

MARCO NORMATIVO DEL CONTRATO ESTATAL – Ley 153 de 1887 – Ley 80 de 1993

[...] en los términos del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, el régimen jurídico del contrato 200 de 2006 es el previsto en la Ley 80 de 1993, vigente al momento de su celebración. Por tanto, este será el marco normativo bajo el cual se llevará a cabo el análisis de la controversia sometida a juicio.

CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA – Acuerdo de voluntades – Aplicación del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007

[...] cabe señalar que en este negocio jurídico se pactó una cláusula penal pecuniaria, estipulación a la que le resulta aplicable lo dispuesto en el parágrafo transitorio del artículo 17 de la 1150 de 2007, a cuyo tenor: “[l]as facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.

DEBIDO PROCESO – Constitución Política artículo 29 – Alcance – DEBIDO PROCESO EN MATERIA SANCIONATORIA CONTRACTUAL- Aplicación a las actuaciones administrativas sancionatorias de carácter contractual

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso como un conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, en virtud de las cuales se busca la protección de toda persona involucrada en una actuación administrativa o judicial, imponiéndole a quien asume su dirección la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente definido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías —derechos y obligaciones— de quienes se encuentran incurso en un relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”.

En materia administrativa, ha sido entendido que el debido proceso es de ineludible observancia y su garantía debe armonizarse con la aplicación de los principios que orientan la función administrativa, incluso en el ámbito de la contratación estatal, cuando en pro de la continua y eficiente prestación de los servicios y bienes objeto de la contratación se hiciera necesario adoptar decisiones que afecten los intereses del contratista, como cuando la administración ejerce su potestad sancionadora, que si bien se efectúa unilateralmente, debe estar precedida de un procedimiento mínimo que preserve las garantías del debido proceso del afectado, tornando improcedente la imposición de sanciones de plano, es decir, sin formula de juicio.

LA DEBIDO PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL- Reglas jurisprudenciales antes de la Ley 1150 de 2007 – Primera etapa – Aplicación de las normas del Código Contencioso Administrativo – Segunda etapa – requerimiento previo al contratista

Aunque la obligación de la administración de respetar el debido proceso en el ámbito sancionatorio contractual no fue contemplada explícitamente en la Ley 80 de 1993, lo cierto es que su desarrollo, fundado en el artículo 29 de la Constitución Política, fue eminentemente jurisprudencial.

[...] En una primera etapa, se consideró que la imposición de una sanción exigía que la administración aplicara el debido proceso dentro de las actuaciones administrativas previas a su decreto, con fundamento en la remisión que la Ley 80 de 1993 (artículo 77) hace a la normas generales del CCA (artículos 3, 14, 28, 34, 35 y 50) o, en su defecto, a la Ley 58 de 1982 (artículo 5º), puesto que, al tratarse de una medida trascendental, no puede ser tomada en forma sorpresiva para el contratista, a quien debe brindársele la oportunidad tanto de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales, como de contradecir las imputaciones de incumplimiento que se le atribuyen, sin perjuicio de los recursos administrativos y las acciones judiciales que pueda interponer.

En una segunda etapa, la Sección Tercera matizó esta posición, al establecer que, si bien la administración debe garantizar el debido proceso en materia sancionatoria y adelantar un procedimiento administrativo previo, este no podía concebirse como uno general o gubernativo puro en los términos del CCA ni implicar necesariamente la formación de un expediente. En su lugar, se sostuvo que debía llevarse a cabo de manera ágil, a través de un requerimiento previo al contratista, brindándole la oportunidad de pronunciarse sobre el incumplimiento que se le atribuye, con el propósito de que se defendiera de dicha imputación y solicitara la práctica de pruebas para contradecir aquellas que se presentaran en su contra. Al punto, se indicó que “incluso, ese requerimiento podría entenderse satisfecho cuando la Administración durante el lapso de ejecución del contrato le ha venido manifestando al contratista sus observaciones, quejas, reclamos, incumplimientos y le ha solicitado mejorar o corregir los servicios, obras y suministros en los informes y correspondencia dirigida a éste por el interventor o supervisor del contrato, o en las inspecciones y visitas in situ de la obra, o en las reuniones efectuadas con el contratista, etc., y en consecuencia, le ha pedido las explicaciones del caso y otorgado la oportunidad de justificar. Importa resaltar que para que sea válido ese requerimiento como garantía del debido proceso, su contenido u objeto debe guardar correspondencia, coincidir o ser congruente o, mejor aún, tener relación directa con los hechos y motivos que luego dan lugar a la declaratoria de caducidad del contrato [o la imposición de una sanción], pues, en caso contrario, esto es, si dicho requerimiento está referido a circunstancias, situaciones o materias ajenas o extrañas a las que sirvieron de fundamento para la adopción de la medida sancionatoria, no puede tener la propiedad o virtualidad de

garantizar el debido proceso contractual". En definitiva, en materia sancionatoria contractual, la jurisprudencia citada reclamó que las garantías del debido proceso fueran aplicadas de manera atemperada, armonizándolas con los fines de la contratación pública y la prevalencia del interés general, sin que la medida sancionatoria resultara sorpresiva o intempestiva para el contratista, y que, en todo caso, se otorgara al interesado la oportunidad de expresar su opinión y contradecir los elementos de juicio que la entidad contratante esgrimiera en su contra, antes de adoptarse la decisión.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Ley 1150 de 2007 artículo 17 - Ausencia de reglamentación del procedimiento administrativo - Ley 1474 de 2011, artículo 86 -Reglamentación - Procedimiento sancionatorio

Ahora bien, los fundamentos jurisprudenciales anteriores fueron incorporados formalmente al ordenamiento jurídico a través del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que dispuso que las garantías del debido proceso, como principio rector en materia contractual, se extienden a la fase de formación de los actos administrativos sancionatorios —se hizo referencia a las multas y cláusulas penales pecuniarias—, dado que los contratistas tienen el derecho a ser escuchados en un procedimiento mínimo con antelación a la toma de una decisión que afecte sus intereses, lo que les permite discutir y controvertir los elementos de incumplimiento que se les imputan y ejercer su derecho de contradicción y defensa.

En este sentido, aun cuando la Ley 1150 de 2007 incorporó expresamente el debido proceso en materia sancionatoria contractual, estableciendo la observancia de un procedimiento sumario que garantizara el cumplimiento del artículo 29 de la Constitución Política, no reglamentó expresamente dicho procedimiento, habiendo sido con la expedición de la Ley 1474 de 2011, concretamente mediante su artículo 86, que aquel quedó consagrado. Con todo, esta última norma no será analizada en esta oportunidad, en tanto no resulta aplicable al contrato objeto de controversia, dado que para la fecha de su celebración y ejecución aquella ley aún no había sido promulgada.

INTERVENTORÍA - No puede iniciar procedimiento administrativo sancionatorio - Obligación de la entidad contratante - Prohibición de delegación de facultades sancionatorias

En lo relativo a la posibilidad de que sea la interventoría, como intermediaria de la relación negocial, la que inicie el procedimiento sancionatorio previsto en la Ley 1150 de 2007, la Sección Tercera, en pronunciamiento reciente, determinó que esta competencia corresponde única y exclusivamente a las entidades contratantes, quienes no pueden delegar al interventor su posición contractual ni, mucho menos, las facultades sancionatorias que legalmente le fueron otorgadas.

DEBIDO PROCESO SANCIONATORIO EN MATERIAL CONTRACTUAL – Alcance

El procedimiento sancionatorio, como se expuso en párrafos precedentes, debe garantizar un debido proceso integral, lo que implica, entre otras salvaguardas, una adecuada formación de la voluntad de la administración, mediante la comunicación formal, por parte de la entidad contratante —no de la interventoría—, en la que se le imputen cargos de incumplimiento al contratista, especificando los hechos que los originan, las sanciones que podrían imponérsele —de las tantas que puede contener el contrato—, y las pruebas que la administración posee y en las que funda los cargos formulados. Esto, con la finalidad de permitir al contratista conocer y definir su posición para determinar cómo asumirá y ejercerá su derecho de contradicción y defensa frente a los reproches que se le endilgan, así como contar con la oportunidad de rebatir y exponer ante la misma administración —entidad contratante— sus planteamientos y las pruebas que desee hacer valer, oportunidades estas de las que también debe gozar la aseguradora, dado que estaría llamada a responder ante la eventual realización del riesgo amparado.



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

CONSEJERA PONENTE: ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 25000-23-26-000-2010-00346-02 (63296)
Demandantes: Rafael Eduardo Parra Cortez, María Victoria Forero Carillo y Germán Darío Rodríguez Medrano (integrantes del Consorcio San Pedro 068)
Demandado: Bogotá Distrito Capital - Secretaría de Educación Distrital
Referencia: Controversias contractuales – CCA

TEMAS: DEBIDO PROCESO EN MATERIA SANCIONATORIA – desarrollado a partir del artículo 29 de la Constitución Política y, luego, incorporado al ordenamiento jurídico en el artículo 17 de Ley 1150 de 2007, como el derecho del contratista a ser escuchado en un procedimiento mínimo antes de la adopción de una sanción, con el que se garantice su derecho de contradicción y defensa respecto de los elementos de incumplimiento que se le endilgan. // FUNCIONES DE LA INTERVENTORÍA – consiste en verificar y controlar la ejecución de la obra sin que ello signifique sustituir o reemplazar a la entidad contratante en la toma de decisiones, como lo es iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio. // CONDENA EN ABSTRACTO – en los términos del artículo 172 del CCA, procede cuando, acreditada la existencia del daño, no se prueba en forma suficiente la cuantía del restablecimiento económico pretendido en la demanda.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 27 de junio de 2018, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió a las pretensiones principales de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El Consorcio San Pedro 068 suscribió con la Secretaría de Educación Distrital el contrato 200 de 2006, con el objeto de ejecutar obras para el mejoramiento integral de la planta física de la Institución Educativa San Pedro Claver. Una vez transcurrido el plazo estipulado, sin que se hubieran entregado todas las obras encomendadas, la entidad contratante declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento e impuso la cláusula penal pecuniaria, con base en los requerimientos previos que había efectuado la interventoría al contratista por atrasos en el programa de trabajo, así como en un informe de incumplimiento elaborado por la misma interventoría. A pesar de que dicha decisión fue objeto de recurso de reposición, el ente contratante la confirmó en su integridad.

En el presente litigio, la parte demandante alega que los actos administrativos que contienen las decisiones referidas anteriormente fueron proferidos en contravención al principio del debido proceso, dado que la entidad contratante en ningún momento adelantó un procedimiento previo a la imposición de la sanción que garantizara al contratista la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción y defensa respecto



de las acusaciones de incumplimiento que le fueron atribuidas. En consecuencia, solicita que se declare su nulidad y, como medida de restablecimiento del derecho, que se ordene el reintegro del valor de la cláusula penal.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Mediante escrito radicado el 28 de mayo de 2010¹, subsanado el 27 de octubre de 2010², Rafael Eduardo Parra Cortez, María Victoria Forero Carillo y Germán Darío Rodríguez Medrano (integrantes del Consorcio San Pedro 068³) presentaron demanda, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, contra Bogotá Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital —en lo sucesivo, SED—, con la finalidad que se accediera a las siguientes **pretensiones** (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“PRIMERA: Se declare la nulidad de la resolución 444 del 24 de febrero de 2009, por medio de la cual se hace efectiva la cláusula décima sexta, cláusula penal pecuniaria y se declara la ocurrencia del siniestro del riesgo de incumplimiento del contrato de obra 200 de 2006, por haberse expedido de manera irregular.

Pretensión subsidiaria a la primera principal: Que se rebaje el valor de la cláusula penal impuesta mediante la Resolución 444 del 24 de febrero de 2009 en aplicación de los principios de proporcionalidad y equidad respecto de la obra efectivamente ejecutada y aceptada por la entidad contratante.

SEGUNDA: Se declare la nulidad de la Resolución 1945 de 11 de agosto de 2009 por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 444 del 24 de febrero de 2009, por haberse expedido y por ser confirmatoria de una Resolución expedida de manera irregular.

Pretensión subsidiaria a la segunda principal: Que se rebaje el valor de la cláusula penal confirmada mediante la Resolución 1945 de 11 de agosto de 2009, impuesta por la Secretaría de Educación del Distrito, mediante la Resolución 444 de febrero de 2009, en aplicación de los principios de proporcionalidad y equidad respecto de la obra efectivamente ejecutada y aceptada por la entidad contratante.

TERCERA: Como consecuencia de la nulidad de la Resolución 444 del 24 de febrero de 2009, y la nulidad de la Resolución 1945 de 11 de agosto de 2009, restablézcase el derecho al contratista, consorcio San Pedro 068, y reintégrese la suma de doscientos noventa millones sesenta y seis mil catorce pesos con ochenta y ocho centavos (\$290.066.014,88).

CUARTA: Que la suma de dinero referida en la anterior pretensión se entregue a Consorcio San Pedro 068 actualizada a la fecha de su desembolso.

QUINTA: Que se paguen los intereses moratorios que se causen.

¹ FI 5 a 38, C.1.

² FI 67 a 68, C.1.

³ El consorcio San Pedro 068 fue integrado con la finalidad de participar en la Licitación Pública LP-SED-SPF-068-2006 y lo constituyeron: Rafael Eduardo Parra Cortez, con una participación del 50%; María Victoria Forero Carrillo, con una participación del 25%, y German Darío Rodríguez Medrano, con una participación del 25%. FI 12 a 13, C.



SEXTA: Que se condene en costas a la demandada”.

1.2. En síntesis, la parte actora narró los siguientes **hechos**:

1.2.1. Manifestó que, el 14 de diciembre de 2006, tras haber resultado vencedor de un proceso de licitación pública, el Consorcio San Pedro 068 celebró con la SED el contrato de obra 200 de 2006, cuyo objeto consistía en la ejecución de los trabajos de mejoramiento integral de la planta física de la Institución Educativa Distrital San Pedro Claver, ubicada en la localidad de Kennedy, con un plazo de ejecución de 270 días calendario, contados a partir de la firma del acta de inicio, y por un valor de \$1.450.066.014,40, incluido AIU.

1.2.2. Refirió que, el 20 de febrero de 2007, las partes suscribieron el acta de inicio del contrato, estableciéndose como fecha de terminación el 16 de noviembre de la misma anualidad.

1.2.3. Afirmó que si bien el contrato se venía desarrollando con normalidad, durante los 2 últimos meses del plazo pactado la ejecución fue inferior a la proyectada, por causas no imputables al contratista, como consecuencia: (i) de discrepancias entre las cantidades de obra contratadas y las presupuestadas por la consultoría, lo que afectó tanto el valor del contrato como el tiempo de ejecución; (ii) de la inclusión de *ítems* no previstos que tenían carácter de prerequisites; (iii) de problemas con la definición del nivel de profundidad de la excavación, la ubicación definitiva de la viga canal de cubierta y los pases para viga canal para drenaje de aguas lluvias; y (iv) de retrasos en la entrega de los planos debidamente firmados y en la autorización para la ejecución del estudio de suelos y del pañete impermeabilizado en el tanque de almacenamiento.

1.2.4. Expresó que, aunque el contratista comunicó oportunamente las dificultades técnicas mencionadas, solo fue hasta el 1º de noviembre de 2007, cuando restaban 16 días para la finalización del plazo pactado, que la interventoría aprobó *“cincuenta y dos (52) ítems diferentes cuyo trámite y ejecución demandaba por lo menos dos (2) meses adicionales, los cuales no hacían parte del alcance del objeto contrato”*.

1.2.5. Aseveró que el 16 de noviembre de 2007 la interventoría presentó el acta de entrega física de la obra, en la cual determinó que, habiéndose culminado el plazo pactado, quedaba pendiente la ejecución del 12.31% del objeto contractual, sin que hubiera tenido en cuenta que los trabajos *“fueron ejecutados hasta donde fue posible con el presupuesto asignado por la SED”*.

1.2.6. Adujo que la SED profirió la Resolución 444 del 24 de febrero de 2009, por medio de la cual declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, basándose en dos informes de la interventoría que advirtieron el incumplimiento del consorcio contratista. Según la demanda, tal decisión fue adoptada sin que, previamente, el ente contratante hubiera requerido



al contratista para que rindiera los descargos correspondientes, lo que constituyó una *“violación al derecho sustancial al debido proceso y el derecho de defensa que tenía el consorcio”*, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

1.2.7. Indicó que, el 18 de marzo de 2009, el consorcio San Pedro interpuso recurso de reposición en contra de la decisión anterior, bajo el argumento, en síntesis, que el presupuesto asignado al contrato había sido insuficiente, por consiguiente *“las obras se ejecutaron con gran celeridad mientras existieron los recursos económicos para la ejecución del contrato, los cuales al no existir llevaron al consorcio a problemas de financiación [...], los que por ser de conocimiento de la interventoría, esta debió optar por un comportamiento que ayudara al consorcio y restablecer el equilibrio económico del contrato como es el deber de la Entidad”*.

1.2.8. Señaló que la SED profirió la Resolución 1945 del 11 de agosto de 2009, por medio de la cual confirmó en su integridad la Resolución 444 de 2009, al considerar que el incumplimiento atribuido al consorcio no devino de problemas de financiación por la inclusión de *ítems* adicionales no previstos, como tampoco de las alegadas deficiencias de la interventoría, sino que obedeció a la incapacidad financiera del contratista para responder a las exigencias económicas del negocio jurídico; de tal manera, concluyó que *“las modificaciones introducidas al alcance original del contrato por la existencia de mayores cantidades de obra no desequilibraron el contrato, puesto que entre la interventoría y el consorcio contratista balancearon el presupuesto del contrato sin que se hubiera adicionado en ningún momento el valor del contrato original”*.

1.2.9. Afirmó que, si bien la SED rechazó la existencia del desequilibrio económico de contrato como fundamento del incumplimiento atribuido al contratista, lo cierto es que aquella *“recibió a satisfacción todas las obras del proyecto, tanto el 87.69% de las obras recibidas a la fecha de terminación del contrato, como el 12.31% restante recibido con posterioridad [...] y pese a ello impuso la sanción de cláusula penal pecuniaria”*, que ascendió al 20% del valor del contrato, sin haber considerado que la cláusula décima sexta del contrato disponía *“que la imposición de la sanción pecuniaria debe consultar la gravedad del incumplimiento”*.

1.2.10. Manifestó que, el 10 de agosto de 2009, el consorcio San Pedro 068 solicitó a la SED que, en caso de mantenerse la decisión de aplicar la cláusula penal pecuniaria, la sanción debía ser rebajada proporcionalmente de acuerdo con la gravedad del incumplimiento, tal como había sido dispuesto en la cláusula décimo sexta del contrato, sin que tal solicitud fuese respondida por la entidad contratante.

1.3. Como **fundamento jurídico**, el consorcio demandante invocó el artículo 29 de la Constitución Política, los artículos 1596 y 1603 del Código Civil, el artículo 867 del Código de Comercio, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Con sustento en estas disposiciones, manifestó que *“el acto administrativo por el que se declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y se hizo efectiva la cláusula penal (Resolución 444 de 2009) y el acto administrativo*



que desestimó el recurso de reposición (Resolución 1945 de 2009) infringieron las normas en que deberían fundarse, se dieron con desviación de las atribuciones propias de la entidad” y se profirieron con transgresión al debido proceso sancionatorio.

Al respecto, precisó que, dada la naturaleza conmutativa del contrato de obra 200 de 2006, las partes involucradas tenían el derecho recíproco de exigirse el cumplimiento de las prestaciones a las que se habían obligado desde un inicio y el deber jurídico de desempeñarlas de buena fe, lo que se vio alterado con la posición adoptada por el ente contratante, al dilatar la entrega de unos requerimientos técnicos esenciales y, además, al exigir al consorcio acometer mayores cantidades de obra a las pactadas inicialmente. En ese contexto, señaló que la actuación de la entidad contratante no solo hizo que el cumplimiento de las obligaciones del contratista fuese más oneroso, afectando el equilibrio económico del contrato, sino que también impidió la continuidad de la obra dentro de los plazos convenidos; por tanto, concluyó que fue el mismo incumplimiento de la entidad contratante el que llevó a que el consorcio cumpliera tardíamente sus obligaciones, siendo a todas luces improcedente que el contratista sea sujeto pasivo de la imputación de incumplimiento y acreedor de la sanción que ahora se discute.

Aunado a lo anterior, esgrimió que dentro del proceso sancionatorio que culminó con la Resolución 444 de 2009, la SED vulneró el derecho a la defensa y al debido proceso del consorcio contratista, pues nunca lo requirió para rendir descargos y, así, tener la oportunidad de controvertir las acusaciones de incumplimiento que le habían sido endilgadas, ni tampoco se le citó a una audiencia para tal fin, lo que constituye una violación directa de los artículos 29 de la Constitución Política y 17 de la Ley 1150 de 2007.

Por último, alegó que, en el hipotético caso de que los argumentos expuestos fueran desestimados, al juez le corresponde realizar un juicio de proporcionalidad a efectos de considerar la reducción de la cláusula penal impuesta al consorcio San Pedro, pues, en su criterio, *“la misma resulta excesiva frente al porcentaje de obra ejecutado a la fecha de su imposición, el cual fue del 86%, tal como consta en el acta de recibo, y además porque las obras ejecutadas fueron finalmente aceptadas en su integridad, y en consideración a esto se cumplirían los presupuestos facticos que trae la ley [artículos 1596 del Código Civil y 876 del Código de Comercio] para que proceda la reducción de la cláusula penal en aplicación de los principios de proporcionalidad y equidad”*.

2. La coadyuvancia

Seguros del Estado S.A.⁴, en calidad de litisconsorte necesario por activa⁵ al haber sido el garante del contrato de obra objeto de esta controversia, coadyuvó las

⁴ FI 551 a 559, C.1.

⁵ FI 546 a 547, C.1.



pretensiones de la demanda orientadas a obtener la nulidad de las Resoluciones 444 y 1945 de 2007, con el argumento de que la Administración vulneró el debido proceso al declarar el siniestro de incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria sin antes haber convocado al contratista y al garante a la audiencia de descargos prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 o, al menos, haberlo vinculado a un procedimiento formal en el que cada uno de ellos pudiera ejercer su derecho de contradicción y defensa frente a las acusaciones de incumplimiento.

Manifestó que las resoluciones referidas se encuentran viciadas de falsa motivación por error de hecho, toda vez que, si bien no se discute que para la fecha en que estas fueron proferidas el porcentaje de ejecución del contrato era de 87.6%, también resulta cierto que, durante el interregno en que finalizó el plazo de ejecución contractual y se impuso y confirmó la sanción, el contratista ejecutó las tareas pendientes, logrando un cumplimiento del 99.74%, tal como quedó plasmado en la liquidación del contrato, *“lo que es indicativo de que la cláusula penal en las circunstancias actuales no puede hacerse efectiva por la totalidad pactada en el contrato, como tampoco podía hacerse en su momento, en virtud de la proporcionalidad de la sanción o la pena [...], de conformidad con el artículo 1596 del CC y 44 del CPACA”*.

3. Contestación de la demanda

La SED⁶ se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, con sustento en que las resoluciones sancionatorias, cuya nulidad se pretende en el presente asunto, *“son el resultado del incumplimiento por parte del contratista y acatamiento a lo pactado en el contrato, donde se presentó desfase en su ejecución debido a moras injustificadas en el suministro de insumos básicos”*.

Con fundamento en lo expuesto propuso como excepciones: **(i)** *“legalidad de los actos administrativos”*, pues al no haber sido posible la entrega de la obra en el plazo pactado, es evidente que debían aplicarse las disposiciones contractuales que obligaban a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la cual no es más que una forma de regulación contractual de los efectos de incumplimiento; **(ii)** *“Inexistencia del nexo causal entre la conducta del ente demandado y el hecho generador de la mayor permanencia en obra”*, dado que el siniestro por incumplimiento obedeció a circunstancias claramente determinadas y exclusivamente imputables al contratista, relacionadas con la falta de material para terminar la obra; y **(iii)** *“Falta de causa para demandar”*, dado que el accionante no tiene justo título para solicitar la acción contractual, debido a que la administración actuó conforme con lo señalado en las disposiciones legales vigentes y sobre hechos ciertos y demostrados.

⁶ FI 78 a 95, C.1.



4. Alegatos de conclusión en primera instancia

4.1. La parte demandante⁷ y la SED⁸ insistieron en los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación, respectivamente.

4.2. El Ministerio Público⁹ rindió concepto favorable a los intereses de la parte actora, al considerar que, en efecto, los actos administrativos sancionatorios impugnados están viciados de nulidad, dado que la SED los profirió con vulneración al debido proceso y al derecho de defensa del consorcio San Pedro 068, pues *“le impuso una sanción de plano, basada en un relación de actuaciones, requerimiento y cargos impuestos por la interventoría del contrato, fundamentándose en pruebas que allí se relacionan [...] sin que se hubiera adelantado un procedimiento que hubiese dado la oportunidad al contratista de controvertirlas”*, desconociendo, además, lo prescrito en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que establece la necesidad de adelantar una audiencia del afectado antes de emitir sanción alguna.

4.3. Seguros del Estado S.A. guardó silencio en esta oportunidad procesal.

5. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 27 de junio de 2018¹⁰, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas principales de la demanda: **(i)** declaró la nulidad de la Resolución 444 del 24 de febrero de 2009, mediante la cual la SED declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, así como de la Resolución 1945 del 11 de agosto de 2009, a través de la cual se confirmó la anterior; y **(ii)** como restablecimiento del derecho, ordenó a la SED reintegrar al Consorcio San Pedro 068 la suma de \$445'864.294,24, monto derivado de la cláusula penal pecuniaria pagada, debidamente indexado.

Como fundamento de su decisión, sostuvo que, en virtud de la retrospectividad fijada en el artículo 33 de la Ley 1150 de 2007, al contrato de obra 200 de 2006 le resultaba aplicable el artículo 17 *ejusdem*, el cual establece *“que al ser el debido proceso un principio rector en materia sancionatoria, es obligación de la autoridades aplicar un procedimiento mínimo que garantice los derechos de contradicción y defensa del contratista, o lo que es igual, que se debía asegurar que la decisión estuviera precedida de audiencia del afectado”*.

En este contexto, destacó que, durante la ejecución del contrato objeto de análisis, la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, en su calidad de interventor, inició una serie de requerimientos al consorcio contratista debido al atraso en la entrega de los trabajos encomendados, sin que este pudiera justificar dicha situación, la cual continuó hasta la fecha de finalización del plazo contractual pactado, ya que no fue

⁷ FI 479 a 515, C.1.

⁸ FI 516 a 519, C.1.

⁹ FI 537 a 543, C.1.

¹⁰ FI. 576 a 591, C. Ppal.



posible entregar la totalidad de la obra, lo cual condujo a la SED a que, mediante las resoluciones controvertidas, declarara la ocurrencia del siniestro de incumplimiento e hiciera efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato.

De acuerdo con lo expuesto, consideró que la SED no agotó el trámite sancionatorio contemplado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, *“pues se limitó a recibir los requerimientos efectuados por la interventoría y las contestaciones del consorcio, sin agotar ante sus dependencias audiencia de descargos y sin escuchar de manera directa al contratista, lo que evidencia la violación al debido proceso”*. Añadió que tampoco era aceptable el argumento de la demandada, según el cual el derecho al debido proceso estaba garantizado con el simple hecho de que la interventoría hubiera requerido al contratista para que explicara las razones del incumplimiento y, de esta manera, tenerse por agotada la audiencia de descargos exigida normativamente, pues *“si bien no se desconoce [...] el interventor en los contratos de obra es el representante de la entidad pública frente al contratista, [lo cierto es que] esa representación se hace en lo referente a los conocimientos técnicos”* y no en materia sancionatoria que es exclusiva de las entidades sometidas al EGCAP.

En tales condiciones, concluyó que no existe justificación legal para que el trámite sancionatorio analizado hubiere sido adelantado por la interventoría, ni para que la SED hubiera omitido la audiencia de descargos exigida normativamente, con lo cual encontró acreditado que dicha entidad transgredió el derecho al debido proceso del consorcio contratista y, como consecuencia, consideró procedente la declaratoria de nulidad de las resoluciones sancionatorias controvertidas.

6. Recurso de apelación

La SED interpuso recurso de apelación¹¹ en el que solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda.

Contrario a lo decidido por el *a quo*, la recurrente señaló que *“en todas y cada una de las actuaciones que dieron lugar a las resoluciones atacadas, se le concedieron las garantías y oportunidades para que el contratista ejerciera su derecho de defensa y contradicción, quedando claro que no hubo violación al debido proceso por parte de la entidad contratante”*.

En este sentido, sostuvo que, aunque no se hubiera celebrado la audiencia del afectado de que trata el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el Tribunal desconoció que, de acuerdo con el artículo 87 del Decreto 2474 de 2008 —norma vigente para la época de ocurrencia de los hechos—, era el manual de contratación de la propia SED, que establecía el procedimiento a seguir para garantizar el debido proceso del contratista antes de la imposición de una sanción, el cual, en el presente asunto, se cumplió cabalmente, *“mediante las respuestas a los requerimientos que le solicitaba*

¹¹ Fl. 593 a 598, C. Ppal.



la interventoría, donde pudo hacer mención de todas la situaciones fáctica que quisiera hacer valer para poner en consideración de la administración [...], teniendo en cuenta que en audiencia de descargos se iba a efectuar la misma alusión por parte del contratista que hiciera en su oportunidad de manera escrita”.

Manifestó que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2017 no hace ninguna referencia a que la interventoría, encargada en este asunto a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, *“no pudiese efectuar requerimiento o sugerencia respecto del incumplimiento del contratista, por el contrario como la norma y jurisprudencia lo ha establecido¹², la interventoría como representante de la entidad ante el contratista conoce más de cerca las situaciones no solo técnica [como incorrectamente indicó el Tribunal], sino de toda índole que sucede en la órbita del contrato para que sea el que requiera de prima mano frente a posibles fallas”*; situación que, a juicio de la recurrente, se presentó en este caso, pues la interventoría, al reunir todo el material probatorio, incluidos los descargos presentados por el contratista, no solo sugirió a la entidad contratante declarar el incumplimiento, sino que, además, prestó el acompañamiento a la SED hasta que expidiera los actos administrativos que impusieron las sanciones.

Finalmente, solicitó que, en el hipotético caso de no acogerse los argumentos de inconformidad expuestos, se prestara especial atención a los valores ordenados a reintegrar por concepto de la cláusula penal pecuniaria, pues no había prueba alguna que permitiera establecer que *“efectivamente el contratista haya cancelado o mejor la entidad haya efectuado el cobro de dicho dinero”*, con lo cual no resulta procedente su reintegro, ni tampoco se justificaría la indexación que dispuso el *a quo*.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

7.1. La parte demandante¹³ reiteró los argumentos expuestos en las oportunidades anteriores y, con fundamento en ellos, solicitó que se confirmara íntegramente la sentencia de primera instancia, al encontrarse probada la ilegalidad de los actos administrativos cuestionados. En cuanto a la inconformidad del recurrente relativa a la condena impuesta como restablecimiento del derecho, agregó que *“se evidencia que el mismo no da cumplimiento al principio de probar el presupuesto de hecho que alega; contrario a su decir, en el proceso se encuentra probada la afectación patrimonial causada al demandante con la imposición de la medida cuestionada”*.

7.2. La SED, Seguros del Estado S.A y el Ministerio Público guardaron silencio.

¹² La recurrente citó como sustento de sus afirmaciones la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2013, exp. 25199.

¹³ Fl. 633 a 643, C. Ppal.



III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la SED, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) presupuestos procesales; (2) objeto del recurso y problemas jurídicos a resolver; (3) hechos probados; (4) caso concreto, y (5) costas.

1. Presupuestos procesales

1.1. Con fundamento en los artículos 82 del CCA¹⁴ y 75 de la Ley 80 de 1993¹⁵ —vigentes para la época en que fue presentada la demanda—, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde conocer el presente asunto, dado que la controversia versa sobre la legalidad de las resoluciones que impusieron la cláusula penal pecuniaria por incumplimiento contractual, en el marco de un contrato de obra suscrito entre un consorcio y un órgano del Distrito Capital, concretamente la SED¹⁶, que se encuentra habilitada para celebrar contratos por delegación del alcalde de Bogotá¹⁷, los cuales se rigen por el Estatuto General de la Administración Pública (EGCAP)¹⁸.

Por su parte, al Consejo de Estado le corresponde desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 27 de junio de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conforme con lo previsto en los artículos 129¹⁹ y 132.5²⁰ del CCA, dado que el proceso tiene vocación de doble instancia, en tanto la única pretensión económica de la demanda excede los 500 SMLMV a la fecha de su presentación²¹.

¹⁴ “Artículo 82 —modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006—. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas [...]”.

¹⁵ “Artículo 75. [...] el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa [...]”.

¹⁶ “Acuerdo 26 de 1955 expedido por el Concejo de Bogotá. “Artículo 1º. Créase la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá”.

¹⁷ Decreto 1421 de 1993. “Artículo 38. Atribuciones. Son atribuciones del alcalde mayor: [...] 15. Adjudicar y celebrar los contratos de la administración central, de conformidad con la ley y los acuerdos del Concejo. Tales facultades podrán ser delegadas en los secretarios y jefes de departamento administrativo”.

¹⁸ Ley 80 de 1993. “Artículo 1º. La presente Ley tiene por objeto disponer las reglas y principio que rigen los contratos de las entidades estatales. // Artículo 2º. Para los solos efectos de esta Ley: 1º. Se denominan entidades estatales: a) [...] el Distrito Capital [...]”.

¹⁹ “Artículo 129 —modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998— El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos [...]”.

²⁰ “Artículo 132 —modificado por el artículo 39 de la Ley 446 de 1998—. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes [...], cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales”.

²¹ La demanda fue presentada en el 2010, época para la cual el salario mínimo era de \$515.600; por tanto, los 500 salarios mínimos equivalían a \$257.800.000, lo cual supone que la cuantía estimada en dicho escrito, que ascendía a \$290.066.014,88, supera el monto legalmente exigido.



1.2. La acción procedente es la de controversias contractuales, prevista en el artículo 87 del CCA²², de acuerdo con lo previsto en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993²³, el cual establece que los actos administrativos proferidos con ocasión de la actividad contractual de las entidades regidas por el EGCAP deben ser enjuiciados a través de dicha acción. Este supuesto es aplicable al presente asunto, porque la parte demandante busca la declaratoria de nulidad de la Resolución 444 de 2009, por la cual la SED declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento del contrato 200 de 2006 e impuso al contratista la cláusula penal pecuniaria; así como de la Resolución 1945 de 2009, que confirmó la anterior.

1.3. La demanda fue ejercida en tiempo, de conformidad con el término previsto en el artículo 136.10 del CCA²⁴, ya que, al haberse expedido la Resolución 1945 el 11 de agosto de 2009²⁵, los dos años para que operara la caducidad de la acción de controversias contractuales transcurrieron entre el 12 de agosto de 2009 y el 12 de agosto de 2011, y la demanda fue presentada el 28 de mayo de 2010. Lo anterior, incluso, sin necesidad de calcular la suspensión del término de caducidad por la presentación de la conciliación extrajudicial²⁶.

1.4. El consorcio San Pedro 068 y la SED están legitimados en la causa por activa y pasiva, respectivamente, no solo por haber intervenido como extremos negociales en el contrato de obra 200 de 2006, sino también por cuanto aquel fue el destinatario de los actos administrativos cuya nulidad se pretende en este litigio, en tanto que esta fue la entidad que los profirió. Asimismo, se observa que Seguros del Estado S.A —coadyuvante— está legitimado en la causa por activa, pues fue el garante del contrato de obra 200 de 2006.

2. Objeto del recurso de apelación y problemas jurídicos a resolver

De acuerdo con los cargos de apelación formulados por la SED²⁷, los cuales constituyen el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia²⁸,

²² “Artículo 87. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

²³ “Artículo 77. [...] Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

²⁴ “Artículo 136 —modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998— [...]. 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad 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 sirva de fundamento.

²⁵ FI 74 a 100, C.2. Como no se tiene certeza de la fecha en que dicha resolución cobró firmeza, la Sala tomará la fecha de su expedición como el momento en que la parte demandante conoció de su contenido, pues así lo manifestó expresamente en la demanda.

²⁶ FI 2 a 3, C.3.

²⁷ Numeral 6 de los antecedentes.

²⁸ Sobre la competencia del *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, cabe resaltar que la Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21060, unificó su jurisprudencia en los siguientes términos: «[...] resulta claro —y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia— que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se



conforme lo dispuesto por los artículos 350²⁹ y 357³⁰ del CPC, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

En primer lugar, determinar si, en el marco del contrato de obra 200 de 2006, la SED garantizó el derecho al debido proceso del consorcio San Pedro 068 con ocasión de la expedición de las Resoluciones 444 del 24 de febrero de 2009 y 1945 de 11 de agosto de 2009, mediante las cuales declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento e impuso la cláusula penal pecuniaria, y desató el recurso de reposición interpuesto por el contratista, respectivamente.

En segundo lugar, establecer si hay lugar a confirmar la decisión del Tribunal de condenar a la demandada, a título de restablecimiento del derecho, al reintegro del valor de la cláusula penal, actualizado a la fecha del fallo.

3. Hechos probados

La Sala procederá a establecer los hechos probados que resultan relevantes para resolver la controversia planteada en esta instancia. Para el efecto, se analizarán los documentos obrantes en el expediente, incluyendo aquellos aportados en copia simple, en concordancia con la jurisprudencia unificada de esta Sección³¹.

Asimismo, debe advertirse que, en consideración a los cargos de la apelación, no resulta viable valorar en esta instancia tanto el dictamen pericial practicado³² como los testimonios rendidos³³, dado que dichos elementos de prueba estaban dirigidos a demostrar únicamente que el incumplimiento de la entidad contratante fue el factor determinante para que el contratista no pudiera entregar la obra terminada en el plazo estipulado, hecho que, en efecto, no guarda relación directa con el problema jurídico que se pretende resolver, consistente en la supuesta vulneración del debido proceso del contratista por no habersele garantizado su derecho de contradicción y de defensa con antelación a la imposición de la cláusula penal pecuniaria.

aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: tantum devolutum quantum appellatum”».

²⁹ “Artículo 350. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme la decisión [...]”.

³⁰ “Artículo 357. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella [...]”.

³¹ Consejo de Estado, Sala plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013, exp. 25022

³² FI 154 a 214 y 402 a 404, C.1.

³³ FI 401 a 404, C.6.



De conformidad con lo anterior, en el proceso se demostraron los siguientes hechos:

3.1. La SED adelantó la licitación pública LP-SED-SPDF068-2006³⁴, cuyo objeto consistió en *“seleccionar en igualdad de oportunidades al proponente que ofrezca las mejores condiciones para contratar la ejecución de la obras de mejoramiento integral lo cual incluye el reforzamiento, restitución, mejoramiento y ampliación de la planta física, de acuerdo a los planos, detalles especificaciones y cantidades de obra entregados por la SED, de las siguientes Instituciones Educativas Distritales [...], contratación que se har[ía] por grupos distribuidos así”*:

GRUPO	INSTITUCIÓN EDUCATIVA	SEDE	NOMBRE	CÓDIGO	LOCALIDAD
1	San Pedro Claver	A	San Pedro Claver	848	Kennedy
2	Prado veraniego	A	Prado Veraniego II	1124	Suba

3.2. El 24 de noviembre de 2006³⁵, el consorcio San Pedro 068 presentó propuesta para acometer las obras de mejoramiento integral del grupo 1 de la licitación pública: Sede A de la Institución Educativa Distrital San Pedro Claver, ubicada en la localidad de Kennedy, con un costo directo de \$1.208'388.347, de acuerdo con al análisis de actividades y precios unitarios, y un AIU de \$241.677.669,40, equivalente al 20% del costo directo.

3.3. El 7 de diciembre de 2006³⁶, la SED profirió la Resolución 5532 de 2006, por la cual adjudicó el grupo 1 de la licitación pública LP-SED-SPDF068-2006 al consorcio San Pedro 068.

3.4. El 14 de diciembre de 2006³⁷, la SED celebró con el Consorcio San Pedro 068 el contrato de obra 200 de 2006, bajo la modalidad de precios unitarios sin reajustes, cuyo objeto consistió en la ejecución de las obras de mejoramiento integral de la planta física de la sede A de la Institución Educativa San Pedro Claver, ubicada en la localidad de Kennedy (cláusula primera), con un plazo de ejecución de 270 días calendario, contado a partir de la suscripción del acta de inicio, y por un valor de \$1.450'066.016,40, incluido AIU (cláusula séptima).

3.4.1. En cuanto al alcance del objeto contractual y las especificaciones técnicas, las cláusulas segunda y tercera dispusieron que *“[...] los trabajos corresponden a la ejecución de las obras de mejoramiento integral, lo cual incluye el reforzamiento, restitución, mejoramiento y ampliación de la planta física en la Institución Educativa Distrital San Pedro Claver, de acuerdo a los planos, especificaciones y cantidades de obras entregados a la SED por el diseñador responsable”*, los cuales constan en tres anexos técnicos que integran el contrato, concernientes: (i) al presupuesto de

³⁴ FI 167 a 395, C.6.

³⁵ FI 2 a 166 y 386 a 398, C.6.

³⁶ FI 1 a 3, C.2.

³⁷ FI 4 a 21, C.2.



obra oficial; (ii) a las especificaciones de construcción del proyecto; y (iii) a los planos generales del mismo.

3.4.2. Respecto de las obligaciones del contratista en materia de ejecución de la obra, la cláusula cuarta incluyó, entre otras: (i) responder al interventor por la totalidad de observaciones técnicas y administrativas realizadas; (ii) ejecutar las obras según el programa general para la ejecución de trabajos y el flujo de inversión; (iii) comunicar al interventor posibles situaciones no previstas, ajenas a su control, que alteren el progreso normal de las obras y, con base en ello, solicitar prorrogar el plazo; y (iv) advertir al interventor sobre futuros posibles eventos o circunstancias que puedan perjudicar la calidad de los trabajos, elevar el precio o demorar la ejecución de las obras y, con base en ello, presentar una estimación de los efectos esperados.

3.4.3. Sobre las funciones de la interventoría, la misma cláusula cuarta estipuló que esta ejercería el control, vigilancia y coordinación de la ejecución del contrato; en particular, sería la *“responsable de aceptar las obras objeto del presente proceso, autorizar los pagos [...] y responder por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del EGCAP”*.

3.4.4. En relación con las obligaciones de la SED, la cláusula quinta incorporó, entre otras: (i) velar por el cumplimiento de todas las cláusulas contractuales; (ii) exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del contrato; y (iii) adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

3.4.5. Acerca de las garantías, la cláusula duodécima estableció que el consorcio contratista se obligó a constituir en favor de la SED una garantía única que avalara el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, en la que se incluirían como riesgos amparados, entre otros, el *“de cumplimiento general del contrato, incluidas multas, penal pecuniaria y demás sanciones que se le impongan en cuantía equivalente al 20% del valor del contrato, por el término del mismo y cuatro (4) meses más”*.

3.4.6. En lo concerniente a la pena pecuniaria, la cláusula decimosexta estipuló lo siguiente, que por lo relevante para la resolución del caso se pasa a transcribir:

“DÉCIMA SEXTA. PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento por parte del Contratista, el mismo pagará a LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, como estimación anticipada de perjuicios y sanción penal pecuniaria, valor que se hará efectivo sin perjuicio de la imposición de multas y declaratoria de caducidad del contrato. Tanto las multas como la sanción penal pecuniaria que llegare a ordenarse en cuantía que consulte la gravedad y en consecuencia del incumplimiento, deberá hacerse mediante Resolución motivada de la autoridad competente. El valor de la cláusula penal pecuniaria y de las multas se tomará o descontará del saldo a favor del Contratista, quien desde ya lo autoriza, o de la garantía constituida y si esto no fuere posible, se cobrará por jurisdicción coactiva. En caso de que la garantía se



disminuyere o agotare, esta se repondrá, con cargo al Contratista, hasta el monto inicial”.

3.4.7. Finalmente, en cuanto a la liquidación del contrato, la cláusula decimonovena prescribió que, una vez finalizado el plazo pactado, las partes contarían con 4 meses para realizarla bilateralmente y, en el evento en que no se llegara a un acuerdo, la SED podría efectuarla unilateralmente, mediante acto administrativo susceptible de recurso de reposición.

3.5. El 20 de febrero de 2007³⁸, las partes suscribieron el acta de inicio del contrato, estimando como fecha de finalización el 16 de noviembre de 2007, de acuerdo con el plazo de ejecución pactado. De este documento se deriva, adicionalmente, que la Universidad Distrital Francisco José de Caldas sería la interventora del contrato.

3.6. Durante el desarrollo del contrato, de conformidad con la mayores y menores cantidades de obra requeridas³⁹ y la fijación y aprobación de precios unitarios⁴⁰, las partes negociales y la interventoría suscribieron las siguientes actas de ejecución y entregas parciales:

Acta	Periodo comprendido		Amortización del anticipo	Valor a pagar	Valor total
Acta parcial 1 ⁴¹	7/03/07 30/04/07	a	\$114.842.098,05	\$172.263.147,07	\$287.105.245,12
Acta parcial 2 ⁴²	1/05/07 31/05/07	a	\$104.429.435,82	\$156.644.153,72	\$261.073.589,54
Acta parcial 3 ⁴³	1/06/07 30/06/07	a	\$108.090.631,12	\$162.135.946,68	\$270.226.577,80
Acta parcial 4 ⁴⁴	1/07/07 31/07/07	a	\$75.068.749,96	\$112.603.124,94	\$187.671.874,90
Acta parcial 5 ⁴⁵	1/08/07 31/08/07	a	\$76.978.722,62	\$115.468.083,94	\$192-446.806,56
Acta parcial 6 ⁴⁶	1/09/07 30/09/07	a	\$28.681.930,36	\$43.022.895,00	\$71.704.825,91
Valor total			\$508.091.567,93	\$762.137.351,35	\$1.270.228.919,83

3.7. El 17 de octubre de 2007⁴⁷, la interventoría, mediante oficio CSEDUD-07-4108, requirió al consorcio San Pedro 068 por atraso en el programa de trabajo, causado

³⁸ FI 22, C.2.

³⁹ FI 163 a 202, C.2.

⁴⁰ FI 310 a 314, C.2.

⁴¹ FI 101 a 109, C.2.

⁴² FI 110 a 118, C.2.

⁴³ FI 119 a 127, C.2.

⁴⁴ FI 128 a 136, C.2.

⁴⁵ FI 137 a 145, C.2.

⁴⁶ FI 146 a 162, C.2.

⁴⁷ FI 256 a 257, C.2. En el trámite procesal de segunda instancia, se consideró que el documento en cuestión, el cual constaba en uno de los CD que conformaban el expediente, no había sido allegado a esta Corporación. En consecuencia, se solicitó al Tribunal de primer grado que lo remitiera (Índice 35, Samai), sin que esto fuera posible, ya que no lo encontró en sus dependencias (Índice 43, Samai). Ante ello, se procedió a celebrar una audiencia de reconstrucción parcial del expediente, sin que, en ella, hubiera sido posible recuperar esa pieza procesal, dado que ambas partes aseguraron no



por la suspensión injustificada del suministro de materiales en el frente de obra, sin que para esa fecha se evidenciara un avance significativo en algunas de las obras encomendadas, con el agravante de que el contrato estaba próximo a finalizar. Por consiguiente, instó al contratista a acelerar la ejecución de las obras faltantes, que debían *“ser entregadas dentro del plazo contractual previsto ya que no existe justificación para conceder plazo adicional alguno”*.

3.8. El 24 de octubre de 2007⁴⁸, mediante oficio CSEDUD-07-4284, la interventoría requirió por segunda vez al consorcio San Pedro 068 por atraso en el programa de trabajo, puesto que *“la ejecución de la obra está en un 87.61% faltando por ejecutar un 12.39% el cual debe acometerse antes de [...] la fecha de terminación del plazo contractual”*. En consecuencia, instó nuevamente al contratista a ejecutar de manera ágil las actividades faltantes y a *“presentar ante la interventoría las razones por las cuales no ha cumplido con [...] dichas actividades las cuales ya las hemos reiterado [...] mediante sendas actas de comité de obra⁴⁹ [...], pues de no existir justa causa por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, la interventoría de oficio adelantará los trámites pertinentes para imponer las sanciones contractuales y legales del caso”*.

3.9. El 1º de noviembre de 2007⁵⁰, las partes y la interventoría suscribieron el acta de fijación de precios unitarios no previstos No. 6, en la cual se dejó constancia de la adición de 49 ítems nuevos que debían ser ejecutados antes de finalizar el plazo contractual, al cual le restaban 15 días.

3.10. El 16 de noviembre de 2007⁵¹, los extremos negociales y la interventoría suscribieron el acta de entrega física de la obra, en la cual se relacionaron las obras ejecutadas (previstas y no previstas), las obras inconclusas o deficientes y las obras no ejecutadas. Con base en lo anterior, se concluyó en el acta que, como consecuencia del déficit presupuestal existente en el proyecto, la obra no cumplió con el alcance y el objeto dentro del plazo contractual previsto, sin que pudiera ser utilizada para brindar el servicio al cual estaba destinada. En tales condiciones, se dejó constancia de que *“la interventoría iniciará las diligencias legales pertinentes ante la SED para la imposición de las sanciones contractuales así como de la solicitud de la caducidad administrativa por incumplimiento de la ejecución contractual”*.

tenerla en su poder (índice 68, Samai). No obstante, al elaborar la presente sentencia, se comprobó que una copia de dicho documento reposaba en el plenario, por lo que, independientemente de los trámites procesales realizados con anterioridad, corresponde proceder con su valoración.

⁴⁸ FI 258 a 259, C.2. Este documento fue objeto del mismo trámite de reconstrucción mencionado en precedencia y, también, se encontró una copia en el plenario.

⁴⁹ Algunas de las actas de comité a las que se refiere este oficio fueron aportadas al plenario, a saber: Acta 19 del 27 de julio de 2007 (FI 203 a 204 C.2.), Acta 26 del 21 de septiembre de 2007 (FI 205 a 206 C.2.), Acta 27 del 28 de septiembre de 2007 (FI 209 a 210 C.2.), Acta 28 del 5 de octubre de 2007 (FI 213 a 214 C.2.), Acta 29 del 12 de octubre de 2007 (FI 216 a 217 C.2.), en la cuales, en síntesis, se dejó constancia de que las actividades de obra han sido afectadas por los problemas financieros del contratista que llevaron a una falta de suministro de materiales básicos para acometer los trabajos.

⁵⁰ FI 315 a 316, C.2.

⁵¹ FI 297 a 306, C.2.



3.11. El 23 de noviembre de 2007⁵² la interventoría, en oficio CSEDUD-07-04814, informó al contratista que en el acta de entrega física de la obra se constató su incumplimiento contractual, de ahí que, *“en virtud del principio de reserva, según el cual el contratista no puede sufrir una sanción sin que previamente se apliquen todas las exigencias del debido proceso y del derecho a la defensa, en concordancia con el artículo 29 de la Constitución, me permito requerirlo para que presente sus descargos ante esta interventoría”*, con las explicaciones pertinentes sobre las razones del incumplimiento de las obligaciones señaladas en el acta, pues de no presentarse las exculpaciones requeridas se iniciaría con el trámite de imposición de sanciones.

3.12. El 30 de noviembre de 2007⁵³, el consorcio contratista, mediante comunicación CSP-126-07, respondió el oficio CSEDUD-07-04814, recordándole a la interventoría que el presupuesto contratado para la ejecución de la obra había sido insuficiente, debido a que: (i) el presupuesto entregado por la consultora incluía más actividades y mayores cantidades de obra de las que fueron consignadas en la licitación; (ii) la evaluación de cantidades por parte de la consultora no correspondió con las labores a ejecutar; y (iii) surgieron ítems adicionales o no previstos.

Aclarado lo anterior, adujo que, aunque la insuficiencia presupuestaria contribuyó al atraso en la ejecución de algunos trabajos, también influyeron otros factores, como: (i) el hecho de que las obras adicionales o complementarias requirieron un tiempo superior al estimado inicialmente, y (ii) las inconsistencias de carácter técnico que se presentaron a lo largo del proyecto. En tal medida, concluyó que la interventoría se equivocaba *“al reducir el problema del atraso a una cuestión de tiempo, sin tener en cuenta los atenuantes expuestos”*, los cuales servían de base para considerar que la solicitud de imposición de sanciones ante el ente contratante resultaba desmedida, máxime cuando *“nuestra voluntad es de terminar las obras a satisfacción de ustedes y concluir el contrato”*.

3.13. El 14 de enero de 2008⁵⁴, con oficio CSEDUD-08-00069, la interventoría requirió al consorcio San Pedro para que ampliara los descargos presentados en la comunicación relacionada en precedencia, en el sentido de responder los siguientes cuestionamientos: (i) cuáles habían sido las causas que originaron la demora en el suministro de materiales básicos para la construcción de la obra, que provocaron una desaceleración sustancial en la ejecución del proyecto; y (iii) cuál fue la razón por la que no tramitó ante la interventoría solicitud para ampliar el plazo del contrato, teniendo en cuenta que el atraso existente en el programa de trabajo hacía previsible el incumplimiento de las metas físicas dentro del plazo contractual previsto.

⁵² FI 254 a 255, C.2.

⁵³ FI 242 a 246, C.2.

⁵⁴ FI 260 a 261, C.2.



3.14. El 22 de enero de 2008⁵⁵ el consorcio San Pedro 068, a través de comunicación CSP-129-07, respondió los cuestionamientos formulados por la interventoría en el oficio CSEDUD-08-00069, en los siguientes términos: (i) si bien la disminución en el suministro de materiales en la obra data del 27 de agosto de 2007, *“la normalización de dichos suministros correspondió a un esfuerzo adicional significativo realizado por el consorcio con lo cual se logró concluir las labores y a los correspondientes pagos efectuados posteriormente”*; y (ii) el no haber solicitado la ampliación de plazo *“obedeció a que el avance que tuvo el proyecto en los seis primeros meses daba cuenta de la posible conclusión dentro de los plazos previstos [...], sin embargo el no haber establecido las metas físicas del proyecto definitivas afectó de manera considerable los trabajos”*.

3.15. El 24 de febrero de 2009⁵⁶, la SED profirió la Resolución 444 de 2009, por la cual resolvió: (i) *“declarar ocurrido el siniestro de incumplimiento del contrato de obra 200 de 2006 y, en consecuencia, hacer efectiva la póliza de garantía única de cumplimiento No. 062117488, en cuanto los amparos de cumplimiento y cláusula penal pecuniaria, expedida por Seguros del Estado S.A.”*; y (ii) *“hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en cuantía equivalente al 20% del valor total del contrato, cuyo pago seguirá lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007”*.

La SED basó su decisión sancionatoria en el informe de incumplimiento del contrato presentado por la interventoría el 12 de febrero de 2008, reiterado el 2 de septiembre de la misma anualidad —documentos que no obran en el expediente—, y en los distintos requerimientos que la interventoría le realizó al contratista por atraso en el programa de trabajo, concluyendo que *“desde el 4 de julio de 2007 se generó un incumplimiento reiterado en el suministro de materiales tales: concreto premezclado, hierro de refuerzo y mampostería, por lo tanto, se evidencia la incapacidad financiera del contratista quien es el responsable de acreditar y responder a las exigencias financiera del contrato”*.

Adicionalmente, con fundamento en el artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, la SED manifestó que resultaba procedente declarar, mediante acto administrativo, el incumplimiento contractual y, en tal virtud, imponer la cláusula penal pecuniaria pactada al contratista, a quien se le garantizó su derecho al debido proceso y el de defensa, toda vez que (se transcribe de forma literal):

“[...] la interventoría en representación de la entidad, realizó los requerimientos pertinentes al contratista, para dar a conocer los hechos que generaron el incumplimiento y en tal virtud darle la oportunidad de controvertirlos, aclararlos, desvirtuarlos, presentar pruebas en contrario y asumir la defensa frente a los mismos, tal y como consta en las comunicaciones precitadas de la interventoría y del contratista.

El interventor del contrato es el representante de la entidad en el escenario de la ejecución contractual y vela por los intereses de la entidad, para facilitar la misión

⁵⁵ FI 247 a 248, C.2.

⁵⁶ FI 23 a 29, C.2.



que le corresponde. Sobre la función del interventor se ha pronunciado el Consejo de Estado, dejando claro que es un verdadero representante de la entidad contratante y que las decisiones que adopte y las órdenes que imparta al contratista son expresión clara de la voluntad de la entidad estatal contratante [...].

Es obligación de la Administración buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, a exigir del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado”.

3.16. El 18 de marzo de 2009⁵⁷, el consorcio San Pedro 068 interpuso recurso de reposición contra la Resolución 444 de 2009, con base en los siguientes argumentos relevantes para efectos de resolver la controversia planteada en el caso concreto: (i) que la interventoría no tenía la competencia para adelantar un procedimiento sancionatorio, pues sus funciones son eminentemente técnicas y deben ceñirse al ámbito que le fija la normatividad o el contrato mismo; (ii) que no se garantizaron los derechos al debido proceso y de defensa consagrados en la constitución y la Ley, ya que se hizo caso omiso de las pruebas y criterios expuestos por el consorcio para explicar las diferentes situaciones que afectaron la ejecución contractual, examen que, en consonancia con el punto anterior, debió ser realizado por la entidad contratante y no por la interventoría; y (iii) que, en caso de sostenerse la decisión de hacer efectiva la cláusula penal en contra del contratista, esta no podía cobrarse en su totalidad sino de manera proporcional al incumplimiento.

3.17. El 11 de agosto de 2009⁵⁸, la SED profirió la Resolución 1945 de 2009, por medio de la cual resolvió “*confirmar en todas sus partes la Resolución 444 del 24 de febrero de 2009, por la cual declara la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria*”. Como fundamento de su decisión, la SED respondió los cargos de inconformidad presentados por el contratista, entre los que destacan los atinentes a la extralimitación de funciones del interventor al iniciar y adelantar un trámite sancionatorio, a la vulneración del debido proceso y a la transgresión al principio de proporcionalidad al aplicar la sanción. Sobre el particular, expuso:

“No es cierto lo que dice el contratista, en el sentido de que la función de la interventoría se debe limitar únicamente al aspecto técnico, comoquiera que, de una parte, la SED suscribió con esta universidad los contratos interadministrativos 165 de 2004 y 288 de 2005 para realizar la interventoría en su aspecto técnico, financiero y administrativo a los contratos asignados por la SED para el efecto y, de otra parte, por cuanto la SED expidió la Resolución 3616 del 01 de diciembre de 2003 ‘Por la cual se implementa el manual sobre el ejercicio de la función de interventoría a los contratos celebrados por la SED’, el cual [...] señala las funciones del interventor en sus aspectos administrativos, técnicos, financieros y legales.

[...] en virtud de los artículos 8 y 27 del comentado Manual [...] la interventoría tiene la facultad normativa y contractual para requerir al contratista para el cumplimiento de sus obligaciones así como de solicitar ante la SED la imposición de las correspondientes sanciones por el incumplimiento de dichas obligaciones objeto de

⁵⁷ FI 271 a 293, C.2.

⁵⁸ FI 74 a 100, C.2.



requerimiento. Lo que demuestra, que por tal hecho, la interventoría no se otorgó ninguna exorbitancia, ni violó los artículos 6 y 209 de la Constitución, ni el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo, ni el artículo 23 de la ley 80 de 1993. Por el contrario, cumplió con su deber en los términos de los citados artículos.

[...] En cuanto al procedimiento disciplinario utilizado por la interventoría, se aclara que [...] es un asunto de vía gubernativa lo que significa que su naturaleza es de carácter administrativo y por lo tanto, la aplicabilidad normativa son las disposiciones del CCA, la Ley 80 de 1993 y sus reglamentarios remitiendo dicha normatividad respectivamente al Código Civil y excepcionalmente al Procedimiento Penal.

[Con base en lo expuesto], se ilustra el procedimiento administrativo dado al trámite de la sanción por parte de la interventoría, a efectos de demostrar que el procedimiento dado por la interventoría, se ajusta a la normatividad legal [...]:

La interventoría requirió al contratista, mediante oficio CSEDUD-07-4814 del 23 de noviembre de 2007 por incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato 200 de 2006, de hechos señalados en el Acta de Entrega Física de la Obra, en donde el contratista inicialmente no contesta este requerimiento, razón por la cual, la interventoría reitera su solicitud mediante oficio CSEDUD.07-4284 del 24 de octubre de 2007.

Posteriormente, mediante oficio CSEDUD- 08-0069 del 14 de enero de 2008 se le solicita al contratista ampliar los descargos (o explicaciones) que él efectuó frente a dicho requerimiento mediante el oficio No CSP-126-07 del 29/11/2007 a efectos de otorgarle otra oportunidad de defensa frente a los hechos requeridos y no contestados por éste.

En último lugar, la interventoría solicito de oficio (en cumplimiento de un deber) a la entidad contratante SED, mediante oficio CSEDUD-08-538 del 12 de febrero de 2008 la imposición de la sanción de la cláusula Penal Pecuniaria.

Por lo tanto, la actuación administrativa de la interventoría se ajusta a Derecho administrativo en concordancia con el Manual de interventoría (Resolución No 3616 de 2003 SED) [...].

[...] No es cierto, entonces, que la interventoría haya violado el debido proceso y el derecho de defensa, en razón a que cumplió con el procedimiento señalado en el Manual de interventoría, teniendo en cuenta que [...] la Doctrina Jurídica de la Corte Suprema de Justicia, señala que la aplicación de la sanción penal pecuniaria no exige un procedimiento especial, toda vez que exige a la parte en cuyo favor se estableció la cláusula, de probar los perjuicios sufridos; sólo tendrá que probar los perjuicios causados que excedan el monto de la pena [...].

[Tampoco], es cierta la afirmación del contratista de considerar que si el incumplimiento ha sido total, es decir del 100%, se aplicará en su totalidad el valor pactado o sea la suma de \$290.013.203.28, si es menor, debe corresponder al porcentaje incumplido, en razón a que las partes pactaron en la cláusula Sexta del contrato en estudio, que en caso de incumplimiento por parte del Contratista, el mismo pagará a la SED una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, como estimación anticipada de perjuicios y sanción penal pecuniaria.

Nótese, que el valor de la penal pecuniaria corresponde a la suma equivalente al 20% del valor del contrato como una estimación anticipada de perjuicios y sanción penal pecuniaria en caso de incumplimiento el cual puede ser total, parcial o tardío independientemente entre otros, del porcentaje de ejecución obtenido al momento



de la fecha de entrega de recibo final de obra. Lo anterior, tiene como fundamento, el artículo 1592 del Código Civil [...].”

3.18. El 24 de mayo de 2010⁵⁹, la SED profirió la Resolución 1263 de 2010, a través de la cual liquidó unilateralmente el contrato de obra 200 de 2006.

3.18.1. En el contenido de dicho acto administrativo se consignó, en primer lugar, que si bien el valor originalmente pactado ascendía a \$1.450’066.016,40, durante el plazo estipulado el contratista había ejecutado obras por valor de \$1.270’228.919,83, suma que fue efectivamente pagada conforme con las seis actas parciales de pago suscritas.

3.18.2. En segundo lugar, en lo relativo al estado jurídico del contrato en cuestión, en la liquidación unilateral se relató que, una vez finalizado el plazo contractual, al contratista se le impuso la siguiente sanción:

Novedad	Resolución	Fecha	Observaciones
MULTAS⁶⁰ (ver numeral 13)	444	24 de febrero de 2006	Se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria en cuantía equivalente al 20% del valor del contrato
	1945	11 de agosto de 2009	Se resuelve el recurso de reposición contra la Resolución 444, confirmándola en todas sus partes y de esta manera se agota la vía gubernativa

3.18.3. Finalmente, el **numeral 13**, al cual remite la celda denominada “Novedad” del cuadro transcrito en precedencia, incorporó a la liquidación unilateral algunas observaciones sobre el valor de unas obras ejecutadas por el contratista para dar cumplimiento a la meta física del proyecto y realizadas con posterioridad al plazo pactado, así como frente al valor de la cláusula penal impuesta. Así, en el acto administrativo se lee lo siguiente:

“[...] Mediante oficio CSEDUD-08-00538 del 12 de febrero de 2008, la Interventoría solicitó la imposición de la sanción penal pecuniaria por el 20% del valor del contrato, equivalente a \$290.013.203,28, por incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista. Así mismo, mediante oficios CSEDUD-08-1342 del 1 de abril de 2008, CSEDUD-08-01969 del 7 de mayo de 2008, y CSEDUD-08-03568 del 25 de agosto de 2008, [la interventoría reiteró la] solicitud a la SED para hacer efectiva la imposición de dicha cláusula y exigir al contratista el pago de la pena pecuniaria establecida [pues a la fecha de terminación del contrato (16/11/08) el contratista había ejecutado el 87,6% del valor del contrato, equivalente a \$1.270.228.919,83].

[...] La Secretaría de Educación mediante Resolución 444 del 24 de febrero de 2009, declara la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y hace efectiva la póliza de

⁵⁹ FI 436 a 444, C.1.

⁶⁰ Aun cuando en el acto administrativo se hizo referencia a “multas”, lo cierto es que en este punto la Sala debe precisar que al consorcio contratista le fue impuesta una pena pecuniaria, tal como quedó establecido en la celda denominada “observaciones”, la cual fue incluida en el mismo cuadro.



garantía única de cumplimiento número 062117488 en cuanto a los amparos de cumplimiento / cláusula penal pecuniaria, en cuantía equivalente al 20% del valor total del contrato. Posteriormente, con Resolución 1945 del 11 de agosto de 2009, la SED resuelve el recurso de reposición contra la Resolución 444, confirmando en todas sus partes la Resolución 444, agotándose de esta manera la vía gubernativa.

Así mismo, se deja constancia que el contratista con el propósito de dar cumplimiento a las metas físicas del proyecto, ejecutó obras de manera extemporánea entre el 16 de noviembre de 2007 al 28 de febrero de 2008, por un valor neto (después de amortización del anticipo) de \$104.366.762,00, con lo cual se elevaría el porcentaje final de ejecución del contrato a un 99,78%. Dichas obras no fueron objeto de oposición por parte de la SED ni de la interventoría, por lo cual recomendamos reconocer y cancelar el valor de las mismas [...].

Por lo tanto, la interventoría solicita incluir el valor a descontar por concepto de la cláusula penal por \$290.013.203,28 y el valor neto por pagar correspondiente a las obras extemporáneas ejecutadas por \$ 104.366.762,58. En consecuencia, quedaría un saldo en contra del contratista y a favor de la SED de \$185.646.440,70 [...]” (se destaca).

4. Caso concreto

4.1. En virtud del objeto del recurso de alzada y conforme con los hechos probados, la Sala procederá a analizar la legalidad de las Resoluciones 444 y 1945 de 2009, mediante las cuales la SED declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento del contrato 200 de 2006 e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada. Para ello, deberá determinarse si tales actos administrativos estuvieron precedidos de un procedimiento que garantizara al contratista ejercer sus derechos de contradicción y defensa, como elementos esenciales del debido proceso en materia sancionatoria, haciendo hincapié en la posibilidad de que sea la interventoría, de acuerdo con las facultades que ostenta, la encargada de iniciar y adelantar dicho procedimiento.

Con el fin de abordar el estudio propuesto, es pertinente señalar que, en los términos del artículo 38⁶¹ de la Ley 153 de 1887, el régimen jurídico del contrato 200 de 2006 es el previsto en la Ley 80 de 1993, vigente al momento de su celebración⁶². Por tanto, este será el marco normativo bajo el cual se llevará a cabo el análisis de la controversia sometida a juicio.

De igual modo, cabe señalar que en este negocio jurídico se pactó una cláusula penal pecuniaria⁶³, estipulación a la que le resulta aplicable lo dispuesto en el párrafo

⁶¹ De conformidad con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos del contrato y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado. En este último evento, la infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido la infracción.

⁶² En concordancia con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la Ley 80 de 1993, que establecen: “Artículo 1º. La presente Ley tiene por objeto disponer las reglas y principio que rigen los contratos de las entidades estatales. // Artículo 2º. Para los solos efectos de esta Ley: 1º. Se denominan entidades estatales: a) [...] el Distrito Capital [...]”.

⁶³ Numeral 3.4.6 de los hechos probados.



transitorio del artículo 17 de la 1150 de 2007, a cuyo tenor: “[l]as facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas” (subrayado fuera del texto).

Aclarado lo anterior, la Sala estima necesario, en primer término, precisar el alcance del debido proceso en materia sancionatoria contractual, ya que constituye el punto central para estudiar el cargo de apelación formulado, para luego determinar si, efectivamente, la SED garantizó dicho derecho al consorcio San Pedro 068 antes de declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y, en consecuencia, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Finalmente, de confirmarse la nulidad de los actos administrativos demandados, la Sala procederá a estudiar el cargo formulado frente al restablecimiento del derecho dispuesto por el *a-quo* a favor del extremo activo.

4.2. El artículo 29 de la Constitución Política⁶⁴ consagra el derecho fundamental al debido proceso como un conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico⁶⁵, en virtud de las cuales se busca la protección de toda persona involucrada en una actuación administrativa o judicial, imponiéndole a quien asume su dirección la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente definido en la ley o en los reglamentos, *“con el fin de preservar las garantías —derechos y obligaciones— de quienes se encuentran incurso en un relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”*⁶⁶.

En materia administrativa, ha sido entendido que el debido proceso es de ineludible observancia y su garantía debe armonizarse con la aplicación de los principios que orientan la función administrativa⁶⁷, incluso en el ámbito de la contratación estatal,

⁶⁴ “Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. // Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. // En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. // Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. // Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-980 del 1º de diciembre de 2010. “De manera general, hacen parte de las garantías del debido proceso: a) el derecho a la jurisdicción [...], b) el derecho al juez natural [...]; c) el derecho a la defensa; d) el derecho a un proceso público [...]; e) el derecho a la independencia del juez; f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario [...]”.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia T-073 del 17 de febrero de 1997.

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-034 del 29 de enero de 2014. “En relación con el debido proceso administrativo, debe recordarse que su función es la de permitir un desarrollo adecuado de la función pública, persiguiendo el interés general y sin desconocer los derechos fundamentales, bajo los principios orientadores del artículo 209 de la Carta Política. Ello explica, como lo ha señalado la Corte, que el debido proceso administrativo deba armonizar los mandatos del artículo 29 Superior



cuando en pro de la continua y eficiente prestación de los servicios y bienes objeto de la contratación se hiciere necesario adoptar decisiones que afecten los intereses del contratista, como cuando la administración ejerce su potestad sancionadora⁶⁸, que si bien se efectúa unilateralmente, debe estar precedida de un procedimiento mínimo que preserve las garantías del debido proceso del afectado, tornando improcedente la imposición de sanciones de plano, es decir, sin formula de juicio⁶⁹.

Aunque la obligación de la administración de respetar el debido proceso en el ámbito sancionatorio contractual no fue contemplada explícitamente en la Ley 80 de 1993, lo cierto es que su desarrollo, fundado en el artículo 29 de la Constitución Política, fue eminentemente jurisprudencial, como bien lo explicó la Sección Tercera en un importante pronunciamiento⁷⁰ que se resume a continuación:

En una primera etapa, se consideró que la imposición de una sanción exigía que la administración aplicara el debido proceso dentro de las actuaciones administrativas previas a su decreto, con fundamento en la remisión que la Ley 80 de 1993 (artículo 77) hace a la normas generales del CCA (artículos 3, 14, 28, 34, 35 y 50) o, en su defecto, a la Ley 58 de 1982 (artículo 5º), puesto que, al tratarse de una medida trascendental, no puede ser tomada en forma sorpresiva para el contratista, a quien debe brindársele la oportunidad tanto de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales, como de contradecir las imputaciones de incumplimiento que se le atribuyen, sin perjuicio de los recursos administrativos y las acciones judiciales que pueda interponer.

En una segunda etapa, la Sección Tercera matizó esta posición, al establecer que, si bien la administración debe garantizar el debido proceso en materia sancionatoria y adelantar un procedimiento administrativo previo, este no podía concebirse como uno general o gubernativo puro en los términos del CCA ni implicar necesariamente la *formación de un expediente*. En su lugar, se sostuvo que debía llevarse a cabo de manera ágil, a través de un requerimiento previo al contratista, brindándole la oportunidad de pronunciarse sobre el incumplimiento que se le atribuye, con el propósito de que se defendiera de dicha imputación y solicitara la práctica de pruebas para contradecir aquellas que se presentaran en su contra.

con los principios del artículo 209, ibidem. Y, en términos concretos, que las garantías deban aplicarse asegurando también la eficacia, celeridad, economía e imparcialidad en la función pública.”

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp 17009. “[...] la Sala resalta la importancia histórica de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, pues en ella se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad -figuras que el legislador ha estimado necesarias para alcanzar los objetivos del Estado-. // Pero, de igual forma, se recuerda que su correcto ejercicio exige observar el derecho al debido proceso, según se ha dicho en otras ocasiones”.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. 21430. “El derecho a que el procedimiento administrativo se adelante con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio también tiene raigambre en la contratación estatal. En general, proscribe las sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, porque esto atenta contra el procedimiento a través del cual el contratista puede participar en las etapas y momentos oportunos para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate”.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. 18394.



Al punto, se indicó que *“incluso, ese requerimiento podría entenderse satisfecho cuando la Administración durante el lapso de ejecución del contrato le ha venido manifestando al contratista sus observaciones, quejas, reclamos, incumplimientos y le ha solicitado mejorar o corregir los servicios, obras y suministros en los informes y correspondencia dirigida a éste por el interventor o supervisor del contrato, o en las inspecciones y visitas in situ de la obra, o en las reuniones efectuadas con el contratista, etc., y en consecuencia, le ha pedido las explicaciones del caso y otorgado la oportunidad de justificar. Importa resaltar que para que sea válido ese requerimiento como garantía del debido proceso, su contenido u objeto debe guardar correspondencia, coincidir o ser congruente o, mejor aún, tener relación directa con los hechos y motivos que luego dan lugar a la declaratoria de caducidad del contrato [o la imposición de una sanción], pues, en caso contrario, esto es, si dicho requerimiento está referido a circunstancias, situaciones o materias ajenas o extrañas a las que sirvieron de fundamento para la adopción de la medida sancionatoria, no puede tener la propiedad o virtualidad de garantizar el debido proceso contractual”*⁷¹.

En definitiva, en materia sancionatoria contractual, la jurisprudencia citada reclamó que las garantías del debido proceso fueran aplicadas de manera atemperada, armonizándolas con los fines de la contratación pública y la prevalencia del interés general, sin que la medida sancionatoria resultara sorpresiva o intempestiva para el contratista, y que, en todo caso, se otorgara al interesado la oportunidad de expresar su opinión y contradecir los elementos de juicio que la entidad contratante esgrimiera en su contra, antes de adoptarse la decisión.

4.3. Ahora bien, los fundamentos jurisprudenciales anteriores fueron incorporados formalmente al ordenamiento jurídico a través del artículo 17⁷² de la Ley 1150 de 2007⁷³, que dispuso que las garantías del debido proceso, como principio rector en

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² “Artículo 17. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. // En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. // PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva [...]”. (subrayado fuera del texto)

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de octubre de 2021, exp. 53479. “En efecto, incluso antes de la expedición de esa norma [artículo 17 de la Ley 1159 de 2007], el criterio jurisprudencial preponderante era el que indicaba que, para la protección de esta garantía de raigambre constitucional [Artículo 29 de la Constitución Política - debido proceso], cuando la Administración pretendiera adoptar una decisión que afectara los derechos e intereses del contratista —como en el caso de cualquier otro sujeto— sus actuaciones debían garantizar que el afectado pudiera intervenir en la etapa previa a la expedición del respectivo acto administrativo con el objeto de que pudiera ejercer su derecho de defensa y contradicción, para lo cual debía conocer el inicio de la actuación, las razones en las cuales se fundara, tener oportunidad de aportar y discutir las



materia contractual, se extienden a la fase de formación de los actos administrativos sancionatorios —se hizo referencia a las multas y cláusulas penales pecuniarias—, dado que los contratistas tienen el derecho a ser escuchados en un procedimiento mínimo⁷⁴ con antelación a la toma de una decisión que afecte sus intereses, lo que les permite discutir y controvertir los elementos de incumplimiento que se les imputan y ejercer su derecho de contradicción y defensa.

En este sentido, aun cuando la Ley 1150 de 2007 incorporó expresamente el debido proceso en materia sancionatoria contractual, estableciendo la observancia de un procedimiento sumario que garantizara el cumplimiento del artículo 29 de la Constitución Política, no reglamentó expresamente dicho procedimiento, habiendo sido con la expedición de la Ley 1474 de 2011, concretamente mediante su artículo 86, que aquel quedó consagrado. Con todo, esta última norma no será analizada en esta oportunidad, en tanto no resulta aplicable al contrato objeto de controversia, dado que para la fecha de su celebración y ejecución aquella ley aún no había sido promulgada.

Ahora bien, precisa la Sala que aun en los casos como el aquí analizado, en los que todavía no había entrado en vigor la Ley 1474 de 2011, la Subsección C⁷⁵, haciendo referencia a que en todo procedimiento administrativo deben respetarse unas mínimas garantías del debido proceso, estimó que aplicar este principio al ámbito sancionatorio implicaba la obligación de vincular efectivamente al particular afectado con la decisión al trámite que la precedía, y garantizar que este, como mínimo: **(i)** sea oído antes de que la entidad resuelva en forma definitiva; **(ii)** participe efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su culminación; **(iii)**

pruebas que en su contra se adujeran y, en general, presentar los descargos que considerara pertinentes. Estas guías y orientaciones jurisprudenciales, a no dudarlo, fueron recogidas por el legislador en el referido artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que dispuso, como principio rector en materia contractual, que las sanciones que se impongan deben estar precedidas de un trámite mínimo que garantice el debido proceso”.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 18 de febrero de 2022, exp. 53318. “[...] esta Corporación ya precisó que en el ámbito contractual, el derecho al debido proceso no se traduce en la necesidad de que los procedimientos administrativos contractuales sean iguales a los judiciales o aun a los administrativos que están reglados, en tanto los procedimientos administrativos contractuales deben estar a tono con la agilidad y eficiencia propia de la actividad que busca la garantía de la continua prestación de los servicios o bienes contratados en interés del público en general. Además, tales procedimientos se amoldan a los fines que se persiguen, por lo cual no son únicos ni rígidos, pues en el marco de los criterios y principios que gobiernan la noción de justicia administrativa, se adecúan a la realización de los fines de la función y cometido o tarea que con ella se realiza”.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de marzo de 2015, exp. 31618. “[...] En fin, se trata de una suma no taxativa de elementos que, como lo anotábamos, buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego, proporcionando las garantías que sean necesarias para la protección de los derechos fundamentales dentro de la relación procesal, en procura de decisiones verdaderamente justas y materiales. En otras palabras, se busca equilibrio permanente en las relaciones urgidas del proceso y procedimiento administrativo, frente al derecho sustancial y a los derechos fundamentales de las personas y la comunidad en general. Esta concepción formal e igualmente material de ofrecimiento de garantías de manera amplia, donde se crea una especie de carga garantística para la administración frente a los sujetos involucrados en toda actuación administrativa, se observa en el derecho colombiano en la relación normativa conformada por los artículos 29 constitucional y 35 inciso 1º del CCA”.



tenga la oportunidad de ofrecer, presentar y solicitar pruebas; **(iv)** obtenga decisiones motivadas; **(v)** reciba notificaciones oportunas y que éstas se practiquen en legal forma; **(vi)** acceda a la información y documentación relativa a la actuación; **(vii)** controvierta las pruebas aducidas en su contra, antes de la decisión; **(viii)** obtenga asesoría legal; y **(ix)** pueda interponer recursos y demás mecanismo procedentes contra las decisiones administrativas.

4.4. En lo relativo a la posibilidad de que sea la interventoría, como intermediaria de la relación negocial⁷⁶, la que inicie el procedimiento sancionatorio previsto en la Ley 1150 de 2007, la Sección Tercera, en pronunciamiento reciente⁷⁷, determinó que esta competencia corresponde única y exclusivamente a las entidades contratantes, quienes no pueden delegar al interventor su posición contractual ni, mucho menos, las facultades sancionatorias que legalmente le fueron otorgadas.

En efecto, dado que este asunto es de suma importancia para la resolución del caso, se considera pertinente traer a colación algunos apartes de la decisión mencionada, advirtiéndose que, si bien el desarrollo conceptual de dicha providencia se realizó en el contexto de la Ley 1474 de 2011, este resulta plenamente aplicable al *sub judice*, pues como se expuso en párrafos anteriores⁷⁸, tanto la facultad de las entidades contratantes para imponer sanciones como la competencia para llevar a cabo un procedimiento previo que garantice el debido proceso, se incorporaron al ordenamiento jurídico con la promulgación de la Ley 1150 de 2007:

“[...] aunque existe un deber de información y verificación del interventor con la entidad, a fin de que la última adopte fundada y oportunamente las medidas necesarias para garantizar las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en el contrato y lograr la consecución de los fines fijados con su celebración y ejecución, los interventores no sustituyen ni reemplazan a la entidad estatal en su posición contractual ni en las potestades que la ley les concede para garantizar la ejecución del contrato vigilado, y por tanto, no pueden adoptar las decisiones que en el marco de sus funciones administrativas o contractuales le correspondan.”

[...] es la entidad contratante quien tiene la facultad de declarar el incumplimiento del contratista, cuantificar los perjuicios e imponer las multas y sanciones pactadas, de manera que cuando evidencie un posible incumplimiento de las obligaciones acordadas bajo un negocio jurídico que celebró, indistintamente de cómo se obtuvo

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencias del 28 de febrero de 2013, exp. 25191. “De entrada debe advertirse que la supervisión de los contratos es un deber de las entidades públicas (artículo 4 de la Ley 80 de 1993), que bien pueden realizarla a través de supervisores o interventores para que verifiquen la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades del contratista de la entidad pública. Esa labor es principalmente de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial”.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de febrero de 2025, exp. 69997.

⁷⁸ Numeral 4.3 del caso concreto.



el conocimiento de la desatención de las prestaciones, es a ella a quien le corresponde dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio [...].

El inicio de un procedimiento sancionatorio contractual, corresponde a una decisión de la entidad y se origina a partir de su conocimiento del incumplimiento del negocio jurídico en que el actúa como contratante, con independencia del medio o instrumento a través del cual ello acontezca, pues ante la evidencia de hechos o circunstancias constitutivos de incumplimiento, es a ésta a quien corresponde tanto la facultad como el deber de hacer uso de los instrumentos contractuales y legales tendientes a garantizar la consecución del objeto contratado, así como de hacer efectivas las sanciones y garantías pactadas [...].

En virtud de lo anterior, la dirección, control y vigilancia corresponde primigeniamente al jefe de la entidad contratante o a quien éste delegue dicha responsabilidad, así como la facultad sancionatoria, de manera que los interventores no reemplazan a la entidad en las decisiones relacionadas con el contrato, ni definen sancionar o no al contratista, como tampoco tienen la facultad de declarar el incumplimiento; es la entidad pública contratante, a partir de los hechos conocidos y de las pruebas practicadas en el marco del proceso sancionatorio y su valoración, quien determina la responsabilidad del contratista.

Aunque el informe de interventoría puede ser el origen del conocimiento del incumplimiento por parte de la entidad dado su carácter técnico e ilustrativo sobre la realidad del contrato y atendiendo a las funciones de verificación a cargo del interventor, su informe no puede calificarse como requisito ineludible para declarar la responsabilidad o no del contratista, toda vez que la ley no impone una tarifa probatoria a la entidad para efectos de determinar el incumplimiento del contrato, y por otra parte, porque aun existiendo ese documento, la entidad en virtud de la garantía del debido proceso y de presunción de inocencia debe verificar su grado de certeza y confrontarlo las demás pruebas allegadas al procedimiento sancionatorio". (subrayado añadido).

4.5. Precisados los puntos anteriores en relación con el alcance del debido proceso en materia sancionatoria contractual, y con el propósito de traerlos al presente asunto, resulta necesario referirse a las actuaciones previas a la expedición de los actos administrativos que impusieron al contratista la cláusula penal pecuniaria, con el fin de establecer si, como lo aduce el ente recurrente, antes de su formación se respetó dicho principio, pues se garantizó el derecho de contradicción y defensa del consorcio contratista mediante las actuaciones que adelantó la interventoría.

En este sentido, se encuentra acreditado que, en el marco del contrato 200 de 2006 celebrado entre la SED y el Consorcio San Pedro 068⁷⁹, y dentro del último mes de ejecución, la interventoría requirió en dos oportunidades al contratista debido a los retrasos en el programa de trabajo⁸⁰, presuntamente ocasionados por la suspensión injustificada del suministro de materiales básicos, instándolo a presentar las razones por las cuales no había cumplido con los trabajos pendientes y agilizar su ejecución para cumplir con la entrega total de la obra dentro del plazo contractual previsto.

⁷⁹ Numeral 3.4 de los hechos probados.

⁸⁰ Numerales 3.7 y 3.8 de los hechos probados.



No obstante, y a pesar de que no obra prueba en el expediente de que el contratista hubiera dado respuesta a estos requerimientos, se demostró que, con posterioridad y a tan solo 15 días para la finalización del contrato, las partes, con aquiescencia de la interventoría, acordaron adicionar 49 ítems nuevos⁸¹, sin que para su ejecución se hubiera prorrogado el plazo contractual.

Asimismo, se probó que, vencido el plazo pactado, se suscribió el acta de entrega física de la obra⁸², en la que los involucrados en el contrato dejaron constancia de que tanto el objeto como el alcance pactado⁸³ no se habían ejecutado completamente y que la obra permanecía inconclusa, sin que pudiera ser utilizada para brindar el servicio al cual estaba destinada. Por tanto, con posterioridad y según lo plasmado en esa acta, la interventoría requirió al contratista para que rindiera las explicaciones pertinentes sobre el incumplimiento que le estaba siendo endilgado⁸⁴, advirtiéndole que, en caso de no presentar justificaciones, se iniciaría el trámite para la imposición de sanciones.

Bajo ese panorama, está demostrado que el contratista manifestó a la interventoría que la solicitud que se pretendía presentar a la entidad contratante para que iniciara el procedimiento sancionatorio resultaba desmedida⁸⁵, pues el atraso en la entrega de la obra completamente culminada se debió a factores que, en su criterio, eran atribuibles única y exclusivamente a la SED, como la insuficiencia presupuestaria derivada de una indebida planeación, las inconsistencias de carácter técnico y la necesidad de ejecutar obras complementarias y adicionales.

Igualmente se acreditó que, posteriormente, la interventoría requirió nuevamente al contratista para que ampliara lo que considero como “descargos”, específicamente en relación con las causas que originaron la demora en el suministro de materiales básicos para la ejecución de varios frentes de obra, así como con las razones por las cuales, siendo una de sus obligaciones⁸⁶, no solicitó una ampliación del plazo contractual, teniendo en cuenta que el atraso en el programa de trabajo hacía previsible el incumplimiento de las metas físicas dentro del plazo previsto⁸⁷.

En suma, está probado que el contratista respondió tales preguntas, indicando que, aunque la demora en el suministro de materiales básicos comenzó en agosto de 2007, su normalización fue el resultado de un esfuerzo significativo realizado por el consorcio, lo que permitió concluir las labores; además, explicó que no solicitó la ampliación del plazo porque el avance registrado durante los primeros seis meses del proyecto indicaba que sería posible concluir la totalidad de las obras dentro del plazo originalmente establecido⁸⁸.

⁸¹ Numeral 3.9 de los hechos probados.

⁸² Numerales 3.10 de los hechos probados.

⁸³ Numerales 3.4 y 3.4.1 de los hechos probados.

⁸⁴ Numerales 3.11 de los hechos probados.

⁸⁵ Numerales 3.12 de los hechos probados.

⁸⁶ Numeral 3.4.2 de los hechos probados.

⁸⁷ Numerales 3.13 de los hechos probados.

⁸⁸ Numeral 3.14 de los hechos probados.



Adicionalmente, se encuentra demostrado que, con fundamento en las actuaciones previamente relatadas —básicamente referidas a requerimientos y respuestas— y en un informe de incumplimiento presentado por la interventoría —el cual, se reitera, no fue aportado al plenario—, la SED profirió la Resolución 444 de 2009, mediante la cual declaró el siniestro de incumplimiento y, en tal virtud, hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por el 20% del valor total del contrato⁸⁹, de acuerdo con la cláusula décimo sexta de dicho negocio jurídico⁹⁰, de cuya redacción se entiende que su naturaleza y función es meramente indemnizatoria, ya que se trata de una tasación anticipada de los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato de obra⁹¹.

A su turno, está acreditado que, inconforme con la decisión adoptada en el acto administrativo referido, el contratista interpuso recurso de reposición⁹², señalando, entre otras cosas, que este fue proferido con vulneración al debido proceso, puesto que, por un lado, la interventoría se extralimitó en sus funciones, que son de carácter eminentemente técnico, al iniciar y adelantar un procedimiento sancionatorio sin competencia para ello; y, por otro lado, no se garantizó el procedimiento mínimo sancionatorio previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, al hacer caso omiso a las pruebas y criterios que servían para explicar las situaciones que afectaron la ejecución contractual, examen que debió ser realizado por la entidad contratante y no por la interventoría.

Así también, se probó que la SED profirió la Resolución 1945 de 2009, mediante la cual desestimó los cargos de inconformidad presentados por el contratista⁹³, bajo el argumento de que, conforme con las funciones de la interventoría que son de carácter tanto técnico como financiero y administrativo, esta tiene la facultad de requerir del contratista el cumplimiento de sus obligaciones y, en el caso de no atenderse dicho requerimiento, iniciar el procedimiento sancionatorio y, si corresponde, solicitar al ente contratante la imposición de las multas o penas pecuniarias. En consecuencia, concluyó que el proceder de la interventoría, previo

⁸⁹ Numeral 3.15 de los hechos probados.

⁹⁰ Numeral 3.4.5 de los hechos probados.

⁹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de mayo de 2024, exp. 59622. *“Resulta oportuno rememorar que la cláusula penal pecuniaria, es una estipulación típica, contemplada principalmente en los artículos 1592 y 867 del CCO, aunque su contenido y posibles funciones —que en ejercicio de la autonomía de la voluntad le puedan asignar las partes—, habitualmente es pactada para estimar anticipadamente los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del objeto principal de un contrato, confiriendo un interesante elenco de ventajas al acreedor derivados de la autotutela privada, que van desde la exención de la carga de probar la existencia y cuantía de los perjuicios derivados del incumplimiento, hasta la presunción de culpa del deudor. // En la contratación de las entidades sometidas al EGCAP, la imposición de la pena pecuniaria se inserta dentro de los deberes de las entidades públicas, como una medida complementaria y consecuencial, bien sea, de la declaración de caducidad del contrato, en caso de que este se encuentre vigente, o del incumplimiento del contrato, si el negocio ya se ha extinguido. Es esa, una decisión que, en todo caso, asume la forma y sustancia de un acto administrativo, con todo lo que ello implica, y emana de las prerrogativas públicas dispuestas por el legislador en materia contractual, reconocidas a las entidades públicas contratantes, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011”.*

⁹² Numeral 3.16 de los hechos probados.

⁹³ Numeral 3.17 de los hechos probados.



a la imposición de la cláusula penal pecuniaria, se ajustó a las normas que regulaban la materia y al manual de contratación propio de la SED, que señalaba, con fundamento en el artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, el procedimiento mínimo a seguir como garantía del derecho al debido proceso del afectado.

En este punto, es necesario recordar que si bien la SED, en su recurso de apelación, sostuvo que el procedimiento sancionatorio adelantado se ajustó a lo dispuesto en su manual de contratación, lo cierto es que dicho reglamento no fue aportado al plenario, lo que impide a este juzgador, en primer lugar, conocer su contenido y verificar si el mismo se alineaba con la normas que regulan el debido proceso en materia sancionatoria y, en segundo lugar, determinar si efectivamente se cumplió con lo establecido en dicho reglamento.

Finalmente, se encontró plenamente acreditado que la SED liquidó unilateralmente el contrato 200 de 2006⁹⁴, indicando que, a la finalización del plazo contractual, el contratista había ejecutado la suma de \$1.270'228.919,83, lo que representaba el 87,6% de la obra encomendada; situación que condujo a la SED, por petición de la interventoría, a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. No obstante, en dicha acta igualmente se consignó que, con el propósito de dar cumplimiento a las metas físicas del proyecto, el contratista ejecutó algunas obras de manera extemporánea, por un valor de \$104.366.762, lo que elevó el porcentaje de ejecución final a un 99,78%.

4.6. De acuerdo con lo plasmado en los párrafos anteriores, la Sala considera que la SED impuso al consorcio demandante una sanción de plano, de aquellas que violan el debido proceso en la etapa de formación de la voluntad de la administración, pues el primer acto que expidió fue precisamente el que declaró el incumplimiento del contratista e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada —Resolución 444 de 2009—, decisión que sustentó en los requerimientos previos que la interventoría le había efectuado al contratista por atrasos en el plan de trabajo y en un informe de incumplimiento elaborado por la misma interventoría.

En criterio de este juzgador, no tiene asidero el argumento de la entidad recurrente al afirmar que, mediante tales documentos —que serán analizados individualmente en párrafos posteriores— se le garantizó al contratista el debido proceso en materia sancionatoria contractual, pues si bien estos, al ser emitidos por la interventoría, se constituyen como medios e instrumentos idóneos para poner en conocimiento de la administración la inconformidad frente al cumplimiento de las obligaciones del contrato, lo cierto es que su contenido no releva o exime a la entidad contratante —titular del *ius puniendi*— de iniciar y adelantar personalmente el procedimiento sancionatorio contractual dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, garantía mínima que debía respetarse pero que fue desconocida en absoluto.

⁹⁴ Numeral 3.18 de los hechos probados.



El procedimiento sancionatorio, como se expuso en párrafos precedentes, debe garantizar un debido proceso integral, lo que implica, entre otras salvaguardas, una adecuada formación de la voluntad de la administración, mediante la comunicación formal, por parte de la entidad contratante —no de la interventoría—, en la que se le imputen cargos de incumplimiento al contratista, especificando los hechos que los originan, las sanciones que podrían imponérsele —de las tantas que puede contener el contrato—, y las pruebas que la administración posee y en las que funda los cargos formulados. Esto, con la finalidad de permitir al contratista conocer y definir su posición para determinar cómo asumirá y ejercerá su derecho de contradicción y defensa frente a los reproches que se le endilgan, así como contar con la oportunidad de rebatir y exponer ante la misma administración —entidad contratante— sus planteamientos y las pruebas que desee hacer valer, oportunidades estas de las que también debe gozar la aseguradora, dado que estaría llamada a responder ante la eventual realización del riesgo amparado.

Aclarado lo anterior, respecto de los dos requerimientos emitidos por la interventoría —CSEDUD-07-4108 y CSEDUD-07-4284— los cuales la SED afirma dieron inicio al procedimiento sancionatorio, debe señalarse que, si bien advirtieron un atraso en el plan de trabajo del contratista, presuntamente ocasionado por la suspensión de suministro de materiales básicos, lo cierto es que tales documentos deben considerarse como simples observaciones derivadas de las funciones de control y vigilancia que le correspondía realizar el interventor durante la ejecución del contrato⁹⁵, y no como el inicio de un trámite sancionatorio, pues tenían como finalidad instar al contratista a agilizar los trabajos para asegurar el cumplimiento del contrato en el plazo previsto.

A su turno, en relación con los demás requerimientos emitidos por la interventoría —CSEDUD-07-04814 y CSEDUD-08-00069—, debe indicarse que se sustentaron en el acta de entrega física de la obra, es decir, fuera del plazo de ejecución pactado en el contrato. Entonces, si bien del contenido de esos documentos se desprende que la interventoría atribuyó al contratista ciertos cargos de incumplimiento y, en tal virtud, lo instó a rendir las explicaciones pertinentes —lo cual efectivamente hizo—, cabe destacar que, a pesar de que en dichos requerimientos se afirmara que, con base en ellos, se iniciaría el trámite requerido para la imposición de las sanciones correspondientes, este proceder resulta insuficiente para asegurar el cumplimiento del debido proceso, pues, como se expuso en párrafos anteriores⁹⁶, para que dicho principio fuera efectivamente garantizado, la entidad contratante debía comunicar, dentro del lapso de ejecución del contrato y por sus propios medios, observaciones, reclamos o quejas de incumplimiento al contratista, sin que la interventoría pudiera suplir la posición contractual de aquel e iniciar por su cuenta el procedimiento sancionatorio exigido, ya que esta facultad se encuentra reservada exclusivamente a la administración, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

⁹⁵ Numerales 3.4.2 y 3.4.3 de los hechos probados.

⁹⁶ Numerales 4.2 y 4.3 del caso concreto.



En cuanto al informe de incumplimiento de la interventoría al que se hace referencia en las resoluciones impugnadas, debe recordarse que, tras la revisión del material probatorio, no se encontró evidencia de que dicho informe hubiera sido debidamente incorporado al expediente, por lo que no se tiene certeza de si la entidad contratante lo puso en conocimiento del consorcio contratista y de la aseguradora, con la finalidad de garantizar un procedimiento sancionatorio mínimo en el que pudieran ejercer su derecho de contradicción y defensa respecto de los aspectos de incumplimiento atribuidos.

Con todo lo anterior, forzoso resulta concluir que, en el asunto analizado, no se inició un procedimiento sancionatorio en absoluto, pues el primer acto administrativo de la SED, de cara al contratista, fue la sanción misma, sin que pueda aceptarse que los requerimientos —aun cuando en alguno de ellos se instó al contratista para que ampliara sus descargos— y el informe de incumplimiento emitidos por la interventoría reemplacen el procedimiento mínimo que debía iniciar y adelantar la entidad contratante, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, como garantía del debido proceso del afectado.

Ahora bien, tampoco puede admitirse que el debido proceso se garantizó con la posibilidad que tuvo el consorcio contratista de discutir la decisión inicial, a través de los recursos administrativos, y de la oportunidad nacida a partir de allí de pedir pruebas y controvertirlas, pues de antaño la Sección Tercera definió que *“en los procedimientos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar su puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso [...], de ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos”*⁹⁷.

Conforme con lo expuesto, a la vista de lo probado en el proceso, la Sala comparte la decisión del *a quo* de anular las Resoluciones 444 y 1945 de 2009, por violación al debido proceso sancionatorio.

4.7. Por último, en cuanto al restablecimiento del derecho como consecuencia de la nulidad de las resoluciones referidas y, concretamente, de cara a lo manifestado por la SED en su recurso de apelación, en el cual indicó que en el expediente no obra prueba de que *“efectivamente el contratista haya cancelado o mejor la entidad haya efectuado el cobro de dicho dinero [el valor de la cláusula penal]”*⁹⁸, la Sala observa que, efectivamente, el expediente no cuenta con suficiente respaldo probatorio que permita establecer con grado de certeza en qué términos el valor correspondiente a la cláusula penal pecuniaria fue pagado a la entidad contratante, bien mediante

⁹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 24 de septiembre de 1998, exp. 14891.

⁹⁸ Numeral 6 de los antecedentes (último párrafo).



compensación de sumas adeudadas al contratista, cancelación por parte del consorcio o cobro de la garantía única de cumplimiento.

En efecto, si bien en la liquidación unilateral del contrato se registró la obligación dineraria a cargo del contratista por concepto de la cláusula penal pecuniaria impuesta y se consignó la observación de la interventoría en el sentido de descontar el valor de la pena pecuniaria⁹⁹, no existe certeza de si esta fue efectivamente compensada o descontada del valor de las obras entregadas extemporáneamente, las cuales no fueron objeto de oposición por parte de la SED, según consta en dicha liquidación¹⁰⁰.

Por lo anterior, en criterio de la Sala, no procede el restablecimiento del derecho en los términos establecidos por el *a quo*, que había ordenado a la SED reintegrar al Consorcio San Pedro 068 el valor total de la cláusula penal pecuniaria, debidamente indexado. En su lugar, dadas las particularidades del caso y con el fin de preservar el componente resarcitorio derivado de la declaratoria de nulidad de los actos demandados, se advierte que, de conformidad con el artículo 172 del CCA¹⁰¹, en este asunto procede una condena en abstracto, en la medida en que no existen medios probatorios suficientes que permitan establecer en qué términos la cláusula penal pecuniaria fue pagada a la SED.

En tal medida, la condena en abstracto, cuyo trámite incidental deberá llevarse a cabo por el Tribunal a solicitud de la parte demandante, para lo cual los integrantes del consorcio San Pedro 068 y/o Seguros del Estado S.A., como garante del contrato de obra 200 de 2006, deberán acreditar el monto pagado o compensado con ocasión de la pena pecuniaria impuesta y la fecha en la que tuvo lugar el pago o la compensación. Dicha suma será reembolsada por la SED, debidamente actualizada, conforme con la siguiente fórmula: $VA = (VH * \text{índice final}) / (\text{índice inicial})$, donde VA es el valor actualizado; VH es el valor histórico, es decir, el monto efectivamente pagado; el índice final corresponde al de la fecha de aprobación del incidente de liquidación ordenado; y el índice inicial es el de la fecha en que se efectuó el pago o la compensación.

4.8. En definitiva, esta Subsección modificará la sentencia de primera instancia en lo atinente a las pretensiones de restitución de los dineros pagados o compensados

⁹⁹ Numeral 3.18.2 de los hechos probados.

¹⁰⁰ Numeral 3.18.3 de los hechos probados.

¹⁰¹ “Artículo 172 —subrogado por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998—. Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se harán en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 de Código Contencioso Administrativo y 137 en el Código de Procedimiento Civil. // Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación”.



con ocasión de los actos impugnados, pues se ordenará su condena en abstracto, de acuerdo con los parámetros establecidos en los párrafos anteriores.

5. Costas

De conformidad con lo previsto en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, la imposición de costas procede únicamente cuando alguna de las partes hubiere actuado de manera temeraria; sin embargo, en el presente caso no se evidenció ese tipo de conducta, por lo que no hay lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

MODIFICAR la sentencia del 27 de junio de 2018, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual, en línea con la redacción original, quedará de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución 444 del 24 de febrero de 2009, mediante la cual la Secretaría de Educación Distrital declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato de obra 200 de 2006; así como de la Resolución 1945 del 11 de 2009, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anterior, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN ABSTRACTO a la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Educación Distrital a devolver los dineros que los integrantes del Consorcio San Pedro 068 y/o Seguros del Estado S.A. pagaron con ocasión de los actos administrativos anulados, monto que será liquidado mediante incidente, de conformidad con el artículo 172 del CCA y de acuerdo con los parámetros dispuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Presidente de la Sala
Aclara voto



Radicado: 25000-23-26-000-2010-00346-02 (63296)
Demandantes: Integrantes del Consorcio San Pedro 068

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Magistrada

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

CT2