

**Magistrado**

**NESTOR ARTURO MENDEZ PEREZ**

**DESPACHO No. 5**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA**

**Referencia: MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**RADICADO No. 15238-3333-003-2018-00370-01**

**DEMANDADO:** CONSORCIO INCOP Nit. 900.773.831-1 integrado por las sociedades COPEBA LTDA, con NIT. 830.011.122-9 con participación del 50% y GEOTECNIA Y CIMENTOS INGEOCIM SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA Nit. 800.155.100-6 con participación del 50%

**DEMANDANTE:** INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS

**Asunto:** Pronunciamiento al recurso de apelación interpuesto por INVIAS a la sentencia de primera instancia del 05 de febrero de 2024 en el proceso radicado No. 15238-3333-003-2018-00370-01

**NATALIA VALENCIA MEJIA**, mayor de edad, con domicilio y residencia en la ciudad de Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía 22.587.030 expedida en Puerto Colombia y Tarjeta Profesional No. 170.045 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderada del CONSORCIO INCOP al interior del proceso medio de control de controversias contractuales radicado No. 15238-3333-003-2018-00370-01 y estando dentro del término legal, me permito presentar a su despacho PRONUNCIAMIENTO AL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR INVIAS en los siguientes términos:

- **EI RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR INVIAS VIOLA EL PRINCIPIO AL DEBIDO PROCESO, LA CONTRADICCIÓN Y LA IGUALDAD DEL DEMANDADO. LA APELACIÓN NO CONSTITUYE UNA NUEVA ETAPA PROCESAL PARA PRESENTAR NUEVAS PRETENSIONES.**

Las razones que el recurrente invoca en la sustentación de su apelación no están relacionadas con lo solicitado en la demanda por INVIAS.

Es así que el recurrente, en la sustentación del recurso de apelación que nos ocupa, presenta argumentos que no se encuentran incluidos en la demanda, que no están

relacionados con las pretensiones de INVIAS y que no fueron discutidos dentro del proceso para controvertir la sentencia del cinco (05) de febrero de 2024, a saber:

*“El interventor con el acompañamiento al desarrollo del proyecto debía haber ordenado la suspensión de las obras que implicaban el aprovechamiento del recurso de aguas del cual se estaba pendiente del permiso y determinar cuáles actividades se deberían haber suspendido por necesitar agua de la quebrada Ruchical y establecer cuáles obras podrían continuar ejecutándose por no estar haciendo aprovechamiento de ese recurso.”*

*“Se reitera que de acuerdo con las pruebas arrimadas al proceso, la interventoría fue pasiva al permitir que la obra se ejecutara aun sin allegar el permiso para el uso de agua utilizada durante el desarrollo del contrato de obra, tan es así que en el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de Obra suscrita por el contratista y el interventor el 01/07/2016, y en el documento de Aclaración al Acta de Entrega y Recibo Definitivo de Obra suscrita por el contratista y el interventor, no se hizo mención al referido incumplimiento del contratista de obra, pese a que el interventor contaba con la facultad de ordenar al contratista de obra la suspensión parcial o total de las obras por la falta del permiso de aprovechamiento del recurso hídrico, suspensión que en todo caso no estaba supeditada al inicio de un proceso administrativo sancionatorio de multas.”*

*“Ahora, de acuerdo con el caudal probatorio vertido al proceso se echa de menos prueba que demuestre que la firma interventora haya efectuado consulta a la autoridad ambiental durante el plazo contractual, para constatar si se contaba o no con el permiso de concesión de aguas durante la ejecución de las obras ya que era su deber no autorizar tales actividades hasta no contar con los permisos ambientales, pero su vez permitió la ejecución de trabajos sin ese permiso y más aun avalando el recibo definitivo de las obras sin haber tenido certeza de que se hubiese obtenido el permiso de concesión de las aguas.”*

Conforme al texto anteriormente transcrito INVIAS, en su recurso de apelación se aleja totalmente de las pretensiones incorporadas en la demanda que da lugar al proceso No. 15238-3333-003-2018-00370-01 y que se resumen en la sentencia del 05 de febrero de 2024 de la siguiente manera:

*“1. Se solicita se declare: i) que entre las partes existió el contrato No. 1096 de 2015; ii) **que el Consorcio INCOP incumplió el mencionado contrato, en cuanto a la obligación del cierre ambiental y liquidación del contrato de obra No. 1267 de 2015, sobre el que ejercía supervisión.***

*2. Que como consecuencia de lo anterior, i) se condene a las demandadas al pago de la cláusula penal pecuniaria a favor del INVIAS, debidamente indexado y con el reconocimiento de los intereses a que haya lugar; ii) se ordene la liquidación judicial del contrato No. 1096 de 2015, y, iii) se condene en costas y agencias en derecho.”* (Subrayado y negrita fuera de texto)

Durante todo el proceso No. 15238-3333-003-2018-00370-01 se discutió el posible incumplimiento de la obligación de la interventoría de adelantar el cierre ambiental y la liquidación del contrato de obra No 1267 de 2015 sobre el cual ejercía supervisión. Este proceso se adelantó con la claridad de que conforme el hecho décimo primero de la demanda, el contrato de interventoría fue recibido a SATISFACCION por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS en fecha 04 de julio de 2016. Dicha acta de recibo fue aportada por la entidad al expediente bajo el nombre de archivo INCOP CONTRATO 1096 215 AERDINT 04JUL.2016.A37 dando constancia del cumplimiento del objeto contractual. En este sentido, no puede el recurrente argumentar como sustento del recurso de apelación el incumplimiento de obligaciones que corresponden al cumplimiento del objeto contractual y no al posible incumplimiento argumentado en la demanda por INVIAS, incluyendo dentro de sus argumentos el supuesto incumplimiento del deber de la interventoría de suspender las obras durante la ejecución contractual o; una supuesta pasividad de la interventoría durante el desarrollo de la obra: obligaciones estas que fueron verificadas por la supervisión de la interventoría al interior de INVIAS y que fueron certificadas como ejecutadas y recibidas a satisfacción por la entidad en el acta de recibo de interventoría del 04 de julio de 2016 que obra en el expediente.

El deber de lealtad entre las partes durante el trámite de la apelación de una sentencia de primera instancia ha sido confirmado por el Honorable Tribunal ante quien se tramita el recurso que nos ocupa en sentencia del 30 de enero de 2020<sup>1</sup> de la siguiente manera: *"(...) es imprescindible destacar que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, con unidad temática y consecuente entre las pretensiones de la demanda, los fundamentos de hecho, las razones fácticas, la contestación y la sentencia". (...) Así, queda proscrita cualquier posibilidad de que la apelación plantee aspectos ajenos o carentes de identidad con el grupo de razones y fundamentos anteriormente señalados. El recurso que desconozca esta restricción, viola el deber de lealtad entre las partes, irrespeta el debido proceso y quebranta el derecho de defensa de aquéllas, bajo el marco trazado por quien en cada caso asuma la condición de opositora."*<sup>2</sup> *Para ahondar en razones, debe resaltarse que, en términos del Consejo de Estado, el juez de la segunda instancia está sujeto, al decidir la apelación, a los planteamientos expuestos en el recurso de alzada, además, no puede abordar materias o cuestiones que se plantean en la apelación, pero que no hacen parte del concepto de violación del libelo que la sentencia de primera instancia estudió*<sup>3</sup> *Se aúna a ello que, en virtud de los principios de lealtad procesal, contradicción y defensa y la congruencia que debe existir entre el recurso, la sentencia censurada, el concepto de violación de la demanda y los argumentos expuestos en la contestación de la misma, imponen que al apelante le esté vedado exponer en el recurso de apelación hechos, cargos y presentar pretensiones nuevas que no alegó en la demanda. Si lo hiciera, el juez de la segunda instancia no puede abordar el estudio de estos nuevos reproches, pues es su deber salvaguardar los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa de la contraparte en el proceso."*

---

<sup>1</sup> Expediente : 15001333300520170012403. M.P. Dra Clara Elisa Cifuentes.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sentencia de 14 de agosto de 2013. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01785-01(18580) Actor: CEMEX COLOMBIA S.A. Demandado: MUNICIPIO DE SAN LUIS

<sup>3</sup> Sentencia de 7 de mayo de 2015, sentencia de 8 de junio de 2016, radicación 2006-00234, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso.

- **EL RECURRENTE ALEGA A SU FAVOR SU PROPIA CULPA TRASLADANDO A LA INTERVENTORIA LA OBLIGACIÓN DE PREVER SU INACCIÓN EN EL TRÁMITE DE LOS PROCESOS SANCIONATORIOS AL CONTRATO DE OBRA Y DE EVITAR LAS CONSECUENCIAS QUE LA MISMA PODRIA GENERARLE.**

Si en gracia de la discusión analizamos los nuevos argumentos de INVIAS que presenta en su recurso de apelación observamos que el mismo viola directamente el principio NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS - Nadie puede alegar a su favor su propia culpa, el cual se puede resumir de la siguiente manera<sup>4</sup>

*“Una persona no es digna de ser oída ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable. Para la Corte, nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma. Este principio no tiene una formulación explícita en el ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha hecho alusión a su naturaleza de regla general del derecho, al derivarse de la aplicación de la analogía iuris. Por ello, cuando el juez aplica dicha regla, se ha señalado que el mismo no hace otra cosa que actuar con fundamento en la legislación.”*

El INVIAS demandó el posible incumplimiento No. 1096 de 2015; específicamente en cuanto a la obligación del cierre ambiental y liquidación del contrato de obra No. 1267 de 2015, sobre el que ejercía supervisión. Durante el proceso quedó probado que durante la ejecución contractual y posteriormente, *“la firma interventora efectuó el control y seguimiento de las obligaciones de orden ambiental a cargo del contratista de obra, informando de manera oportuna a la entidad contratante, sobre el retraso e incumplimiento presentado en cuanto a la presentación del PAGA e informes de seguimiento al mismo, estos últimos presentados de manera posterior a la terminación del contrato de obra y que no contaron con aprobación de la interventoría por inexistencia de la autorización de extracción del agua, situación que fue de conocimiento del INVIAS,*

---

<sup>4</sup> Sentencia T-122/17

*en virtud de las comunicaciones radicadas ante dicha entidad, a través de oficios T-003-2015-041-OFC del 29 de octubre de 2015 y T-003-2015-205-OFC del 3 de junio de 2016.*

*93. Luego, no le es dable a la entidad demandante obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato de interventoría, cuando dicha entidad omitió su deber legal de adelantar el proceso administrativo sancionatorio en contra del contratista de obra, pues de haberse iniciado de manera oportuna tal procedimiento, el contratista de obra hubiese adelantado las gestiones pertinentes para subsanar dicho incumplimiento, obteniendo así, los permisos ambientales correspondientes que a su turno hubiesen facilitado el cierre ambiental del proyecto, y en consecuencia, la liquidación de los contratos en comento.”*

Ahora bien, en sus argumentos de apelación a la sentencia el INVIAS concluye que, durante la ejecución contractual de la interventoría, el CONSORCIO INCOP tendría que prever su propia inacción como entidad contratante frente al trámite de los procesos sancionatorios y haber suspendido el contrato de obra a fin de evitar las consecuencias que podría generar la misma a la entidad. Esto es, traslada a la interventoría la obligación de contrarrestar las consecuencias de su inacción como entidad contratante en cuanto al trámite de los procesos sancionatorios requeridos; alegando a su favor su propia culpa como una razón adicional que demuestra el supuesto incumplimiento del demandado.

- **LA SENTENCIA DEBE SER CONFIRMADA YA QUE EN EL PROCESO QUE NOS OCUPA QUEDO PROBADO QUE EL CONSORCIO INCOP CUMPLIO A CABALIDAD LAS OBLIGACIONES EN LAS QUE LA ENTIDAD DEMANDANTE ALEGABA UN SUPUESTO INCUMPLIMIENTO: La omisión de realizar el cierre ambiental del proyecto y la correspondiente liquidación de los contratos de obra e interventoría.**

Durante todo el proceso quedo probado que la interventoría adelanto todos los trámites correspondientes al cumplimiento de sus obligaciones contractuales tendientes al cierre ambiental a saber:

- a) A lo largo del expediente podemos observar los oficios remitidos al contratista de obra requiriendo la entrega de informes ambientales respecto a los últimos meses del año

2015 y enero y febrero de 2016, así como oficios rechazando la aprobación de los informes presentados por el contratista de obra por cuanto los mismos no presentaban una explicación real de los consumos de agua en el proyecto durante el plazo mencionado.

- b) Se adelantaron varias solicitudes de inicio de proceso sancionatorio para aplicación de multa y para incumplimiento total al contratista de obra, presentados por la interventoría y radicados ante INVIAS conforme el Manual de Interventoría y Supervisión INVIAS; por retrasos en la entrega de los informes ambientales y por la no entrega de los informes ambientales pendientes a la terminación del contrato.
- c) La interventoría adelantó todos los trámites que correspondían para verificar el estado de los trámites reportados por el contratista de obra ante CORPOBOYACA, así como los trámites necesarios para verificar la situación en el proyecto una vez se concluyó que no existían permisos de concesión de aguas superficiales asignados al contratista de obra.
- d) El informe técnico de CORPOBOYACA que reposa en el expediente, surgió como resultado de una visita solicitada por la interventoría en virtud de las irregularidades expuestas, junto con el resto de información alrededor de la captación de aguas adelantada por el contratista de obra que se incorporó al proceso sancionatorio ambiental suministrada por la interventoría.
- e) La interventoría explico en numerosas ocasiones al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS e los sucesos alrededor del permiso de concesión de aguas superficiales, y realizo reuniones con la entidad alrededor del tema.
- f) INVIAS tenía la certeza absoluta de la imposibilidad de obtener un cierre ambiental conforme al Manual de interventoría para el trámite de la liquidación del contrato de obra e interventoría y podía haber adelantado la liquidación del contrato de interventoría aclarando la existencia de un proceso sancionatorio ambiental a cargo del contratista de obra y estipulando que la responsabilidad por los daños y sanciones que surjan del mismo corresponde únicamente al contratista de obra en virtud de cláusula de indemnidad ambiental del contrato en cuestión.

En este sentido la inexistencia de los documentos requeridos para adelantar la liquidación de los contratos, *“obedece al incumplimiento contractual presentado por parte del contratista de obra, tal y como lo determinó el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del once (11) de marzo de 202150, confirmado por el Consejo de Estado mediante fallo del veintiséis (26) de enero de 202351, y no por causas atribuibles al Consorcio INCOP, quien por el contrario realizó el seguimiento de las obligaciones de orden ambiental durante la ejecución del contrato, efectuando los requerimientos pertinentes que se extendieron durante la etapa de liquidación del contrato(...).”*

### **PETICIÓN**

Con base en los planteamientos anteriores solicito respetuosamente a su despacho **CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD** la sentencia del 05 de febrero de 2024 proferida por el Juez Tercero Administrativo Oral del Circuito de Duitama al interior del proceso No. 15238-3333-003-2018-00370-01.

De su despacho con todo respeto,

  
**NATALIA VALENCIA MEJIA**

**C.C. 22.587.030 de Puerto Colombia**

**T.P. 170.045 del C.S. de la J.**