios y documentos previos elaborados por la Dirección Técnica de Proyectos, según lo determinado por el Artículo 25, numeral 7, de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015.

Una vez agotado el trámite legal, se adjudicó el contrato de interventoría No. 1106 de 2016, a la firma INTEGRAL S.A. con NIT 890.903.055-1, representada legalmente por JUAN LUIS CADAVID RESTREPO, de acuerdo con los factores de escogencia y calificación establecidos en el Pliego de Condiciones y en aplicación del principio de selección objetiva de que trata el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

En el contrato se dispuso un plazo inicial de diez (10) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, la cual fue suscrita el día 26 de enero de 2017. El plazo fue discriminado por la cláusula segunda del contrato en los siguientes términos:

ETAPA	INICIO	DURACIÓN	FIN
RECOPIACIÓN Y ANÁLISIS DE INFORMACIÓN	Acta de inicio	un (1) mes	Acta de inicio + 1 mes
ANÁLISIS DE ALTERNATIVAS Y/O FACTIBILIDAD	Acta de inicio + 1 mes (a potestad y responsabilidad de consultor puede iniciar desde el acta de inicio del proyecto)	tres (3) meses	Acta de inicio + 4 meses
ESTUDIOS Y DISEÑOS INCLUYE APROBACIÓN DE INTERVENTORÍA	Acta de inicio + 4 meses (a potestad y responsabilidad de consultor puede iniciar desde el acta de inicio del proyecto)	cuatro (4) meses	Acta de inicio + 8 meses
TRAMITES APROBACIONES DE PERMISOS ENTIDADES DISTRITALES Y NACIONALES, AL IGUAL QUE LA ARMONIZACIÓN CON LAS EMPRESAS DE SERVICIO	Acta de inicio + 8 meses (a potestad y responsabilidad de consultor puede iniciar desde el acta de inicio del proyecto)	dos (2) meses	Acta de inicio + 10 meses
TOTAL		DIEZ (10) MESES	

El valor inicial del contrato fue dispuesto, de conformidad con lo enunciado en la cláusula tercera del contrato, en la suma de UN MIL CIENTO TREINTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$1.132.960.400 MCTE) incluido IVA. Dicho valor de conformidad con lo dispuesto en el contrato fue discriminado así:



RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

1 - VALOR BASICO PARA INTERVENTORIA (INCLUYE ELEMENTOS DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO Y AJUSTES)		
Es la suma de	\$ 976.690.000	NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA MIL PESOS MC
2-IVA SOBRE EL VALOR BASICO PARA INTERVENTORÍA		
Es la suma de	\$ 156.270.400	CIENTO CINCUENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA MIL CUATROCIENTOS PESOS MC

Durante la ejecución del contrato se celebraron las siguientes prórrogas, modificaciones, adiciones y suspensiones:

I. PRÓRROGAS	
Número de Prórroga	Plazo
1. Prórroga No 1	30 días calendario
2. Prórroga No 2	60 días calendario
3. Prórroga No 3	30 días calendario
4. Prórroga No 4	60 días calendario
5. Prórroga No 5	60 días calendario
6. Prórroga No 6	60 días calendario
7. Prórroga No 7	60 días calendario
8. Prórroga No 8	8 días calendario
9. Prórroga No. 9	60 días calendario
10. Prórroga No. 10	3 meses
11. Prórroga No. 11	1 mes y 15 días

II. ADICIONES	
Número de Adición	Valor
1. Adición No 1	271.556.644
2. Adición No 2	90.000.000
3. Adición No 3	180.000.000
4. Adición No 4	180.000.000
5. Adición No 5	180.000.000
6. Adición No 6	180.000.000
7. Adición No. 7	180.000.000
8. Adición No. 8	165.000.000
9. Adición No 9	82.500.000

El valor de las adiciones realizadas al contrato fue por la suma de MIL QUINIENTOS NUEVE MILLONES CINCUENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$1.509.056.644)

III. SUSPENSIONES	
Número del Acta de Suspensión	Tiempo
1. Acta de suspensión No 2	15 días calendario
2. Acta reinicio No 3	06/09/2017
3. Acta de suspensión No 4	15 días calendario
4. Acta de ampliación de suspensión No 5	8 días calendario
5. Acta de ampliación de suspensión No 6	8 días calendario
6. Acta reinicio No 7	7/11/2017
7. Acta de suspensión No 8	15 días calendario
8. Acta de reinicio No 9	24/11/2017
9. Acta de suspensión No 12	15 días calendario

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

III. SUSPENSIONES	
10. Acta de reinicio No 13	08/03/2017
11. Acta de suspensión No 14	15 días calendario
12. Acta de ampliación de suspensión No 15	5 días calendario
13. Acta de reinicio No 16	25/04/2018
14. Acta de suspensión No 17	8 días calendario
15. Acta de reinicio No 18	02/11/2018
16. Acta de suspensión No 20	8 días calendario
17. Acta de ampliación de suspensión No 21	3 días calendario
18. Acta de reinicio No 22	19/02/2019
19. Acta de suspensión No 23	15 días calendario
20. Acta de ampliación de suspensión No 24	11 días
21. Acta de reinicio No 25	13/05/2019

IV. MODIFICACIONES CONTRACTUALES (OTROSÍ)		
Número de la Modificación	Cláusula N°	Descripción
1. Modificadorio No 1	13era	Se modifica cláusula décima tercera “Supervisión”- Área ejecutora del IDU
2. Modificadorio No 2	4ta	Se modifica cláusula cuarta “Tabla Porcentajes de Productos”- Área ejecutora del IDU
3. Modificadorio No 3	4ta	Se modifica parágrafo primero de la cláusula cuarta “Forma de Pago”- Área ejecutora del IDU
4. Modificadorio No 4	4ta	Modificar la “Tabla porcentaje de los productos”- Área ejecutora del IDU
5. Modificadorio No 8	4ta	Se modifica la cláusula cuarta “Tabla de Porcentajes de Productos”- Área ejecutora del IDU
6. Modificadorio No 9	4ta	Se modifica la cláusula cuarta “Tabla de Porcentajes de Productos”- Área ejecutora del IDU
7. Modificadorio No 10	4ta	Se modifica la cláusula cuarta “Tabla de Porcentajes de Productos”- Área ejecutora del IDU
8. Modificadorio No 11	4ta	Se modifica la cláusula cuarta “Tabla de Porcentajes de Productos”- Área ejecutora del IDU
9. Modificadorio No 12	4ta	Se modifica la cláusula cuarta “Tabla de Porcentajes de Productos”- Área ejecutora del IDU

De conformidad con las prórrogas y las suspensiones realizadas al plazo de ejecución del contrato, la fecha de culminación de este acaeció el día 20 de junio de 2019.

El valor final del contrato ascendió a la suma de DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES DIECISIETE MIL CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$2.642.017.044) incluido IVA.

La Dirección Técnica de Proyectos, en calidad de supervisora del contrato de interventoría presentó informe de presunto incumplimiento de que trata el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, mediante memorando No. 20192250146883 del 6 de junio del 2019, de conformidad con lo dispuesto en el procedimiento código PR-GC-06

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

versión 6 “*declaratoria de incumplimiento para la imposición de multa, cláusula penal y caducidad*”, en cumplimiento de las obligaciones contempladas en los numerales 1, 5 y 6 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y lo previsto en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 y teniendo en cuenta el deber de dirección general que las normas previamente señaladas, le han asignado a las entidades públicas contratantes, respecto de los contratos estatales que suscriben.

La Dirección Técnica de Gestión Contractual proyectó la citación con radicado No. 20194350834141 del 13 de agosto de 2019, dirigida al contratista, y la citación con radicado 20194350845401 del 15 de agosto de 2019, dirigida a la aseguradora, conforme con las previsiones del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Como obra en el numeral 2 de las citaciones en mención, el incumplimiento imputado al contratista fue:

“Presunto Incumplimiento por la deficiente calidad en la revisión y aprobación por parte de la interventoría de los productos de DISEÑO REDES HÚMEDAS ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO, y ESTUDIOS Y DISEÑOS ESTRUCTURALES del Tramo 1, entregados por el consultor, en el marco del contrato de interventoría IDU 1106 de 2016, de acuerdo con lo establecido en las Obligaciones Generales del Interventor Nos. 1, 13 y 23, Obligaciones Específicas del Interventor Nos. 24, 27, 28, 29, 32 y 33, del Contrato de Interventoría IDU 1106 de 2016”.

De conformidad con lo previsto en la cláusula DÉCIMA SÉPTIMA del contrato de la CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA, se estableció que:

“En caso de incumplimiento parcial o total del contrato o el mero retardo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, el INTERVENTOR pagará al IDU, a título de pena pecuniaria, una suma equivalente hasta el treinta por ciento (30%) del valor total del contrato. La tasación de la cláusula penal atenderá criterios de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento. La imposición de esta pena pecuniaria se considerará como una estimación anticipada de perjuicios que el INTERVENTOR cause al IDU. El valor pagado como cláusula penal no es óbice para demandar, ante el juez del contrato, la indemnización integral de perjuicios causados si estos superan el valor de la cláusula penal.

PARÁGRAFO PRIMERO: El pago o deducción de la cláusula penal no exonerará al INTERVENTOR, del cumplimiento de sus obligaciones emanadas del contrato.

PARÁGRAFO SEGUNDO: En Caso de proceder a la aplicación de la cláusula penal, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el INTERVENTOR, autoriza expresamente a la entidad con la firma del presente contrato, para hacer el descuento correspondientes de los saldos a él adeudados pro la entidad, previo a practicar las retenciones por tributos a que haya lugar, sobre los saldos a favor del INTERVENTOR o en su defecto se hará efectivo el amparo de cumplimiento de la Garantía Única”.

Según lo expuesto en la citación se establecieron los siguientes perjuicios:

- 1. Debido a la insuficiente calidad en las revisiones a los productos de Redes Húmedas Acueducto y Alcantarillado, y Estructuras, efectuadas por la firma interventora Integral S.A., se ha incurrido en re-procesos de las verificaciones de los productos, dadas las múltiples devoluciones por las no conformidades, por lo que se tiene concepto de NO objeción por parte del IDU y las empresas de servicios públicos (EAAB-ESP). Lo anterior ha ocasionado el retraso en la finalización de la etapa de estudios y diseños y aprobación de productos del Tramo 1.*
- 2. Consecuentemente con lo señalado en el numeral anterior, el inicio de la estructuración del proceso de selección para contratar las obras se ha visto retrasado, impactando el cumplimiento de la misión del IDU en cuanto a los proyectos consignados en el Plan de Desarrollo Vigencia 2016-2020.*

La tasación de perjuicios causados, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, se estableció en los siguientes términos: (va en comillas o no)

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

Tasación clausula penal producto de redes húmedas:

Teniendo en cuenta lo establecido en la cláusula DÉCIMA SÉPTIMA. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA, del contrato IDU 1106 de 2016 del contrato, donde se determina que el valor máximo de la sanción a imponer será el 30% del valor total del contrato \$ 2.394.517.044.

Valor Contrato + Adiciones	100,00%	\$ 2.394.517.044
Tasación Máxima	30,00%	\$ 718.355.113

Debido a que el proyecto cuenta con 8,62 Km de longitud por los tres tramos, y el Tramo 1 tiene 2,22 km, se determina que el producto de redes húmedas del tramo 1 corresponde al 25,75% del total del componente por valor de \$ 113.296.498; valor total sobre el cual se debe estimar la proporción para establecer la tasación máxima sobre el componente de redes húmedas tramo 1, que corresponde a \$ 29.178.448.

Entregas aprobadas por la Interventoría IDU – 1106-2016

Producto de Redes Húmedas	Relación del Producto sobre el Valor Total			
	LONG/KM	Vr Inicial	Vr Adiciones	Vr Total
Proyecto (Tramo 1, 2 y 3)	8,62	\$ 113.296.498		\$ 113.296.498
Tramo 1	2,22	\$ 29.178.448	\$ -	\$ 29.178.448

La determinación del valor del incumplimiento por calidad se realizó sobre la entrega del producto del componente, de acuerdo con los criterios de evaluación del especialista de redes húmedas del IDU, enfocado en los planos, memorias de cálculo, cantidades e informes técnicos entregados por la interventoría y relacionados en la trazabilidad.

Dicha información, se evaluó sobre cada uno de los diseños tanto de red matriz, como de redes de acueducto, redes de alcantarillado y SUDS.

De acuerdo con lo anterior, se determinó que la tasación del incumplimiento por el deficiente control de calidad técnico del componente de redes húmedas es el equivalente al valor del producto en el Tramo 1 por \$ 29.178.448, establecido en el contrato inicial.

Tasación clausula penal producto de estructuras:

Teniendo en cuenta lo establecido en la cláusula DÉCIMA SÉPTIMA. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA, del contrato IDU 1106 de 2016, donde se determina que el valor máximo de la sanción a imponer será el 30% del valor total del contrato \$ 2.394.517.044.

Valor Contrato + Adiciones	100,00%	\$ 2.394.517.044
Tasación Máxima	30,00%	\$ 718.355.113

Debido a que el proyecto cuenta con 8,62 Km de longitud por los tres tramos, y el Tramo 1 tiene 2,22 km, se determina que el producto de estructuras del tramo 1 corresponde al 25,75% del total del componente por valor de \$ 79,307,549; valor total sobre el cual se debe estimar la proporción para establecer la tasación máxima sobre el componente de estructuras tramo 1, que corresponde a \$ 20,424,914.

Entregas aprobadas por la Interventoría IDU – 1106-2016

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

Producto de Estructuras	Relación del Producto sobre el Valor Total			
	LONG/KM	Vr Inicial	Vr Adiciones	Vr Total
Proyecto (Tramo 1, 2 y 3)	8,62	\$ 79.307.549		\$ 79.307.549
Tramo 1	2,22	\$ 20.424.914	\$ -	\$ 20.424.914

La determinación del valor del incumplimiento por calidad se realizó sobre la entrega del producto del componente, de acuerdo con los criterios de evaluación del especialista de estructuras del IDU, enfocado en los planos, memorias de cálculo y cantidades, entregadas por la interventoría y relacionados en la trazabilidad.

Dicha información, se evaluó sobre cada uno de los diseños tanto de puentes, box culvert, muros de contención, estaciones y estructuras de cajas y anclajes, entre otros.

De acuerdo con lo anterior, se determinó que la tasación del incumplimiento por el deficiente control de calidad técnico del componente de estructuras es el equivalente al valor del producto en el Tramo 1 por \$ 20.424.914, establecido en el contrato inicial.

En consideración a lo anterior, la indemnización total es por valor de \$ 49.603.362.

COMPONENTES SIN NO OBJECCION DEL IDU TRAMO1	
Redes húmedas	\$ 29.178.448
Estructuras	\$ 20.424.914
Total Indemnización	\$ 49.603.362

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

1. Sesión de Audiencia No. 1. Instalación (1 de octubre de 2019).

Llegada la hora y fecha prevista para la celebración de la diligencia, se hizo presente en las instalaciones del Instituto de Desarrollo Urbano el contratista y su garante, por lo que se procedió por la Ordenación del Gasto a realizar instalación de la audiencia que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En este estado de la diligencia se les solicitó al Contratista y Garante por intermedio de los apoderados designados para tal fin, emitir pronunciamiento respecto del conocimiento previo del contenido de la citación, a lo que respondieron asertivamente, autorizando a la Entidad el omitir la lectura completa de la misma.

Así, se le otorgó la palabra a la apoderada del contratista, la doctora María Virginia Velasco Campo, identificada con la cédula de ciudadanía No. No. 25.278.484 y T.P. 133.662 C.S.J. previo reconocimiento del mandato para actuar en la presente diligencia, con el objeto de que presentara sus descargos.

Una vez le fue concedida la palabra a la apoderada del contratista para la presentación de los descargos, solicitó que la firma garante tuviera otro apoderado, ya que la misma abogada fungía como apoderada en el proceso administrativo sancionatorio del contrato No. 1109 de 2015. Así las cosas y de manera voluntaria la apoderada de la firma garante solicitó a la ordenación del gasto que fuera suspendida la presente diligencia, toda vez que solicitaría la remoción de su poder para actuar en la presente audiencia.

Conforme lo anteriormente expuesto, la ordenación del gasto accedió a la petición y suspendió la presente diligencia, fijando como nueva fecha para la reanudación de la audiencia el día 4 de octubre de 2019, desde las 10:00 a.m.

2. Sesión de Audiencia No. 2. (4 de octubre de 2019).

Llegada la hora y fecha prevista para la celebración de la diligencia, se hizo presente en las instalaciones del Instituto de

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

Desarrollo Urbano el contratista y su garante, razón por la cual se procedió al reconocimiento del poder para actuar en la presente diligencia a la apoderada designada por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. la doctora Paola Silvana Vanegas Sánchez, identificado con la C.C. No. 1.098.604.488 y T.P. 186.271 C.S.J.

En este estado de la diligencia se le solicitó a la apoderada del Garante por intermedio de su apoderada designada para tal fin, emitir pronunciamiento respecto del conocimiento previo del contenido de la citación, a lo que respondió asertivamente, autorizando a la Entidad el omitir la lectura completa de la misma.

Conforme lo anterior, se procedió a otorgar la palabra a la apoderada del contratista, con el objeto de que presentara sus descargos.

Manifestó que, previo a la presentación de los descargos, era necesario poner en conocimiento que durante la reunión de la Cámara Colombiana de Infraestructura llevada a cabo el día 01 de octubre de 2019, en las instalaciones del IDU la Directora de la Entidad la Doctora Yaneth Mantilla manifestó frente a los asistentes del auditorio, que en el contrato Caracas Tramo 1 existían problemas de calidad, con lo cual en su concepto se rompió la imparcialidad de la Entidad hacia un contratista que se encuentra incurso en un Proceso Sancionatorio, razón por la cual presentó solicitud de nulidad absoluta, por el prejuzgamiento realizado por parte de la Directora del IDU, lo que vulneraría, según su dicho, el debido proceso.

Conforme con la solicitud realizada, se manifestó por parte de la Ordenación del Gasto que se ordenaría la prueba a que hubiera lugar, con el objeto de esclarecer la presente solicitud, durante el desarrollo de la próxima sesión de audiencia.

Así las cosas y durante el desarrollo de la diligencia, el representante legal del contratista solicitó a la ordenación del gasto autorización para presentar las explicaciones técnicas que soportan el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de interventoría, frente a lo cual le fue otorgada la palabra, argumentando que:

- *Los presuntos incumplimientos no se encontraban sustentados en debida forma.*
- *Los presuntos incumplimientos hacían relación con dos entregables, los que correspondían a redes húmedas y estructuras, frente a lo cual presentó un diagrama en el que acreditó la aprobación de cada uno de los productos.*

De igual manera argumentó que siempre existió la disposición por parte de la interventoría de cumplir las prestaciones necesarias para el cumplimiento del proyecto, por lo que dispuso del personal necesario para dichas actividades.

Manifestó que todos los productos de redes húmedas no fueron objetados por el IDU y la empresa de acueducto, así como estructuras, teniéndose que el proyecto hoy se encuentra en Licitación Pública.

Conforme con lo anterior se tiene que, el contratista, se pronunció de manera principal en los siguientes términos:

- *La interventoría cumplió con los requerimientos legales que le eran propios, la dirección de apoyo técnico se ve suplida por direcciones diversas en la empresa de acueducto, por tanto, en la que se presume primera revisión no lo es, al faltar observación de otras direcciones, que posteriormente son realizadas.*
- *Conforme lo anterior, y en consideración de la necesidad de los productos la interventoría apoyo con su propio personal a la consultoría.*
- *Encuentra que entre la primera y segunda revisión se realizaron 196 observaciones nuevas, las repetitivas correspondían a discusiones técnicas con la empresa de acueductos, quien presionaba por cambios según su criterio.*
- *Conforme revisiones 3 y 4 se dieron 237 observaciones nuevas las cuales correspondían a de forma, que no modificaban el resultado correspondiente.*
- *De lo anterior, manifiesta se puso de presente que se solicitó realizar lista de chequeo para no más cambios respecto de las observaciones que se debían a la atomización de los productos dentro de la empresa de acueducto.*

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

- Indica que conforme su experiencia las revisiones de esta empresa, han dificultado de manera general la ejecución de los contratos del IDU y que las demoras en las mismas son el común denominador de los contratos.

Fue aportado como soporte de la exposición de los descargos un CD y 125 folios; los cuales fueron verificados por parte del Despacho e incorporados al expediente del presente proceso administrativo sancionatorio, de los cuales se puede extraer como conclusión general los siguientes apartes.

1. La actuación del IDU se enmarca en una conducta de incumplimiento de sus obligaciones legales de Supervisión, puesto que no adelantó el procedimiento administrativo sancionatorio solicitado por **INTEGRAL S.A** una vez culminó el tiempo de la prórroga 4 del contrato de Consultoría No 1109 de 2016, para la entrega de los productos atinentes al tramo 1. Se reitera que el Proceso Administrativo Sancionatorio en contra del Consultor, fue solicitado desde el mes de junio de 2018
2. Si en efecto la Entidad tenía identificado un perjuicio que se causaría por la no entrega por parte del Consultor, de los productos del Tramo 1, debió iniciar **inmediatamente** el proceso solicitado por **INTEGRAL S.A.** y en caso tal de que el informe técnico presentado por la **INTEGRAL S.A** presentara deficiencias, el IDU, debió convocar al Interventor para subsanarlas de manera definitiva.
3. La Entidad no realiza una debida tasación de la sanción o explicación de la misma, **identificando la fecha que toma de referencia para tasar el perjuicio y/o en la que el perjuicio se materializa**, lo cual impiden a **INTEGRAL S.A.** tener los elementos de juicio suficiente para llevar a cabo la defensa en el marco del procedimiento sancionatorio, tendiente a la aplicación de la Cláusula penal.
4. e El inicio del Procedimiento Administrativo Sancionatorio es una conducta de Mala Fe , **POR y VULNERA LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN INTEGRAL S.A** puesto que fue el mismo IDU PARTICIPE de las mesas de trabajo que se realizaron de manera conjunta con el Consultor para atender las observaciones del acueducto. En consecuencia no es aceptable que siendo participe de dichas mesas en las que se constató que se cumplían las observaciones del Acueducto, ahora, en contravía de sus propios actos inicie un proceso sancionatorio contra **INTEGRAL S.A.**
5. El IDU no realizó requerimientos previos a **INTEGRAL S.A.**, respecto del presente procedimiento sancionatorio contractual, más aún , si como lo manifiesta el IDU en sus descargos, la Entidad estaba sufriendo un perjuicio consolidado , y omitió por un año adelantar el proceso sancionatorio en contra del Consultor

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

6. **INTEGRAL S.A.** informó oportunamente al IDU sobre el presunto incumplimiento del Consultor Consorcio Troncal Caracas a las entregas de los productos del tramo 1 en los tiempos establecidos en la prórroga 4 y en consecuencia **INTEGRAL S.A.** no es solidario con el Consultor de los posibles perjuicios causados al IDU con ocasión de los retrasos en las entregas del tramo 1.
7. El numeral 6.1 del Manual de Interventoría y Supervisión del IDU **NO LIMITA** el número de revisiones que deba realizar la Interventoría, respeto de los productos entregados por el Consultor. Este numeral aplica **SOLAMENTE** para informes. En consecuencia, se viola el principio de **TIPICIDAD** de la sanción,
8. **INTEGRAL S.A.** ha actuado conforme le exigen las normas del Contrato y la Ley, **cumpliendo con TODAS y CADA UNA DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO de REVISAR, APROBAR Y CONSTATAR** que los productos entregados por el Consultor, cumplen con las exigencias del contrato y los requerimientos del Acueducto y el IDU.
9. El oficio citatorio que dio inicio al Procedimiento Administrativo Sancionatorio **NO SE AJUSTA A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011**, por no contener los presuntos hechos generadores del incumplimiento ni las normas presuntamente incumplidas por **INTEGRAL**.
10. El responsable del atraso del proyecto vs. los tiempos que el IDU manifiesta que tenía para publicar la licitación son atribuibles **EXCLUSIVAMENTE** al Consultor.
11. **No obra prueba alguna** en el expediente enviado por el IDU, sobre el supuesto perjuicio causado por **INTEGRAL S.A** así como tampoco existe prueba que detente que el IDU tenía prevista una fecha específica para aperturar la licitación del Tramo 1.
12. **NO PROCEDE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL** por cuanto: i) los perjuicios aducidos por la Entidad no se encuentran probados, tal como lo exige el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, ii) **INTEGRAL S.A.** ha cumplido con todas sus obligaciones que **NO SON DE RESULTADO**, bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad contenidos en la Cláusula Décima Séptima del Contrato de Interventoría.

Una vez terminada la intervención por parte del contratista, se concedido el uso de la palabra a la apoderada del Garante quien manifestó, de manera general, que coadyuva los argumentos expuestos por la apoderada del contratista, dejando constancia que tiene pleno conocimiento del cumplimiento de las actuaciones ejecutadas dentro del contrato de obra, con lo que se ha evidenciado su ejecución, razón por la cual respalda la solicitud de nulidad impetrada por el contratista.

De igual manera manifestó que ninguno de los dos amparos podría afectarse, toda vez que el contratista se encuentra cumplido conforme lo expuesto el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Se dejó constancia que la apoderada de la firma garante no presentó documento alguno que soportara los descargos expuestos de manera verbal.

La presente sesión de audiencia fue suspendida, informándose que la fecha de la reanudación de la audiencia sería previamente informada a través de cada uno de los correos electrónicos autorizados para tal fin.

Ahora bien, se dejó constancia que, a través de los correos electrónicos de los sujetos procesales, el día 6 de noviembre de 2019, fue informada la fecha de la reanudación de la audiencia, fijándose para el día 12 de noviembre de 2019, desde las 02:00 p.m.

3. Sesión de Audiencia No. 3. (12 de noviembre de 2019).

Llegada la hora y fecha prevista para la celebración de la diligencia, se hizo presente en las instalaciones del Instituto de Desarrollo Urbano el contratista y su garante.

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

De esta manera y en aras de dirimir la solicitud de nulidad presentada por parte de la apoderada del contratista, fue expedido el auto de pruebas, en el cual se decretó que la Oficina Asesora de Comunicaciones del IDU, entregara en caso de existir, grabación fílmica o audio de la reunión que se llevó a cabo el día 1º de octubre de 2019, razón por la cual desde la Dirección Técnica de Gestión Contractual se debería realizar el requerimiento directamente ante la Oficina de Comunicaciones.

La presente sesión de audiencia fue suspendida, informándose que la fecha de la reanudación sería previamente informada a través de cada uno de los correos electrónicos autorizados para tal fin.

Mientras se procedía a instalar la audiencia, el día 11 de diciembre de 2019, fue remitida la información solicitada, por parte de la OAC, de conformidad a la prueba decretada dentro del presente trámite.

A través del oficio No. 20195261526402 del 20 de diciembre de 2019, el contratista presentó solicitud de recusación en contra de la Directora General del IDU, del doctor Iván Abelardo Sarmiento Galvis en calidad de Director Técnico de Gestión Contractual y del ingeniero José Javier Suarez Bernal, en calidad de Director Técnico de Proyectos, argumentando la existencia de prejuzgamiento durante el desarrollo de la reunión de la Cámara Colombiana de Infraestructura llevada a cabo el día 01 de octubre de 2019, en las instalaciones del IDU.

A través de la Resolución No. 1599 del 6 de febrero de 2020, el Director General del IDU, se abstuvo de conocer la recusación solicitada, toda vez que la doctora Yaneth Mantilla e Iván Sarmiento Galvis, con oportunidad del cambio de Administración Distrital, desde el 1 de enero de 2020, no hacen parte de la Entidad y que el ingeniero José Javier Suarez Bernal en calidad de Director Técnico de Proyectos presentó renuncia al cargo desde el 31 de enero de 2020.

Es preciso manifestar que teniendo en cuenta la Declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional", establecido por el Gobierno Nacional, a través del Decreto Nacional 417 del 17 de marzo de 2020, y en concordancia con lo establecido en el Decreto 081 de 2020 "Por el cual se adoptan medidas sanitarias y acciones transitorias de policía para la preservación de la vida y mitigación del riesgo con ocasión de la situación epidemiológica causada por el Coronavirus" expedido por la Alcaldesa de Bogotá, el Instituto de Desarrollo Urbano, mediante la Resolución No. 2779 del 23 de marzo de 2020, Resolución No. 2824 del 8 de abril de 2020, Resolución No. 002853 del 26 de abril de 2020 y la Resolución 3370 de 2020, suspendió las actuaciones y términos de las actuaciones sancionatorias desde el día 23 de marzo de 2020 y hasta 1 de junio de 2020.

Se dejó constancia que, a través de los correos electrónicos de los sujetos procesales, el día 2 de julio de 2020, fue informada la fecha de la reanudación de la audiencia, fijándose para el día 7 de julio de 2020, desde las 02:00 p.m.

4. Sesión de Audiencia No. 4. (7 de Julio de 2020).

Llegada la hora y fecha prevista para la celebración de la diligencia, se hizo presente en las instalaciones del Instituto de Desarrollo Urbano el contratista y su garante, fueron notificados en audiencia el contenido de la Resolución No. 001599 de 2020.

De igual manera y una vez concedida la palabra al representante legal de la firma INTEGRAL S.A. manifestó que interpondría recurso de reposición y en subsidio el de apelación, en contra de la precitada resolución.

En el mismo sentido se procedió por parte de la Ordenación del Gasto a realizar el pronunciamiento respecto de la "vulneración al debido proceso" que había sido invocado por parte del contratista, durante el desarrollo de la sesión de audiencia del 4 de octubre de 2019, manifestándole que no se había vulnerado el debido proceso, en el entendido que la solicitud de recusación solicitada, había sido resulta a través de la Resolución No. 001599 de 2020.

Así las cosas, y al no existir razón alguna de una posible vulneración al debido proceso, se pone de presente que la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, continúa su trámite normal, en el entendido que ya fue resuelta la solicitud de recusación impetrada en el presente trámite.

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

La presente sesión de audiencia fue suspendida, informándose que la fecha de la reanudación de la audiencia sería previamente informada a través de cada uno de los correos electrónicos autorizados para tal fin.

Ahora bien la Dirección Técnica de Gestión Contractual recibió el oficio con radicado No. 20205260560232 del 22 de julio de 2020, mediante el cual el señor Esteban Posada Jaramillo, en calidad de representante legal de la firma INTEGRAL S.A. presentó la sustentación del recurso de reposición y en subsidio el de apelación, interpuesto en contra de la Resolución No. 001599 del 6 de febrero de 2020, mediante la cual el Director General del IDU se abstuvo de conocer una recusación, en relación con la ejecución del contrato IDU – 1106-2016 y se ordenó continuar con la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Razón por la cual y conforme con lo preceptuado en los Acuerdos 002 de 2009 y 002 de 2017, se procedió a través del memorando No. 20204350154743 del 24 de julio de 2020, a trasladar, por ser competencia de la Subdirección General Jurídica, el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, interpuesto en contra de la resolución en comento.

A través del memorando No. 20202250183133 del 1 de septiembre de 2020, la Dirección Técnica de Proyectos, presentó el estado actual de las obligaciones presuntamente incumplidas por parte del contratista, manifestando que los hechos que dieron origen al proceso administrativo sancionatorio se encuentran superados.

5. CONSIDERACIONES

1. Potestad sancionadora de la administración.

El derecho administrativo sancionatorio tiene sus cimientos en la constitución y en las leyes que han sido promulgadas para la aprobación y regulación de los procedimientos sancionatorios de naturaleza contractual, pese que este sea un criterio actualmente en formación.

Al respecto el Consejo de Estado, define la noción de derecho administrativo sancionatorio, en sentencia del 22 de octubre de 2012 como;

“El derecho administrativo sancionador es un derecho en formación, de forma tal que las construcciones del derecho penal resultan útiles como punto de partida, pero su trasposición no es horizontal se deben matizar y deben adaptar a la praxis administrativa y especialmente responder a los intereses que las organizaciones administrativas gestionan. En otros términos, principios como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son propios del derecho público por lo que las elaboraciones que se utilizan del derecho penal deben ser relativizadas para responder a principios como la eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad y economía, consagrados en el artículo 209 de la constitución. Por consiguiente, en el ámbito administrativo la sanción no es un fin sino un instrumento adicional con el que se cuenta para la consecución de las competencias asignadas, de allí que el poder punitivo que le es confiado deba ser siempre el resultado de la ponderación de dos extremos: el respeto por las garantías sustanciales y procedimentales de los ciudadanos sobre los que la potestad recae y el que se constituya en una herramienta para el correcto ejercicio de las funciones; sin dicha ponderación no es posible explicar en el ámbito administrativo la facultad de imponer un castigo¹.”

Por lo anterior, el Consejo de Estado de manera concreta evidencia cómo se debe de entender y asumir el concepto de derecho administrativo sancionatorio, pues esta figura tal y como lo señala la Honorable Corte, es uno de los instrumentos con el que cuenta la administración para la realización de sus fines.

Del derecho administrativo sancionatorio surge la Potestad Sancionatoria de la Administración, y en ese sentido,

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia 22 de octubre de 2012. Exp. 20738 Dr. Enrique Gil Botero Rad.: 05001-23-24-000-1996-0680-01 (20738)

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

resulta necesario abordar su definición, pues el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha señalado que;

“La potestad sancionadora es sólo un instrumento de los muchos con que cuenta la administración en materia contractual para la consecución de los objetivos que la ley le asigna a través de la delimitación de competencias. Se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción. El sancionar en el ámbito contractual es posible porque está expresamente establecido en el ordenamiento jurídico. Ello significa que aun cuando se reconozca en la actualidad que a la Administración se le confía parte del ius puniendi del Estado, la posibilidad de su ejercicio se supedita a una habilitación legal expresa, pues como ya tuvo oportunidad de decirse, en este ámbito se presenta una vinculación de carácter positivo con el principio de legalidad.”²

Así mismo, el legislador en la Ley 1150 de 2007, estableció en su artículo 17 la facultad de las entidades estatales de imponer las sanciones que hubieren sido pactadas, así:

“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 Asimismo 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.”*
(Subraya propia)

Concordante con ello, el procedimiento mínimo que se mencionaba en la referenciada normativa, se desarrolló en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en el que se reiteró que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, valga decir, las entidades estatales según aparecen definidas en el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, están facultadas para (i) declarar el incumplimiento del contrato, (ii) cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento, (iii) imponer las multas y las sanciones pactadas y, (iv) hacer efectiva la cláusula penal.

Sobre este aspecto, la Jurisprudencia se ha referido a la potestad sancionadora de la administración, como:

“(…) La atribución propia de la Administración que se traduce en la posibilidad jurídica de la imposición de sanciones a los particulares y aún a los funcionarios que infringen sus disposiciones, o a sus

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia 22 de octubre de 2012. Exp. 20738 Dr. Enrique Gil Botero Rad.: 05001-23-24-000-1996-0680-01 (20738)

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

servidores que, en el ejercicio de sus funciones, transgreden sus mandatos o desconocen sus prohibiciones.”³

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, otorgó a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación la posibilidad de declarar el incumplimiento e imponer las sanciones a los administrados que incumplan las obligaciones contraídas, en aras de garantizar los fines del Estado, pues el propósito del legislador es establecer un mecanismo efectivo para sancionar al contratista que ha incumplido y proteger el interés público de los posibles efectos adversos del incumplimiento.

2. De la cláusula penal en los contratos estatales.

En este punto, para revisar la legalidad de la imposición de una sanción “Cláusula Penal” en los contratos estatales, como ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, se debe verificar, si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley y en el contrato mismo toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad como se dijo en acápite anterior.

En efecto, respecto a la cláusula penal, la ley 80 de 1993 no regulo expresamente la figura de la cláusula penal pecuniaria, pues en algunos apartes se hace una referencia indirecta de la misma; es como la ley 1150 de 2007 y posteriormente por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en donde se contempla la facultad de las entidades estatales de imponer multas y la cláusula penal pecuniaria que hubieran sido pactadas, ambas figuras jurídicas de naturaleza civil y comercial aplicables a los contratos estatales de conformidad con lo preceptuado en el artículo 13 de la ley 80 de 1993.

En este orden de ideas, debe entonces precisarse que la cláusula penal pecuniaria es una sanción cuya naturaleza deviene *ab initio* de la norma legal pero además y sobre todo del contrato mismo, pues cuando la administración recurre al ejercicio de la potestad sancionatoria recurre en primera instancia al contenido del contrato.

Sobre la cláusula penal pecuniaria, el Consejo de Estado, ha señalado que:

“Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales⁴; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. En cuanto a esta última institución el Consejo de Estado ha expresado:

“De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista.”⁵

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera CP: Enrique Gil Botero junio 23 de 2010 Radicación número 16367.

⁴ La multa contractual se prevé para el evento en que surgido un incumplimiento parcial o una mora en el cumplimiento de determinadas obligaciones que sean imputables al contratista, la entidad contratante acude a ella para efectos de constreñirlo para lograr el desarrollo del contrato. Al respecto ha señalado el Consejo de Estado:

“El Consejo de Estado ha sido claro y reiterativo en cuanto a la finalidad pretendida con la figura jurídica de la multa, al respecto ha sentado, “Las multas que la administración puede imponer a un contratista suyo tienen una finalidad específica: inducir el cumplimiento del contrato. Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a la medida coercitiva definitiva (caducidad o terminación) que sanciona no ya incumplimientos parciales y salvables, sino incumplimientos graves que muestran que ya el contrato no podrá cumplirse.”⁴ (Negrillas fuera del texto) (Sección Tercera. Sentencia de octubre 1 de 1992. Exp. 6631)

⁵ Sección Tercera. Sentencia de octubre 19 de 2005. Exp. 15.011.

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

La doctrina también se ha referido a la cláusula penal pecuniaria, en los siguientes términos:

“La cláusula penal es, por su naturaleza y la forma en que es convenida entre las partes, secundaria y accesoria a una obligación primitiva y principal. Ella no existe, si no existe la obligación primitiva que constituye el vínculo obligatorio entre los contratantes y al cual accede con la finalidad de reforzarlo y asegurar así su cumplimiento, porque sean más firmes o mejor guardadas las obligaciones. Su causa se encuentra en el temor del incumplimiento de la obligación principal; y su fuente, en la libre voluntad de las partes.”

“La cláusula penal es estipulada además con la intención de indemnizar al acreedor el daño que le ocasiona la falta de cumplimiento o el cumplimiento tardío de la obligación principal: es, por consiguiente, compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el acreedor, según la apreciación que de éstos hacen las partes.”⁶

Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio.

La Sala resalta que, pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato.

En ambos casos -por defecto o por exceso-, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra.

Por lo tanto, para el presente caso, es indispensable determinar si el actuar del contratista, generó incumplimiento contractual de conformidad con las obligaciones adquiridas durante la ejecución del contrato.

De lo anterior, se puede colegir que de manera específica para el presente proceso sancionatorio y de acuerdo con los presuntos incumplimientos que fueron esgrimidos en la citación, la entidad procederá a verificar si por parte del contratista, se dio o no cumplimiento al objeto contractual establecido, conforme con los documentos técnicos que establecían el alcance y la intervención del proyecto como interventoría.

3. Del cumplimiento del contratista en el marco de un proceso administrativo sancionatorio por cláusula penal pecuniaria.

El literal d) del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, dispone:

*“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**”.* (Subrayado nuestro)

Se tiene entonces que la facultad de adelantar y por ende imponer sanciones en materia administrativa sancionatoria contractual está limitada por expresa disposición legal, por cuanto una vez se determine que el Contratista ha cumplido, el proceso podrá darse culminado o si hay cesación de la situación de incumplimiento.

Es importante tener presente que a lo que refiere la norma es a una facultad discrecional en cabeza de la Entidad, lo que se traduce en que no todos los procesos sancionatorios o no en todos los casos, el cumplimiento del contratista obliga a la administración a dar por terminado el trámite incoado.

⁶ CLARO SOLAR, Luis. Derecho Civil – Obligaciones. Tomo I. Imprenta Universal de Chile. Santiago de Chile, 1968. Págs. 505 y 508.

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

Pues bien, tal y como se adujo, en los procesos en los que se pretende la indemnización de perjuicios, debido a que el daño se ha consolidado en cabeza de la Entidad, el cumplimiento del contratista no necesariamente supera la vulneración provocada, por cuanto, y a la luz de lo normado en el artículo 1614 del Código Civil, el daño puede provocarse por no haberse cumplido una obligación, haberse incumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento.

Así lo ha manifestado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Radicación 24697 del 24 de octubre de 2013, con ponencia del doctor Enrique Gil Botero.

“En estos términos -se insiste-, no es admisible la siguiente tesis general que propone el contratista: la administración sólo puede declarar la caducidad del contrato dentro del plazo de ejecución, y mientras el contratista se encuentre en estado de incumplimiento; si supera esa situación desaparece el poder exorbitante. Semejante idea es inadmisibles, porque la tesis no solo carece de respaldo normativo sino también lógico y de coherencia administrativa, toda vez que de admitirse se facultaría al contratista para manipular y jugar con la potestad sancionatoria de la administración, de manera irresponsable y además injustificada para la seguridad jurídica que también protege a la administración, porque bastará que le inicien un proceso sancionatorio para que previamente o incluso durante él “se ponga al día”, con el propósito declarado de burlar la sanción que tiene merecida.

Semejante autorización para la mofa no existe en la ley, ni sería tolerable, porque aceptarlo judicialmente autorizaría al contratista a jugar con el interés general y el bien común, consintiendo que manipule su incumplimiento hasta los límites, ya que puede ponerse al día en sus obligaciones cuando le parezca necesario para inhibir el poder sancionatorio iniciado, y que ya merece padecer.

*Esta tesis sólo tiene una salvedad posible -ni siquiera necesaria u obligada- tratándose de sanciones de todo tipo, y esto en vigencia de la Ley 1150 –que además no rige para el caso concreto-, puesto que el literal d) del art. 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que “La entidad **podrá** dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento” –negrillas fuera de texto-, lo que significa que la administración puede imponer la sanción o perdonarla, pero el contratista no tiene el derecho a exigir lo último, por el hecho de ponerse al día en las obligaciones, pues se trata de una potestad para la administración y no de un derecho de aquél.*

Por esta razón, retornando a la caducidad en el evento sub iudice, la Sala reitera que siendo posible, como regla general, declararla durante el plazo del contrato, en todo caso el contratista tiene la carga de demostrar que la oportunidad en que efectivamente se impuso no pretendía satisfacer y cumplir las exigencias del art. 18, y del ordenamiento jurídico en general, sino móviles fútiles y revanchistas, que sólo buscan actualizar una discusión contractual que ya carece de sentido en el presente, hasta para la propia administración.

En esto términos, el juez debe hallar el equilibrio, la equidad o la justicia en relación con la razonabilidad de la decisión administrativa, de manera que controle no sólo el abuso del derecho que eventualmente alega el contratista, sino también la desviación de poder de la administración que a veces se esconde en decisiones de este talante, razón que impide formular la regla temporal que propone la parte actora. En su lugar, se insiste, la labor del juez consiste en determinar la razonabilidad temporal de la medida, sumado al examen del cumplimiento de los demás requisitos legales para adoptarla, de modo que el juicio prudente establezca si en el momento en que se adoptó la decisión –en todo caso al interior del plazo del contrato- cumplía la finalidad llamada a satisfacer, bien que se imponga durante el instante en que existe el incumplimiento –supuesto que no ofrece problemas- o bien que se aplique en un momento diferente en relación con ese mismo instante -supuesto más problemático y crítico, pero posible-.

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

Como corolario de lo descrito se tiene que existe una diferencia sustancial entre los trámites adelantados para constreñir el cumplimiento y los que se gestionan para lograr la indemnización de perjuicios ocasionados a la Entidad acreedora de la obligación contractual, por cuanto en el primer caso cumplido el contrato se pierde el soporte fáctico de la medida en el entendido que se logró su objeto, el que era compeler el cumplimiento, y en el segundo evento pese a que el contratista cumpla las obligaciones a su cargo, no en todo los casos el perjuicio se ve superado razón por la cual, a discrecionalidad de la Entidad podrá continuarse con el trámite en búsqueda del resarcimiento del daño ocasionado, una vez se hubiera constatado la persistencia del mismo.

Terminada la anterior disertación, se procede ahora a realizar un análisis en concreto de la actuación sancionatoria, para establecer la ocurrencia del incumplimiento y su posibilidad de imputársele o sí por el contrario existe alguna causal eximente de responsabilidad que se encuentre acreditada en la presente actuación.

6. EL CASO CONCRETO

En este sentido, la Entidad procederá a hacer una revisión de cada una de las obligaciones presuntamente incumplidas, para hacer la valoración del posible incumplimiento, realizando el análisis técnico y jurídico correspondiente para adoptar la decisión respectiva en la actuación administrativa, de conformidad con las pruebas y los argumentos expuestos en el procedimiento.

Conforme con la citación No. 20194350834141 del 13 de agosto de 2019, dirigido a la firma INTEGRAL S.A. con NIT 890.903.055-1, y oficio con radicado 20194350845401 del 15 de agosto de 2019 para el garante COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. se expuso el siguiente presunto incumplimiento:

1. PRESUNTO INCUMPLIMIENTO POR LA DEFICIENTE CALIDAD EN LA REVISIÓN Y APROBACIÓN POR PARTE DE LA INTERVENTORÍA DE LOS PRODUCTOS DE DISEÑO REDES HÚMEDAS ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO, Y ESTUDIOS Y DISEÑOS ESTRUCTURALES DEL TRAMO 1, ENTREGADOS POR EL CONSULTOR, EN EL MARCO DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA IDU 1106 DE 2016, DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN LAS OBLIGACIONES GENERALES DEL INTERVENTOR NOS. 1, 13 Y 23, OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL INTERVENTOR NOS. 24, 27, 28, 29, 32 Y 33, DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA IDU 1106 DE 2016.

Con el fin de conocer el estado actual de las obligaciones presuntamente incumplidas y que soportaron el inicio del proceso sancionatorio, la Dirección Técnica de Gestión Contractual mediante los memorandos No. 20204350157733 del 29 de julio de 2020 y 20204350183013 del 1 de septiembre de 2020, solicitó a la Dirección Técnica de Proyectos, en calidad de área supervisora pronunciamiento frente al estado de cumplimiento del contratista.

Atendiendo lo anterior, dicha dependencia dio respuesta con radicado No. 20202250183133 del 1 de septiembre de 2020, manifestó que:

- PRODUCTOS DE DISEÑOS REDES HÚMEDAS ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO

Se informó a través de la Dirección Técnica de Proyectos, que mediante los oficios S-2019-151820 y radicado en el IDU a través del oficio No. 20195260668042 del 30 de mayo de 2019, la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EAAB, emitió concepto de NO OBJECION a los *DISEÑOS HIDRAULICOS DE REDES DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO* del proyecto.

Así las cosas y decaído el soporte fáctico y jurídico que soportó el trámite administrativo sancionatorio que nos atañe, y directamente relacionado con la calidad en la revisión y aprobación por parte de la interventoría de los productos de diseño redes húmedas acueducto y alcantarillado, y al encontrarse aprobados desde el día 30 de mayo de 2019, y de conformidad con los principios de economía, eficacia y eficiencia, no es procedente seguir adelantando una actuación administrativa que busca sancionar el incumplimiento, cuando dicho incumplimiento no se materializó en tanto los productos fueron aprobados por la ESP competente, tal fue probado dentro de la presente actuación administrativa.

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

- ESTUDIOS Y DISEÑOS ESTRUCTURALES

Se informó a través de la Dirección Técnica de Proyectos, que mediante los oficios S-2019-153599 y radicado en el IDU a través del oficio No. 20195260677142 del 4 de junio de 2019, la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EAAB, emitió concepto de NO OBJECION a los *DISEÑOS HIDRAULICOS DE LA RED MATRIZ* del proyecto y que mediante oficio S-2019-239701 con radicado IDU 20195260971222 del 12 de agosto de 2019, la EMPRESA DE ACUEDUCTO DE BOGOTÁ emitió concepto de NO OBJECION de los DISEÑOS ESTRUCTURALES de los sistemas urbanos de drenaje sostenible SUDS del proyecto.

Decaído el soporte fáctico y jurídico que soportó el trámite administrativo sancionatorio que nos atañe, y directamente relacionado con la calidad en la revisión y aprobación por parte de la interventoría de los estudios y diseños estructurales y al encontrarse aprobados desde el día 12 de agosto de 2019, y de conformidad con los principios de economía, eficacia y eficiencia, no es procedente seguir adelantando con una actuación administrativa que busca sancionar el incumplimiento, cuando dicho incumplimiento no se materializó en tanto los productos fueron aprobados por la ESP competente, tal fue probado dentro de la presente actuación administrativa.

Conforme con lo expuesto, y una vez verificada la información anteriormente expuesta, quedó demostrado el cumplimiento total de la obligación presuntamente incumplidas y relacionadas con los productos de diseño redes húmedas acueducto y alcantarillado, y estudios y diseños estructurales.

Resulta necesario afirmar que los objetivos que persigue la Entidad están orientados a lograr el cumplimiento de los fines del Estado a través del contrato estatal, además de garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, conforme lo establecido en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 y lograr de esta manera la efectividad de los derechos e intereses de los administrados como colaboradores del Estado, con la ejecución de los contratos estatales.

En relación con los perjuicios ha quedado probado que a la fecha, no se generaron perjuicios para la Entidad ni por el hecho de la demora en la entrega de los productos objeto de contratación, ni por el hecho de no haber podido iniciar el proceso licitatorio de obra dentro de los plazos establecidos, según información suministrada por parte de la Directora Técnica de Proyectos, en calidad de supervisora del contrato de Interventoría No. 1106-2016, a través del radicado IDU No. 20202250183133 del 1 de septiembre de 2020, donde consta *“Por lo anterior, se aclara que a la fecha la ejecución del Tramo 1 de la Extensión Caracas se encuentra en ejecución de obra y adicionalmente, tal como se expuso anteriormente los hechos que dieron origen al proceso administrativo sancionatorio en curso se encuentran superados, tal como se mencionó en los numerales precedentes, por lo tanto, se remite para sus fines pertinentes.”*

Por lo dicho, los perjuicios identificados al inicio de la presente actuación administrativa⁷ no subsisten, pues conforme a lo probado dentro de la presente actuación administrativa, las obligaciones inicialmente endilgadas como presuntamente incumplidas, fueron ejecutadas en su totalidad, sin derivar perjuicio para la entidad, tal como se indicó.

En atención a lo expuesto, los fundamentos fácticos y jurídicos que soportan el trámite administrativo sancionatorio que nos atañe desaparecieron como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y la inexistencia de perjuicios para la Entidad.

Así, de conformidad con los principios de economía, eficacia y eficiencia, no es procedente seguir adelantando la actuación administrativa sancionatoria.

⁷ Debido a la insuficiente calidad en las revisiones a los productos de Redes Húmedas Acueducto y Alcantarillado, y Estructuras, efectuadas por la firma interventora Integral S.A., se ha incurrido en re-procesos de las verificaciones de los productos, dadas las múltiples devoluciones por las no conformidades, por lo que se tiene concepto de NO objeción por parte del IDU y las empresas de servicios públicos (EAAB-ESP). Lo anterior ha ocasionado el retraso en la finalización de la etapa de estudios y diseños y aprobación de productos del Tramo 1.

Consecuentemente con lo señalado en el numeral anterior, el inicio de la estructuración del proceso de selección para contratar las obras se ha visto retrasado, impactando el cumplimiento de la misión del IDU en cuanto a los proyectos consignados en el Plan de Desarrollo Vigencia 2016-2020.

RESOLUCIÓN NÚMERO 007773 DE 2020

“Por medio de la cual se ordena el cierre del proceso administrativo sancionatorio del Cto. 1106-2016”

En consecuencia, el Subdirector General de Desarrollo Urbano - IDU con fundamento en lo expuesto y en virtud de lo previsto en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011 y demás normas concordantes.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR TERMINADO el presente proceso administrativo sancionatorio de conformidad con lo enunciado en la parte motiva del presente acto.

ARTICULO SEGUNDO: ARCHIVAR las diligencias del presente proceso administrativo sancionatorio como consecuencia de lo dispuesto en el anterior artículo.

ARTICULO TERCERO: Notificar en audiencia el contenido del presente acto administrativo al Contratista INTEGRAL S.A. con NIT 890.903.055-1, a través de su Representante Legal o apoderado, y al Representante Legal o apoderado de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. conforme lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTICULO CUARTO: Contra el presente acto procede recurso de reposición, de conformidad con lo normado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Dada en Bogotá D.C. a los dieciocho (18) días del mes de diciembre de 2020.

NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ FÉLIX GÓMEZ PANTOJA
SUBDIRECTOR GENERAL DE DESARROLLO URBANO DEL IDU

Aprobó: Juan Carlos González Vásquez – Director Técnico de Gestión Contractual. 

Revisó: Pedro Albertho Pérez Duran – Abogada Contratista de la SGDU

Revisó: María Catalina Guerrero Cárdenas – Abogada Contratista de la SGDU 

Revisó: Bertha Elena Carbonell Benedetti – Abogada Contratista de la SGDU 

Revisó: Luis Alejandro Montero - Abogado Contratista de la DTGC 

Revisó: Natalia León Velásquez - Contratista de la DTGC 

Proyectó: Laura Johanna Andrade Valverde– Contratista de la DTGC 