

DEBIDO PROCESO EN MATERIA CONTRACTUAL- Competencia Temporal Para La Liquidación Unilateral De Un Contrato Estatal

Con respecto al debido Proceso:

La Ley 1150 de 2007 consagró dicha garantía como principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales (artículo 17). Este precepto fue desarrollado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, disposición vigente en el momento en que se dio inicio al procedimiento administrativo previo a la expedición de la Resolución 4690 de 2017, y que reguló en forma puntual las pautas obligatorias para la declaratoria de incumplimiento, encaminada a imponer multas y a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Dicha norma prevé que, evidenciada una circunstancia de incumplimiento, previa comunicación de los supuestos que la sustentan y la mención de las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse de ello, la entidad debe citar a la contratista y al garante para que presenten sus descargos, aporten las pruebas que consideren pertinentes, controviertan las presentadas por la entidad y, en general, efectúen las gestiones que considere necesarias para garantizar su defensa. Una vez cumplidas tales garantías, la administración podrá emitir la decisión motivada que decida sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento.

El principio de justicia rogada orienta los juicios de legalidad en los que se impugna, con un interés subjetivo y particular, la validez de un acto administrativo, y se proyecta en dos premisas distintas, pero concordantes entre sí, que consisten en que el juez no puede iniciar un juicio oficioso sobre aquel y que, realizada una petición de parte, el debate se vincula o circunscribe estrictamente a lo solicitado por el demandante. Al lado de este principio, se presenta como presupuesto el postulado de preclusión y la regla de señalamiento que impone a las partes exhibir de manera clara y precisa lo que se pide, manifestación que se impone como garantía del debido proceso y del derecho de contradicción y defensa.

El numeral 4 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011 recoge esos postulados, al señalar de manera específica que cuando la demanda verse sobre la legalidad de un acto administrativo –sin distinguir su naturaleza, por lo cual incluye los contractuales– el libelo que la contenga debe expresar las normas violadas y explicar el concepto de violación, es decir, el legislador impone a la demandante la carga de precisar la norma

del ordenamiento jurídico que entiende que ha sido vulnerada con su expedición y explicar de forma razonada y suficiente las razones que sustentan dicha trasgresión, pues tales elementos constituyen los lineamientos de actuación del juez de lo contencioso administrativo. Lo anterior, sin embargo, no supone que el juez administrativo esté relevado de leer integralmente la demanda y hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formas, para lo cual puede interpretar la explicación que se ofrezca en el concepto de la violación –carga que sí debe cumplir, sea o no que se ubique en un acápite así denominado–, teniendo en mira que esa facultad se debe utilizar con extrema cautela, en la medida que no puede llegar al punto de modificar la causa petendi, pues este es un aspecto medular sobre el que descansa el derecho al debido proceso del demandado.

CLAUSULA PENAL – Naturaleza de la Sanción - Principio *non bis in ídem*,

[...] Lo expuesto, ratifica no solo que los supuestos que apoyaron las determinaciones enjuiciadas son distintos, sino que corrobora la diferenciación en la naturaleza de las sanciones impuestas, toda vez que la pena de que trata la Resolución 4690 de 2014 tuvo sustento en el retardo en el cumplimiento de unas prestaciones específicas durante un lapso particular, es decir, la cláusula penal moratoria, mientras que la sanción aplicada en las Resoluciones 1025 y 1399 de 2018 se basó en el análisis definitivo de la obra pactada, de la mano con el acatamiento de los demás obligaciones circundantes y conexas al logro del objeto, escenario que imponía la cláusula penal en su carácter compensatorio, ante el incumplimiento parcial pero definitivo del negocio jurídico; por consiguiente, con base en el contenido de los aludidos procedimientos sancionatorios no se concretó una trasgresión al principio del non bis in ídem.

DE LA COMPETENCIA TEMPORAL PARA LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DE UN CONTRATO ESTATAL

El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 prescribe que la competencia para liquidar el contrato, de forma bilateral o unilateral, corresponde con el término estatuido para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales –esto es, el consagrado en los artículos 136 en vigencia del CCA o 164 en aplicación del CPACA114–; es decir, el de dos (2) años siguientes al vencimiento del plazo, contabilizado a partir del vencimiento del período estipulado por las partes para concertar el cierre del contrato

–o el supletivo de cuatro (4) meses establecido en la ley–, más el de dos (2) meses con el que cuenta la administración para hacerlo sin el asentimiento de la contratista.



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)

Expediente: 250002336000 201800562 01 (65.649)
Demandante: CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S. –CON & CON–
Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU–
Acción: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Temas: PRÓRROGA DEL CONTRATO – alcance e intención de las partes / PRINCIPIO DE NORMATIVIDAD Y BUENA FE CONTRACTUAL - las partes no pueden desconocer los efectos de las negociaciones que suscribieron y las vicisitudes que superaron en virtud de éstas / FALSA MOTIVACIÓN – no se acreditó su configuración / DEBIDO PROCESO EN MATERIA CONTRACTUAL – el contratista debe conocer los hechos y supuestos que sustentan el procedimiento sancionatorio y debe contar con las herramientas para garantizar su defensa / PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM – es una garantía del debido proceso – restringe la aplicación de una sanción de una misma naturaleza a los mismos hechos / CLÁUSULA PENAL – cuando corresponde a una tasación anticipada de perjuicios puede tener carácter moratorio o compensatorio / PRINCIPIO DE JUSTICIA ROGADA – aplicación y alcance / CONCEPTO DE VIOLACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO – claridad y suficiencia / COMPETENCIA TEMPORAL PARA LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DE UN CONTRATO ESTATAL – se extiende máximo hasta el vencimiento del plazo de caducidad del medio de control de controversias contractuales.

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

La controversia gira en torno a la pretensión de nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se declaró el incumplimiento de la contratista y se liquidó unilateralmente el contrato 1246 de 2014.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 17 de octubre de 2019, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B resolvió negar las pretensiones de la demanda.

2. El anterior proveído decidió la demanda presentada el 6 de junio de 2018,¹ por Consultoría y Construcción S.A.S. –CON & CON S.A.S– (en adelante, la sociedad, la contratista, CON & CON o la demandante), en contra del Instituto Urbano de Desarrollo –IDU– (en adelante IDU, el demandado o la entidad), cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se enuncian a continuación.

Pretensiones

¹ Folio 43 (reverso) del cuaderno 1.

3. Se solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas² (se relacionan en el mismo orden que fueron planteadas):

(i) El incumplimiento del contrato de obra No. 1246 de 2014 por parte del IDU, por vulneración al principio de planeación.

(ii) La nulidad de las siguientes resoluciones: 4690 del 13 de septiembre de 2017, por medio de la cual el IDU declaró el incumplimiento parcial del contrato 1246-2014 e hizo efectiva la cláusula penal; 1025 del 21 de marzo de 2018, a través de la cual que se declaró el incumplimiento total de ese negocio jurídico, se hizo efectiva la cláusula penal, se declaró la ocurrencia del siniestro por buen manejo y correcta inversión del anticipo y se hizo efectiva la garantía por ambos amparos; 1399 del 18 de abril de 2018 que resolvió el recurso de reposición instaurado contra la Resolución No. 1025 de 2018; y la 2425 del 13 de junio de 2018, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato³.

(iii) El rompimiento del equilibrio económico del contrato.

(iv) Consecuencialmente, pidió que se reconocieran los perjuicios materiales que le fueron causados con los actos administrativos demandados, con el incumplimiento negocial y el rompimiento del equilibrio contractual⁴.

² Se incluyen las pretensiones de la demanda inicial y las agregadas con su reforma. Demanda inicial: Folios 28 y 29, c. 1. El a quo admitió la demanda mediante proveído del 10 de agosto de 2018 -folios 54 a 56, cuaderno 1-. El 30 de octubre de 2018, la parte actora presentó escrito de reforma de la demanda, mediante el cual añadió y modificó las pretensiones de la demanda inicial -folios 146 a 152, cuaderno 1-. La reforma referida se admitió en proveído del 6 de noviembre de 2018 -folios 162 a 164, cuaderno 1-.

³ En las pretensiones relativas a las Resoluciones 1025, 1399 y 2425 de 2018 se indicó que se expidieron con infracción de las normas en que debía fundarse, sin competencia, con desconocimiento del derecho a la defensa y mediante falsa motivación.

⁴ En específico la demandante pidió, a título de perjuicios, lo siguiente:

a) *El valor total de las obras ejecutadas no pagadas por parte de CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S. -CON Y CON S.A.S.-; en el contrato de obra No. 1246 de 2014, correspondiente a la suma de \$1.222.086.657 (sic) M/CTE.*

b) *Las sumas correspondientes a la aplicación de la cláusula NOVENA - AJUSTES a favor de CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S.*

c) *Que se reconozca y condene a pagar el porcentaje total de la administración correspondiente al 24,77790% correspondiente al 5% sobre el valor total del contrato, de acuerdo con lo ofertado, suma que corresponde a \$292.521.232,80.*

d) *Que se reconozca y condene a pagar el valor total de la UTILIDAD del contrato de obra No. 1246 de 2014 correspondiente al 5% sobre el valor total del contrato, de acuerdo con lo ofertado, suma que corresponde a \$295.521.232,80*

e) *Que se reconozca el costo financiero de los perjuicios causados.*

f) *Que se reintegre el valor cobrado por INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU de la sanción impuesta por la Resolución Número 004690 de 2017, por medio de la cual se declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal a CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S. -CON Y CON S.A.S.-; correspondiente a la suma de \$156.808.190 M/CTE,*

g) *Que se reconozca y paguen los rendimientos financieros por el dinero cobrado por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU de la sanción impuesta por la Resolución Número 0046900 (sic) de 2017, por medio de la cual se declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal a CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S. -CON Y CON S.A.S.*

h) *Que se reintegre cualquiera que sea el valor cobrado por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU de la aplicación de la Resolución No. 001025 del 21 de marzo de 2018: 'por medio de la cual se adopta una decisión en el procedimiento administrativo sancionatorio surtido al Contrato IDU 1246-2'14' y de la resolución No. 001399 del 18 de abril de 2018, 'por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos frente al acto administrativo 001025 de 2018 en razón del procedimiento administrativo sancionatorio surtido al Contrato IDU 1245-2014 (sic)', así como sus rendimientos financieros, correspondientes a la suma de \$1.211.719.104,00 por concepto de la cláusula penal y \$442.132.018,65 por concepto del siniestro buen manejo y correcta inversión anticipo" (folio 150 del cuaderno 1).*

(v) Que se liquide judicialmente el contrato, reconociendo el valor de las obras ejecutadas y no pagadas a la contratista, por el monto de \$1.222'086.657.

(vi) Que se indexe el valor de la condena y se reconozcan los intereses moratorios ocasionados desde el momento de reconocimiento de las cifras hasta su pago total.

(vii) Se condene a la demandada al pago de las costas.

Hechos

4. En apoyo de las pretensiones, se enunciaron los hechos relevantes que se sintetizan a continuación:

5. El 16 de septiembre de 2014, la demandante y el demandado celebraron el contrato de obra No. 1246 cuyo objeto consistió en la ejecución a monto agotable del diagnóstico, obras de mantenimiento, mejoramiento, adecuación y rehabilitación del espacio público de Bogotá D.C. –zona sur⁵–, por valor de \$5.910'424.656.

6. El plazo del contrato se pactó en 8 meses, 2 para la etapa de diagnóstico y actividades previas y 6 para la ejecución de las obras. El acta de inicio se suscribió el 31 de octubre de 2014.

7. La fase de ejecución de la obra se inició el 13 de febrero de 2015 –con 43 días de atraso– debido a que en la etapa de diagnóstico se presentaron contratiempos, por el mal planeamiento del negocio jurídico atribuible al IDU, que consistieron en: (i) falta de claridad y demora en la entrega de la información necesaria para realizar los diagnósticos⁶; (ii) incoherencias y contradicciones de la interventoría en las directrices respecto de la aprobación de los diagnósticos que generaron reprocesos⁷; (iii) demora en la aprobación del programa de implementación del plan de manejo ambiental (PIPMA)⁸; (iv) directrices contradictorias dadas por funcionarios de la entidad⁹; (v) cambio de los tramos a intervenir y la imposibilidad de trabajar otros, cuyos diagnósticos ya estaban realizados, por circunstancias constitutivas de caso fortuito o fuerza mayor¹⁰; (vi)

⁵ “Zona 6/ Kennedy, zona 7/ Bosa y Ciudad Bolívar, zona 9/ San Cristóbal y Rafael Uribe, zona 10/ Usme y Tunjuelito”.

⁶ Se refirió a la existencia de inconvenientes con el servidor de mapas del IDU, porque no era claro el segmento ni el costado a intervenir, por lo que varias veces se solicitó a la coordinación del IDU la documentación gráfica para identificar el alcance y localización exacta de los CIV's a intervenir. Se solicitó, además, la entrega de los *Formatos 1A*, necesarios para complementar los diagnósticos requeridos; pero hubo demora en la entrega de la información solicitada.

⁷ Se avaló la posibilidad de realizar los diagnósticos durante la etapa de ejecución de las obras, siempre que se hubiere validado el 60% de las áreas de espacio público dentro de la etapa de diagnóstico. Para el 19 de enero de 2015, la contratista ya tenía el 60% de los diagnósticos, pero como el IDU “NUNCA” hizo claridad sobre la necesidad de priorizar tramos de CADA localidad a intervenir (Kennedy, Bosa, Tunjuelito, Usme, San Cristóbal, Rafael Uribe y Ciudad Bolívar), la priorización se hizo solo respecto de algunas de las localidades (Kennedy, San Cristóbal y Rafael Uribe).

⁸ Este componente fue enviado el 28 de noviembre de 2014, tuvo aprobación, por medio de comunicado, el 31 de diciembre de ese año y en el comité del 26 de enero de 2015, pero sólo hasta el 10 de febrero de 2015 se hizo oficial la aprobación de este componente.

⁹ En el comité 17, celebrado el 3 de febrero de 2015, la coordinadora técnica del contrato 1246-2014 manifestó que no se podía dar inicio a las obras sin obtener el aval del IDU sobre los tramos de posible intervención, mientras que el Subdirector Técnico del Subsistema Vial (en encargo) informó que la contratista era el que debía definir qué tramos se ejecutarían y que no existía impedimento para dar inicio a las obras, ya que la interventoría era la que revisaba y aprobaba los diagnósticos.

¹⁰ A) El IDU solicitó intervenir el tramo 49 (perteneciente a la Localidad de San Cristóbal), pero los comerciantes del barrio 20 de Julio no permitieron adelantar la etapa de ejecución de obras, inconveniente que se venía presentado desde muchos años atrás (más de 10 años).

cancelación de las reuniones de inicio de las obras sin verdadera causa que lo justificara.

8. Debido a los inconvenientes referidos, fue necesario prorrogar el plazo de ejecución de las obras en cuatro (4) meses, lo que se acordó el 30 de junio de 2015, mediante la aclaración No. 2 y la prórroga No. 1 del contrato.

9. El 14 de septiembre de 2015, la contratista solicitó un nuevo aumento del plazo del contrato por cuatro (4) meses, con fundamento en: (i) incumplimientos de los proveedores de prefabricados autorizados por el IDU, debido a la alta demanda que se presentaba en ese momento; (ii) imposibilidad de ejecución de la obra sobre algunos tramos en los que otras entidades estaban adelantando trabajos; (iii) condicionamiento de la Secretaría Distrital de Movilidad (SDM) respecto de la forma en que se debía adelantar la ejecución por tramos (primero un costado y luego el otro); (iv) cambio ordenado por la entidad de tramos que estaban listos para ejecutarse por unos nuevos respecto de los cuales se debían iniciar todas las actividades necesarias para su desarrollo; y, (v) hurto constante de la señalización de la obra como causa constitutiva de caso fortuito o fuerza mayor. El 26 de octubre de 2015, el Instituto solicitó que se hiciera un ajuste al cronograma para continuar con el trámite de la prórroga, el cual se presentó el día 30 siguiente.

10. Mediante acta No. 11 del 28 de octubre de 2015, suscrita por las partes y el interventor, se suspendió el contrato por once (11) días y se previó como fecha de reinicio el 9 de noviembre de 2015. Ese día, a través de acta No. 12, se reanudó el plazo. El documento no fue suscrito por la contratista en consideración a que aún no se habían superado las causas que dieron lugar a la suspensión, por lo cual el 10 de noviembre solicitó que se ampliara su término.

11. El 11 de noviembre de 2015 se suscribió el acta No. 13 de terminación del contrato. La demandante no firmó ese documento con sustento en que el negocio jurídico aún estaba suspendido. Mediante acta No. 14 del 22 de febrero de 2016, la interventoría, el subdirector de mantenimiento técnico del subsistema vial y el director técnico de mantenimiento del IDU, dejaron constancia de la verificación y posesión de las obras ejecutadas con ocasión del contrato¹¹. La contratista refutó el documento, al estimar que su contenido no correspondía a la realidad.

12. El 19 de octubre de 2015, la demandada presentó un informe con base en el cual abrió un proceso sancionatorio por el incumplimiento transcurrido entre el 13 de julio y el 27 de septiembre de 2015. En este proceso la contratista invocó como causales eximentes de responsabilidad la fuerza mayor, el caso fortuito y el hecho

B) El tramo 65, de la localidad de Tunjuelito no se pudo intervenir, porque se encontraban en ejecución obras por parte de la UMV y la EAAB.

C) El tramo 46, de la localidad de Ciudad Bolívar, tampoco se pudo ejecutar, porque iba a ser intervenido por una constructora privada.

D) Hubo otros tramos también priorizados, pero cambiados por causas ajenas a la contratista, como consta en comunicaciones C&C-IDU-1246-2014- OBRA – 309, 367, 439 y 471 había afectado la realización de obras en el tramo correspondiente y, en algunos tramos a intervenir, existían obras en ejecución adelantadas por entidades privadas, lo que imposibilitó realizar la obra previamente diagnosticada, concretamente en los tramos 46 y 65.

¹¹ En lo referente a las obras ejecutadas y recibidas a satisfacción por parte de la interventoría, las ejecutadas y no recibidas a satisfacción por la interventoría, descuentos por no cumplir con los parámetros de calidad y ensayos de laboratorio de obras ejecutadas, obras inconclusas o sin ejecutar por parte del contratista, obras no ejecutadas por trámites SDA y retiro de CIV por parte del IDU.

de terceros, las cuales no fueron tenidas en cuenta por la entidad¹². El 13 de septiembre de 2017, la contratante profirió la Resolución 4690 de 2017, por medio de la cual declaró el incumplimiento e hizo efectiva la cláusula penal.

13. Mediante Resolución 1025 del 21 de marzo de 2018, se declaró el incumplimiento total del contrato, se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por el valor de \$1.211'719.104 y la garantía única de cumplimiento, se declaró la ocurrencia del siniestro por buen manejo y correcta inversión del anticipo y se ordenó el pago del siniestro por \$442'132.018,65. A través de Resolución 1399 del 18 de abril de 2018 se resolvió el recurso interpuesto por la contratista, en el sentido de modificar el acto para declarar el incumplimiento parcial del contrato.

14. Mediante Resolución 2425 de 2018, el IDU liquidó unilateralmente el contrato.

Los fundamentos de derecho

15. Con la expedición de la Resolución No. 4690 de 2017, la entidad incurrió en sendos defectos que configuran su invalidez (se relacionan según títulos descritos por la demandante):

16. *Falsa motivación.* La trasgresión del principio de planeación por parte la contratante¹³ fue la causa que impidió a la sociedad ejecutar las prestaciones de conformidad con lo acordado; además, dada la persecución de la que fue objeto por parte de la interventoría, con el beneplácito del IDU, en el balance de lo ejecutado no se tuvo en cuenta el real avance de la obra, comoquiera que para recibir los tramos realizados se le impuso a la contratista el cumplimiento de las listas de chequeo que contenían requisitos irrelevantes y no se tuvieron en cuenta los ítems no previstos que fueron ejecutados.

17. *Trasgresión del debido proceso.* El procedimiento adelantado no se ajustó a los lineamientos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 ni a los del artículo 29 de la Constitución Política, en la medida que: (i) la interventoría fungió como un “ente acusado” y emitió juicios probatorios que no le correspondían, comportamiento que el IDU promovió, motivó, aceptó y, finalmente, avaló, al tomar la determinación demandada; (ii) durante el proceso se incluyeron hechos y elementos demostrativos distintos a los enunciados en los cargos iniciales, lo cuales, además, no eran claros y concretos, no hubo claridad sobre las normas vulneradas y se presentó desorganización en el manejo del trámite; (iii) uno de los informes que la contratista presentó como fundamento de su defensa se extravió con todas las pruebas que

¹² A saber: a) los proveedores aprobados por el IDU no contaban con el material prefabricado necesario (loseta, sardinel y bordillo), b) las faltas en los PMT eran causadas por el robo de las señales de tránsito, por obra de terceros, c) en el tramo 49 (barrio 20 de Julio) los vendedores ambulantes no permitieron la ejecución de la obra, d) el tramo 66 no se pudo ejecutar la obra debido a que la SDM no aprobó los PMT, ya que se encontraba vigente otro PMT para otro contratista.

¹³ Como lo son: a) Algunos tramos priorizados no podían ejecutarse, porque estaban intervenidos por la UMV y la EAAB (tramo 65) o por una constructora privada (tramo 46), otros fueron cambiados a última hora por el IDU; b) CIV (Códigos de Identificación Vial) retirados por el IDU respecto de los tramos 1 y 65; c) mala coordinación entre los funcionarios del IDU; d) las obras de emergencia que debían ejecutarse por el monto de \$295.521.233 no fueron definidas en su momento por la entidad, razón por la cual no fueron ejecutadas; e) los pliegos de condiciones establecían que las obras se debían desarrollar por tramos, lo cual no fue aprobado por la Secretaría Distrital de Movilidad, lo que afectó el cronograma, pues la intervención de los andenes tomó más tiempo.

contenía, lo que conllevó a adelantar su reconstrucción. Con ocasión de esta diligencia y de la pérdida de dichos documentos, la entidad decretó un informe de oficio que amplió el alcance de la investigación que se adelantaba, al establecer dicho interregno del 13 de julio de 2015 al 22 de febrero de 2016; y (iv) se vulneró el principio *non bis in ídem*, puesto que el proceso se basó en la discusión de supuestos fácticos que ya habían sido superados en un procedimiento sancionatorio previo –no menciona cuál–.

18. *Abuso del derecho.* La entidad prevalida de su posición dominante permitió que se desarrollara el proceso sancionatorio contractual de manera irregular, puesto que negó la concesión de los recursos interpuestos por la contratista con fundamento en el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011, así como peticiones de nulidad del trámite adelantado y algunas solicitudes probatorias, específicamente, se refirió a la negativa de ampliar el alcance de un informe de interventoría para que se rindiera en relación con el estado de avance de la obra después del 22 de febrero de 2016, por lo cual desconoció que no se podía enriquecer sin justa causa¹⁴. En el proceso sancionatorio no existió certeza sobre cuáles fueron los hechos que fundamentaron el incumplimiento contractual y, además, se hizo caso omiso a las circunstancias que incidieron en la ejecución del negocio jurídico.

19. *Violación del principio de planeación.* La entidad abrió el proceso licitatorio sin tener claridad sobre las zonas a intervenir (tramo 46), omitiendo la posición de la comunidad (caso del barrio 20 de Julio), desconociendo los PMT vigentes en las zonas a intervenir, ni los requisitos para su aprobación. Esa falta de planeación indujo a error a la contratista, pues la condujo a realizar labores distintas a las señaladas en la etapa precontractual.

20. *Fuerza mayor o caso fortuito.* La contratista no pudo terminar las obras en el término pactado por causas externas a su voluntad, como lo son, el desabastecimiento de los proveedores del IDU, la no entrega de un plan de contingencia por carencia de suministros y por la imposibilidad de fijar fechas para la ejecución de la obra¹⁵, los PMT no aprobados por la SDM ante la existencia de otras obras sobre los mismos tramos, los hurtos de las señales de movilidad y la oposición de la comunidad de San Cristóbal (barrio 20 de Julio) a la ejecución del contrato.

21. En la reforma de la demanda se indicó que las Resoluciones 1025 del 21 de marzo de 2018 y 1399 del 18 de abril de la misma anualidad fueron expedidas con infracción de las normas en que debían fundarse, de forma irregular, con desconocimiento del derecho de defensa y mediante una falsa motivación, dado que: (i) se fundamentaron en la trasgresión al principio *non bis in ídem*, pues la entidad basó su determinación en el mismo informe que sirvió de cimiento a la Resolución 4690 de 2013, lo que concretó un doble juzgamiento por los mismos hechos; (ii) la entidad no contó con sustento probatorio suficiente y se rehusó injustificadamente a decretar la prueba por informe y el peritaje técnico solicitado por la contratista, con el fin de acreditar el porcentaje de ejecución de la obra (para la sociedad se ejecutó un 56,06%, mientras que para el IDU se logró un 23,31%);

¹⁴ Folio 33 del cuaderno 1.

¹⁵ Porque no tenían conocimiento de cuándo podrían recibir el material requerido para ejecutar la obra por parte de los proveedores.

(iii) los actos evidencian una indebida tasación de la sanción, pues se omitió el verdadero porcentaje de ejecución del contrato y no se atendieron los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad para tasar el monto de la cláusula penal pecuniaria; y, (iv) la entidad adelantó una persecución frente a CON & CON, dado que inició 6 procesos administrativos sancionatorios en su contra.

22. La Resolución 2425 del 13 de junio de 2018, por medio de la cual se liquidó el contrato, está viciada de nulidad por falta de competencia, en tanto su ejecutoria aconteció el 13 de julio de 2018, es decir, con posterioridad al vencimiento del plazo con el cual contaba la entidad para realizar la liquidación unilateral que fenecía el 10 de ese mismo mes y año. También está afectada en su validez por haberse expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, de forma irregular y mediante una falsa motivación; sin embargo, en relación con estos cargos no presentó ninguna argumentación.

23. Respecto de la pretensión de desequilibrio económico del contrato reseñó: (i) el incumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad, toda vez que el IDU faltó a su deber de diligencia durante la etapa de planeación del contrato, lo que causó modificaciones en la etapa diagnóstica y cambio de especificaciones que desencadenaron un retraso en la obra, mayor permanencia y costos adicionales para el contratista. La demora en la aprobación de los diseños y la suspensión continua de la obra, las demoliciones de las obras ya realizadas y el replanteo de los diseños que incrementaron los costos y (ii) el ejercicio del *ius variandi* de la administración, pues en virtud de las graves falencias en la planeación, se produjo la necesidad de realizar nuevos diagnósticos y *“la modificación unilateral con mayores cantidades de obra, además de obras nuevas para el contratista”*.

Contestación de la demanda¹⁶

24. El IDU se opuso a las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su defensa expresó que:

25. Según las normas negociales, durante la etapa de diagnósticos y la de ejecución del contrato la contratista debía manifestar la existencia de situaciones que afectaran su desarrollo, pero no lo hizo. El 4 de febrero de 2015 entregó un poco más del 60% de los diagnósticos que debía haber entregado el 31 de diciembre de 2014 cuando culminó la fase de diagnósticos.

26. Desde los pliegos de condiciones (anexo técnico) se estableció la posibilidad de que la entidad modificara los tramos a intervenir, por lo cual, el hecho de que lo hiciera no representaba una falta de planeación.

27. La sociedad no aportó pruebas que acreditaran el desabastecimiento de los proveedores de los prefabricados de loseta sardinel y bordillos. Ellos respondieron de forma oportuna cuando se les requirió para el suministro de material.

28. CON & CON no podía excusar la paralización del contrato en la necesidad de observar la lista de chequeo, puesto que era el mecanismo de seguimiento

¹⁶ Folios 77 a 144, c. 1.

contemplado desde el pliego de condiciones. Si la demandante no estaba de acuerdo con la calificación mensual, podía presentar su inconformidad ante el IDU, para que resolviera si procedía o no el respectivo ajuste.

29. Los hurtos de la señalización de tránsito y la falta de aprobación de los PMT por parte de la SDM no justificaban el retraso en las obligaciones de la contratista. De conformidad con los términos del apéndice F del pliego de condiciones, en caso de hurtos era obligación de la demandante mantener al día el stock de señalización. La no aprobación de los PMT tuvo origen en el incumplimiento de la contratista de los requerimientos realizados por la SDM, como lo eran, el uso inadecuado de señalización, la operación de maquinaria sobre andén sin el debido aislamiento, cierres no implementados en su totalidad, acopio de material de obra y escombros sobre las aceras.

30. Pese a que la contratista indicó que el porcentaje de ejecución aludido por el interventor (32.97%) no correspondía a la realidad, no probó la cifra de avance que refirió (56.07%). Las memorias de cálculo debidamente revisadas y suscritas por el interventor dan cuenta de las obras ejecutadas y recibidas a satisfacción.

31. El procedimiento sancionatorio se desarrolló según lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Se corrió traslado de las pruebas a los interesados para que pudieran solicitar su complementación, aclaración o ajustes.

32. Los fundamentos de la Resolución 4690 de 2017, obedecieron exclusivamente a los incumplimientos de la contratista en el período comprendido entre el 13 de julio y el 27 de septiembre de 2015 (77 días de incumplimiento) y a la falta de presentación e implementación del plan de contingencia para ese lapso.

33. La Resolución No. 4690 no se pronunció respecto de las falencias en que incurrió la sociedad en la etapa de diagnóstico ni en etapas previas al periodo analizado. Si bien se adelantó un procedimiento sancionatorio con antelación al que derivó en esa resolución, éste culminó con la Resolución 57834 del 20 de agosto de 2015, por medio de la cual se revocó la Resolución 47142 del 25 de junio de 2015 que había declarado el incumplimiento parcial del contrato e impuesto una multa a CON & CON, con base en supuestos distintos.

34. La Resolución No. 4690 no se pronunció frente al incumplimiento total del contrato. La supuesta "*ampliación del plazo de investigación*" fue pedida por la misma contratista, quien solicitó que el informe a practicar se extendiera hasta la fecha de toma de posesión de la obra (acta No. 14, del 22/02/2016).

35. Los procedimientos administrativos sancionatorios que culminaron, de una parte, con la Resolución 4690 de 2017 y, de otra, con la Resolución 1025 de 2018, no redundan sobre los mismos hechos, por tanto, no se vulneró el principio del *non bis in ídem*, toda vez que el primero se refirió a las inobservancias del contratista acontecidas entre el 13 de julio y el 27 de septiembre de 2015, mientras que el segundo versó sobre el incumplimiento total del contrato de obra, al no haberse ejecutado el objeto.

36. No se configuraron eventos sorprendidos, anormales, excepcionales o imprevisibles que alteraran la economía del contrato. Tampoco se configuraron las causales eximentes de responsabilidad de fuerza mayor y caso fortuito, puesto que la contratista tenía el deber de verificar, al momento de presentar su oferta, si la prestación a la que se obligaría podía ejecutarse y, en todo caso: (i) en los pliegos de condiciones se estipuló que el robo, vandalismo o intervención de terceros sobre la señalización para los PMT no era causal que eximiera al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones; (ii) la imposibilidad de intervenir ambos costados de los andenes en una vía no justifica la falta de implementación de los PMT, puesto que la sociedad tenía a su cargo la elaboración de dichos planes, además al contar con la experiencia para este tipo de obras, debía prever y conocer los tiempos de aprobación de los trámites y los requerimientos exigidos por la autoridad competente.

37. Al solicitar el restablecimiento de la economía del contrato, la demandante desconoce el principio de la buena fe comercial. Ni en la prórroga, ni en el acta de suspensión efectuó salvaguarda alguna; por el contrario, señaló de manera expresa que la prórroga no constituía ningún costo adicional para el IDU. Durante la ejecución no puso de presente los supuestos mayores valores que se le generaron y desconoció que en el negocio jurídico se convino que los riesgos no generarían indemnización alguna a para las partes.

38. La liquidación unilateral del contrato obedeció a la negativa de la contratista a realizarla de manera bilateral y se realizó en los términos convencionales y legales establecidos para tal fin, de conformidad con la cláusula vigésima séptima del contrato y artículos 60 de la Ley 80 de 1993 y 32 de la Ley 1150 de 2007.

39. No es cierto que la contratante hubiere perdido la competencia para expedir la Resolución 2425 de 2018, porque, si bien el acto cobró firmeza fuera del plazo conferido para la liquidación del contrato, lo cierto es que se profirió dentro de dicho término.

40. Propuso los medios excepcionales de *ineptitud sustantiva de la demanda*, porque la demandante no instauró recurso de reposición contra las Resoluciones 4690 de 2017 y 2425 de 2018, en contravía de lo previsto en el artículo 161 del CPACA¹⁷ y la *genérica*.

Alegatos en primera instancia

¹⁷ Esta excepción fue declarada no probada por el Tribunal en la audiencia inicial, por cuanto, el artículo 161 del CPACA determina que cuando proceda el recurso de apelación contra un acto administrativo será obligatorio instaurarlo para acceder a la jurisdicción y, en este caso, no era necesario agotar el recurso de apelación contra las citadas resoluciones. Ninguna de las partes recurrió esta determinación del *a quo* (fls. 214 y 215, C3).

41. Surtido el debate probatorio¹⁸, en el término para alegar de conclusión, la contratista insistió en los razonamientos de su demanda y su reforma¹⁹. El IDU ratificó las razones de su defensa y agregó que la sociedad no logró probar los hechos en que fundamenta sus pretensiones²⁰.

42. El Ministerio Público no se pronunció.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

43. Como fundamento de su decisión de negar las pretensiones de la demanda, señaló que:

44. La demandante no estaba facultada para solicitar la declaratoria de incumplimiento del IDU, ni la nulidad por falsa motivación de la Resolución 4690 de 2017, en tanto no acreditó el cumplimiento de sus propias obligaciones.

45. Se configuró la excepción de contrato no cumplido a favor de la entidad, toda vez que se demostró que la contratista no ejecutó las obras en su totalidad y no las entregó a tiempo.

46. No se trasgredió el debido proceso de la sociedad en el marco del procedimiento administrativo que culminó con la Resolución 4690 de 2017, comoquiera que los hechos que la motivaron sí fueron claros y de pleno conocimiento de la contratista; además, la entidad no pretermitió ninguna de las etapas previstas en el proceso sancionatorio.

47. No se configuró un *abuso* o desviación de poder. No es de recibo que la contratista aduzca que no conocía los hechos que originaron la sanción por incumplimiento, porque desde que solicitó la prórroga sabía de las circunstancias que atrasaron el contrato. La demandante no demostró la relación existente entre la negativa en el decreto de pruebas y el enriquecimiento sin causa que alegó.

48. La vulneración al principio de planeación y el caso fortuito o fuerza mayor no son causales de nulidad de los actos administrativos y, por tanto, no desvirtúan la presunción de legalidad de los mismos.

¹⁸ En la audiencia inicial del 12 de abril de 2019 (folios 213 ss., cuaderno 3), el Tribunal decretó las pruebas documentales aportadas con la demanda (contenidas en el cuaderno 2). Realizó una lista no taxativa de éstas y aclaró que todas las pruebas aportadas se encontraban incorporadas al expediente. Accedió a los documentos electrónicos relativos al proceso de selección del contrato de obra que yacen en la página web del SECOP I y decretó la prueba pericial solicitada por el accionante a efecto de probar i) las razones del retraso que incidieron en la etapa de ejecución inicial de la obra, ii) las razones por las que el IDU no recibió la obra al contratista y el estado de ejecución de la obra y iii) la valoración sobre el desequilibrio económico causado en el contrato por parte del IDU. Para tal efecto, otorgó al contratista el término preclusivo de 25 días para que allegara el experticio; sin embargo, cumplido el plazo, la parte actora no allegó el dictamen y solicitó, en audiencia de pruebas 13 de junio de 2019, ampliar el término otorgado para tal fin. El Tribunal no accedió a la ampliación solicitada (fls.239 a 241, C3). La parte demandada aportó 5 medios magnéticos CDs, contentivos de las actuaciones adelantadas en el proceso licitatorio y la etapa contractual, así como en el procedimiento administrativo sancionatorio, dentro de las cuales, al *a quo* destacó: destacan las siguientes: “i) Licitación Pública, ii) Resolución 77367, por la cual se adjudica la licitación pública, iii) Contrato de obra 1246 de 2014 suscrito entre las partes, iv) Remisión de certificados de pólizas de garantía, v) Póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual, vi) facturas de venta, vi) Contrato de interventoría 1325 de 2014”. El Despacho accedió a todas las documentales aportadas con la contestación de la demanda (obrantes en el cuaderno 1). Se negó el testimonio del señor Vladimir Polo Paz solicitado por el IDU, por ser inconducente, impertinente e inútil. Las partes no recurrieron esta determinación.

¹⁹ Folios 243 a 257, cuaderno 3.

²⁰ Folios 258 a 264, cuaderno 3.

49. Las pretensiones de nulidad de las Resoluciones 1025 del 21 de marzo de 2018²¹, 1399 del 18 de abril de 2018²² y 2425 del 13 de junio de 2018²³, incluidas en la reforma de la demanda, no están soportadas en cargos concretos que permitan realizar un análisis de legalidad respecto de ellas.

50. No es procedente la liquidación judicial del contrato, dada la existencia de la Resolución 2425 del 13 de junio 2018, mediante la cual el IDU finiquitó unilateralmente el negocio, y cuya presunción de legalidad no fue desvirtuada.

51. No se probó el desequilibrio económico del contrato. Aunque se decretó el dictamen pericial solicitado por la demandante a fin de establecer el valor del desequilibrio alegado, no cumplió con la carga de allegarlo dentro del término otorgado para tal fin, por lo que se declaró desistida esa prueba.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

52. La sociedad interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia. Señaló que el *a quo* no realizó un estudio completo de las pruebas que obran en el expediente, las cuales acreditan los fundamentos fácticos que se describieron en la demanda y que dan cuenta de que las demoras en la ejecución del contrato no le son atribuibles.

53. La petición de prórroga del plazo negocial por parte de la contratista tuvo origen en circunstancias ajenas a ésta que impidieron el normal desarrollo del objeto, como lo son: (i) directrices de priorización de los tramos por parte del IDU que fueron imposibles de ejecutar; (ii) indebida medición de las metas del contrato, porque no se contaba con la planeación necesaria; (iii) imprevistos por el robo de las señales de tránsito y el desabastecimiento de los proveedores de materiales prefabricados aprobados por la contratante; y (iv) retardos en la autorización de los PMT por consideraciones de la SDM.

54. La administración sí profirió las resoluciones con falsa motivación, toda vez que no tuvo en cuenta los hechos y comunicaciones remitidos por la contratista que probaban que el incumplimiento no le era atribuible.

55. La expedición de la Resolución 4690 de 2017 se expidió con vulneración del debido proceso en tanto no existió una determinación fáctica que permitiera visualizar la realidad del proceso; por el contrario, se evidenció el acomodo de las situaciones de manera favorable al IDU. Se vulneró el principio a ser escuchado y gozar de presunción de inocencia, pues desde las demoras presentadas en un principio la interventoría tildó de culpable a la contratista.

56. La Resolución 4690 se profirió con abuso o desviación de poder, pues el IDU, prevalido de su posición de dominio, afectó la veracidad de los argumentos

²¹ "Por medio de la cual se adopta una decisión en el procedimiento administrativo sancionatorio surtido al contrato IDU 1246-2014"

²² "Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos frente al acto administrativo 001025 de 2018"

²³ "Por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato IDU 1246 de 2014"

planteados por la contratista en sede sancionatoria y planteó hechos a su favor. No aceptó las manifestaciones esgrimidas por la demandante sobre las vicisitudes del contrato, no contestó las solicitudes *a tiempo* y negó la práctica de la prueba pericial en el procedimiento sancionatorio, así como el decreto de un informe sobre el estado de las obras con posterioridad al 22 de febrero de 2016.

57. Los cargos referentes a la vulneración al principio de planeación y el incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor no se dirigieron únicamente a cuestionar la legalidad de los actos demandados, sino el incumplimiento del contratante y los motivos que impidieron la ejecución *normal* del contrato, circunstancias que derivaron en el rompimiento del equilibrio, por tanto, debieron ser analizados por el Tribunal.

58. Los argumentos que cuestionaron la legalidad de las resoluciones agregadas en la reforma de la demanda sí fueron expresados en forma clara.

59. La liquidación unilateral del contrato no fue firmada por la contratista, pues no se atendieron los requerimientos que esbozó, circunstancia que, además, le impidió plasmar las salvedades correspondientes. Por estar vigente una controversia que no ha sido absuelta sí procede la liquidación judicial del contrato.

60. El desequilibrio económico derivó del incumplimiento, situaciones imprevistas y de la falta de planeación de la entidad. La sanción impuesta generó detrimentos a la sociedad, así como los demás conceptos esbozados en su contra en la liquidación unilateral.

Trámite en segunda instancia

61. Al alegar de conclusión, la demandante insistió en los argumentos que expuso en su alzada²⁴. La demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

Objeto de la apelación

62. En lo que concierne a la Resolución No. 4690 de 2010, corresponde a la Sala determinar si el Tribunal no valoró la totalidad de las pruebas obrantes en el plenario y, en ese caso, si su estudio completo conduce a una conclusión diferente respecto de la imputabilidad de las causas que impidieron al contratista cumplir con sus obligaciones²⁵, y a la vulneración de su derecho al debido proceso²⁶.

63. Frente a las Resoluciones 1025 del 21 de marzo y 1399 del 18 de abril de 2018 y 2425 del 13 de junio de ese mismo año, se deberá establecer si la demandante cumplió con la carga de expresar el concepto de violación que soporta

²⁴ Índice 12 del aplicativo SAMAI.

²⁵ La alegada vulneración del principio de planeación y de las causas de exoneración de responsabilidad de caso fortuito o fuerza mayor, se enmarcan en este aspecto, pues están dirigidas a debatir la imputabilidad del incumplimiento.

²⁶ Lo referente a la alegada nulidad del acto por "*abuso del derecho*" se subsume en el cargo de violación del debido proceso, pues las causas en las que se fundamentó este cargo se enmarcan en este concepto.

su pretensión de nulidad. En caso afirmativo, se tendrán que analizar los cargos que hubieren sido formulados contra esa decisión.

64. En punto del rompimiento del equilibrio económico del contrato se tendrá que establecer si se encuentra acreditado.

Análisis del caso

65. Revisado el texto de la sentencia recurrida, encuentra la Sala que el Tribunal concluyó que la contratista no podía pretender la nulidad de la Resolución No. 4690 del 13 de septiembre de 2017 ni el incumplimiento del IDU, porque había inobservado sus obligaciones, de lo cual daba cuenta ese acto, la comunicación N° 20153560314933 en la que la interventoría señaló que, transcurridos más de 69 días de la prórroga, la sociedad no había cumplido sus obligaciones, así como el acta de posesión de la obra del 22 de febrero de 2016. En este proceso, la demandante no desconoció la falta de cumplimiento de las obligaciones convenidas en el contrato de obra 1246 de 2014, lo que alegó fue que las causas que condujeron a ello no le eran imputables a la contratista, sino a la entidad pública, y le impidieron a aquella observar adecuadamente sus compromisos. Sin embargo, sobre este aspecto no se pronunció el Tribunal y es lo que se le reprocha en el recurso de apelación.

66. En este punto halla la Sala razón a la alzada, en la medida en que el conflicto propuesto por la demandante no se centró en establecer si dicho incumplimiento ocurrió, sino en determinar a quién eran atribuibles las causas que lo originaron, lo que imponía analizar las que invocó la demandante como justificativas de tal inobservancia, con base en las pruebas que para acreditarlas trajo al proceso, por lo cual, ante la ausencia de ese estudio en sede de primera instancia, corresponde abordarlo en esta.

67. Igualmente, se encuentra demostrado que el Tribunal no analizó todos los argumentos que expuso la demandante para sustentar el cargo de violación de debido proceso respecto de la expedición de la Resolución No. 4690, puesto que se limitó a expresar de manera general que ello no ocurrió porque no fue pretermitida ninguna de las etapas del procedimiento administrativo sancionatorio. Solamente hizo referencia *el a quo* a lo que, a su juicio, era el argumento central que soportaba este cargo de la demanda, referente a que la contratista no tuvo claridad sobre los hechos de la sanción porque se variaron en el curso de tal procedimiento, frente a lo cual señaló el *a quo* que el cargo no estaba llamado a prosperar porque la sociedad sí conocía de tales hechos desde que se suscribió la prórroga al contrato, y que la entidad estaba facultada para imponer la sanción. Con todo, el juez de primera instancia no analizó los aspectos fácticos ocurridos durante ese procedimiento, y en los que la contratista soportó su alegación, ni las pruebas que trajo al proceso para acreditarlos, lo que impone otorgar razón a la actora en este punto de la impugnación y abordar el análisis de tales cargos con base en las pruebas que obran en el plenario.

68. La Sala empezará por analizar la falsa motivación endilgada contra la referida Resolución No. 4690 del 13 de septiembre de 2017²⁷, por medio de la cual el IDU: (i) declaró el incumplimiento parcial del contrato 1246 de 2014, en el período comprendido entre el 13 de julio y el 27 de septiembre de 2015; (ii) impuso la cláusula penal pecuniaria en la suma de \$156'808.190 e hizo efectiva la garantía constituida en la póliza NB-100038139, expedida por la Compañía Mundial Seguros S.A.; y (iii) determinó que valor de la cláusula penal debía ser descontado de los pagos a favor de la contratista, en virtud de la figura de la compensación, y que si no fuere posible realizarla, se cobraría dicha sanción con cargo al amparo de cumplimiento de la garantía única que avaló el contrato en mención.

69. Como fundamento de la mencionada declaratoria de incumplimiento, la entidad aseveró que se consolidaron dos supuestos de inobservancia prestacional, a saber: (a) la falta de cumplimiento en el cronograma o metas físicas durante el periodo comprendido entre el **13 de julio al 27 de septiembre de 2015** y (b) la no presentación e implementación del plan de contingencia en ese mismo lapso, omisiones que configuraron la trasgresión de las normas previstas en el anexo técnico separable, en específico, el numeral 4.2., capítulo "*Ejecución: actividades de mantenimiento, mejoramiento, adecuación y rehabilitación*", en su numeral 8 que consagró como obligación a cargo del contratista la de "Cumplir con el cronograma de obra, las especificaciones y el programa de inversiones aprobado por la interventoría ... en caso de variaciones por atraso en la ejecución prevista, presentar de inmediato a la interventoría para su estudio y aprobación el plan de contingencia"(subrayado fuera de texto); así como el incumplimiento de lo estipulado en la cláusula décima tercera del contrato, literal B, capítulo II (obligaciones de la fase de ejecución), numeral 5 que reproducía ese precepto del anexo técnico.

70. Examinado el acervo probatorio aportado en el asunto de la referencia, no se encuentra que los incumplimientos que se le endilgaron a la contratista en la Resolución 4690 se justificaran con causas atribuibles al IDU o factores externos a ambas partes. A continuación, se expresan las razones que conducen a la Sala a arribar a esta conclusión.

71. El contrato No. 1246 suscrito el 16 de septiembre de 2014 tuvo por objeto realizar la "*ejecución a monto agotable, de diagnóstico, obras de mantenimiento, mejoramiento, adecuación y rehabilitación de espacio público en Bogotá D.C., etapa 1-2014 – GRUPO No. 3, Zona Sur (ZONA 6 Kennedy, ZONA 7 Bosa y Ciudad Bolívar, ZONA 9 San Cristóbal y Rafael Uribe, ZONA 10 Usme y Tunjuelito)*", según el alcance previsto en el pliego de condiciones, el anexo técnico separable y la propuesta presentada²⁸, por un valor de \$5.910'424.656, discriminado en 4 ítems: a) etapa de diagnóstico, b) actividades de mantenimiento, c) ajustes de obra y d) AIU.

²⁷ Folios 10 a 95, C2.

²⁸ Según lo previsto en el anexo técnico separable, el alcance del proyecto estaba dirigido a la realización del diagnóstico (programa de intervenciones) y el mantenimiento rutinario, correctivo, complementario y mejoramiento de las áreas de espacio público (que incluye andenes, puentes peatonales, separadores, parques, ciclorrutas, alamedas, plazas, plazoletas y pompeyanos), así como la atención de emergencias, contingencias y obras menores de mejoramiento (Cd 1, archivo "DA_PROCESO_14-1-119024_01002015_10607906).

72. El plazo del contrato se pactó en ocho (8) meses, dos (2) para la etapa de preliminares y seis (6) para la de ejecución. La primera fase estaba destinada a determinar las características físicas y el estado de condición superficial del espacio público de cada segmento, a efectos de establecer si requería un mantenimiento preventivo o rutinario²⁹, correctivo³⁰, complementario o de rehabilitación³¹. En desarrollo de esta fase, la contratista debía: a) realizar la recolección de datos en campo de los diagnósticos (actas de vecindad, registros fotográficos, inventarios de redes de servicios públicos); b) identificar los sectores para la instalación de mobiliario urbano (ciclo-parqueaderos, ciclo-estaciones, módulos de ventas); c) presentar los presupuestos detallados para cada uno de los tramos a intervenir; d) obtener la aprobación del cronograma general del proyecto, así como de los cronogramas detallados de los segmentos a intervenir, mínimo durante el primer mes de ejecución; e) contar con la aprobación de los PMT de aquellos segmentos a intervenir dentro de los dos (2) primeros meses de ejecución; f) presentar para aprobación los precios unitarios no previstos necesarios e identificados para la ejecución de la obra; y g) presentar para la aprobación de la interventoría el PIPMA –Programa de Implementación del Plan de Manejo Ambiental– y hacer seguimiento del mismo.

73. En la segunda etapa, relativa a la ejecución, la contratista se comprometió a realizar las actividades de mantenimiento, mejoramiento y adecuación de las áreas de espacio público, garantizar la accesibilidad del medio físico para la población vulnerable, proponer posibles soluciones a cualquier inconsistencia que se encontrara durante la ejecución de la obra, implementar el PMT aprobado por la autoridad competente, así como el plan de calidad, cumplir con el cronograma de obra y disponer de los equipos, personal y materiales necesarios para la ejecución de las distintas actividades de acuerdo con las fechas fijadas en el cronograma, entre otros.

74. El acta de inicio del contrato se suscribió el 31 de octubre de 2014³², razón por la cual la etapa de diagnóstico debía concluir el 31 de diciembre de ese año. El término de ejecución se extendía inicialmente hasta el 30 de junio de 2015; no obstante, fue prorrogado en cuatro (4) meses y suspendido por once (11) días, por lo que culminó el 10 de noviembre de 2015. Como se explicará más adelante, esa ampliación del período negociado devino, entre otros, por retrasos en el desarrollo de la primera fase del contrato, que se describirán en párrafos posteriores³³.

²⁹ Se refiere a intervenciones de menor grado que garantizan la estabilidad constructiva del tramo a intervenir, como lo es, el deshierbe o el sello de grietas.

³⁰ Relativo a intervenciones parciales que no afectan características estructurales, como lo son, renivelación, acabados, aplicación de pintura o morteros, suministro o retiro de mobiliario urbano, reposición de sardineles y bordillos,

³¹ Intervenciones en las que se debe construir o reconstruir completamente el espacio público.

³² Cd 1, archivo "DA_PROCESO_14-1-119024_01002015_12259702".

³³ En específico, en el anexo técnico separable de los pliegos de condiciones se definieron las actividades que el contratista debía desarrollar para cada uno de los meses que integraban la fase preliminar, así (Cd 1, archivo "DA_PROCESO_14-1-119024_01002015_10607906"):

FASE DE DIAGNÓSTICO	
ACTIVIDADES A EJECUTAR FINALIZADO EL PRIMER MES	ACTIVIDADES A EJECUTAR FINALIZADO EL SEGUNDO MES
1. El contratista debía haber realizado la recolección de datos en campo de los diagnósticos de los segmentos priorizados. 2. Realizar la identificación de los sectores en los que, a criterio del contratista, se podía instalar mobiliario urbano.	1. Obtener la aprobación de los cronogramas detallados de obra para los segmentos a intervenir, mínimo durante el primer mes de ejecución. 2. Contar con la aprobación de los PMT de aquellos segmentos que se ejecutarían en los 2 primeros meses de ejecución.

75. Para mayor entendimiento, las causas que la contratista invocó como justificantes de los incumplimientos que se le atribuyeron en la Resolución 4690 se congregan en cuatro grupos, así:

76. (1) Aprobación tardía de los diagnósticos por parte del IDU que impidió iniciar a tiempo la etapa de ejecución del contrato;

77. (2) Circunstancias referidas a: 2.1. cambios en los frentes de priorización debido a la mala coordinación entre funcionarios de la entidad; 2.2. cambios en los frentes a intervenir, pese a órdenes previas de ejecución por la (a) oposición de la comunidad (caso 20 de julio), y (b) no tener en cuenta que algunos tramos estaban siendo intervenidos por otras obras, lo que llevó a su modificación en desarrollo del negocio.

78. (3) Incidentes relacionados con actores ajenos al contrato: 3.1. la Secretaría Distrital de Movilidad (en adelante, SDM) no aprobó varios PMT porque: (a) no autorizó la intervención simultánea de ambos costados de los andenes, y (b) algunos sectores ya tenían aprobados otros PMT, lo cual incidió en el programa de ejecución aprobado al retrasarlo; 3.2. la SDM no autorizó ni implementó varios PMT por el hurto de la señalización de tránsito; y 3.3. el desabastecimiento de materiales prefabricados generó retrasos en la ejecución del cronograma.

79. (4) Incorrecta medición del avance de la obra: 4.1. las listas de chequeo impuestas a la contratista contenían requisitos irrelevantes, que impedían recibir los tramos realizados y 4.2. la entidad no tuvo en cuenta los ítems no previstos ejecutados dentro del balance de ejecución.

80. A partir del estudio de la “*aclaración No. 2 y Prórroga No. 1*” suscrita el 30 de junio de 2015, se encuentra que la mayoría de las causas aludidas por la contratista como justificativas de su incumplimiento fueron las que motivaron la renegociación del plazo, a saber, las referidas en los grupos 1, 2 (subnumerales, 1 y 2) y 3 (subnumeral 1, literales a y b), antes enunciados. Con base en su conocimiento y el impacto que habrían producido en el plazo inicialmente convenido –al punto de impedir que el objeto se cumpliera en ese interregno–, las partes acordaron ampliar el tiempo de ejecución en aras de completar el objeto en un nuevo lapso de cuatro (4) meses que se estimó suficiente para hacerlo, teniendo en cuenta las referidas circunstancias. De ello da cuenta las probanzas que la Sala destaca a continuación.

81. En oficio No. 20153560093421 del 20 de enero de 2015³⁴, el IDU le informó a la contratista que pasados 81 días desde el inicio del contrato y después de 20

3. El contratista debía presentar los presupuestos detallados para cada uno de los tramos a intervenir de la menos el 30% del área diagnosticada. 4. Presentar el desglose de los APU ofertados. 5. Obtener la aprobación por parte de la interventoría del cronograma general del proyecto, 6. Presentar para aprobación el plan de manejo e inversión del anticipo.	3. Entregar el plan de acción para la atención de emergencias. 4. Obtener el aval de la metodología general de obra. 5. Presentar para aprobación los APU de los ítems no previstos que considere necesarios y que haya identificado para la ejecución del proyecto. 6. Realizar inventario de las redes de servicios públicos, inventario forestal y áreas verdes existentes. 7. Entregar un informe final de diagnóstico y la programación de las labores de mantenimiento en donde se relacione el alcance físico del contrato, estimado de acuerdo con los recursos del mismo.
--	--

³⁴ Cd 3, archivo “0026E_170_20153560093421”.

días de haber comenzado la etapa de ejecución de la obra, no había radicado las actas de vecindad, no tenía aprobado el registro filmico y fotográfico del espacio público a intervenir, no tenía aprobado el inventario de redes de servicios públicos y no había entregado la metodología general de la obra, el cronograma general, la programación detallada de cada tramo a intervenir ni por lo menos el 60% de los frentes priorizados.

82. En el acta No. 15 del comité de obra del 28 de enero de 2015³⁵, CON & CON indicó que entregó los diagnósticos el día 21 de ese mes y año, frente a lo cual la interventoría aclaró que lo entregado no completaba el 60% de los mismos, ante lo cual la contratista señaló que el 29 de enero radicaría los diagnósticos faltantes para alcanzar ese porcentaje. Luego, en el acta No. 16 del comité de obra del 2 de febrero de ese año³⁶, la interventoría subrayó que la sociedad tenía hasta el 4 de febrero para radicar el 60% de los diagnósticos. En oficio No. 20152250129273³⁷ del 6 de mayo de 2015, el Subdirector de Mantenimiento le manifestó al Director Técnico de Proyectos del IDU que la contratista solamente había diagnosticado 22 de los 69 tramos priorizados, es decir, un 32%.

83. En esa misma fecha, mediante oficio SM-53910-15³⁸, la SDM le comunicó a la sociedad que, en visita técnica efectuada el 27 de abril de 2015, evidenció incumplimiento en la implementación de los PMT, al observar que la contratista: a) intervino con ocupación total de andén, sobre la carrera 71C, pese a que la aprobación solo contempló cierre parcial del mismo; b) implementó senderos peatonales sin elementos de protección; c) utilizó inadecuadamente la señalización de tránsito, incluida la vertical de aproximación; y d) permitió el parqueo irregular de maquinaria. Posteriormente, en oficio SM-79351-15 del 25 de mayo de esa anualidad³⁹, la SDM le indicó que continuaba incurriendo en intervenciones con ocupación total del andén, parqueo irregular de maquinaria y acopio de material de obra en evidente afectación de la movilidad en los andenes.

84. En memorial C&C-IDU-1246-2014-577 del 28 de mayo de 2015, recibido el 1 de junio siguiente por la entidad⁴⁰, la sociedad manifestó que el plazo pactado se vio afectado con ocasión de varias circunstancias que impidieron la ejecución normal del contrato, por lo que solicitó prorrogar el término inicial en cuatro (4) meses a efectos de cumplir con las obligaciones adquiridas y terminar la totalidad de la ejecución de las obras. En este mismo documento expresó que, como muestra de su compromiso, proponía asumir el costo de la interventoría por dos (2) de los cuatro (4) meses propuestos para la ampliación de plazo.

85. Como soporte de su petición, aportó un informe⁴¹ en el que relacionó lo acontecido en lo que iba corrido del plazo de ejecución del contrato. En resumen, señaló que inicialmente se convino realizar la ejecución total del valor del estipulado en la localidad de Kennedy, pero con posterioridad, en comité del 18 de enero de

³⁵ Cd 5, archivo "0026E_846_20165260741092_0003" FLS. 177 a 179

³⁶ Cd 5, archivo "0026E_846_20165260741092_0003" FLS. 180 a 183

³⁷ Cd 3, archivo "0026E_311_20152250129273"

³⁸ Cd 3, archivo "0026E_323_20153560719981_00002"

³⁹ Cd 3, archivo "0026E_400_20155260937962"

⁴⁰ Cd 3, archivo "0026E_356_20155260834212"

⁴¹ Cd 3, archivo "0026E_356_20155260834212_00001"

2015, se dijo que no era posible priorizar un solo sector, por lo que se cambió la programación de los tramos para incluir el balance de los sectores de Kennedy, Bosa, Tunjuelito, Usme, San Cristóbal, Rafael Uribe y Ciudad Bolívar. Asimismo, anotó que la interventoría le permitió el inicio de las obras solo hasta el 12 de febrero siguiente, cuando se completó el 60% de los diagnósticos de los tramos, pese a que pudo iniciar la ejecución 2 o 3 semanas antes en los sectores que ya habían sido aprobados. Relacionó lo acontecido en punto a la priorización de los tramos a través de los siguientes cuadros:

“RESUMEN TRAMOS INICIALES PRESENTADOS PARA EJECUTAR/INCONVENIENTES DE INTERVENCIÓN

TRAMO	FECHA INICIO	FECHA TERMINACION	INCONVENIENTES
1	MARZO 9	JUNIO 15	N.A.
5	FEBRERO 17	MAYO 15	N.A.
6	FEBRERO 2	MAYO 25	N.A.
8	FEBRERO 2	ABRIL 23	N.A.
10	MARZO 3	MAYO 7	N.A.
12	MARZO 3	JUNIO 26	N.A.
35	ABRIL 23	JUNIO 30	CAMBIO POR PMT APROBADO A OTRO CONTRATO
46	ABRIL 23	JUNIO 30	CAMBIO POR OBRAS OTRAS ENTIDADES
49	MARZO 24	JUNIO 30	COMUNIDAD COMERCIAL 20 DE JULIO, NO PERMITIÓ EL INICIO
51	MARZO 24	JUNIO 19	SOLICITUDES EXTRAS APROBACIÓN PMT
56	MARZO 24	JUNIO 19	N.A.
61	MAYO 4	JUNIO 15	CAMBIO POR PMT APROBADO A OTRO CONTRATO
65	MARZO 13	MAYO 30	CAMBIO POR PMT APROBADO A OTRO CONTRATO

Cuadro No. 1

“Luego de evidenciar que algunos de estos tramos no se podían ejecutar, como lo muestra el cuadro No. 1, se nos indicó algunos cambios (adjunto comunicaciones), por lo cual tuvimos que iniciar nuevamente los procesos para los nuevos tramos como lo muestra el cuadro No. 2

TRAMO INICIAL	FECHA PROGRAMACIÓN	NUEVO TRAMO	OBSERVACIÓN
46	ABRIL 23-JUNIO 30	47	INICIA EL 1 DE JUNIO PRIMER COSTADO
49	MARZO 24-JUNIO 30	48	INICIA EL 1 DE JUNIO PRIMER COSTADO
61	MAYO 4-JUNIO 15	63	INICIA EL 1 DE JUNIO PRIMER COSTADO
65	MARZO 13-MAYO 30	66	AÚN SIN DEFINIR
35	ABRIL 23-JUNIO 30	35	ESTE TRAMO SE RETOMÓ LUEGO DE HABER CERRADO EL PMT DEL OTRO CONTRATO

Cuadro No. 2

86. En el mismo informe, explicó que la falta de cumplimiento del cronograma se dio por a) falta de aprobación de los PMT por parte de la SDM, en tanto en algunos solo era posible ejecutar un costado a la vez, lo que varió drásticamente la programación, y otros no se podían intervenir porque hacían parte de distintos contratos –tramos 35, 46, 61 y 65–; b) socialización del proyecto ante la comunidad; c) actas de vecindad; d) el tramo 48 no se pudo iniciar por la negativa de la comunidad (caso del tramo de la iglesia del barrio 20 de Julio); y e) en los procesos

constructivos se presentaron demoras en la consecución de proveedores autorizados para el suministro de materiales reciclados. Aportó un cronograma general para cada tramo hasta el 30 de octubre de 2015, es decir, la planificación de la obra con la inclusión de los cuatro (4) meses de prórroga que solicitó.

87. El 30 de junio de 2015, a través de memorando No. 20153560193833⁴², el Subdirector General de Infraestructura solicitó a la Dirección de Gestión Contractual que se suscribiera la prórroga del contrato, dado que, con corte al 7 de junio de 2015, la obra presentaba un avance físico ejecutado del 28,39% contra un avance físico programado del 74,78%, lo que representaba un desfase acumulado del 46,39%. Reseñó que la petición tenía como único propósito alcanzar los fines del contrato No. 1246 de 2014, con el fin de evitar su fracaso, por situaciones que estimó imputables a la contratista. Indicó que el 3 de junio de 2015 la interventoría desvirtuó cada uno de los argumentos reseñados por la contratista como causantes de su solicitud, pero, finalmente, consideró viable la prórroga “*siempre que el contratista cumpla con la propuesta técnica, de personal, de recursos materiales y mano de obra y plan de trabajo*”, con el fin de realizar a cabalidad el objeto pactado⁴³. En punto a los compromisos y vicisitudes manifestados por CON & CON, refirió que, de conformidad con oficio del 24 de junio de 2015, la contratista se comprometió a asumir el costo total de la interventoría para la prórroga solicitada por cuatro (4) meses y complementó su propuesta de equipos, mano de obra y plan de trabajo para concluir los tramos a ejecutar.

88. Mediante la Aclaración No. 2 y Prórroga No. 1, suscrita el 30 de junio de 2015, las partes acordaron el aumento del término negocial por cuatro (4) meses, a partir del día siguiente al vencimiento del plazo inicial, esto es, el 30 de junio de 2015. Se pactó que esa prórroga no generaría costo adicional para el IDU⁴⁴. Como sustento

⁴² Cd 3, archivo “0026E_405_20153560193833”

⁴³ En relación con las causas de los atrasos aludidas por la contratista como causantes de la prórroga, la entidad expresó: “*De los inconvenientes con los trámites para iniciar actividades de espacio público es de pleno conocimiento los trámites normales que se requieren en cualquier tipo de proyecto vial o de espacio público y de acuerdo a la experiencia certificada por el contratista de obra, se encuentran obras de este tipo, por lo cual no es sorpresivo los tiempos de trámite para obtener aprobaciones de PMT ante la Secretaría de Movilidad, así como lo referente a las actividades preliminares del componente social. En cuanto a la no intervención de los DOS costados contemplados para ejecutar en algunos tramos, que según afirma el contratista de obra varía drásticamente sus cronogramas, podemos verificar que en algunas programaciones presentadas por el contratista en la que referencian ejecuciones simultáneas y maquinaria para cada actividad no se contempla personal suficiente para ejecuciones simultáneas, evidenciándose ejecuciones por tramos dentro del tiempo programado ejecución. Con relación a los inconvenientes presentados para dar inicio de los tramos inicialmente priorizados para ejecución y por cuales han sido reemplazados. En cuanto a esto podemos decir que para los tramos 51, 47 y 63, el incumplimiento en la fecha oportuna de inicio es imputable totalmente al contratista y la evaluación desarrollada por esta interventoría en cuanto al avance, se encuentra de acuerdo a la programación presentada y aprobada. En cuanto a la situación expuesta para el cambio de los tramos 35, 66 y 61, se ha tenido que iniciar nuevamente el proceso de socialización, PMT, etc., con otros tramos para reemplazar. Para el tramo 49, una vez se identificó la imposibilidad de su ejecución, se le solicitó al contratista presentar una propuesta de un nuevo tramo dentro de los ya diagnosticados, por lo cual se definió la ejecución del tramo 48”.*

⁴⁴ En dicho acuerdo se estipuló (Cd 1, archivo “ADIC_PROCESO_14-1-119024_01002015_15315933”):

PRIMERA. - Aclarar que el valor del Contrato de Obra No. 1246 de 2014 expresado en SMLMV corresponde a la suma de 9.594,845 salario mínimos legales mensuales vigentes para el año 2014.

SEGUNDA. - PRÓRROGA: Prorrogar el plazo del contrato, por el término de cuatro (04) meses, contados a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento del plazo inicial, sus prórrogas y suspensiones, si a ello hubo lugar.

PARÁGRAFO: La presente prórroga no genera costo adicional para el IDU.

TERCERA. - GARANTÍAS: EL CONTRATISTA se compromete a constituir los correspondientes certificados de modificación a las garantías contractuales, dentro de los tres (03) días siguientes a la firma de este documento, de conformidad con la presente prórroga No. 1.

PARÁGRAFO: En caso de incumplimiento de la obligación consagrada en esta cláusula, el CONTRATISTA se hará acreedor a las sanciones contractuales pactadas en el contrato.

de este acuerdo, las partes trajeron de presente los documentos que antecedieron su suscripción, a efectos de concluir que la ampliación del plazo estaba plenamente justificada y hallaba correspondencia con los principios de la contratación estatal. En la cláusula cuarta se pactó, de forma expresa, que *“hacen parte de esta prórroga los siguientes documentos: memorandos, anexos, actas, cronogramas, presupuestos, cds, comunicaciones, oficios relacionados en el memorando de la solicitud, proyectado por el área ordenadora del gasto”*.

89. El anterior recuento muestra que las causas que motivaron la ampliación de plazo consistieron en (1) el desplazamiento de la fecha de inicio de la etapa de ejecución en virtud de la espera de aprobación del 60% de los diagnósticos (punto 1 del grupo de causas justificativas del incumplimiento); (2) los cambios de frentes de priorización, dado el entendimiento que dijo tener la contratista en cuanto a que el objeto inicialmente se ejecutaría en la localidad de Kennedy, pero luego se amplió a otras localidades, y modificación de algunos frentes a intervenir, del tramo 49 –20 de julio– y omisión de obras en los tramos 35, 46, 61 y 65, por contar con trabajos previos (grupo 2 de causas justificativas del incumplimiento); y (3) la no aprobación por parte de la SDM de los PMT, por intervención simultánea de ambos costados y porque algunos sectores ya tenían aprobados otros PMT (literales a y b del subnumeral 3.1 del tercer grupo de causas justificativas del incumplimiento).

90. Dado que el incumplimiento que se atribuyó a la contratista en la Resolución No. 4690 recayó sobre el atraso en que incurrió en el cronograma de obra establecido para la prórroga –específicamente, para el período comprendido entre el 13 de julio y el 27 de septiembre de 2015–, mas no por incumplimientos previos a ello, no es posible justificar dicha inobservancia en las mismas causas que motivaron la adición de plazo, pues, más allá de determinar a quién le eran imputables, lo cierto es que tal acuerdo fue el mecanismo que las partes adoptaron en aras de superarlas y, con pleno conocimiento de ello y de su impacto en la ejecución de las labores, fue la propia sociedad la que propuso el tiempo que se requería para completar el objeto pactado; de manera que resulta desacertado que pretenda continuar excusando su inobservancia en esos mismos aspectos.

91. La Sala no encuentra razones que conduzcan a una conclusión diferente. No está demostrado que, durante el plazo de la prórroga, y sin que fuera posible preverlas al momento de su celebración, se presentaran circunstancias distintas a las que motivaron ese acuerdo, y que le impidieran a la contratista cumplir con el cronograma propuesto para dicha ampliación.

92. En relación con el desplazamiento de la fecha de inicio de la etapa de ejecución por la espera de aprobación del 60% de los diagnósticos, se encuentra que fue una de las causas en las que la demandante fundó su solicitud de prórroga, por lo cual queda claro que la consideró al proponer que el plazo de ejecución se ampliara por cuatro (4) meses más y, por lo mismo, no es posible que la contratista

CUARTA. - DOCUMENTOS: *Hacen parte de esta prórroga los siguientes documentos: memorandos, anexos, actas, cronogramas, presupuestos, cds, comunicaciones, oficios relacionados en el memorando de la solicitud, proyectado por el área ordenadora del gasto.*

QUINTA. - PERFECCIONAMIENTO: *El presente documento se perfecciona con la suscripción por las partes.*

SEXTA. - VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES: *Las demás cláusulas del contrato no modificadas continúan vigentes y surten los efectos legales que ellas fijan” (resaltado del texto original).*

pretenda justificar en este mismo aspecto los incumplimientos en que incurrió respecto del cronograma de obra establecido para la ampliación del plazo.

93. Si bien se observa que después de la suscripción de la prórroga la demandante continuó efectuando labores de diagnóstico, ello no constituyó un hecho anormal derivado de incumplimientos de la Administración, de un lado, porque la sociedad debía completar tales diagnósticos hasta llegar al 100% y, de otro, porque estaba subsanando observaciones que le hizo la interventoría⁴⁵, las cuales no discutió ni acreditó que fuesen injustificadas. Con todo, es pertinente mencionar que la demandante no probó cómo estas labores incidieron en el atraso registrado entre el 13 de julio y el 27 de septiembre de 2015, pues no estableció la incidencia que habrían tenido respecto de las áreas a intervenir en ese lapso y, además, como adelante se verá, la Sala encuentra acreditado que en este mismo interregno la contratista incurrió en desatenciones de cara a la implementación de los PMT, que condujeron a que la SDM suspendiera unos tramos y no aprobara otros hasta que se verificara su cumplimiento adecuado, a lo cual se agrega que la contratista no programó con suficiencia la entrega de materiales necesarios para la obra.

94. En punto a la priorización de los tramos, las pruebas documentales que muestran lo ocurrido antes de la prórroga evidencian que este aspecto se definió, incluso, con anterioridad a la firma de ese acuerdo, pues, según el informe que sirvió a la contratista como sustento para solicitar la ampliación de plazo, en el comité del 18 de enero de 2015 se recalcó la inviabilidad de priorizar un solo sector –Kennedy–, por lo cual se cambió la programación de los tramos para incluir el balance de los sectores de Kennedy, Bosa, Tunjuelito, Usme, San Cristóbal, Rafael Uribe y Ciudad Bolívar. Tal circunstancia impide a la demandante continuar justificando sus incumplimientos sobre la base de estas variaciones.

95. Con todo, cabe mencionar que en el anexo técnico separable que hacía parte del contrato⁴⁶ se señaló que, dentro del área de su influencia, se podían priorizar otras áreas de espacio público que hubieren sido intervenidas previamente mediante otros contratos o que por necesidad de la entidad se requirieran a fin de garantizar la movilidad de los usuarios mediante su mantenimiento, sin que por ello se generaran costos adicionales al IDU y, que, en desarrollo del contrato, la entidad podía incluir nuevos frentes o excluir frentes admitidos con antelación. Es decir que la priorización que se realizara no era inmodificable.

96. En esas condiciones, la Sala destaca que, incluso si se estableciera que durante la fase de la prórroga la entidad hubiese variado la priorización de los tramos

⁴⁵ Acta 47 de comité de obra del 31 de agosto de 2015. CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014”, Fls. 99 a 105.

⁴⁶ “Para efectos de la ejecución del contrato la cobertura y delimitación del mantenimiento del espacio público se enmarca en las zonas descritas en el Anexo 1.

1) El contratista debe tener en cuenta que dentro del área de influencia del contrato a su cargo, el IDU puede priorizar OTRAS ÁREAS de Espacio Público, que hayan sido intervenidas previamente mediante otros contratos o que por necesidad de la entidad se requirieran, a fin de garantizar la movilidad de los usuarios mediante su mantenimiento. Sin que por ello generen costos adicionales al IDU

2) El contratista durante la fase de diagnóstico debe realizar todas las investigaciones estudios y planeación de medidas preventivas en todos los aspectos que se requirieran con el fin de asegurar el cumplimiento del objeto del contrato dentro del plazo acordado e informar a la Interventoría de cualquier aspecto que pudiese afectar el desarrollo del contrato.

El IDU en el desarrollo del contrato, podrá incluir nuevos frentes o excluir frentes descritos con antelación” (se subraya). Cd 1, archivo “DA_PROCESO_14-1-119024_01002015_10607906”

a intervenir, ello no conduciría, *per se*, a concluir que este aspecto impidió a la contratista cumplir con el cronograma de obra propuesto para la prórroga, pues se trataba de una posibilidad que conocía desde el proceso de selección que precedió la celebración del contrato, por lo cual, para arribar a una conclusión de esa naturaleza no le bastaba con acreditar esa variación, sino que además tendría que haber probado que aquélla superó lo que razonablemente se podía esperar al estipularse, y el verdadero impacto que tal cambio habría tenido en las metas programadas; sin embargo, en el expediente no obra elemento alguno destinado a acreditar estos aspectos. Dicho de otra manera, la sola prueba de la variación resultaría insuficiente para deducir los fines propuestos en la demanda.

97. En relación con el cambio de los tramos 35, 46, 61 y 65 por otros sectores a intervenir, porque se trataba de áreas involucradas en otras obras o por interferencias con otros PMT, la contratista, en los cuadros que relacionó en el informe anexo a su solicitud de ampliación de plazo, expresamente indicó los problemas advertidos en torno a la ejecución respectiva, así como los cambios autorizados para resolver las dificultades anotadas, salvo lo relativo al tramo 35, que se pudo retomar luego de que se cerrara el PMT del otro contrato, por lo tanto se observa que lo acontecido frente a dichos sectores fue anterior a la suscripción de la prórroga y se tuvo en cuenta para establecer el plazo adicional que se requería para cumplir el objeto pactado, en atención a que, para ese momento, ante las dificultades que imposibilitaban su intervención, los tramos aludidos ya se habían cambiado por otros.

98. Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente mencionar que en las especificaciones del plan de manejo de tránsito, señalización y desvíos, el apéndice F del anexo técnico separable⁴⁷ consignó que el PMT era dinámico y requería de una permanente retroalimentación, y que a la contratista le correspondía coordinar sus trabajos con las obras que se ejecutaran de forma simultánea sobre el espacio público, para que no se presentaran interferencias en la implementación de los PMT y, aun en el caso de presentarse cruces entre obras, debía *“cumplir con todas las obligaciones asumidas como consecuencia de la suscripción del contrato”*.

99. Bajo ese panorama, ni antes ni después de celebrada la prórroga, la contratista podía justificar su incumplimiento en la falta de aprobación de los PMT por la existencia de otros con los que se presentaran interferencias, porque, según el referido anexo técnico, le correspondía coordinar sus labores con los demás contratistas, de manera que si los planes que presentaba no reflejaban tal coordinación y por ello no eran aprobados, no podía alegar que se tratara de una causa que le fuera externa. De todos modos, la demandante no probó que pese a haber cumplido con ese deber de coordinación, los planes no le fueron aprobados, o que las circunstancias fácticas de los que presentaron dificultad le impidieron cumplir con esa obligación. Lo que se encuentra probado, como ya se dijo, es que los tramos que no pudieron intervenir por las mencionadas interferencias fueron cambiados por otros.

⁴⁷ Cd 1, archivo “DA_PROCESO_14-1-119024_01002015_10608393”.

100. En la demanda se mencionó que el 14 de septiembre de 2015 la contratista solicitó nuevamente que se ampliara el plazo del contrato –a la que no se accedió⁴⁸–, entre otras razones, por la imposibilidad de ejecutar obras en puntos intervenidos por otras entidades, y debido al reemplazo ordenado por el IDU de tramos que estaban listos para ejecutarse, por unos nuevos respecto de los cuales se debían iniciar todas las actividades necesarias para su desarrollo. No obstante, no identificó cuáles fueron tales tramos ni obra en el expediente la solicitud de prórroga que permita esclarecerlo, lo cual tampoco es posible determinar a partir de las demás pruebas que obran en el expediente, puesto que no se encuentra acreditado que después de la suscripción de la primera prórroga se hubiese imposibilitado la ejecución de las obras por otras que se estuvieran adelantando en algún sector y tampoco que se hubieren cambiado unos tramos por otros que no tuvieran diagnósticos.

101. En todo caso, como ya se mencionó, de conformidad con el anexo técnico separable, la entidad estaba facultada para cambiar los tramos a intervenir, por lo cual el hecho de que ello ocurriera –si es que así hubiere sido– no justificaba por sí solo el incumplimiento del cronograma, en el que incurrió la sociedad; para ello habría tenido que probar que tales cambios superaron lo que razonablemente podría derivarse de su estipulación y el impacto de tal variación en la ejecución de las labores medibles en esa programación, lo cual no está acreditado.

102. Es pertinente también mencionar que desde la fase de selección se puso en conocimiento de los participantes cuáles serían los sectores que se debían diagnosticar, con la identificación expresa de cada tramo⁴⁹; asimismo, se especificó que la contratista tenía la obligación de adelantar los diagnósticos respecto de todas las zonas priorizadas, pues, a partir de tal información, se establecerían los tramos que iban a ser intervenidos⁵⁰. La sociedad no acreditó que los nuevos tramos que se habrían incluido durante la prórroga 1 en reemplazo de otros y que habrían sustentado la solicitud de prórroga 2 no hubiesen estado incluidos en el listado ofrecido desde la fase de selección ni en uno anterior a la ampliación del plazo, y que, por tanto, carecieran de diagnósticos, menos aún el impacto que eso hubiese podido representar en el avance del cronograma de obra establecido para la prórroga.

103. La Sala encuentra que, mediante oficio 201535602500883 del 26 de agosto de 2015⁵¹, es decir, dentro del lapso de investigación al que se circunscribió la Resolución 4690 de 2017, la Subdirección de Mantenimiento solicitó a la Dirección de Técnica de Proyectos del IDU la exclusión de 57 tramos de los 69 priorizados, debido a la insuficiencia de recursos para atenderlos en su totalidad. Esto se enmarca en las estipulaciones que se fijaron en el anexo técnico separable, en cuanto a la posibilidad de la entidad de excluir frentes admitidos con antelación y al

⁴⁸ En escrito del 4 de diciembre de 2015, identificado con el número 20153562104851, el IDU describió al contratista el estado del contrato para dicho momento, explicando, entre otros, la negativa en punto a la petición de prórroga 2 (CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014”, Fls. 241 a 244.

⁴⁹ Anexo 1. Tabla de tramos a intervenir por zona (Cd 1, archivo “DA_PROCESO_14-1-119024_01002015_1067764”)

⁵⁰ “... es obligación del contratista llevar a cabo la totalidad del diagnóstico de las áreas priorizadas mediante memorando de diciembre 17 de 2013 mediante el cual se ha viabilidad del proyecto ...”. ANEXO TÉCNICO SEPARABLE (Cd 1, archivo “DA_PROCESO_14-1-119024_01002015_10607906”)

⁵¹ Cd 3, archivo “0026E_493_20153560250883”

hecho de que el contrato se pactó para ser ejecutado a monto agotable, por lo cual tampoco por este aspecto es posible justificar los incumplimientos en los que incurrió la contratista respecto del cronograma de obra durante la prórroga de contrato, pues además de que la indicada exclusión era un aspecto previsible, al punto que expresamente fue pactada esa posibilidad, la demandante no alegó ni acreditó que este cambio superara lo que razonablemente podría esperar al preverse en las cláusulas .

104. En lo que concierne a la negativa de la SDM de aprobar la intervención simultánea de los andenes de ambos costados se encuentra que también fue un aspecto previo al momento de la suscripción de la prórroga y considerado para establecer el plazo adicional que se requería para completar el objeto pactado, por lo cual, aun si esta situación –como era de esperarse– se mantuvo después de celebrado ese acuerdo, no puede tenerse como justificativa de los incumplimientos de la contratista.

105. Con todo, es pertinente mencionar que, en las especificaciones del plan de manejo de tránsito, señalización y desvíos, el apéndice F del anexo técnico separable⁵² fue expreso en detallar que el objeto de los PMT era mitigar el impacto que las obras pudieran causar a la movilidad peatonal y garantizar su seguridad, la de los obreros, los residentes y comerciantes del sector, así como la continuidad del tránsito peatonal. La intervención simultánea de ambos andenes en los tramos priorizados no garantizaba la movilidad por el sector de la obra. Por esto, ni antes ni después de la prórroga la contratista podía justificar su incumplimiento en la falta de aprobación de los PMT por parte de la SDM, pues desde el inicio del contrato conocía que le era vedado fijar medidas que restringieran por completo el paso peatonal en las zonas de espacio público objeto de intervención.

106. Al examinar el acervo probatorio que fue arrimado al expediente, se observa que, en lo relativo al período que sirvió de sustento a la Resolución 4690 de 2017, es decir, del 13 de julio al 27 de septiembre de 2015, la SDM fue reiterativa en informar tanto al IDU como a CON&CON los insistentes incumplimientos en que incurrió la sociedad respecto de la implementación de los PMT, tal como consta en las comunicaciones del (i) 31 de julio de 2015, número SM-100172-15⁵³, (ii) 14 de agosto de ese año, identificada como SM-106736-15⁵⁴, (iii) del 18 de agosto siguiente, número SM-106954-15⁵⁵, (iv) del 8 de septiembre de esa anualidad, SM-DCV-115698-15⁵⁶ y (v) del 18 de septiembre de 2015, número SDM-DCV-120562-15⁵⁷, documentos por medio de los cuales dicha entidad aseguró que la contratista: a) intervino con ocupación total el andén, b) estableció cierres totales de senderos que no garantizaban ni el acceso ni la seguridad de los usuarios de las vías; c) acopió material de obra afectando el tránsito de los andenes; d) no garantizó un sendero peatonal de 1,5 mtrs de ancho en algunas áreas; e) intervino simultáneamente etapas no autorizadas; f) la señalización estaba incompleta; y g) ausencia de cerramiento de algunos tramos.

⁵² Cd 1, archivo "DA_PROCESO_14-1-119024_01002015_10608393".

⁵³ Cd 3, archivo "0026E_467_20155261088292"

⁵⁴ Cd 3, archivo "0026E_480_20155261127982"

⁵⁵ Cd 3, archivo "0026E_481_20155261128012"

⁵⁶ Cd 3, archivo "0026E_538_20155261212862"

⁵⁷ Cd 4, archivo "0026E_559_20155261258832"

107. En línea con tales advertencias, la SDM, en unos casos señaló que suspendería la implementación de tramos ya aprobados (oficio del 14 de agosto de 2015) y, en otros, indicó que no daría aprobación a nuevos frentes de obra en ninguna localidad (oficio del 18 de agosto de 2015), escenarios que no hacen más que recalcar las insistentes inobservancias de la contratista en punto a los requerimientos que debía acatar sobre la aprobación e implementación de los PMT. El hecho de que dichos llamados de atención de la SDM continuaran durante la prórroga del contrato de ninguna forma respalda ni justifica el incumplimiento del cronograma previsto para esa época, puesto que las falencias cuestionadas por ese organismo correspondían a la órbita y control de la contratista, comoquiera que ésta asumió la carga de garantizar la preservación de la movilidad de los peatones de las zonas del proyecto, en consonancia con los requerimientos solicitados por la autoridad competente para el efecto, así como los previstos en el propio anexo técnico separable del proceso de selección.

108. Frente al rechazo de la comunidad del barrio 20 de Julio a la intervención de uno de los tramos priorizados (el número 49), en su petición de prórroga, la propia contratista fue clara en señalar que este frente fue cambiado por el número 48, situación que también reconoció la entidad en el escrito del 30 de junio de 2015, ya mencionado, razón por la cual se trató de una circunstancia que antecedió la suscripción de la prórroga y que quedó cubierta con las negociaciones que la fundamentaron, aserto suficiente para descartar a este suceso como motivo justificativo del incumplimiento imputado a la contratista.

109. Dado que ninguna de las causas hasta ahora analizadas permite justificar el incumplimiento de la contratista respecto del cronograma de obra entre el 13 de julio y el 27 de septiembre de 2015, se concluye que no es posible con base en éstas tener por acreditado el cargo de falsa motivación.

110. Pasa la Sala a analizar las causas alegadas por la demandante como justificativas de su incumplimiento que no quedaron enmarcadas en los motivos que justificaron la ampliación del plazo, que son las relacionadas en el grupo tres, en los subnumerales 3.2. –la SDM no autorizó ni implementó PMT por el hurto de la señalización de tránsito– y 3.3 –el desabastecimiento de materiales prefabricados generó retrasos en la ejecución del cronograma– y en el grupo cuatro –4.1. las listas de chequeo impuestas a la contratista contenían requisitos irrelevantes, que impedían recibir los tramos realizados y 4.2. la entidad no tuvo en cuenta los ítems no previstos ejecutados dentro del balance de ejecución–.

111. Frente a la negativa de la SDM de autorizar varios PMT y su implementación por el hurto de la señalización de tránsito, es pertinente mencionar lo que disponía el apéndice F del anexo técnico separable en relación con la responsabilidad que asumió el contratista de cara a la posible concreción de ese riesgo:

“El robo, vandalismo o intervención de terceros sobre la señalización dispuesta por el Contratista para la implementación del Plan de Manejo de Tránsito -PMT-, no será causal que exima el Contratista el cumplimiento de

sus obligaciones y en este caso el Contratista debe reponer a su costo la señalización que haya sido objeto de este tipo de actos⁵⁸ (énfasis agregado).

112. Lo consagrado en el aparte transcrito pone en evidencia que la contratista no podía justificar su incumplimiento en hechos de terceros en punto al hurto, pérdida o robo de la señalización requerida para la implementación de los PMT, puesto que asumió expresamente dichas contingencias. Lo que le correspondía era demostrar que el evento estipulado fue totalmente superado o, en otras palabras, que sobrepasó lo previsible al momento de su convención y que ello le impidió cumplir el cronograma estipulado para la prórroga; sin embargo, no probó que los robos y hurtos señalados rebasaran lo avizorado al momento de proyectarse los sucesos que podrían desarrollar esta contingencia, simplemente expresó que a raíz del continuo robo de las señales de tránsito la SDM no dio cabida a la implementación de varios PMT.

113. Como se puso de presente en párrafos previos, entre el 13 de julio y el 27 de septiembre de 2015 –período sobre el cual recayó la pena impuesta en la Resolución 4690–, la SDM profirió varios oficios en los que requirió a la contratista y al IDU por la inobservancia de supuestos imprescindibles para la aprobación e implementación de los PMT, entre ellos, el concerniente a la “*señalización incompleta*”, el cual, según se deduce de lo expuesto por la sociedad, provino de los robos de los signos de tránsito situados en la obra; sin embargo, esos mismos requerimientos permiten evidenciar que tales actos vandálicos o delictivos no constituyeron el único evento que fundamentó la decisión de esa Secretaría de abstenerse de aprobar los PMT pendientes y de implementar los PMT que ya habían sido autorizados al contratista, razón por la cual tampoco hay lugar a encontrar en este acontecimiento un motivo justificante del incumplimiento de la demandante.

114. Respecto del desabastecimiento de materiales prefabricados, como evento desencadenante de los retrasos en la ejecución del cronograma y presentación del plan de contingencia entre el 13 de julio y el 27 de septiembre de 2015, la Sala estima pertinente precisar que no es posible determinar con certeza que estos materiales correspondieran a los referidos en la petición de prórroga del contratista, en la medida en que, en esa oportunidad, se aludió a la demora en la consecución de proveedores autorizados para el suministro de materiales reciclados, sin que se cuente con información suficiente que conduzca a establecer que unos y otros se refieren al mismo concepto; por ende, y ante la ausencia de una probanza que los iguale, se estudiarán como insumos de distinta naturaleza.

115. La interventoría, mediante oficio VPP-IDU-1325-1007 del 22 de diciembre de 2015⁵⁹, indicó que en el lapso comprendido entre el 13 de julio y el 27 de septiembre de 2015 la contratista no justificó la inobservancia del contenido prestacional con ocasión de la carencia de suministros prefabricados; al contrario, adujo que los reportes de las compras y demás documentos relacionados con dicho suministro evidenciaron que los retrasos aducidos por la sociedad obedecieron a causas que le son completamente imputables. Como fundamento, adujo la ineficiencia administrativa de la sociedad, al evidenciarse que solo el 23 de julio de 2015 giró un cheque al proveedor Kreato SAS, por el monto de \$110'244.900, pese a que desde

⁵⁸ Cd 1, archivo “DA_PROCESO_14-1-119024_01002015_10608393”

⁵⁹ CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014 (1)”, Fls. 23 a 40.

el 5 de febrero de ese año contó con la definición de los tramos a ejecutar, insumo esencial para la determinación de la compra de los materiales. Al respecto, cuestionó: “Entonces no se entiende como (sic) hasta 5 y medio meses después, se programen las compras de materiales”⁶⁰.

116. Agregó que KREATO SAS emitió la orden de pedido 00007060 del 31 de julio de 2015, por valor de \$110'244.816, la cual, al redondearse, corresponde con el cheque girado por la contratista el 23 de julio anterior. Si bien en tal orden de pedido se consignó que el plazo de entrega era de 30 días, es decir, entre el 1 al 31 de agosto de ese año, lo cierto es que ello ocurrió desde el 5 de agosto de esa anualidad y “durante todo el mes de agosto y el mes de septiembre”, por lo que dedujo que no existía razón para aducir que no se recibió el material o que se presentaron demoras frente a su suministro.

117. Más allá de la censura relativa a la insuficiencia de materiales prefabricados, la demandante se abstuvo de probar dicho evento, ni siquiera detalló qué proveedores tenían desabastecimiento de suministros o los tiempos de atraso en que éstos supuestamente incurrieron. Por su parte, la interventoría, como se vio, sí se refirió a pruebas documentales que dieron cuenta de la entrega de los materiales solicitados dentro de los tiempos reseñados por los proveedores.

118. Lo anterior revela que, la sociedad no cumplió con la carga de probar los supuestos que fundamentan sus pedimentos y que no logró contradecir lo certificado por la interventoría, sujeto encargado de la revisión y vigilancia del contenido prestacional. Ante ese panorama, la Sala no encuentra probado ese evento como causal justificativa del retardo de CON & CON en el cumplimiento de sus prestaciones.

119. En relación con cuarto grupo de eventos aludidos como justificativos del incumplimiento endilgado a la contratista, es decir, el tocante a la supuesta incorrecta medición del avance de la obra, encuentra la Sala que tampoco tienen vocación de prosperidad, por las razones que se pasan a expresar.

120. Al examinar los requisitos de evaluación de los componentes de Gestión Ambiental, Gestión Social y los relativos a los PMT, se observa que en los Apéndices D (relativo a las obligaciones de Seguridad Social, Salud Ocupacional y Medio Ambiente)⁶¹, E (concerniente a las obligaciones de Gestión Social del contratista)⁶² y F (que versa sobre las especificaciones para el manejo de tránsito, señalización y desvíos)⁶³ del anexo técnico separable se incluyeron las listas de chequeo concernientes dichos aspectos. Mediante estas listas, la entidad medía los parámetros de cumplimiento de los PMT⁶⁴, el seguimiento de los programas de gestión ambiental y seguridad social⁶⁵, así como las obligaciones referentes a la

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Cd 1, archivo “DA_PROCESO_14-1-119024_01002015_10910637”

⁶² Cd 1, archivo “DA_PROCESO_14-1-119024_01002015_10910639”

⁶³ Cd 1, archivo “DA_PROCESO_14-1-119024_01002015_10608393”

⁶⁴ En punto a la valoración del porcentaje de observancia de aspectos como la señalización (dentro del aérea de influencia o de cara a la zona de la obra, señalización de desvíos, adecuación de zonas peatonales, senderos peatonales, señalización luminosa y de vías cerradas, entre otras), el personal asignado, tiempos de vigencia de los PMT, número de quejas recibidas y soluciones dadas.

⁶⁵ Entre los aspectos evaluados estaban: (i) si todos los vehículos y maquinarias se encuentran libres de residuos o materiales que puedan desprenderse en las vías, (ii) si todos los frentes de encuentran ordenados y limpios, (iii) si las unidades sanitarias cumplen con los requisitos del pliego de condiciones, (iv) si todos los trabajadores

gestión social⁶⁶, La demandante no demostró que los parámetros allí evaluados fueran irrelevantes, pues de cara a la valoración de las obligaciones de gestión social, ambiental y PMT no explicó en qué consistió la carencia de valor de los criterios allí consignados, incluso desde el proceso de selección (toda vez que hacen parte de los apéndices del anexo técnico separable). Al presentar su propuesta, la sociedad se allanó al contenido de las reglas dispuestas para la ejecución de las prestaciones que desarrollan estas listas, por lo cual no le era dable aducir luego, en el devenir contractual, que la entidad le impuso unos factores de calificación irrelevantes, pues desde el inicio asintió someterse a ellos.

121. En punto a la afirmación de la demandante de que la entidad no tuvo en cuenta los ítems no previstos ejecutados dentro del balance que dio lugar a la Resolución 4690 de 2017, no encuentra la Sala prueba que soporte ese dicho.

122. En este orden de ideas, no se encuentra acreditado que la Resolución 4690 de 2017 estuviere incurso en el defecto de falsa motivación, por cuanto la evidencia probatoria no muestra justificación a los incumplimientos de CON & CON de cara a las supuestas inobservancias que atribuye a la contratante ni a factores externos, por lo cual, no es posible declarar la prosperidad de este cargo.

123. Dado que las causas que la demandante alegó como constitutivas de caso fortuito o fuerza mayor son las mismas en que justificó su falta de observancia de las prestaciones negociales –a saber: el desabastecimiento de los proveedores del IDU, la no implementación de PMT ante la existencia de otras obras sobre los mismos tramos y por hurtos de las señales de movilidad, así como la oposición de la comunidad de San Cristóbal (barrio 20 de Julio) a la ejecución del contrato– la Sala no se volverá a pronunciar sobre estos sucesos, previa aclaración que, como se coligió de su estudio pormenorizado, ninguno consistió en un evento imprevisible o irresistible para CON & CON, sino en circunstancias que denotaron su falta de previsión, en unos eventos, y, en otros, contingencias que se allanó a asumir, sin acreditar en qué medida su configuración superó el escenario bajo el que se comprometió.

124. Pasa la Sala a pronunciarse respecto de las razones por las cuales la contratista estimó que en el procedimiento administrativo que terminó con la expedición de la Resolución No. 4690, se vulneró su derecho al debido proceso.

125. La Ley 1150 de 2007 consagró dicha garantía como principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales (artículo 17). Este precepto fue desarrollado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, disposición vigente en el momento en que se dio inicio al procedimiento administrativo previo a la expedición de la Resolución 4690 de 2017, y que reguló en forma puntual las pautas obligatorias para la declaratoria de incumplimiento, encaminada a imponer multas y a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Dicha norma prevé que, evidenciada una circunstancia de incumplimiento, previa comunicación de los supuestos que la

utilizan los elementos de protección personal, (v) si todos los frentes cuentan con el kit de emergencia, (vi) si el personal que labora está afiliado a ARL, EPS y AFP y el contratista se encuentra el día en los pagos, (vii) si se realizan simulacros de emergencias, entre otros.

⁶⁶ Que versaban sobre el seguimiento de los programas de divulgación, atención al ciudadano, generación de empleo y acompañamiento social de actividades técnicas de obra.

sustentan y la mención de las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse de ello, la entidad debe citar a la contratista y al garante para que presenten sus descargos, aporten las pruebas que consideren pertinentes, controvertan las presentadas por la entidad y, en general, efectúen las gestiones que considere necesarias para garantizar su defensa. Una vez cumplidas tales garantías, la administración podrá emitir la decisión motivada que decida sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento.

126. La primera de las tachas invocadas por la sociedad se refiere a que el procedimiento administrativo que derivó en la Resolución 4690 de 2017 no contenía una enunciación clara de los hechos de incumplimiento y de las normas presuntamente vulneradas; además, durante su trámite se incluyeron nuevos hechos y elementos probatorios que diferían de los cargos iniciales, lo que evidenció desorganización en el manejo del mismo.

127. Para el efecto, se trae de presente que mediante el informe técnico de incumplimiento del 29 de septiembre de 2015 (identificado con el código FO-GC-06)⁶⁷, rendido por el interventor y dirigido al director de Gestión Contractual de la entidad, se puso de presente el retraso de CON & CON en el cumplimiento de las metas físicas programadas para el logro del objeto. En específico, el informe señaló que en lo que iba ejecutado de los 4 meses de la prórroga que inició el 1 de julio de 2015, no se habían observado las programaciones establecidas para este interregno. A renglón seguido, delimitó el período examinado, para indicar que la fecha de análisis de presunto incumplimiento inició el 13 de julio de 2015 con fecha de corte al 27 de septiembre de ese año (77 días), período que mostró un atraso del 37.63%, lo que obligaba al IDU a iniciar el procedimiento para hacer efectiva la cláusula penal. Como hechos del presunto incumplimiento, la interventoría se refirió a los siguientes enmarcados en ese período, así:

Hecho 1	Hecho 2
<p><u>Incumplimiento del cronograma de obra.</u> Del 13 de julio de 2015 con corte a la finalización del segundo mes de prórroga, es decir, al 27 de septiembre de 2015, se evidenciaron atrasos del 37,63%, equivalentes a 8.482,62 m2, lo que representó un retraso acumulado por valor de \$2.036.470.524, sin tener justa causa alegada o probada por la contratista.</p> <p>Obligaciones presuntamente incumplidas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pliego de condiciones -anexo técnico separable- numeral 4.2, etapa de ejecución - actividades de mantenimiento, mejoramiento, adecuación y rehabilitación, numeral 8- <i>“Cumplir con el cronograma de obra, las especificaciones y el programa de inversiones aprobado por la interventoría, asegurando el uso adecuado y oportuno de los recursos. En caso de incumplimientos efectuar de manera inmediata los correctivos necesarios. En caso de variaciones por atraso en la ejecución prevista, presentar de inmediato a la interventoría para su estudio y aprobación el plan de contingencia”.</i> 	<p><u>No presentación de planes de contingencia.</u> Este supuesto se analizó del 13 de julio al 27 de septiembre de 2015. Se solicitó al contratista implementación del plan de contingencia ajustado a la situación real del avance de las obras, a través de oficio VPP-IDU1325-741 del 30 de julio de 2015, pero a la fecha de rendición del informe, la contratista no observó tal requerimiento. En las actas de comité de obra del 10, 18, 24 y 31 de agosto de ese año, se reitera la inobservancia de esta obligación.</p> <p>Obligaciones presuntamente incumplidas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pliego de condiciones -anexo técnico separable- numeral 4.2, etapa de ejecución - actividades de mantenimiento, mejoramiento, adecuación y rehabilitación, numeral 8- <i>“(…) En caso de incumplimientos efectuar de manera inmediata los correctivos necesarios. En caso de variaciones por atraso en la ejecución prevista, presentar de inmediato a la interventoría para su estudio y aprobación el plan de contingencia”.</i> • Contrato 1246 de 2014, cláusula décima tercera, literal B, II obligaciones de la fase de ejecución, numeral 5. <i>“5. (…) En caso de</i>

⁶⁷ CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014”, Fls. 1 a 24.

<ul style="list-style-type: none">• Contrato 1246 de 2014, cláusula décima tercera, literal B, II obligaciones de la fase de ejecución, numeral 5. “5. <i>Cumplir con el cronograma de obra, las especificaciones y el programa de inversiones aprobado por la interventoría en la fase de preliminares, asegurando el uso adecuado y oportuno de los recursos. En caso de incumplimientos efectuar de manera inmediata los correctivos necesarios. En caso de variaciones por atraso en la ejecución prevista, presentar de inmediato a la interventoría para su estudio y aprobación el plan de contingencia</i>”. <p>Se hizo alusión a los soportes documentales de este hecho (páginas 10 a 13 del informe)</p>	<p><i>incumplimientos efectuar de manera inmediata los correctivos necesarios. En caso de variaciones por atraso en la ejecución prevista, presentar de inmediato a la interventoría para su estudio y aprobación el plan de contingencia</i>”.</p> <p>Se refirieron las piezas probatorias que acreditan este hecho (páginas 15 a 17 del informe).</p>
---	---

128. A través de escrito del 19 de octubre de 2015⁶⁸, la entidad citó a CON & CON a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con ocasión de lo referido en el anterior informe de incumplimiento.

129. En los descargos del 31 de octubre siguiente⁶⁹, la contratista se refirió al informe técnico de incumplimiento que le fue puesto de presente desde el 19 de octubre de ese año, al asegurar que la inobservancia en las obligaciones señaladas en ese documento, representadas en el porcentaje de retraso aludido por el interventor, tuvieron origen en circunstancias que no le eran imputables, las cuales ya fueron analizadas en precedencia.

130. Agotado el procedimiento sancionatorio, la entidad, a través de la Resolución 4690 del 13 de septiembre de 2017, declaró el incumplimiento parcial del contrato de obra, por un lapso concreto, el transcurrido entre el **13 julio y el 27 de septiembre de 2015** (77 días calendario), con ocasión de la infracción de dos supuestos delimitados en el informe de la interventoría del 29 de setiembre de 2015: la inobservancia del cronograma o programación de las metas físicas y el incumplimiento en la presentación e implementación del plan de contingencia. Asimismo, hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por un monto de \$156'808.190, valor que calculó con base en el examen que realizó respecto de las obligaciones incumplidas y el plazo en que ello aconteció⁷⁰. De forma ilustrativa, la contratante se refirió a los supuestos y lapsos examinados de la siguiente manera:

⁶⁸ CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014”, Fls. 32 y 33

⁶⁹ CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014 (1)”, Fls. 255 a 259

⁷⁰ Para calcular el valor de la sanción impuesta, la entidad aseveró (folio 94, C2):

*“Ahora bien, al ponderar las obligaciones incumplidas, se determinó como monto de la pena, la suma de **CIENTO CINCUENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHO MIL CIENTO NOVENTA PESOS (\$156.808.190) M/CTE**, monto que fue determinado de la siguiente manera:*

- Valor presuntamente incumplido del contrato al 27 de septiembre de 2015 es de: \$2.036.470.524
- 1*1000 del valor presuntamente incumplido del contrato: \$2.036.470.
- Valor cada día de incumplimiento: \$2.036.470 (día)
- Días de incumplimiento: 77 días calendario

Tasación Cláusula Penal = 77 días x \$2.036.470 = \$156.808.190”.

Nº	PRESUNTO INCUMPLIMIENTO	Fecha de inicio presunto incumplimiento	Fecha de corte presunto incumplimiento	TIEMPO DE PRESUNTO INCUMPLIMIENTO [días]
1	NO CUMPLIMIENTO EN EL CRONOGRAMA O PROGRAMACIÓN DE METAS FÍSICAS	13 de julio de 2015	27 de Septiembre de 2015	Setenta y siete (77) días
2	NO CUMPLIMIENTO EN LA PRESENTACIÓN E IMPLEMENTACIÓN PLAN DE CONTINGENCIA.	13 de julio de 2015	27 de Septiembre de 2015	Setenta y siete (77) días

131. Como sustento de la anterior determinación, aseveró que, faltando 33 días para la culminación del plazo negocial, era injustificada la inobservancia de las obligaciones a cargo de la contratista, en tanto que al 27 de septiembre de 2015 las metas físicas programadas presentaban un retraso del 37,63%⁷¹.

132. Adujo la entidad que en los comités de los días 21 y 27 de julio, 3, 10, 18, 24 y 31 de agosto, 7, 14, 21 y 28 de septiembre de 2015, se requirió a la contratista para que cumpliera los compromisos adquiridos, pero que hizo caso omiso a tales exhortos, lo que derivó en un atraso del 37,63% de las metas previstas que, indicó, fue injustificado, comoquiera que no se constató causa probada para el mismo. Resaltó que, pese a los múltiples requerimientos, la contratista no se allanó a presentar e implementar un plan de contingencia ajustado a la situación real del avance de obra, a fin de superar las demoras mencionadas.

133. El recuento realizado muestra que desde el inicio del trámite sancionatorio la entidad pública planteó con claridad el lapso de examen concreto, los hechos de incumplimiento y las obligaciones inadvertidas por la contratista, determinaciones que se mantuvieron a lo largo del procedimiento y que, finalmente, fueron las que se consideraron en la Resolución 4690 de 2017 como soporte de la decisión que en ese acto se adoptó, por lo que no es cierto que la demandante no conociera los hechos objeto de la pena que se le impuso, que no fueran claros o que en el curso del trámite se hubieren modificado o cambiado por unos nuevos.

134. Inclusive, a lo largo del pronunciamiento enjuiciado, la entidad fue expresa en manifestar que *“el periodo (sic) en el que se enmarca el presunto incumplimiento comprende desde el día 13 de julio de 2015 hasta el 27 de septiembre de 2015, siendo este periodo (sic) sobre el cual se considerará el avance en la programación de las obras, tanto desde el punto vista físico como financiero, no siendo el tenor del presente procedimiento administrativo sancionatorio considerar actuaciones adelantadas por fuera del mismo”*⁷².

135. La Sala encuentra que en la resolución, la contratante sí se refirió a algunas circunstancias ajenas al tema sobre el cual versó el procedimiento administrativo; sin embargo, fue clara en especificar que no hacían parte del tema de la decisión, pero que las mencionaba para responder a algunas de las defensas planteadas por

⁷¹ En respuesta de los descargos presentados por la contratista, la entidad esbozó varios razonamientos que se resumen en un balance discriminado por cada tramo de la obra en función del valor programado acumulado vs el valor ejecutado acumulado. También se refirió a los reparos que la contratista refirió sobre la terminación del contrato y la improcedencia de una suspensión indefinida del mismo. Se pronunció frente a las razones que la sociedad aludió como justificativas de los retrasos.

⁷² Folio 85 de la Resolución 4690 de 2017.

la contratista. A efectos de dar claridad de cara a lo esbozado por el IDU en punto a estos asuntos, pasa a sintetizarse lo advertido por éste en ese sentido:

(i) Tanto en el acta de posesión de obra, como en la prueba por informe rendida se especificaron los ítems no previstos reconocidos en las actas de recibo parcial. En el informe se señaló que, respecto de las obras no previstas adelantadas en la etapa de la prórroga, quedaron inconclusas algunas observaciones realizadas por la entidad a los precios no previstos que la contratista no atendió dentro del plazo contractual. No obstante, aclaró que determinar la existencia de nuevos ítems no previstos no se enmarcaba en el alcance del procedimiento administrativo sancionatorio⁷³.

(ii) No se pronunció frente a los reparos que la sociedad realizó en torno a la etapa de diagnósticos, *“pues se fundamenta en hechos acaecidos con anterioridad al periodo del presunto incumplimiento endilgado al contratista, habiendo sido el diagnóstico analizado, discutido y superado al momento de la suscripción de la prórroga No. 1, no siendo del alcance del procedimiento administrativo sancionatorio en curso, pronunciarse sobre hechos que no se encuentran estipulados en el informe técnico de presunto incumplimiento y que ya han sido resueltos en otras instancias al interior de la Entidad”*⁷⁴.

(iii) Tampoco se refirió a la ejecución de metas físicas con posterioridad a septiembre de 2015, es decir, lo acontecido en octubre y noviembre de ese año, puesto que no se circunscribía al período de presunto incumplimiento objeto de análisis⁷⁵.

136. Asimismo, se observa que con el decreto oficioso de un informe a cargo del interventor con el propósito de que se pronunciara sobre el avance de la obra y el porcentaje de ejecución de cada uno de los segmentos programados, el IDU no amplió la etapa objeto de sanción, puesto que, si bien, en atención a lo solicitado por la contratista amplió el período de dicha prueba (que inicialmente se decretó para ser rendido por el mismo lapso que se identificó para dar curso al inicio del procedimiento administrativo –13/07/2015 y el 27/09/2015–) hasta la fecha de toma de posesión de la obra –22 de febrero de 2016–⁷⁶, lo cierto es que, como ya se vio, el fundamento de la decisión cobijó, exclusivamente, el período identificado desde el inicio del procedimiento administrativo.

137. Todo lo expuesto corrobora que como fundamento de la pena que se aplicó a la contratista a través de la Resolución No. 4690 la entidad no superó el período

⁷³ Folios 75 y 162 de la Resolución 4690 de 2017.

⁷⁴ Folio 132 de la Resolución 4690 de 2017.

⁷⁵ Folio 148 de la Resolución 4690 de 2017.

⁷⁶ De ello da cuenta el expediente. En audiencia del 15 de marzo de 2017, el IDU decretó de oficio esa prueba con corte al 27 de septiembre de 2015. Ante la solicitud de aclaración del interventor respecto de período dentro del cual debía circunscribir su pronunciamiento y de la contratista respecto de cuál era el soporte del informe, a efectos de ejercer debidamente su defensa, el Instituto precisó que versaría sobre la ejecución del cronograma detallado para el lapso que transcurrió entre el 13/07/2015 y el 27/09/2015 y que debía hacer expresa mención de los documentos que lo fundamentan, previa aclaración de su fuente. La demandante presentó recurso de reposición en contra de esa aclaración alegando que el alcance de la prueba debería extenderse, al menos, hasta la fecha en que la entidad tomó posesión de la obra. A pesar de que el recurso fue negado por la entidad por tratarse de un auto de trámite, posteriormente, decidió ampliar el periodo hasta el momento indicado por la contratista, es decir, el 22 de febrero de 2016. CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014 (1)”, Fls. 92 a 13, 107 a 123, 133 a 138, 152 a 156 y 158 a 169.

que señaló desde el inicio del procedimiento sancionatorio, ni agregó situaciones de inobservancia distintas a las mencionadas en esa oportunidad, lo que denota que no transgredió la garantía del debido proceso de CON & CON.

138. En relación con los reproches esbozados por la demandante, consistentes en que la entidad negó injustificadamente la concesión de los recursos interpuestos por la contratista con fundamento en lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011, así como peticiones de nulidad del trámite adelantado y algunas solicitudes probatorias, encuentra la Sala que tampoco hay asidero respecto de tales censuras, comoquiera que la contratante dio respuesta a sus múltiples solicitudes de forma sopesada y motivada, tal como se revela a continuación.

139. El 23 de noviembre de 2015⁷⁷, la entidad resolvió la petición de nulidad que formuló la contratista contra el procedimiento iniciado, porque, en su parecer, el informe que lo sustentó fue elaborado por la coordinadora del contrato, quien no tenía la aptitud para emitir un concepto de ingeniería, por ser arquitecta. La contratante negó tal petición, al aducir que dicho documento fue elaborado por la firma interventora, sujeto habilitado para emitir pronunciamientos concernientes a la verificación de las obligaciones convenidas. En la demanda no se debatió la corrección de esta determinación.

140. El 25 de noviembre de 2015, la contratista señaló que el procedimiento sancionatorio estaba viciado de nulidad porque el contrato estaba suspendido. En decisión proferida en audiencia del 15 de diciembre de 2015⁷⁸, la entidad negó ese argumento, por cuanto la suspensión se había levantado el 9 de noviembre de 2015 y el contrato terminó el 10 de noviembre siguiente por vencimiento del plazo. Añadió que, en todo caso, el supuesto aducido por la contratista no se enmarcaba en ninguna de las causales de nulidad taxativas de que trata el artículo 133 del CGP. En la demanda no se debatió la corrección de esta consideración.

141. En la misma audiencia del 15 de diciembre de 2015, la sociedad elevó las siguientes peticiones probatorias: a) que se realizara una inspección conjunta (IDU, interventoría y contratista) para constatar el porcentaje de avance de la obra; b) la recepción de declaraciones de varios profesionales que trabajaron en la obra, para que se manifestaran sobre los eventos e impases que pudieron evidenciar durante su labor; y c) que se oficiara a los proveedores de materiales prefabricados para que certificaran la fecha de entrega promedio de los suministros y si existía desabastecimiento de los mismos.

142. En audiencia del 21 de enero de 2016⁷⁹, la entidad negó todos los pedimentos probatorios con base en los siguientes razonamientos: a) no era conducente ni útil la inspección de la obra, pues existían informes de interventoría semanales y mensuales que daban cuenta del avance y/o retraso del proyecto; además, una inspección transcurridos 3 meses del período de incumplimiento que se examinaba (13 de julio al 27 de septiembre de 2015) reflejaría ejecuciones de metas físicas fuera del plazo analizado; b) tampoco eran pertinentes ni conducentes las

⁷⁷ CD 2, archivo "Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014", Fls. 185 a 192

⁷⁸ CD 2, archivo "Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014", Fls. 284 a 303

⁷⁹ CD 2, archivo "Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014 (1)", Fls. 8 a 22

declaraciones de personas que trabajaron en la obra, pues los informes de interventoría daban cuenta de su estado y de la vicisitudes que pudieron ocurrir durante su desarrollo; y c) no era conducente ni útil oficiar a los proveedores, pues en informe VPP-IDU-1325-1007 del 20 de octubre de 2015, el interventor puso de presente que la entrega de materiales fue oportuna respecto del momento en que la contratista les hizo la solicitud, pero que se hizo al margen del cronograma porque tal solicitud fue tardía. En la demanda no se debatió la corrección de estos razonamientos.

143. La entidad, a través de la Resolución 2081 de 2017⁸⁰, rechazó por improcedente el recurso de reposición que formuló la contratista en contra del auto por medio del cual el IDU aclaró el período sobre el cual debía recaer el informe decretado de oficio para verificar el avance de la obra, al sostener que, en los términos del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, tal herramienta de defensa no era procedente por tratarse de un auto de trámite. En la demanda, no se esbozó ningún argumento tendiente a rebatir las consideraciones en las que se basó la decisión del IDU, por lo cual la Sala carece de competencia para abordar el examen de tales fundamentos. Con todo, cabe mencionar que, aun si se estimara que el recurso sí era procedente, lo cierto es que esa circunstancia resultaría irrelevante de cara a una efectiva vulneración del debido proceso, puesto que en el expediente se encuentra plenamente que acreditado, pese a su posición, posteriormente, el Instituto amplió el período sobre el cual debía recaer esa prueba hasta el momento estimado por la contratista en su recurso de reposición –la toma de posesión de la obra, 22 de febrero de 2016–⁸¹ y así fue como se practicó⁸².

144. En lo que concierne a la negativa de la entidad de ampliar nuevamente el informe del interventor decretado de oficio hasta la fecha en que dicha probanza fuera rendida y no hasta el 22 de febrero de 2016 como se hizo, la Sala encuentra que la contratante, en la audiencia del 31 de mayo de 2017⁸³, señaló que dicha solicitud de ampliación del informe a rendir carecía de fundamento y justificación, comoquiera que el trámite sancionatorio se circunscribió a probar los incumplimientos y perjuicios de que trató el informe inicial de interventoría, esto es, por el interregno transcurrido entre el 13 de julio y el 27 de septiembre de 2015, por lo que no había lugar a ampliar su valoración a supuestos temporales que no fueron delimitados en dicho informe⁸⁴.

⁸⁰ CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014 (1)”, Fls. 158 a 164.

⁸¹ Como fundamento del recurso la sociedad arguyó: “la administración está limitando el informe de la interventoría al período del año 2015, y no a la situación final de la obra, a la situación actual de la obra, o por lo menos hasta el momento en que el IDU intentó tomar posesión” (CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014 (1)”, Fls. 107 a 114). Pese a haber negado la procedencia del recurso, posteriormente la entidad ordenó:

“**PRIMERO: ACLARAR** el numeral 3 de la prueba informe el cual quedará así:

‘Cronograma detallado en el que se evidencie el valor programado para el periodo 13/07/2015 – 22/02/2016 (fecha en la que fue suscrita el acta de posesión de la obra) y su correspondencia frente a lo ejecutado. Aclarar si es el único soporte para calcular su avance’.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión en audiencia de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, advirtiendo que contra la misma no procede recurso alguno, de conformidad con el artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014 (1)”, (Fls. 152 a 156).

⁸² El 17 de mayo de 2017, el interventor presentó el informe que le fue ordenado, en el que consignó que el período examinado comprendía del 13/07/2015 al 22/02/2016, en virtud de lo determinado por la entidad “al acceder a la solicitud del (sic) contratista expuesta en audiencia el día 20 de abril de 2017” (CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014 (1)”, Fls. 171 a 197).

⁸³ CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014 (1)”, Fls. 246 a 254

⁸⁴ CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014 (1)”, Fls. 246 a 254.

145. La sociedad no formuló una argumentación tendiente a refutar las razones de la entidad, pues se limitó a aseverar que la negativa en la ampliación del alcance del informe infringió su garantía fundamental al debido proceso, por ende, de cara a este argumento tampoco se avizora el desconocimiento de las garantías que componen el debido proceso, pues la negativa a ampliar el objeto de la prueba no revela por sí misma una transgresión al derecho de defensa de la contratista, sobre todo si, como se observa, se fundamentó en un aspecto que se muestra razonable, en la medida que el objeto del procedimiento sancionatorio se delimitaba a un período particular que no comprendía el interregno al que la contratista pedía que se ampliara, por lo cual no incidiría en la determinación que se adoptara en dicho procedimiento sancionatorio.

146. CON & CON también refirió que la negativa de ampliar el alcance del informe de interventoría implicó un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad; no obstante, no explicó el fundamento de tal señalamiento. En todo caso, esta decisión no tendría un efecto determinante de cara a la tasación de la pena que se aplicaría en el marco de este procedimiento administrativo, pues, como adelante se verá, de lo que se trataba era de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que se pactó por el retardo en el que incurrió la sociedad en el lapso comprendido entre el 13 de julio y el 27 de septiembre de 2015.

147. El recuento de lo acontecido durante el proceso sancionatorio es claro en revelar que no es cierto que la negativa respecto de las peticiones de nulidad, probatorias y la concesión de recursos por parte de la entidad ocurriera de forma injustificada o con ausencia de motivación, pues, en todas esas oportunidades, la contratante, en calidad de directora del procedimiento sancionatorio, expuso las razones que sustentaron cada una de sus determinaciones.

148. Respecto de la censura que formuló la demandante en relación con el extravío de varios folios que aportó al procedimiento sancionatorio y la diligencia de reconstrucción que se tuvo que adelantar para corregir tal falencia, se encuentra acreditado lo siguiente:

149. En diligencia del 21 de enero de 2016⁸⁵, la contratista aportó “5 folios de una sola cara, se anexan tres cuadros, estado financiero, análisis de valores, cuadro de balance de lo que se ha pagado a la fecha y lo que se adeuda en este momento al contratista, bajo el entendido que corresponde a los descargos que se leyeron y presentaron en audiencia anterior, en total se entregan 124 folios, que **constituye una explicación adicional** a los citados descargos” (énfasis agregado). Mediante escrito del 18 de julio de ese año⁸⁶, la entidad le indicó a CON & CON que al revisar el expediente se percató de que no obraban esos 124 folios, razón por la cual la convocó a la diligencia de reconstrucción, la que tuvo lugar el 16 de agosto siguiente⁸⁷. En esta oportunidad la contratista dejó constancia de la imposibilidad de

⁸⁵ CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014 (1)”, Fls. 8 a 22.

⁸⁶ CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014 (1)”, Fl. 47

⁸⁷ CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014 (1)”, Fls. 60 a 65

allegar los documentos aludidos, dado que también se perdió la copia que tenía en su poder⁸⁸.

150. En la audiencia del 15 de marzo de 2017⁸⁹, la sociedad aseguró que por mandato expreso del artículo 126 del CGP, la única conducta posible era terminar el procedimiento sancionatorio, dada la imposibilidad de reconstruir la totalidad del expediente. Dijo que los documentos extraviados eran relevantes para su defensa, toda vez que contenían “*los registros fotográficos y demás pruebas que permitan desvirtuar la existencia del incumplimiento*”, así como “*todas las aclaraciones y justificaciones en la ejecución [del contrato]*”. El 20 de abril de 2017, la contratante señaló que, en los mismos términos de ese artículo, el hecho de que no se hubiere podido reconstruir el expediente administrativo no impedía la continuación del trámite, pues conservaba otros insumos que le permitían avanzar en el estudio de la materia en cuestión. CON & CON presentó reparos a tal decisión y pidió la nulidad del proceso, por considerar que la imposibilidad de reconstrucción total del expediente vulneró su debido proceso. El 31 de mayo de 2017⁹⁰, el IDU negó tal solicitud, con fundamento en que, aunque no se pudieron aportar los folios extraviados, sí se contaba con las herramientas para dilucidar el acontecer negocial, en garantía de una decisión de fondo, debidamente soportada de cara a los supuestos estudiados.

151. La Sala no desconoce la desatención en que incurrió la contratante al extraviar los documentos aportados por la contratista el 21 de enero de 2016; sin embargo, tal defecto no conducía, *per se*, a terminar el procedimiento, pues lo que prevé el ordenamiento jurídico es que ello ocurrirá sólo si el extravío parcial que no es posible reconstruir trunca su continuación; de lo contrario, si no imposibilita su avance, el trámite debe adelantarse, aun ante la ausencia de lo extraviado o destruido (art. 126, CGP⁹¹).

152. Como se vio, la entidad razonó que, pese a la pérdida de los documentos referidos por la contratista, en el procedimiento administrativo se contaba con el material probatorio suficiente para llevarlo hasta su culminación. La demandante no acreditó que esto no fuera así. Aunque señaló que eran piezas fundamentales que demostraban sus argumentos de defensa, lo cierto es que, más allá de dicha afirmación, no desarrolló un argumento que expresara las razones por las cuales la pérdida de tal documentación tenía la envergadura para imposibilitar el avance del

⁸⁸ Sobre el particular, expresó: “*lastimosamente no se cuenta con la copia de los 124 folios correspondientes a las pruebas que demostraban la ausencia del presunto incumplimiento, y allega a la administración copia de la constancia*”.

⁸⁹ CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014 (1)”, Fls. 115 a 122

⁹⁰ CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014 (1)”, Fls. 246 a 254

⁹¹ ARTÍCULO 126. TRÁMITE PARA LA RECONSTRUCCIÓN. En caso de pérdida total o parcial de un expediente se procederá así:

1. El apoderado de la parte interesada formulará su solicitud de reconstrucción y expresará el estado en que se encontraba el proceso y la actuación surtida en él. La reconstrucción también procederá de oficio.
2. El juez fijará fecha para audiencia con el objeto de comprobar la actuación surtida y el estado en que se hallaba el proceso, para lo cual ordenará a las partes que aporten las grabaciones y documentos que posean. En la misma audiencia resolverá sobre la reconstrucción.
3. Si solo concurrir a la audiencia una de las partes o su apoderado, se declarará reconstruido el expediente con base en la exposición jurada y las demás pruebas que se aduzcan en ella.
4. Cuando se trate de pérdida total del expediente y las partes no concurren a la audiencia o la reconstrucción no fuere posible, o de pérdida parcial que impida la continuación del proceso, el juez declarará terminado el proceso, quedando a salvo el derecho que tenga el demandante a promoverlo de nuevo.
5. Reconstruido totalmente el expediente, o de manera parcial que no impida la continuación del proceso, este se adelantará, incluso, con prescindencia de lo perdido o destruido.

procedimiento o conducir a una decisión diferente de aquella a la que se arribó. Se limitó a señalar que se trataba de aclaraciones y justificaciones que desvirtuaban el incumplimiento que se le endilgaba, pero sin detallar o siquiera esbozar cuál era su contenido –solo dijo que contenía registros fotográficos, lo que no concuerda con la relación que se hizo en la audiencia en la que se los aportó–, qué hechos acreditaban o cómo podían oponerse a las demás pruebas que obraran en el plenario, como lo eran, el informe de incumplimiento, el informe decretado de oficio, las actas de comité de obra, entre otros.

153. En suma, la indeterminación con la que se presentó este cargo, impide a la Sala desarrollar un análisis de corrección respecto de las razones que tuvo la entidad para concluir en la suficiencia de las piezas probatorias con las que contaba para continuar con el procedimiento sancionatorio y emitir una decisión de fondo, sin que esto constituyera una vulneración del debido proceso de la contratista.

154. Se añade que a partir de la relación que se hizo de tales documentos en la audiencia del 21 de enero en la que se los aportó –tres cuadros, estado financiero, análisis de valores, cuadro de balance de lo que se ha pagado a la fecha y lo que se adeuda en este momento al contratista– tampoco se puede deducir información que permita arribar a una conclusión diferente a la adoptada por el IDU. En cambio, lo que encuentra es que, al allegar tales documentos lo que manifestó la demandante fue que se trataba de una “*explicación adicional*” a los descargos que ya había presentado, por lo cual, en principio y a falta de más elementos que conduzcan en una dirección diferente, no se encuentra sustento para colegir que su ausencia impedía la continuación del procedimiento administrativo o que presencia habría podido modificar o alterar los razonamientos y conclusiones en los que la entidad fundó su determinación.

155. En relación con la supuesta violación del principio *non bis in ídem*, resalta la Sala que también integra las garantías que componen el derecho al debido proceso, en tanto establece la imposibilidad de sancionar dos veces a un sujeto por un mismo hecho y bajo un mismo concepto (art. 29 Constitución Política), restricción que se hace extensiva a todos los ámbitos del derecho sancionatorio. La demandante alegó que este derecho se vulneró porque el proceso sancionatorio que terminó con la Resolución 4690 de 2017 se habría sustentado en unos supuestos fácticos superados en un procedimiento sancionatorio previo en el que ya había sido absuelto. Si bien se encuentra acreditada la existencia de tal procedimiento, las pruebas indican que versó sobre hechos diferentes a los que se tuvieron en cuenta en el caso de la referida resolución.

156. A través de la Resolución No. 47142 del 25 de junio de 2015 se declaró el incumplimiento parcial de la contratista y se le impuso una multa por valor de \$857'011.480, decisión que se revocó mediante la Resolución No. 57834 del 20 de agosto de 2015. Este procedimiento también versó sobre el incumplimiento de la sociedad en el cronograma de obra y en la presentación e implementación del plan de contingencia, pero respecto de un período diferente al que fue analizado en la Resolución 4690 de 2017. En este último, como ya se vio, se analizó la inobservancia de la programación aprobada para la prórroga suscrita 30 de junio de

2015, el otro se refirió a la programación que se había establecido antes de este acuerdo.

157. En la Resolución No. 57834 el IDU fue claro en señalar que en atención a la suscripción de la prórroga contractual No. 1, la ejecución negocial se mediría de acuerdo a las nuevas metas admitidas con dicho aumento del plazo, por lo que los hechos que originaron ese procedimiento previo desaparecieron, al constatar que el espacio inicial de medición, esto es, entre el 26 de enero y el 19 de junio de 2015, ya no podía ser objeto de análisis. En consecuencia, no se encuentra acreditada la trasgresión del principio *non bis in ídem* por este aspecto.

158. Esclarecido el desarrollo del procedimiento sancionatorio que culminó con la Resolución 4690 de 2017, así como los insumos probatorios en los que se respaldó la entidad al proferirla, la Sala no encuentra que se hubiere fraguado una persecución de la interventoría en contra de la contratista, ni que la entidad hubiere avalado o promovido una conducta en tal sentido. Lo que muestra el material probatorio es la sociedad contó con múltiples oportunidades para pronunciarse en punto a su defensa, se le dio la oportunidad de debatir los supuestos de incumplimiento que se le endilgaron; sumado al hecho de que la decisión emitida por la contratante se basó en un proceso de discusión entre los sujetos implicados y con base en un soporte probatorio pertinente de cara a los eventos que fueron objeto de sanción.

159. Lo expuesto con antelación demuestra con toda claridad que no tienen vocación de prosperidad los reproches de la demandante sobre la supuesta trasgresión de su derecho al debido proceso en el marco del procedimiento sancionatorio que culminó con la expedición de la Resolución 4690 de 2017. Dado que los argumentos que la parte expresó bajo el cargo denominado *abuso del derecho* se subsumen en los que fueron analizados en relación con el hecho ya desvirtuado de que la entidad habría negado injustificadamente la concesión de recursos, solicitudes de nulidad y el decreto de medios probatorios, esta conclusión también lo cobija.

160. Pasa la Sala a analizar los cargos de la apelación asociados a las Resoluciones 1025 del 21 de marzo de 2018, 1399 del 18 de abril de 2018, y 2425 del 13 de junio de 2018 que fueron negados por el Tribunal con fundamento en que en la demanda no se referenciaron las razones para desvirtuar la presunción de legalidad que las cobija.

161. El principio de justicia rogada orienta los juicios de legalidad en los que se impugna, con un interés subjetivo y particular, la validez de un acto administrativo, y se proyecta en dos premisas distintas, pero concordantes entre sí, que consisten en que el juez no puede iniciar un juicio oficioso sobre aquel y que, realizada una petición de parte, el debate se vincula o circunscribe estrictamente a lo solicitado por el demandante. Al lado de este principio, se presenta como presupuesto el postulado de preclusión y la regla de señalamiento que impone a las partes exhibir de manera clara y precisa lo que se pide, manifestación que se impone como garantía del debido proceso y del derecho de contradicción y defensa.

162. El numeral 4 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011 recoge esos postulados, al señalar de manera específica que cuando la demanda verse sobre la legalidad de un acto administrativo –sin distinguir su naturaleza, por lo cual incluye los contractuales– el libelo que la contenga debe expresar las normas violadas y explicar el concepto de violación, es decir, el legislador impone a la demandante la carga de precisar la norma del ordenamiento jurídico que entiende que ha sido vulnerada con su expedición y explicar de forma razonada y suficiente las razones que sustentan dicha trasgresión, pues tales elementos constituyen los lineamientos de actuación del juez de lo contencioso administrativo

163. Lo anterior, sin embargo, no supone que el juez administrativo esté relevado de leer integralmente la demanda y hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formas⁹², para lo cual puede interpretar la explicación que se ofrezca en el concepto de la violación –carga que sí debe cumplir, sea o no que se ubique en un acápite así denominado–, teniendo en mira que esa facultad se debe utilizar con extrema cautela, en la medida que no puede llegar al punto de modificar la *causa petendi*, pues este es un aspecto medular sobre el que descansa el derecho al debido proceso del demandado.

164. Al estudiar el texto de la reforma de la demanda, se encuentra que en el capítulo de fundamentos de derecho la sociedad no reseñó ni explicó el concepto de violación en el que sustentó sus pedimentos de nulidad de las Resoluciones 1025 del 21 de marzo de 2018, 1399 del 18 de abril de 2018, y 2425 del 13 de junio de 2018; sin embargo, en el acápite de hechos, además de referenciar los supuestos fácticos asociados a estos pedimentos, también expresó razones que constituyen verdaderos conceptos de violación de los actos administrativos demandados y que son fácilmente apreciables.

165. Al referirse a las Resoluciones 1025 y 1399 de 2018, indicó que con su expedición se vulneró el principio *non bis in ídem*, pues la entidad basó la determinación adoptada en ellas en el mismo informe que sirvió de sustento a lo resuelto en la Resolución 4690 de 2017; añadió que la contratante no contó con el sustento probatorio suficiente para emitir esos actos, y que contienen una indebida tasación de la sanción, pues omitió el verdadero porcentaje de ejecución del contrato. De cara a la Resolución 2425 de 2018 sostuvo que fue proferida con falta de competencia, comoquiera que su ejecutoria aconteció después del vencimiento del término que tenía para efectuar la liquidación unilateral.

166. Asiste razón a la apelante en este aspecto de su impugnación, en tanto el marco de lo expuesto conduce a concluir que no había razón válida para dejar de estudiar las pretensiones de nulidad incluidas en la reforma de la demanda, pues el examen integral de este escrito conduce a tener por presentado el concepto de la violación en que se fundamentaron esas solicitudes, lo que, a su vez, impone que en esta instancia se deban analizar tales pretensiones, en el marco propuesto por la contratista.

⁹² En sentencia C-197 de 1999 la Corte Constitucional expresó que: “No obstante lo anterior, debe advertir la Corte que en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad.”

167. Frente a la aludida trasgresión del principio *non bis in ídem*, la Sala entiende que, al indicar la actora que las Resoluciones 1025 y 1399 se basaron en el mismo informe que sirvió de soporte a la Resolución 4690, lo que refiere es que fue sancionada dos veces por los mismos hechos –los referidos en el informe–. Este cargo no está llamado a prosperar, puesto que ni los hechos ni la pena que se aplicó en las Resoluciones 4690 de 2017 y 1025 y 1399 de 2018 son los mismos.

168. En las cláusulas décima octava y décima novena del contrato 1246 de 2014 se estipuló la cláusula penal en los siguientes términos:

“DÉCIMA OCTAVA. MULTAS Y CLÁUSULA PENAL: *El IDU tendrá la facultad de imponer multas y cláusula penal, en caso de incumplimiento parcial o total de cualquiera de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). En virtud del presente contrato, el CONTRATISTA autoriza al IDU para imponerle multas mediante Acto Administrativo en la cuantía que a continuación se describe, así :*

(...)

“DÉCIMA NOVENA. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: *En caso de incumplimiento parcial o total del contrato o el mero retardo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, el CONTRATISTA pagará al IDU, a título de pena pecuniaria, una suma equivalente hasta el treinta por ciento (30%) del valor 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 CONTRATISTA 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 misma.*

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

(...)”⁹³ (énfasis agregado).

169. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1592 del Código Civil⁹⁴, las partes pueden pactar mecanismos para disuadir al contratista del incumplimiento de sus obligaciones, estableciendo de manera previa una pena en caso de que no ejecute o se retarde en el cumplimiento de sus deberes negociales. De conformidad con el artículo 1594 del Código Civil⁹⁵, en principio, el acreedor no puede pedir al tiempo la observancia de la obligación principal y la aplicación de la pena, sino una

⁹³ Cd 1, archivo “c_PROCESO_14-1-119024_01002015_11725948”

⁹⁴ “ARTICULO 1592. DEFINICION DE CLAUSULA PENAL. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

⁹⁵ ARTICULO 1594. TRATAMIENTO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL Y DE LA PENA POR MORA. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

u otra a su elección, a menos que se haya pactado que el pago de la pena no extingue la obligación principal o que se causará por el solo hecho del retardo⁹⁶.

170. En la cláusula novena las partes pactaron una pena como tasación anticipada de perjuicios por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones de la contratista (cláusula penal moratoria) y también estipularon que la misma sanción operaría en caso de incumplimiento total o parcial del contrato (cláusula penal compensatoria). Revisado el contenido de las Resoluciones 4690 de 2017, 1025 y 1399 de 2018, se encuentra que en la primera de ellas se hizo efectiva la cláusula penal moratoria, mientras que a través de las segundas se aplicó la cláusula penal compensatoria por el incumplimiento parcial pero definitivo de las obligaciones del contrato.

171. En la primera de las resoluciones mencionadas la pena se aplicó con fundamento en el incumplimiento en el que incurrió la contratista respecto del cronograma de obra para el período comprendido entre el 13 de julio al 27 de septiembre de 2015, así como por la no presentación del plan de contingencia que se requería para mitigar ese eventual atraso. Es decir, en esa oportunidad la pena recayó sobre el retardo en el que incurrió la sociedad respecto de la ejecución de las metas fijadas en ese interregno y también respecto de la falta de planificación de las medidas que debía adoptar a fin de remediar los contratiempos y dilaciones en su programación; de ahí que sea fácil deducir que en ese acto el IDU hizo uso de la cláusula penal moratoria⁹⁷.

172. En confrontación, en las Resoluciones 1025 y 1399 de 2018 la aplicación de la cláusula penal se justificó en el hecho de que, vencido el plazo pactado, no se completó el objeto estipulado. En la primera, la contratante declaró el incumplimiento total del negocio jurídico; sin embargo, al resolver el recurso de reposición interpuesto en su contra, modificó esa decisión en el sentido de indicar que el incumplimiento fue definitivo, pero parcial⁹⁸.

173. La Resolución 1025 de 2018 se fundó en el “*balance **definitivo** del contrato de obra 1246-2014*”⁹⁹ (énfasis agregado) presentado por el interventor. La entidad señaló que tenía en consideración tal documento dado que fue rendido por el especialista contratado para “*realizar el seguimiento integral del contrato*”, quien plasmó en dicho informe “*el resumen final*” de la obra –tanto en el ámbito físico como financiero– con base en “*los informes semanales de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2015, al igual que la información establecida en el acta de posesión No 14 del 22 de febrero de 2016 y a partir de los recorridos a las obras realizados entre el contratista ... [los] recorridos realizados durante los meses de mayo-junio-julio y agosto de 2016 es decir aún con posterioridad al acta de*

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2018, M.P.: Luis Alonso Rico Puerta, radicación: 25899-31-03-002-2013-00162-01.

⁹⁷ En el informe técnico de incumplimiento del 29 de septiembre de 2015, que sustentó este acto, la entidad fue expresa en indicar, como consecuencia que podría derivar de los supuestos de inobservancia advertidos, la efectividad de la cláusula penal pactada en la cláusula décima novena del contrato (CD 2, archivo “Procedimiento Administrativo Sancionatorio – Contrato IDU 1246 de 2014”, Fls. 1 a 24).

⁹⁸ En la Resolución 1399 de 2018 la entidad precisó que el incumplimiento del negocio jurídico fue parcial y no total en tanto la entidad sí recibió parte de la obra. Específicamente, reseñó que la sociedad ejecutó un 23,31% de la meta física, la cual, en compañía con las demás labores encargadas (etapa de preliminares) correspondía al 32.97% del objeto pactado.

⁹⁹ Aprobado mediante memorando STMSV 20163560995881 del 31 de octubre de 2016, del cual se dio traslado a la contratista el 11 de enero de 2017, la que presentó objeciones en marzo de ese año.

posesión, siendo a partir de la información recopilada, corroborada y avalada por el interventor, por la Entidad se verificó el estado real de las obras ejecutadas”¹⁰⁰.

174. La anterior referencia permite deducir con claridad que las conclusiones esbozadas en la Resolución 1025 se sustentaron en el examen definitivo y completo de la ejecución negocial –no en un interregno especial– por cuanto se refirieron al análisis del estado de las prestaciones teniendo como referencia la finalización del plazo pactado para su ejecución que vencía el 10 de noviembre de 2015, la corroboración que se hizo en noviembre de 2015 y la verificación que, inclusive, con posterioridad se llevó a cabo y que quedó consignada en el acta de posesión de la obra del 22 de febrero de 2016 y, posteriormente, en los recorridos de mayo, junio, julio y agosto de esa anualidad, tal como se consignó en el informe técnico de incumplimiento fundamento de tal resolución, así:

“En conclusión, tenemos:

*El valor presuntamente incumplido de ejecución del programa de inversiones y programación de actividades es la suma de \$3.621.173.031. **La meta física no ejecutada** corresponde a 17.286 M2 correspondientes al 76.69% del total del área de meta física programada.*

*Así mismo al finalizar el contrato con un incumplimiento total y definitivo del mismo donde se dejó de ejecutar el 76,69% de las metas físicas programadas, ni la ejecución del 67,03% del programa de inversiones, nos encontramos con otra situación grave como lo es la NO AMORTIZACIÓN del 76,37% del anticipo. Tal como se evidencia en **el balance final del contrato, se ejecutó el 23,31% del 100% de las áreas de metas físicas que debían ejecutarse** y se invirtió la suma de \$1.718.273.075 correspondiente al 32,97% del valor que debía ejecutarse del contrato.*

Lo anterior ameritando la afectación de los amparos de cumplimiento y de anticipo de la póliza”¹⁰¹ (énfasis agregado).

175. En el propio texto de la Resolución 1025 de 2018 la entidad precisó que *“VERSA SOBRE EL INCUMPLIMIENTO TOTAL Y DEFINITIVO DEL OBJETO DEL CONTRATO DE OBRA IDU 1246-2014, hecho que por completo difiere del determinado en acto administrativo 004690 de 2017 ... el cual se fundamentó en el INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATISTA de las obligaciones correspondientes al no cumplimiento del cronograma o programación de metas físicas y por el incumplimiento en la presentación e implementación de plan de contingencia EN EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 13 JULIO DE 2015 HASTA EL 27 DE SEPTIEMBRE DE 2015, es decir en un período de ejecución contractual determinado y específico y anterior al que hoy se analiza”¹⁰²*, por lo que, se itera, no se configuró ni identidad de causa ni de objeto de cara a los referidos pronunciamientos.

176. En el mismo sentido, al resolver el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1025 de 2018, es decir, por medio de la Resolución 1399 de ese año, la entidad reiteró que los hechos que suscitaron sendos procedimientos administrativos sancionatorios no fueron los mismos que en esa oportunidad se

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Folio 113 de la Resolución 1025 de 2018.

¹⁰² Folio 118 de la Resolución 1025 de 2018, resaltado del texto original.

examinaban, toda vez que a través de la Resolución 1025 de 2018 se realizó un pronunciamiento del objeto contractual al finalizar el plazo del negocio, no respecto de un lapso particular, como aconteció con la Resolución 4690 de 2017. Añadió que la Resolución 1025 tenía un espectro más amplio en la medida que hizo referencia a la no ejecución del 67,03% del programa de inversiones, la falta de realización de las capacitaciones a las que estaba obligada la sociedad, la no amortización de la totalidad del anticipo entregado, el no pago al IDU del saldo de \$180'000.000 que la contratista asumió cancelar durante la prórroga y las inobservancias en los componentes técnico, SST, ambiental y social, señaladas en el informe¹⁰³.

177. Lo expuesto, ratifica no solo que los supuestos que apoyaron las determinaciones enjuiciadas son distintos, sino que corrobora la diferenciación en la naturaleza de las sanciones impuestas, toda vez que la pena de que trata la Resolución 4690 de 2014 tuvo sustento en el retardo en el cumplimiento de unas prestaciones específicas durante un lapso particular, es decir, la cláusula penal moratoria, mientras que la sanción aplicada en las Resoluciones 1025 y 1399 de 2018 se basó en el análisis definitivo de la obra pactada, de la mano con el acatamiento de los demás obligaciones circundantes y conexas al logro del objeto, escenario que imponía la cláusula penal en su carácter compensatorio, ante el incumplimiento parcial pero definitivo del negocio jurídico; por consiguiente, con base en el contenido de los aludidos procedimientos sancionatorios no se concretó una trasgresión al principio del *non bis in ídem*.

178. Frente al argumento de la contratista consistente en que la entidad no contó con el material probatorio suficiente para emitir las Resoluciones 1025 y 1399 de 2018, la Sala advierte que en el último de los actos la demandada manifestó que soportó la Resolución 1025 en las siguientes documentales: a) informe primigenio que dio lugar a la apertura del procedimiento sancionatorio y sus anexos, b) la totalidad del expediente contractual –que incluye el traslado de las pruebas surtidas dentro del procedimiento sancionatorio que dio lugar a la Resolución 4690 de 2017–, c) los descargos presentados por la contratista y el garante y los anexos de los mismos, d) el informe rendido por la interventoría en virtud del decreto oficioso ordenado por el IDU, y e) las audiencias en las que se desarrolló el proceso sancionatorio¹⁰⁴.

179. La contratista aseveró que las anteriores pruebas no resultaban aptas para respaldar los actos debatidos; sin embargo, se limitó a esa afirmación, puesto que no argumentó ni acreditó porqué carecerían de idoneidad, pertinencia y suficiencia para demostrar el acontecer contractual. Su cargo se restringió a una mera aseveración carente de sustento, en la medida que no desplegó una labor probatoria y argumentativa que contradijera lo contenido en éstas, ni en el desarrollo argumentativo que la contratante esbozó soportada en su contenido; de modo que, ante la ausencia de probanza de su dicho, no hay lugar a acceder a su reconocimiento en esta instancia.

180. En relación con el reproche de la contratista sobre la negativa por parte de la entidad en decretar la prueba por informe para demostrar el porcentaje de

¹⁰³ Folio 26 de la Resolución 1399 de 2018.

¹⁰⁴ Folios 26 y 27 de la Resolución 1399 de 2018.

ejecución de la obra, comoquiera que para CON & CON ascendió a un 56,06%, mientras que para el IDU se logró un porcentaje inferior del objeto convenido (el 32,97%), la Sala encuentra que no fue injustificada como arguyó la demandante, puesto que al respecto el IDU señaló que *“la interventoría externa ... sí rindió prueba informe (sic) dentro del procedimiento administrativo sancionatorio que tuvo como resultado la declaratoria de incumplimiento mediante acto administrativo 1025 de 2018 ... prueba decretada en audiencia celebrada el 20 de febrero de 2018”*¹⁰⁵.

181. En el propio texto de la Resolución 1025 de 2018, la contratante se refirió al contenido de esta prueba, al señalar que en ella se plasmaron las resultas de los recorridos realizados con posterioridad a la terminación del contrato –10 de noviembre de 2015– *“donde se midieron y se plasmaron todas las actividades de obra ejecutadas por el contratista que se iban a presentar”*¹⁰⁶. Añadió que no era procedente avalar las memorias de cálculo que la contratista presentó, puesto que no contaban con la supervisión de la interventoría, además de que, pese al ejercicio conjunto (interventoría – contratista) de medición del avance de la obra, lo cierto era que tal valoración no arrojaba los resultados indicados por la sociedad, comoquiera que incluyó ítems que no se acogían a los requerimientos técnicos exigidos en el contrato. Sostuvo que los resultados reseñados por la interventoría se sujetan *“al cumplimiento de requisitos técnicos y normativos exigidos contractualmente de los productos, no pudiendo la interventoría proceder al recibo de aquellos que no cumplieran dichos requisitos, por lo tanto, el balance financiero acogido por la Entidad, es el que contempla las obra que efectivamente fueron avaladas por la interventoría”*¹⁰⁷.

182. Ante la evidencia que dicho medio probatorio sí se practicó y que, además, fue valorado por la entidad como uno de los insumos que la condujo a emitir la declaración de incumplimiento, no prospera este argumento de la demanda.

183. Sobre la no realización del peritaje técnico que también solicitó la contratista para demostrar el avance en la ejecución de las obras, encuentra la Sala que en la Resolución 1399 de 2018 se consignó que, desde la audiencia del 10 de abril de 2018, la entidad negó la práctica de la referida prueba pericial –sin mencionar las razones en las que en esa oportunidad fundó tal negativa–, razón por la cual, aseveró que se atenía a su pronunciamiento previo. La demandante no atacó los fundamentos de esa determinación –la cual, por sí misma, no es vulneradora del derecho al debido proceso–, por lo cual no es posible realizar un análisis de corrección sobre ellas.

184. Al margen de lo anterior, la Sala estima pertinente mencionar que a pesar de que la demandante tuvo la oportunidad en este juicio de desvirtuar las conclusiones sobre las que el IDU se basó, principalmente, en los informes de la interventoría, no lo hizo. Aunque a petición suya el Tribunal accedió a decretar un dictamen pericial que tenía ese objeto¹⁰⁸, la demandante no lo allegó en el término que le fue

¹⁰⁵ Folio 28 de la Resolución 1399 de 2018.

¹⁰⁶ Folio 90 de la Resolución 1025 de 2018.

¹⁰⁷ Folio 91 de la Resolución 1025 de 2018.

¹⁰⁸ Con la reforma de la demanda, la sociedad pidió el decreto de una prueba pericial, a fin de que se determinara lo siguiente:

“a) Las razones del retraso que incidieron en la etapa de ejecución inicial de la obra y como los vicios de planeación impactaron en su ejecución técnica en tiempo y condiciones.

otorgado, por lo cual esa prueba se tuvo como desistida¹⁰⁹. No obra en el expediente ninguna otra prueba que conduzca a debatir las conclusiones del interventor en punto a la medición de las obras ejecutadas.

185. Por lo expuesto, no se halla acreditado que las resoluciones enjuiciadas –la 1025 y la 1399 de 2018– no contaran con el respaldo probatorio suficiente y pertinente, por lo cual este cargo tampoco prospera.

186. La Sala tampoco encuentra acreditada la censura relativa a la indebida tasación de la sanción ordenada a través de la Resoluciones 1025 y 1399 de 2018, fundada en que la entidad se abstuvo de tener en cuenta el verdadero porcentaje de ejecución del contrato y no atendió los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad para tasar la pena, por las razones que se pasan a expresar.

187. Se precisa que este cargo de la demanda no cuestiona que la entidad no hubiere hecho la tasación o reducción proporcional de la sanción que le fue impuesta¹¹⁰, sino que la censura se centra en señalar que, aunque la entidad sí realizó ese juicio de proporcionalidad, lo efectuó de forma errónea, dado que obvió el real porcentaje de ejecución del contrato. Dado que, como ya se dijo, la demandante no desvirtuó que el alcance de ejecución de la obra no correspondiera al certificado por la interventoría y avalado por la entidad en las resoluciones demandadas, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

188. Sin perjuicio de ello, resulta pertinente mencionar que el IDU sí ponderó el porcentaje de la sanción en razón del porcentaje de cumplimiento que halló acreditado. Tanto en la Resolución 1025 como en la 1399 de 2018, puso de presente los considerandos que la condujeron a imponer la cláusula penal en la cifra de \$1.211'719.104 relativos, en resumen, a la determinación de dicho monto en proporción con el porcentaje de obra que no fue ejecutado, de cara al valor total al que podía ascender la cláusula (30% del precio del contrato) si se hubiere

b) Las razones por la que no quiso recibir la obra el demandado INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU y el (sic) cual es el estado de la ejecución de la misma.

c) Que se realice una valoración sobre el desequilibrio económico causado en el contrato por parte del demandado INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU” (se subraya) (folio 150 del cuaderno 1).

¹⁰⁹ En la audiencia de pruebas celebrada el 13 de junio de 2019, el Tribunal puso de presente que vencieron los 25 días otorgados a la demandante para que aportara la experticia que se decretó en la audiencia inicial, sin que ésta se aportara. En el desarrollo de esta diligencia la demandante pidió la ampliación del aludido plazo, la demandada pidió que se tuviese por desistida dicha prueba. El *a quo* no accedió a la petición de la sociedad con fundamento en que los términos procesales son perentorios y porque la contratista no aportó prueba alguna que justificará la supuesta complejidad en la realización de la experticia y, por ende, la imposibilidad de allegarla en el plazo dispuesto para el efecto. La demandante apeló la anterior determinación. Razonó que dicho dictamen era el mecanismo pertinente para llegar a la verdad de lo acontecido. Igualmente, pidió al *a quo* hacer uso de sus facultades oficiosas a efectos de ampliar el lapso de recepción de ese medio probatorio. El Tribunal negó por improcedente el recurso de apelación, porque la decisión de negar la ampliación del término para aportar una prueba no es apelable. Dio trámite al recurso como una reposición y señaló que no se negó el decreto o práctica de la prueba, sino la ampliación para aportarla, ante la falta de justificación o el informe oportuno de tal situación por parte de la interesada, por lo que confirmó su determinación, previo señalamiento de que el principio de oficiosidad probatorio es de uso exclusivo del juez y no suple las falencias demostrativas omitidas por las partes (Folios 239 a 241 del cuaderno 3).

¹¹⁰ “ARTICULO 1596. <REBAJA DE PENNA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL>. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”.

constatado un incumplimiento del 100% del objeto convenido¹¹¹. La entidad indicó¹¹²:

“6.1. AMPARO DE CUMPLIMIENTO

Valor máximo de pena – Vr del contrato x (30%) = \$5.910.424.656 x 30% = \$1.773.127.397

6.1.1. AFECTACIÓN POR LA NO EJECUCIÓN DEL CRONOGRAMA DURANTE EL PLAZO TOTAL DE EJECUCIÓN:

30% x (porcentaje presuntamente incumplido) = Porcentaje a afectar de la cláusula penal

(30% x 67,03% (porcentaje presuntamente incumplido)) = 20,109% (porcentaje a afectar de la cláusula penal)

Valor del contrato = \$5.910.424.656

Valor máximo a afectar de la cláusula penal (POR LA NO EJECUCIÓN DEL CRONOGRAMA DURANTE EL PLAZO TOTAL DE LA EJECUCIÓN) = (\$5.910.424.626 X 20,109%) = \$1.188.527.294

Menos sanción impuesta mediante resolución 004690 del 13 de septiembre del 2017 (POR INCUMPLIMIENTO DEL CRONOGRAMA DURANTE EL PLAZO TOTAL DE EJECUCIÓN) = (-\$156.808.190)

Valor a afectar la cláusula penal para el presente proceso POR LA NO EJECUCIÓN DEL CRONOGRAMA DURANTE EL PLAZO TOTAL DE EJECUCIÓN = \$1.031.719.104 (MIL TREINTA Y UN MILLONES SETECIENTOS DIECINUEVE MIL CIENTO CUATRO PESOS M/CTE).

Valor a afectar por el no pago al IDU de \$180.000.000, (CIENTO OCHENTA MILLONES DE PESOS), correspondiente al saldo pendiente por \$180.000.000, del valor de la adición y prórroga de la interventoría, que asumió el contratista CON & CON SAS mediante oficio No. C&C-IDU-1246-2014-651 del 23 de Junio de 2015. De las actas tramitadas por el contratista durante la prórroga, la entidad descontó la suma de \$180.000.000. Sin embargo, la no facturación de los periodos de septiembre, octubre y noviembre de 2015, impidió el descuento de los \$180.000.000 restantes.

VALOR TOTAL A AFECTAR POR EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO: \$1.031.719.104 + \$180.000.000 = \$1.211.719.104 (MIL DOSCIENTOS ONCE MILLONES SETECIENTOS DIECINUEVE MIL CIENTO CUATRO PESOS M/CTE)” (resaltado del texto original).

189. Se evidencia que el IDU calculó la pena teniendo en cuenta el monto máximo al que podía ascender (o sea el 30% del precio del contrato, en caso de una inejecución total del objeto), cifra a la que descontó el porcentaje correspondiente a las obras que recibió y con base en ello estableció el valor al que ascendía el porcentaje a aplicar de cara a la efectiva ejecución del contrato, esto es, el 20,109% del precio del negocio jurídico. Al monto que arrojó la aplicación de tal porcentaje, restó la sanción que le había impuesto a la contratista con ocasión de la Resolución 4690 de 2017, es decir, \$156'808.190, operación que arrojó el monto de \$1.031'719.104 y a la que añadió la cantidad de \$180'000.000, por concepto del saldo que se comprometió asumir con la firma de la prórroga 1, referente al costo de la interventoría durante los meses adicionados al contrato de obra. El indicado cálculo arrojó la suma de \$1.211'719.104, monto respecto del cual se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria.

¹¹¹ Cifra a la que añadió el monto que la sociedad se comprometió asumir, por concepto del valor de la interventoría, con la suscripción de la prórroga 1 –la cifra de \$180'000.000–.

¹¹² Folio 53 de la Resolución 1399 de 2018.

190. Se evidencia entonces que la determinación de la sanción impuesta sí se cionó al examen de proporcionalidad que le correspondía efectuar a la entidad, toda vez que redujo el valor de la pena en proporción de la parte ejecutada y recibida del contrato.

191. Analizados los cargos que se plantearon en contra de las Resoluciones 1025 y 1399 de 2018, se concluye que la demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que los cobija, por lo cual se negará las pretensiones de nulidad que se enderezaron en su contra.

192. En cuanto a la Resolución 2425 del 13 de junio de 2018, en la que se liquidó unilateralmente el contrato, la demandante alegó que estaba viciada de nulidad por falta de competencia temporal, toda vez que su ejecutoria ocurrió después del vencimiento del plazo con que contaba el IDU para adoptar el balance final del contrato de manera unilateral. A su vez, la contratante indicó haber proferido el acto en los plazos previstos en el negocio jurídico para tal fin, comoquiera que lo hizo dentro de los 2 años siguientes al vencimiento del término pactado, esto es, los 6 meses siguientes a terminación del contrato y la liquidación unilateral en los 2 meses posteriores al fenecimiento del período previsto para la realización del balance bilateral—.

193. El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007¹¹³ prescribe que la competencia para liquidar el contrato, de forma bilateral o unilateral, corresponde con el término estatuido para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales —esto es, el consagrado en los artículos 136 en vigencia del CCA o 164 en aplicación del CPACA¹¹⁴—; es decir, el de dos (2) años siguientes al vencimiento del plazo,

¹¹³ ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.

¹¹⁴ “ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento

contabilizado a partir del vencimiento del período estipulado por las partes para concertar el cierre del contrato –o el supletivo de cuatro (4) meses establecido en la ley–, más el de dos (2) meses con el que cuenta la administración para hacerlo sin el asentimiento de la contratista.

194. En relación con la etapa de liquidación del contrato 1246 de 2014 se estipuló:

“VIGÉSIMA SÉPTIMA. El presente contrato se liquidará dentro de los seis (6) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del Contrato o la expedición del acto administrativo que ordene su terminación, de conformidad con lo estipulado en el artículo 60 de la ley 80 de 1993, modificado parcialmente por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, y el artículo 217 del Decreto-Ley 019 de 2012, y lo previsto en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007.

Si el CONTRATISTA no se presenta para efectos de la liquidación del Contrato, o las partes no llegan a ningún acuerdo, el IDU tendrá la facultad de liquidarlo de forma unilateral, dentro de los dos (2) meses siguientes al término inicialmente pactado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 de la ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá darse en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011”¹¹⁵.

195. En el transcrito precepto negocial se pactó un término especial para efectuar la liquidación del contrato, pues en su primer inciso se estableció que el finiquito de mutuo acuerdo se realizaría dentro de los seis (6) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato, plazo al cual las partes añadieron el período de dos (2) meses para que la entidad ejerciera la facultad de liquidar el negocio en forma unilateral y, en caso de no lograrse la liquidación los lapsos anteriormente señalados, las partes, en reconocimiento expreso de lo consagrado en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, estipularon que ésta podía darse dentro de los dos (2) años siguientes al fenecimiento del antedicho interregno.

196. Dado que el contrato 1246 de 2014 culminó el 10 de noviembre de 2015, según consta en el acta No. 13 del 11 de ese mismo mes y año¹¹⁶, el término de seis (6) meses estipulados para su liquidación de mutuo acuerdo corrió a partir del 11 de noviembre de 2015 hasta el 11 de mayo de 2016 y el plazo adicional de 2 meses establecido para su finiquito unilateral transcurrió entre el 12 de mayo y el 12 de julio de 2016. Los 2 años adicionales para realizar el balance final del negocio jurídico empezaron a correr a partir del 13 de julio de 2016 y fenecieron el 13 de julio de 2018. La Resolución 2425, por medio de la cual la entidad liquidó unilateralmente el negocio jurídico se expidió el 13 de junio de 2018, es decir, cuando el IDU aún contaba con la habilitación legal para proferir una determinación

del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga”.

¹¹⁵ Cd 1, “c_PROCESO_14-1-119024_01002015_11725948”.

¹¹⁶ Cd 1, archivo “DA_PROCESO_14-1-119024_01002015_17127070”

en tal sentido¹¹⁷, por lo cual se constata que no se configuró el vicio de incompetencia reseñado por la contratista.

197. No le corresponde a la Sala efectuar el finiquito judicial del contrato, dado que no se desvirtuó la presunción de legalidad que cobija a la Resolución 2425 de 2018.

198. Finalmente, en lo que concierne a la alegada alteración del equilibrio económico del contrato recuerda la Sala que el Tribunal negó este pedimento porque la demandante no lo acreditó, toda vez que a pesar de que se decretó el dictamen pericial que, entre otras cosas, tenía por objeto mostrar ese supuesto desfase en la economía del negocio jurídico, no lo aportó en el término que se le otorgó para ello, por lo cual se declaró como desistido.

199. En el recurso de apelación, la contratista señaló que se oponía a esta decisión porque la entidad sí desconoció el principio de planeación, lo cual impidió la ejecución del contrato en los términos y las condiciones inicialmente pactadas, y sí se presentaron las situaciones extrañas a las partes que alteraron el sinalagma contractual; además, porque debía tenerse en cuenta que se le ocasionaron graves detrimentos en atención a todos los emolumentos a los que hizo alusión en el juramento estimatorio y porque las sanciones que se le impusieron fueron injustas, al igual que el resultado de la liquidación unilateral.

200. La Sala no revocará en este punto la decisión del Tribunal. Es necesario precisar que la ecuación del equilibrio económico del contrato debe verificarse en consideración de las condiciones que las partes pudieron observar o anticipar al momento de la celebración del negocio jurídico, pues esa es la etapa en la que cada una de ellas evalúa la relación que debe existir entre sus prestaciones correlativas. Según esas condiciones, las partes estipulan la prestación y su remuneración, relación de equilibrio que en los términos del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, se debe mantener durante la ejecución del contrato para garantizar el cumplimiento del objeto pactado.

201. Entendido lo anterior, resulta claro que no es posible sostener que el sinalagma del contrato se ha alterado por efecto de la cláusula penal que se hizo efectiva en contra de la contratista, en tanto se trata de un concepto que no afecta el valor estimado de las prestaciones y contraprestaciones recíprocas estipuladas entre las partes al inicio de la relación contractual, sino de una tasación anticipada de perjuicios por el incumplimiento en el que incurrió la sociedad durante su ejecución.

202. En el mismo sentido, no es acertado aseverar que la economía del contrato pueda verse afectada en virtud de los resultados que arrojará la liquidación del negocio jurídico, pues se trata de un ejercicio destinado a establecer el balance que

¹¹⁷ El acto administrativo existe desde el momento en que se expide, sin extender ese análisis a la fecha en que queda en firme, pues esto último en nada afecta su nacimiento en el mundo jurídico. Con todo, la firmeza de la Resolución 2425 de 2018 ocurrió el 13 de julio de 2018 (índice 039 de SAMAI), mismo día en que feneció el plazo con que contaba la entidad para liquidar el contrato, de manera que, aun de considerar la firmeza de éste como elemento definitorio para la concreción del acto, lo cierto es que tal fenómeno aconteció dentro del plazo con que contaba la entidad para liquidar el negocio jurídico.

refleja su ejecución al momento de su finalización, que, por lo mismo, no puede impactar el costo de relación estimado entre prestaciones y contraprestaciones.

203. De otra parte, la Sala no desconoce que la celebración de la prórroga del 30 de junio de 2015 no supone, *per se*, que la contratista hubiere renunciado a reclamar los mayores costos en que pudo haber incurrido en virtud de las causas que la motivaron, así como tampoco a asumir los que se hubieren podido generar por efecto del tiempo adicional pactado, los cuales, en uno y otro caso, habrían podido conducir a una alteración del equilibrio económico del contrato, siempre y cuando se estableciera que los motivos que condujeron a ello no le fueron atribuibles a la contratista. Sin embargo, se muestra innecesario abordar ese estudio, toda vez que para acceder a un reconocimiento compensatorio con origen en esas causas resultaba imprescindible que la demandante acreditara que la economía global del contrato se afectó al punto de llevarla a pérdidas, de lo cual no hay prueba, pues, como refirió el Tribunal, el dictamen que se había decretado con tales propósitos finalmente no se incorporó al plenario por desidia de la propia demandante, que no lo allegó en el término que le fue concedido para ello.

204. Se advierte que el juramento estimatorio no supe esa carga de la demandante, pues, aunque no fue objetado por el IDU, éste no tiene la virtualidad para establecer que, por efecto de las causas alegadas por la actora, la simetría prestacional considerada al momento de celebrar el negocio jurídico se hubiere alterado al punto de romper el balance global estimado en ese momento y generar pérdidas al contratista, que es la base para que proceda a reconocerse la compensación por este concepto.

205. En virtud de todo lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en tanto, por las razones expuestas, no se procede a la declaratoria de nulidad de ninguno de los actos enjuiciados, ni a la pretensión concerniente a la alteración del equilibrio económico del contrato.

Costas

206. Dado que a este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 1, es procedente emitir una condena en costas en contra de la sociedad, comoquiera que resultó vencida en el proceso, dado que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación. Se advierte que bajo las reglas del código en cita la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, "*siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley*".

207. La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

208. En relación con las agencias en derecho, se pone de presente que se rigen por el Acuerdo 10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura,

vigente para la fecha en que se presentó la demanda. Dado que el IDU contaba con un apoderado judicial para su defensa en segunda instancia de este proceso, se condenará a la demandante a pagar por este concepto el monto un (1) SMLMV a favor de aquella¹¹⁸, condena reducida, en atención a la prosperidad parcial de la demanda, como se explicó.

PARTE RESOLUTIVA

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,

FALLA:

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia del 17 de octubre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de la segunda instancia a la parte demandante, para lo cual se fija como agencias en derecho de esta instancia, la suma equivalente a un (1) SMLMV a favor de Instituto de Desarrollo Urbano –IDU–.

TERCERO. En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de 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 <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.



¹¹⁸ El artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 establece que, en procesos declarativos en general, la condena por agencias en derechos en segunda instancia debe oscilar entre 1 y 6 SMLMV.