



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Expediente: 250002336000-2017-01383-01 (62986)
Demandante: Consorcio La Sirena 2014
Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano - IDU
Medio de control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: *PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y CARÁCTER INVARIABLE DE LA CAUSA PETENDI - El juzgador al definir el alcance del recurso de alzada, así como el demandante en su interposición y sustentación, están limitados a no variar la causa petendi o fundamento fáctico que sirvió de sustento de las pretensiones / RESPETO AL DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO - Está acreditado por cuanto la entidad cumplió con el deber de acompañar a la citación los informes de interventoría en que se sustentaba la actuación, indicando con claridad al contratista el incumplimiento que se le estaba imputando, y con base en el cual fue tasada e impuesta la sanción / MULTA CONTRACTUAL Y CLÁUSULA PENAL - Si bien son similares por su carácter convencional, accesorio y preventivo, poseen unas características propias que permiten diferenciarlas / MULTA CONTRACTUAL - No tiene un carácter resarcitorio, compensatorio o indemnizatorio, sino que busca forzar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, circunscribiéndose a un mecanismo coercitivo para que el contratista se ponga al día en sus obligaciones / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA - Por regla general y salvo pacto expreso de las partes, posee una naturaleza indemnizatoria o liquidatoria, al entenderse como una tasación anticipada de los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato / CUMPLIMIENTO TARDÍO Y EXIGIBILIDAD DE LA PENA - Conforme al artículo 1594 del Código Civil, las partes pueden válidamente pactar la exigibilidad de la pena en caso del simple retardo, caso en el cual, el acreedor podrá exigir tanto el cumplimiento de la obligación, como el pago la sanción pecuniaria estipulada / INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 - La norma establece que la entidad pública acreedora podrá dar por terminado el procedimiento sancionatorio contractual en cualquier momento frente a la cesación de la situación de incumplimiento, no como un mandato imperativo e ineludible, sino en consideración a que, en cada caso, la sanción a imponer podría ser incompatible o improcedente ante el cumplimiento tardío.*

Surtido el trámite de ley sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por la Sección Tercera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Se pide declarar la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la entidad demandada hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la sentencia ya indicada, proferida el 10 de octubre de 2018, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos de derecho, son los siguientes:



La demanda

2. El 25 de julio de 2017¹, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, el Consorcio La Sirena 2014² (el consorcio, el demandante o la parte actora) interpuso demanda en contra del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU (la entidad contratante o demandada), con el fin de que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos proferidos con ocasión del contrato de obra No. 1654 del 29 de octubre de 2014: (i) Resolución 64446 del 24 de noviembre de 2015, que declaró el incumplimiento del contrato e impuso la cláusula penal y, (ii) Resolución 009019 del 27 de septiembre de 2016, por la cual se resolvió el recurso de reposición presentado en contra de la anterior.

3. Producto de la nulidad de los actos antes indicados, la parte actora solicitó: (i) declarar la inexistencia del incumplimiento, y en consecuencia, la no afectación de la garantía única de cumplimiento, así como la ausencia de valores a favor del IDU por cuenta de la ejecución del contrato; (ii) ordenar la devolución de la suma descontada por la entidad demandada con ocasión de los actos acusados, indexada y con reconocimiento de intereses de mora hasta la fecha de su devolución efectiva; y, (iii) oficiar al SECOP, la Cámara de Comercio y a la Procuraduría General de la Nación, para que se abstengan de publicar lo ordenado mediante las resoluciones demandadas.

4. El fundamento fáctico de la demanda es, en síntesis, el siguiente³:

(i) El consorcio y el IDU suscribieron el contrato de obra 1654 del 29 de octubre de 2014 (el contrato), cuyo objeto era realizar la "COMPLEMENTACIÓN Y/O ACTUALIZACIÓN Y/O AJUSTES Y/O DISEÑOS Y/O CONSTRUCCIÓN DE LA AVENIDA LA SIRENA (AC 153) DESDE LA AVENIDA LAUREANO GÓMEZ (AK 9) HASTA LA AVENIDA ALBERTO LLERAS CAMARGO (AK 7) EN BOGOTÁ D.C.", de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones, sus anexos y apéndices.

(ii) El contrato se celebró por un valor total de \$8.868.123.657, y como plazo de ejecución, se pactaron nueve (9) meses contados desde la suscripción del acta de inicio, divididos en tres (3) etapas: (**primera**) dos (2) meses para la etapa de complementación y/ o actualización y/ o ajustes y/ o diseños; (**segunda**) un (1) mes para la etapa preliminar; y (**tercera**) seis (6) meses para la etapa de construcción. Posteriormente, el negocio jurídico fue objeto de las siguientes modificaciones:

a) El 13 de febrero de 2015 se prorrogó el plazo de ejecución de la primera etapa, por el término de un (1) mes; esta modificación implicó que la primera etapa ocupara tiempo de la segunda (etapa preliminar), pero no afectó el plazo total del contrato.

b) El 13 de marzo de 2015 se suscribió una nueva prórroga de la etapa de preliminares, por un (1) mes adicional, sumado al plazo inicial total del contrato.

c) El 14 de octubre de 2015 y el 11 de mayo de 2016 se amplió el plazo de ejecución en noventa (90) días y cinco (5) meses, respectivamente.

¹ Cuaderno 1, folios 7 a 49.

² Conformado por Construcciones e Inversiones Beta S.A.S, Promotora el Campin S.A. y Sergio Torres Reatiga.

³ Cuaderno 1, folios 18 a 32.



d) El 15 de diciembre se celebró una última prórroga por cien (100) días calendario.

(iii) Mediante oficio del 30 de septiembre de 2015⁴, el IDU citó al contratista a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para iniciar proceso sancionatorio por el presunto incumplimiento del contrato, la cual se llevó a cabo el 7 de octubre de 2015. En el desarrollo de la audiencia, el consorcio solicitó la nulidad del oficio citatorio por incumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, no obstante, esta solicitud fue negada, por lo que el contratista presentó descargos y aportó pruebas para ejercer su defensa.

(iv) El 24 de noviembre de 2015, el IDU expidió la Resolución 64446, por la que declaró el incumplimiento del contrato e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, por valor de \$2.160.736.238, la cual fue notificada en audiencia y recurrida por el consorcio demandante. La entidad demandada suspendió la audiencia para otorgar un plazo prudencial al consorcio para sustentar el recurso; el 10 de diciembre de 2015 se reanudó la audiencia, donde el consorcio expuso los argumentos en los que sustentaba la reposición, y nuevamente fue suspendida para que la entidad contratante procediera a resolverlo.

(v) El 27 de septiembre de 2016 se llevó a la cabo continuación de la audiencia, donde el consorcio contratista solicitó oportunidad para volver a sustentar el recurso de reposición, en tanto, el funcionario que dirigió la audiencia del 10 de diciembre de 2015 no era el mismo que presidía su continuación. La anterior solicitud fue rechazada, por lo que la parte propuso incidente de nulidad, el cual fue negado por el IDU. En audiencia se expidió la Resolución 009019 de 2016, por la que se resolvieron los recursos de reposición interpuestos y se confirmó la Resolución 64446 de 2015.

(vi) El 7 de abril de 2017 las partes suscribieron el acta 42, donde se dejó constancia de la terminación del contrato de obra y el cumplimiento del objeto contractual.

Los cargos de nulidad

5. El consorcio demandante fundamentó sus pretensiones en que los actos demandados son nulos, por:

(i) **Desconocimiento del debido proceso** en el trámite consagrado en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, en la medida que:

a) El oficio citatorio no expresó las cláusulas presuntamente violadas por el contratista, no se indicaron las consecuencias del proceso sancionatorio y se prejuzgó al consorcio, en tanto la entidad, desde esa citación, se afirmó que los cargos eran imputables al contratista, violando así la presunción de inocencia y la garantía de presentar descargos y pruebas ante un funcionario imparcial.

b) Aunque la interventoría informó que el atraso de la obra era de un 70.39% y que la cláusula penal respecto del cargo sexto equivalía a \$1.795.352.538, tal y como se señaló en el oficio citatorio, en la resolución demandada se adujo un atraso de obra de 83.69% y se tasó la cláusula penal en \$2.134.579.541, sancionando al

⁴ Oficio referenciado como STESV 20153361500061.



contratista por un supuesto de hecho diferente al que se imputó en el proceso sancionatorio.

(ii) **Expedición irregular**, en tanto el cargo relativo a la ausencia de los permisos de ocupación del cauce y silvicultural se superaron antes de que el proceso sancionatorio finalizara, por lo que, al momento de la tasación de la sanción, en aplicación del literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la entidad debió excluir del valor a pagar lo relativo al incumplimiento en la obtención de los permisos, pues el mismo ya había cesado. Además, indicó que la entidad no podía aplicar la cláusula penal pecuniaria, puesto que la cláusula 18 del contrato creó una multa específica por el incumplimiento de las demás obligaciones contenidas en el contrato o en los documentos que hacen parte integral del mismo, de manera que la cláusula penal operaba solo de forma subsidiaria.

(iii) **Falsa motivación**, por cuanto la demandada fundamentó los actos administrativos acusados en hechos que no se probaron, específicamente, indicó que:

a) El cargo relativo a la falta de aprobación de los Análisis de Precios Unitarios Contractuales (APU) por parte de la interventoría, carece de sustento jurídico, puesto que éstos fueron aprobados mediante correo electrónico del 9 de noviembre de 2015. Respecto a los APU no previstos, consideró que la entidad interpretó de forma errónea el contrato, pues la obligación del contratista era la de entregar y/o presentar oferta a la interventoría, sin que ello implicara su aprobación.

b) Reiteró que los permisos de ocupación de cauce y silvicultural se obtuvieron antes de que finalizara el proceso sancionatorio, por lo que se había superado la situación y no podía ser objeto de sanción.

c) Sobre la no entrega del informe SST 4, aseguró que la entidad demandada no verificó las causas por las que éste se había improbadado, puesto que no tuvo en cuenta que el contratista había pagado los honorarios y/o salarios que exigía el contrato, y había allegado el *paz y salvo* que probaba esa situación. Afirmó que la entidad debió dividir el pago total entre el tiempo laborado, con lo que se habría constatado el cumplimiento del contrato.

d) En lo relativo al cargo de incumplimiento en la entrega de la programación de obra ajustada, indicó que perdió sustento fáctico con la suscripción de las prórrogas al contrato en las que se estableció una nueva programación para la ejecución. Manifestó que el hecho de que la obra hubiera estado sin cronograma no generó daño alguno a la entidad y que, en todo caso, el mismo no se podía realizar pues no se había aprobado el plan de manejo de tránsito, por lo que exigir al contratista un cronograma sin que se cumplieran los requisitos previos para ello, era una actuación arbitraria de la entidad y de la interventoría.

e) La entidad demandada sustentó el atraso de la obra con base en un cronograma de obra que había perdido vigencia, por lo que el contratista nunca conoció cómo se midió la ejecución del contrato, lo que generó que la tasación de la sanción fuera ajena al avance físico de la obra.

f) En la matriz de riesgos del contrato, la demora en la aprobación de los permisos correspondía a ambas partes, por lo que la entidad no podía atribuir esa circunstancia únicamente al contratista.



La admisión de la demanda y la defensa

6. Admitida la demanda⁵ y notificado el auto admisorio⁶, el Ministerio Público guardó silencio y el IDU presentó contestación⁷ en el término de traslado de la demanda⁸; se opuso a la totalidad de las pretensiones a partir de las excepciones que denominó: (i) legalidad de los actos administrativos; (ii) los actos administrativos se encuentran debidamente motivados; y (iii) el contrato es ley para las partes; las cuales fundamentó en que:

(i) Los actos acusados fueron expedidos por el funcionario competente como producto del proceso sancionatorio que se adelantó en contra del contratista, donde se lograron acreditar sus múltiples incumplimientos y en el que se respetó el derecho al debido proceso tanto del consorcio como de las aseguradoras. Agregó que en el oficio citatorio a la audiencia de presunto incumplimiento, se indicaron de forma clara los cargos imputados y la consecuencia que acarrearía su comprobación, y aunque en efecto se hizo un recuento de los hechos y presuntos incumplimientos en que habría incurrido el contratista, ello no implica un prejuzgamiento como se afirma en la demanda; además, la entidad resolvió en el proceso sancionatorio la nulidad propuesta por el contratista.

(ii) Los actos se encuentran debidamente motivados y son congruentes con los incumplimientos comprobados del contratista. Sobre el particular explicó:

a) Como parte de la planeación del proyecto, la aprobación de los APU contractuales debió hacerse en la etapa de complementación y/o actualización y/o ajustes y/o diseños, es decir, a más tardar el 14 de abril de 2015, no cinco (5) meses después de la ejecución de la obra.

b) Contrario a lo manifestado por el demandante, en el anexo técnico del contrato se especificó respecto a los APU no previstos, que "*el contratista deberá presentar para revisión, verificación y aprobación por parte del interventor, el ANÁLISIS DE LOS PRECIOS UNITARIO PARA CONSTRUCCIÓN*", por lo que no es cierto que la obligación del contratista se limitaba a la elaboración y entrega de la oferta, excluyendo su aprobación.

c) En relación con la aprobación del permiso silvicultural y de ocupación de cauce explicó que, aunque durante el desarrollo del procedimiento sancionatorio se hubieran obtenido los permisos, ello no quería decir que la causal de incumplimiento hubiese desaparecido, puesto que, en todo caso, los permisos se obtuvieron por fuera del término contemplado en el contrato, configurándose el cargo imputado en el oficio citatorio.

d) Frente a la no entrega del informe SST 4, afirmó que los paz y salvos entregados por el contratista en los descargos no probaban el pago de sus obligaciones laborales, lo cual debía acreditarse a través de las planillas de pago de seguridad social. Adicionalmente, adujo que el informe presentado tenía varias falencias que fueron oportunamente informadas para su corrección, y a pesar que el término máximo para presentar el informe vencía el 21 de abril de 2015, el

⁵ Auto del 23 de agosto de 2017. Cuaderno 1, folios 53 a 56.

⁶ Cuaderno 1, folios 60 a 67.

⁷ Cuaderno 1, folios 83 a 125.

⁸ Constancia Secretarial. Cuaderno 1, folio 286.



contratista señaló que la última versión entregada correspondía a la del 28 de octubre del mismo año, esto es, seis (6) meses después del momento en que debió cumplir la obligación.

e) Respecto a la no entrega de la programación de obra ajustada, producto de la etapa de complementación y/o actualización y/o ajustes y/o diseños, indicó que era obligación del contratista realizar el nuevo cronograma, y en caso de modificación del plazo de ejecución, era éste quien debía modificarlo, so pena que el estudio de avance de obra se hiciera con base en el último cronograma presentado y aprobado por la interventoría. Explicó que no era cierto que al contratista se le hubiere exigido rehacer el cronograma sin contar con los requisitos para ello, pues en el anexo técnico separable se explicitaban los trabajos que debía desarrollar en la primera etapa del contrato, entre éstos, los diseños topográficos, de tránsito, geométricos, urbanismo y espacio público, redes y servicios públicos, acueducto y alcantarillado, así como los estudios geotécnicos.

(iii) Las cláusulas que componen el contrato son de obligatorio cumplimiento para las partes, no obstante, el contratista inobservó varias de las prestaciones a su cargo conllevando un retraso en la ejecución de la obra y su entrega a la comunidad, razón por la que la entidad contratante debía imponer las sanciones pactadas contractualmente en caso de incumplimiento grave.

Los alegatos de conclusión

7. El 19 de abril de 2018 se llevó a cabo audiencia de inicial⁹, se decretaron las pruebas¹⁰ y se fijó fecha para su práctica; el 24 y 26 de julio de 2018 se celebró la audiencia de pruebas, y en esta última fecha se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión por escrito¹¹. En la oportunidad correspondiente el Ministerio Público guardó silencio, mientras que las partes allegaron sus alegatos en los siguientes términos:

(i) La demandante¹² manifestó que dentro del proceso se probó que en el oficio citatorio no se indicó de forma clara y específica las consecuencias jurídicas a los incumplimientos imputados y que se impuso una sanción superior a la indicada en el informe de incumplimiento. Adicionalmente, consideró probada la expedición irregular y con falsa motivación de los actos demandados, puesto que los cargos imputados habían sido superados con anterioridad a la finalización del procedimiento administrativo.

⁹ Cuaderno 1, folios 303 a 307.

¹⁰ Se decretaron las documentales allegadas por las partes, particularmente, las siguientes copias: (i) documento de constitución del Consorcio La Sirena 2014; (ii) anexo técnico separable de la licitación pública IDU-LP-SGI-013-2014; (iii) documentos de la licitación pública IDU-LP-SGI-013-2014; (iv) contrato de obra 1654 del 29 de octubre de 2014; (v) actas de inicio, suspensión, prórroga, modificaciones y terminación del contrato; (vi) oficio citatorio al proceso sancionatorio STESV 20153361500061 del 30 de septiembre de 2015; (vii) solicitud de nulidad del oficio STESV 20153361500061; (viii) auto del 7 de octubre de 2015 en el que se negó la nulidad propuesta por el contratista; (ix) descargos presentados por el contratista el 7 de octubre de 2015; (x) Resolución 64446 del 24 de noviembre de 2015 en la que se declaró el incumplimiento del contratista, la ocurrencia del siniestro y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria; (xi) recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución anterior; (xii) Resolución 009019 del 27 de septiembre de 2016 en la que se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición anterior; y (xiii) constancia de agotamiento de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Séptima Judicial 11. También se decretaron y practicaron los testimonios de José Uber Fajardo, director de obra del contratista y Oscar Alejandro Ramírez, representante legal de la interventoría.

¹¹ Cuaderno 1, folios 313 a 314 y 333 a 334.

¹² Cuaderno 1, folios 338 a 353.



(ii) La entidad demandada¹³ reafirmó que respetó las garantías fundamentales del contratista en el procedimiento sancionatorio, y, por otra parte, que bastaba la sola comprobación del retardo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales para la imposición de la cláusula penal, por lo que resultaba irrelevante que los cargos imputados en el procedimiento sancionatorio se hubieran subsanado con anterioridad a la expedición de los actos demandados.

La sentencia de primera instancia y su motivación

8. A través de sentencia del 10 de octubre de 2018¹⁴, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes conclusiones:

(i) Contrario a lo afirmado por el demandante, de la revisión del oficio citatorio, se observa con claridad que la entidad demandada sí expuso de forma concreta y detallada los presuntos incumplimientos¹⁵, las cláusulas del contrato desconocidas, las obligaciones contenidas en los pliegos de condiciones y en el anexo técnico separable transgredidas, así como la consecuencia que podía derivarse en su contra¹⁶.

(ii) El simple hecho de imputar cargos en contra del contratista, no es indicativo de su responsabilidad, pues precisamente es por ello que la entidad, previo a la declaratoria de incumplimiento o imposición de sanciones, debe adelantar la audiencia con respeto del debido proceso para determinar si en efecto el contratista incurrió o no en las conductas que se le imputan en el pliego de cargos; en ese sentido, no se observa que se hubiera prejuzgado al contratista como se afirma en la demanda, sino que la entidad realizó el relato de los antecedentes de ejecución del contrato, las omisiones que podrían constituir incumplimiento y las cláusulas presuntamente incumplidas, situación que de ningún modo debe ser considerada como prejuzgamiento, sino como la adecuada formulación de cargos, que deben ser desvirtuados por la contraparte.

(iii) No son de recibo los argumentos esbozados por el contratista para justificar la no aprobación de los APU, pues el demandante reconoce que presentó el análisis correspondiente después de vencido el término que tenía para ello, incluso después de iniciada la etapa de construcción, aun cuando conocía que para el inicio de esta fase se debía tener elaborado y aprobado el presupuesto. Tampoco es admisible que el contratista afirme que el retraso en la presentación de los APU se originó porque se encontraban pendientes algunos productos de las áreas de tránsito y transporte, redes secas y húmedas, entre otros, en tanto no puede justificar el retraso de la ejecución de sus obligaciones en unos incumplimientos propios previos. Si el contratista hubiera observado desde el principio el cronograma de

¹³ Cuaderno 1, folios 354 a 362.

¹⁴ Cuaderno principal, folios 364 a 378 reverso.

¹⁵ A saber: (i) no entrega a satisfacción de los productos de las etapas de complementación y/o actualización y/o ajustes y/o diseños, así como de preliminares y análisis de precios unitarios con su correspondiente aprobación; (ii) no entrega del informe mensual de seguridad y salud en el trabajo - SST del periodo comprendido entre el 15 de marzo y el 14 de abril de 2015, con el lleno de requisitos contractualmente pactados, correspondiente a la etapa de preliminares durante el mes de prórroga, junto con los soportes de pago de salarios y/u honorarios de la plantilla mínima; (iii) no obtención de permisos ambientales; (iv) no entrega de la programación de obra; y (v) atraso en la programación de obra vigente.

¹⁶ En el acápite de "CONSECUENCIA QUE PODRÍAN DERIVARSE PARA EL CONTRATISTA (POSIBLE SANCIÓN)", se indicó que: "Surtido el debido proceso señalado en el artículo 29 de la Constitución Nacional y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en caso de comprobarse el presunto incumplimiento de las obligaciones anteriormente descritas, el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, mediante acto administrativo, declarará el incumplimiento y como consecuencia de ello se hará efectivo lo establecido en la Cláusula 19, "Cláusula Penal Pecuniaria", del Contrato 1654 de 2014, que estipula (...)"



actividades, no habría tenido inconvenientes con la obtención de permisos y con la aprobación del presupuesto de la obra.

(iv) Respecto al informe SST 45, el contratista se obligó a entregar al IDU un informe mensual de pago de salarios y seguridad social, así como de los demás gravámenes y aportes establecidos por la ley, junto con los recibos que acreditaran el cumplimiento de las obligaciones laborales del mes inmediatamente anterior al del informe. No obstante, al revisar la documentación aportada por la parte actora por el periodo respecto en que se determinó el incumplimiento, se observa que si bien algunos de los paz y salvos mencionan el monto pagado al trabajador, no expresan el periodo de prestación del servicio, o si expresan el tiempo de servicio a pagar, el monto que se pagó fue cero (0), por lo que tal y como como concluyó la demandada en el procedimiento administrativo, con la información aportada por el contratista, no era posible determinar a qué periodo laboral correspondía el pago, el monto del mismo, y si era concordante con lo dispuesto en el contrato y sus anexos. Además, del restante acervo probatorio aportado al expediente, no es posible determinar si se realizó el pago correspondiente a los aportes de seguridad social del personal empleado para darle cumplimiento a la prórroga 2 del contrato, que cubría el periodo del informe SST 4.

(v) En lo atinente a la obtención de los permisos ambientales (ocupación del cauce y silvicultural), tal obligación debía cumplirse por el contratista en las etapas previas al inicio de la construcción de la obra, específicamente, en la etapa de complementación y/o actualización y/o ajustes y/o diseños (numeral 4.3.10 anexo técnico separable), y, de conformidad con la cláusula 12, era obligación del contratista realizar la gestión necesaria para coordinar con las entidades distritales y nacionales la aprobación para las intervenciones ambientales que se requieran en ejecución del proyecto; a pesar de ello, está acreditado que el ahora demandante solo presentó la solicitud soportada y completa para la obtención de estos permisos el 27 de agosto de 2015, es decir, casi cuatro (4) meses después de vencido el término para tenerlos aprobados (abril de 2015), por lo que no hay duda que incumplió lo acordado.

(vi) Sobre la no entrega de la programación de obra ajustada, explicó que eran dos (2) obligaciones diferentes las que tenía a cargo el contratista: (a) la primera, consistente en presentar la programación de la obra que surgía como fruto de la etapa de complementación y/o actualización y/o ajustes y/o diseños, programación que sería aplicable desde el primer día de la construcción de la obra; y (b) la segunda relativa a la presentación de un cronograma de actividades ajustado, cuando se ampliara el plazo de ejecución del contrato. A pesar de ello, de la revisión de las pruebas y antecedentes administrativos aportados al expediente, no hay prueba de la existencia del cronograma de obra que debió regir la etapa de construcción que inició el 15 de abril de 2015, por lo que resultan fundados los argumentos expuestos por la entidad en los actos administrativos demandados.

(vii) El inciso final del literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, no impone a las entidades el deber de terminar el procedimiento administrativo cuando se observe el cumplimiento de las obligaciones contractuales que se encontraban en mora, pues el enunciado de la norma es facultativo; en consecuencia, si bien la administración tiene la potestad de continuar o no con el procedimiento, la norma no puede interpretarse en el sentido de que el contratista tiene el derecho a exigir la finalización del procedimiento por la cesación del incumplimiento, especialmente al considerar que, independientemente que este se allanara al cumplimiento de las



obligaciones por efecto del trámite de sanción, lo pretendido por la entidad no era conminar al contratista a ejecutar sus prestaciones, sino la compensación de los perjuicios derivados del incumplimiento o cumplimiento tardío de sus obligaciones contractuales.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

9. El fallo en precedencia, notificado en debida forma el 12 de octubre de 2018¹⁷, fue recurrido dentro del término de ejecutoria por el consorcio demandante¹⁸. El recurso de apelación¹⁹ se fundamentó en los siguientes motivos de inconformidad:

(i) El Tribunal *a quo* omitió pronunciarse sobre el cargo relacionado con la violación del debido proceso, fundamentado en haberse iniciado el procedimiento sancionatorio con base en un atraso en la ejecución de la obra del 70.39%, pero tasada e impuesta la sanción por un atraso del 83.69%. Indicó que el contratista no tuvo oportunidad de defenderse de “*un atraso evidentemente diferente respecto del cual fue citado a procedimiento sancionatorio*”, y que la entidad demandada no aclaró esa diferencia entre lo manifestado en los hechos del oficio citatorio y la tasación de la sanción.

(ii) La sentencia incurrió en una indebida interpretación del inciso final del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Según el apelante, cuando la norma dispone que “[*l*]a entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”, no establece margen alguno al operador judicial para hacer de esa terminación una facultad discrecional, sino que corresponde a una consecuencia jurídica plasmada por el legislador que debe aplicar; por tanto, en su concepto y contrario a lo manifestado por el Tribunal, la palabra “podrá” no puede entenderse como una facultad discrecional de la administración de terminar el procedimiento administrativo, pese a existir prueba de la superación de los hechos objeto de los cargos, sino que dicha facultad debe ejercerse siempre y en cualquier momento, aun previo a resolver el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo sancionatorio.

(iii) El Tribunal realizó una indebida valoración de los hechos y las pruebas en relación con la declaratoria de incumplimiento por la entrega del Informe SST 4, relativo a la acreditación de sus obligaciones en materia laboral. Sostuvo que: (a) a diferencia de lo afirmado por el Tribunal, en los descargos del proceso sancionatorio y con la demanda se aportaron los documentos correspondientes al periodo a certificar, los cuales están firmados por cada una de las personas de la nómina; y (b) las partes no contienden que el informe se entregó con los soportes necesarios, lo que se discutió en el proceso que éste se entregó de forma extemporánea, pero como se superó el incumplimiento, la entidad debía dar por terminado el procedimiento administrativo sancionatorio conforme a lo expuesto en el cargo de apelación anterior.

(iv) El fallo recurrido no estudió el desconocimiento del principio de buena fe contractual por parte de la entidad demandada. Sobre el particular, indicó que la suscripción de la prórroga 3 del 14 de octubre de 2015 implicaba que, para la entidad

¹⁷ Cuaderno principal, folios 379 a 386.

¹⁸ Cuaderno principal, folios 421 y 422.

¹⁹ Cuaderno principal, folios 391 a 420.



proceder con la declaratoria de incumplimiento, era indispensable que en ese modificatorio hubiese dejado salvedad en virtud de la cual se reservaría el derecho a demandar o a continuar el procedimiento administrativo sancionador, lo cual no hizo.

Trámite en segunda instancia

10. En auto del 17 de enero de 2019²⁰, este Despacho admitió el mencionado recurso de apelación por cumplir con lo establecido en el artículo 247 del CPACA. Así mismo, mediante proveído del 4 de mayo de ese año²¹, corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran alegatos de conclusión, al tiempo que ordenó el traslado especial al Agente del Ministerio Público para que rindiera concepto en el asunto.

11. El consorcio demandante indicó atenerse a los razonamientos expuestos en la demanda y el recurso de apelación²², mientras que la entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio²³.

I. CONSIDERACIONES

Objeto de la apelación y problema jurídico

12. De conformidad con los artículos 357 y 281 del CGP, la competencia del *ad quem* se circunscribe a las razones de inconformidad o juicios de reproche esbozados por el apelante, en relación con la situación creada por el fallo de primera instancia y los aspectos que estén íntimamente relacionados con ella, esto es, según la postura unificada del Consejo de Estado²⁴, que se encuadren dentro del marco global de la apelación; además, la sentencia deber ser congruente con los hechos y las pretensiones aducidos en las oportunidades dispuestas en la ley procesal, de manera que, el juzgador al definir el alcance del recurso de alzada para efectos de establecer su curso y solución, así como el demandante en su interposición y sustentación, están limitados a no variar la causa petendi, esto es, el fundamento fáctico que sirvió como sustento de las pretensiones y frente al cual la parte demandada tuvo la oportunidad de ejercer su defensa.

13. En consecuencia, con el objeto de establecer el objeto de la apelación en el caso concreto, la Sala debe hacer las siguientes precisiones:

(i) Aunque el Tribunal desestimó en primera instancia los siguientes cargos de nulidad, tal determinación no fue objeto de reproche por la parte actora en el recurso de apelación: **(a)** Desconocimiento del debido proceso por: (1) prejuzgamiento del contratista; y (2) falta de claridad en las consecuencias que podrían derivarse por la declaratoria de incumplimiento; y **(b)** Falsa motivación de los actos administrativos, en relación con los incumplimientos que le fueron imputados por la no entrega de: (1) los APU contractuales; (2) los APU no previstos; (3) el permiso silvicultural y de ocupación de cauce; y (4) la programación de obra ajustada. En esa medida, por cuanto estos cargos fueron objeto de decisión, pero no son controvertidos en esta

²⁰ Cuaderno principal, folio 423.

²¹ Cuaderno principal, folio 425.

²² Cuaderno principal, folio 428.

²³ Constancia secretarial, cuaderno principal, folio 429.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 6 de abril de 2018, Exp. 46.005, M.P. Danilo Rojas Betancourth.



instancia, la Sala se abstendrá de pronunciarse respecto de ellos al tratarse de aspectos de la sentencia recurrida con los que estuvo de acuerdo el apelante único.

(ii) El demandante afirmó, al sustentar el recurso de apelación, que la entidad demandada desconoció el principio de buena fe contractual, lo que concateno a una falsa motivación de los actos acusados, pues con posterioridad al inicio del procedimiento sancionatorio fue suscrito un otrosí entre las partes, y por tanto, si la entidad pretendía declarar el incumplimiento del contrato, era indispensable que en esa modificación la demandada hubiese dejado la salvedad de que continuaría con el procedimiento sancionatorio. No obstante, revisado el texto de la demanda, la Sala advierte que la presunta trasgresión del principio de buena fe, y los argumentos que sustentan dicho cargo en los términos indicados, no fueron cuestiones alegadas por la parte actora como sustento de sus pretensiones, como tampoco dirigió alguna en ese sentido, ni se hizo mención a lo descrito en los hechos, correspondiendo en realidad a argumentos nuevos introducidos por la parte actora en el recurso de apelación, y que en consecuencia, no fueron abordados por el Tribunal *a quo* al no ser parte del objeto de la *litis*.

Esta Subsección²⁵ ha explicado que, el recurso de apelación no tiene por objeto ni es un instrumento para que las partes adicionen o modifiquen sus demandas, pues con ello sorprenderían a su contraparte con cargos nuevos frente a los cuales no tuvo la oportunidad de defenderse y, en caso de permitir tal actuación, se desconocería el principio de congruencia y el debido proceso, razón por la cual, en respeto de estas garantías procesales, el cargo relativo a la trasgresión del principio de buena fe contractual no puede ser objeto de pronunciamiento en esta instancia.

(iii) De la lectura de la demanda y el fallo impugnado, la Sala encuentra que: (a) el demandante afirmó como sustento de sus pretensiones el desconocimiento del derecho al debido proceso, por cuanto fue citado al proceso sancionatorio por un porcentaje de atraso, pero la sanción fue tasada e impuesta por un retardo mayor; y (b) como se afirma en el recurso de alzada, el *a quo* no se pronunció sobre el particular; por tanto, compete a la Sala en esta instancia absolver este cargo de nulidad.

(iv) Respecto de la entrega del informe SST 4, relativo a la acreditación del pago de las obligaciones laborales cargo del contratista, el demandante afirma que no hay discusión respecto a que éste se entregó, solo que se hizo de forma extemporánea, de manera que lo que discute realmente en su demanda y el recurso de alzada “*es si la administración debió declarar terminado el proceso sancionatorio por haber cesado el incumplimiento, a lo cual, en capítulos previos indicamos que la respuesta debe ser afirmativa, lo que confirma la nulidad de los actos administrativos*”, razón por la cual, este punto se absolverá al definir si, en efecto, el Tribunal *a quo* incurrió en una indebida interpretación del inciso final del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

14. Visto lo anterior, la Sala encuentra que el objeto de la apelación en el caso concreto se circunscribe a establecer, si:

(i) Los actos acusados fueron expedidos con desconocimiento del debido proceso, por cuanto el procedimiento sancionatorio inició con base en un porcentaje

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de agosto de 2021, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Exp.: 05001-23-31-000-2009-00527-02 (65589).



de atraso en la ejecución de la obra (70.39%), pero posteriormente, fue tasada e impuesta la sanción por un retardo diferente (83.69%).

(ii) La sentencia de primera instancia incurrió en una indebida interpretación del inciso final del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por cuanto según el actor, éste impone que en cualquier evento y de forma ineludible, superado el incumplimiento, la entidad debe proceder con la terminación del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, lo que implicó desconocer que los actos demandados fueron expedidos en forma irregular.

Sobre el presunto desconocimiento del debido proceso

15. Afirma el demandante que fue citado a la audiencia de declaratoria de incumplimiento e imposición de la cláusula penal con ocasión de un porcentaje de atraso en la ejecución de la obra, pero fue sancionado por uno diferente, por lo que no tuvo oportunidad de conocer y defenderse del verdadero cargo de incumplimiento que finalmente le fue imputado en los actos demandados.

16. El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ordena que a la citación al procedimiento sancionatorio contractual al contratista, deberá ir acompañando del *“informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación”*.

17. Está acreditado que, en cumplimiento de lo anterior, la entidad demandada remitió al consorcio el oficio STESV 20153361500061²⁶, denominado *“Solicitud de aplicación de Cláusula Penal Contrato de obra pública No. 1654/2014”*, en donde se indicó lo siguiente:

(i) El contratista reiteradamente desconoció las obligaciones a su cargo, de manera que, con ocasión de **“los atrasos que se acumulan por cuenta de su presunto incumplimiento”**, en el plazo restante del contrato en su etapa de construcción, *“no es posible que el Consorcio La Sirena 2014 de cumplimiento al objeto contratado con el IDU, a pesar de los múltiples requerimientos conminatorios”*.

(ii) Conforme al informe de interventoría (adjunto al oficio citatorio²⁷) CLS-1654-2014-193, con radicado IDU 20155261164692 del 31 de agosto de 2015, **“a fecha 24 de agosto de 2015 el Consorcio La Sirena 2014 ha ejecutado un 5.64% respecto del valor total de obras civiles y redes frente a un 76.03% según lo programado. Con lo anterior el proyecto presenta un atraso del 70.39% lo cual afecta de manera grave el contrato dado que el objeto contractual no podrá ser cumplido en el plazo que resta”**.

(iii) Según el reporte semanal No. 41 de interventoría, **“con fecha de corte el 27 de septiembre de 2015, el atraso de la etapa de construcción es del 83,69%.”**, documento también adjunto al oficio citatorio como se referencia expresamente en bajo el acápite de anexos²⁸, aspecto que además no es discutido por la parte actora.

²⁶ Cuaderno 2, folios 124 a 185.

²⁷ Cuaderno 2, folio 182, referenciado bajo el cuadro de “OFICIOS CIVILE LTDA.”, casilla 6.

²⁸ Cuaderno 2, folio 183, referenciado como “INFORME SEMANAL DE INTERVENTORÍA No. 41, DEL PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE EL 24 Y EL 27 DE SEPTIEMBRE DE 2015”.



(iv) En esa medida, también se explicó que: **(a)** para el cálculo de la tasación de la sanción se tendría en cuenta la información más reciente, esto es “*el reporte semanal No. 41 de Interventoría con fecha de corte el 27 de septiembre de 2015*”, conforme al cual, “*el atraso de la etapa de construcción es del 83,69%*”; y **(b)** como la Cláusula Penal Pecuniaria pactada establecía que el valor de la sanción podía alcanzar como máximo el 30% del valor total del contrato, “*se realiza el cálculo de la sanción aplicando el porcentaje de atraso de obra al valor máximo aplicable por concepto de la Cláusula Penal pecuniaria*”, como se ilustra a continuación:

H	Porcentaje máximo aplicable al contrato por cláusula penal pecuniaria	30%
I	Valor máximo por cláusula penal pecuniaria aplicado al valor de la etapa de construcción: $I = (H \times C)$	\$2.550.578.971
J	Porcentaje de Atraso etapa de construcción: (Tomado del Informe semanal No. 41)	83,69%
K	Valor del presunto incumplimiento por atraso en la etapa de construcción: $K = (I \times J)$	\$2.134.579.541

18. A pesar de ser claro lo expuesto hasta el momento, donde la entidad informó sin lugar a equívocos que el retraso informado por la interventoría en su último informe era del 83,69%, y que, por ende, con base en esta información correspondía la tasación de la sanción, la contratista, expuso ante la entidad contratante los mismos argumentos ahora reiterados en sede jurisdiccional. Sobre el particular indicó:

“Ahora bien, también se observa el incumplimiento al deber de aportar un informe de interventoría que justifique la apertura del proceso sancionatorio. Ciertamente si bien se aportó informe de interventoría, lo que se advierte es que la interventoría presenta un informe en que aduce que el atraso es de 70,39% y que por ende la tasación de la cláusula penal frente al sexto cargo sería por valor de \$1.795'352.538.00; mientras que en tasación que se hace en la citación a proceso citatorio se indica que el atraso es de un 83,69%, tasando la cláusula penal en la suma de \$2.134'579.541.00.

Lo anterior nos lleva a una irregularidad de la citación, o a una falta de claridad, mucho mayor, en la que se está tasando el incumplimiento sobre un porcentaje de atraso de 83,69% mientras que en los hechos en que se funda el incumplimiento se indica que el atraso es de 70,39%”²⁹.

19. El IDU descartó este argumento por lo que mantuvo la tasación de la sanción prevista en el oficio citatorio, explicando en la Resolución 64446 de 2015 que en este último, “*se citan los oficios con los cuales se apremió al Contratista por lo atrasos en desarrollo de la obra, relacionando los hechos que se observan en la dinámica de la construcción y que deben ser corregidos, así como los comités de seguimiento semanales con asistencia del Contratista, la Interventoría y el IDU, comités en los que se informó por parte de la Interventoría el porcentaje de avance programado y ejecutado, con lo cual era de conocimiento de las partes el avance del atraso a pesar de estar en ejecución de la obra*”³⁰.

²⁹ Cuaderno 2, folio 193.

³⁰ Cuaderno 2, folio 252 reverso.



20. Adicionalmente, dado que el consorcio contratista insistió en ese mismo razonamiento al interponer recurso de reposición³¹, la entidad reiteró su improcedencia al resolverlo bajo la Resolución 009019 de 2016, en los siguientes términos:

“Una vez más dentro del presente procedimiento sancionatorio, se expone como argumento que no es clara la razón por la cual la Entidad realizó la actualización del porcentaje de atraso (...) Para el efecto se reitera que el informe de la Interventoría, que tiene consecutivo CLS-1654-2014-199 del 28 de agosto de 2015 y radicado IDU No. 20155261164692 del 31 de agosto de 2015, señalaba para ese entonces un atraso del 70.39%, como se citó en la página 42 del oficio primigenio de citación a audiencia (...)

No obstante, los porcentajes de avance programado y ejecutado de la obra son dinámicos en el tiempo, y se registran semanalmente a través de los informes semanales de Interventoría, conforme con lo dispuesto en el Manual de Interventoría y/o Supervisión de Contratos de infraestructura Vial y Espacio Público de la Entidad, por lo que para el oficio de citación a audiencia señala en la página 55, el capítulo correspondiente a la TASACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL, que:

“Para el cálculo de la tasación se tiene en cuenta que según el reporte semanal No. 41 de Interventoría con fecha de corte el 27 de septiembre de 2015, el atraso de la etapa de construcción es del 83,69%.”

En ese sentido, dado el carácter cambiante del porcentaje de ejecución real del Contrato, se realizó la actualización del valor de la sanción conforme con el atraso reportado por la Interventoría para la fecha de elaboración del oficio de citación a audiencia. Además se expone conforme con lo arriba citado, que en el oficio de citación a audiencia STESV 20153361500061 del 30 de septiembre de 2015 remitido al contratista, se explicó dicha actualización y se adjuntó el informe semanal de Interventoría que sirvió de soporte”.

21. Visto lo anterior, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, para la Sala está acreditado, que:

(i) El oficio citatorio al proceso sancionatorio fue diáfano y preciso al indicar que, aunque el informe CLS-1654-2014-193, cuya información se reportaba con corte al 24 de agosto de 2015, determinaba un atraso del 70,39%, el reporte semanal No. 41 de la misma interventoría con corte al 27 de septiembre de 2015, momento en que se hacía la citación e iniciaba el procedimiento sancionatorio, el atraso de la etapa de construcción era del 83,69%, en vista de que los incumplimientos del demandante continuaban acumulándose.

(ii) El reporte semanal de interventoría No. 41, bajo el cual se estableció la información más actualizada del atraso al iniciar el procedimiento administrativo, y conforme al cual se tasó e impuso la sanción, se adjuntó al oficio citatorio y fue conocido por el contratista.

(iii) El consorcio demandante tuvo oportunidad de controvertir el porcentaje de atraso que le fue imputado conforme a la actualización realizada, como en efecto lo hizo reiteradamente, mientras que la entidad resolvió sus argumentos en cada una de esas oportunidades, explicando que desde un inicio se explicitó que el reporte

³¹ “ACTA No. 4 AUDIENCIA -PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO- CONTRATO IDU No. 1654-2014; CELEBRADO ENTRE EL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO Y EL CONSORCIO LA SIRENA 2014”. Cd contenido de los antecedentes administrativos, archivo “TOMO 2 PAS 1654-2014.”



semanal de interventoría No. 41 denotaba un atraso del 83,69%, sin que hubiesen allegado pruebas para controvertir tal circunstancia.

22. En consecuencia, los argumentos del demandante en relación con el presunto desconocimiento del derecho al debido proceso carecen de fundamento fáctico y jurídico alguno, en tanto y en cuanto:

(i) La entidad demandada sí cumplió el deber contentivo en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, relativa a acompañar a la citación del informe de interventoría o de supervisión en que se sustentaba la actuación.

(ii) No es cierto que la contratante hubiese iniciado el procedimiento sancionatorio por un atraso distinto al que fue informado por la interventoría, pues en el reporte No. 41 de la interventoría el demandante sumaba un atraso del 83,69%, porcentaje que fue informado en el oficio citatorio, reporte que fue puesto en conocimiento del contratista, y bajo el cual fue tasada desde un primer momento la sanción, así como finalmente impuesta.

(iii) En el procedimiento administrativo se garantizó al demandante el efectivo ejercicio del derecho de defensa frente a los cargos presentados en el oficio citatorio, donde la entidad informó, explicó y soportó que el atraso era del 83,69%, por lo que el demandante tuvo siempre claridad acerca de cuál fue el retardo que efectivamente se le estaba imputando.

23. Sin perjuicio de lo anterior, que denota la improcedencia del cargo de violación al debido proceso objeto de pronunciamiento en esta instancia, se advierte además que lo argumentado por el demandante en este punto carece de suficiencia para efectos de afirmar la nulidad de los actos acusados, considerando que: (i) El consorcio contratista no desconoce que la obra presentaba un atraso superior al 70% restando días para el vencimiento del plazo inicialmente pactado, por lo que acepta que estaba incurso en la causal de incumplimiento que sustentó la sanción impuesta, esto es, el atraso en la ejecución de la obra; y, (ii) si lo que pretendía acreditar el demandante era que el porcentaje de atraso real era distinto a aquel por el cual fue tasada e impuesta la sanción, y por ende, una falta de proporcionalidad de la pena, así debía indicarlo y acreditarlo, explicitando cual era el verdadero atraso para ese momento, lo cual no hizo, sin que hubiese aportado o solicitado el decreto y práctica de prueba alguna para tal efecto.

Sobre la indebida interpretación del inciso final del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

24. El apelante funda su inconformidad en su interpretación de la citada norma, según la cual, cuando esta dispone que “[l]a entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”, siempre se debe proceder con la finalización del procedimiento, interpretación que no comparte la Sala.

25. Dentro de las sanciones pecuniarias pactadas por las partes en ejercicio de la libre autonomía de la voluntad, con el fin de garantizar el cumplimiento del negocio jurídico celebrado, se encuentran principalmente la cláusula penal y la multa contractual, figuras convencionales que poseen unas características propias que permiten diferenciarlas en función de su naturaleza coercitiva o indemnizatoria de cara al incumplimiento de lo pactado. En este sentido:



(i) Las multas tienen una finalidad de constreñimiento o coacción para compeler o apremiar al contratista a cumplir con las obligaciones a su cargo, cuando incurre en mora en su ejecución conforme a los plazos convenidos; en esa medida, la multa contractual no posee un carácter resarcitorio, compensatorio o indemnizatorio, sino que tiene por finalidad exclusiva forzar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, circunscribiéndose a un mecanismo coercitivo con el fin de que el contratista se ponga al día en sus obligaciones y el acreedor obtenga la satisfacción del objeto contractual acordado.

(ii) Por su parte, la cláusula penal pecuniaria, por regla general y salvo pacto expreso de las partes³² conforme al mandato de los artículos 1599³³ y 1600³⁴ del Código Civil, posee una naturaleza indemnizatoria o liquidatoria, al entenderse como una tasación anticipada de los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato, de manera que el acreedor se exime de probar su existencia y cuantía; sin perjuicio de lo anterior, el artículo 1594³⁵ de la misma codificación establece que las partes pueden válidamente pactar la exigibilidad de la pena en caso del simple retardo, caso en el cual, el acreedor podrá exigir tanto el cumplimiento de la obligación como el pago la sanción pecuniaria estipulada.

26. De esta forma, mientras la cláusula penal pecuniaria, entendida como una tasación anticipada de perjuicios, tiene por finalidad reparar el daño causado con el incumplimiento del objeto acordado, incluso en aquellos casos del simple retardo en la ejecución de las prestaciones acordadas, la multa busca siempre forzar el cumplimiento del contrato como medida de presión o de apremio, y en consecuencia, entre otras características principales:

(i) La multa solo es viable pactarla en contratos de tracto sucesivo, mientras que la cláusula penal pecuniaria es viable acordarla en éstos y en negocios de ejecución instantánea; y,

(ii) La multa únicamente es exigible mientras la situación de incumplimiento persista, pues una vez superada, carecería de sustento ante su naturaleza de apremio ya definida, a diferencia de la cláusula penal pecuniaria, que como se explicó, resulta procedente frente al incumplimiento o simple retardo cuando las partes así lo hayan pactado, y por ende, aun en caso del cumplimiento tardío de la obligación respaldada por la pena, al tratarse de una tasación anticipada de perjuicios por esa circunstancia prevista desde la celebración del negocio jurídico.

³² No obstante la clara redacción del artículo 1592 del Código Civil, el cual vislumbra una naturaleza de apremio de la cláusula penal pecuniaria al indicar que tiene por finalidad "asegurar el cumplimiento de una obligación", lo cierto es que seguidamente, en su artículo 1600, dispone que "No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente", determinando que la cláusula penal, por regla general, no corresponde a una coacción para inducir el cumplimiento, sino que tiene una naturaleza indemnizatoria o resarcitoria, razón y fundamento del artículo 1600; de acuerdo a lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia y la doctrina, el acreedor no puede pedir a la vez la indemnización compensatoria y la pena estipulada para satisfacer una indemnización de la misma índole, porque si así fuera, evidentemente se propiciaría un enriquecimiento indebido a su favor y en contra del deudor. Al respecto puede verse: SUESCÚN, Jorge. Derecho Privado: Estudios sobre Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo I. 2005. Pág. 43. / PEIRANO FACIO, Jorge. La Cláusula Penal. 1964. pág. 27 / Corte Suprema de Justicia, sentencia de junio de 2002. Exp. 7320. M.P. Silvio Fernando Trejos.

³³ Artículo 1599 del Código Civil: "Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio".

³⁴ Artículo 1600 del Código Civil: "No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena"

³⁵ Artículo 1594 del Código Civil: "Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal".



27. Visto lo anterior, el inciso final del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que la entidad pública acreedora podrá dar por terminado el procedimiento sancionatorio contractual en cualquier momento frente a la cesación de la situación de incumplimiento, no como un mandato imperativo e ineludible, sino en consideración a que la sanción a imponer puede -en cada caso- ser incompatible o improcedente a la luz de tal circunstancia, por ejemplo, en aquellos eventos en que la pena convencional tenga una naturaleza compulsiva o de apremio -como en el caso de las multas atendiendo a su inherente naturaleza conminatoria- o cuando las partes así lo hubiesen pactado expresamente en virtud de la libre voluntad negocial, estando justificada la terminación del proceso; en este sentido, se recuerda que de conformidad con el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, es un deber de las entidades contratantes adelantar *“las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar”*.

28. En el contrato objeto de la controversia, aunque las partes en efecto pactaron la imposición de multas sucesivas por cada día de retardo en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista (cláusula 18), también se acordó bajo la misma disposición que cuando *“pasaren más de treinta días (30) calendario sin que el CONTRATISTA haya cumplido, el IDU podrá declarar la caducidad del Contrato y/o hacer efectiva la cláusula penal”*.

29. La entidad demandada decidió proceder con la imposición de la cláusula penal pecuniaria pactada, en vista de que el retraso en la ejecución de la obra informado por la interventoría era del 83,69% faltando solo 14 días para la finalización del plazo³⁶, y por cuanto todos los incumplimientos endilgados al contratista superaron ese término 30 días³⁷, asunto no controvertido por el consorcio demandante, quien se limitó a afirmar que algunos de ellos fueron subsanados y por ende el procedimiento sancionatorio debía darse por terminado.

30. Por su parte la cláusula penal acordada (cláusula 19), insta expresamente que sería exigible *“[e]n caso de declaratoria de caducidad y/o incumplimiento parcial o total del Contrato o el mero retardo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales”*³⁸, entendida *“como una estimación anticipada de perjuicios”*, denotando que, en el caso concreto, la entidad pública no estaba compelida a dar por terminado el proceso sancionatorio ante el cumplimiento tardío del contratista con fundamento en el inciso final del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, incluyendo

³⁶ En la Resolución 64446 de 2015 se precisó que *“El Contrato de obra tiene prevista su terminación el 14 de octubre de 2015 y presentaba para el 27 de septiembre de 2015 un atraso del 83,69% en su cronograma vigente. Es decir, a 14 días calendario de terminarse el plazo acordado por las partes para la terminación del Contrato (contados a partir del 30 de septiembre de 2015), el Consorcio La Sirena 2014 no solo presenta un atraso en sus actividades de obra, sino que sigue en mora de cumplir con algunas obligaciones de las etapas que terminaron el 14 de abril de 2015”*.

³⁷ En la misma resolución se explicó: *“Precisamente por lo anterior, es que la entidad utiliza como figura jurídica sancionatoria en este caso la declaratoria de incumplimiento y en consecuencia la afectación de la cláusula penal pecuniaria, como quiera que de conformidad con lo descrito contractualmente en la cláusula Décimo Octava, en el evento de “no cumplir con las demás obligaciones contenidas en el Contrato o en los documentos que hacen parte integral del mismo, o cumplirlas deficientemente o por fuera del tiempo estipulado” se aplicará la multa, no obstante, en la misma cláusula se establece que: “Si pasaren más de treinta días (30) calendario sin que el CONTRATISTA haya cumplido, el IDU podrá declarar la caducidad del contrato y/o hacer efectiva la cláusula penal”, como: en efecto ocurrió en el presente caso, en el que todos los incumplimientos endilgados superaron ese término”*.

³⁸ Caso en el cual *“el CONTRATISTA pagará al IDU, a título de pena pecuniaria, una suma equivalente hasta el treinta por ciento (30%) del valor total del Contrato. La tasación de la cláusula penal atenderá ciertos criterios de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento. La imposición de esta pena pecuniaria se considerará como una estimación anticipada de perjuicios que el CONTRATISTA cause al IDU. El valor pagado como cláusula penal no es óbice para demandar, ante el Juez del Contrato, la indemnización integral de perjuicios causados si estos superan el valor de la cláusula penal”*



el relativo a la entrega del informe SST 4 que pretendía acreditar el cumplimiento de sus obligaciones en materia laboral, conclusión que deriva de lo pactado por las partes bajo el contrato y la naturaleza misma de la sanción a ser impuesta, en este caso, de carácter indemnizatorio ante el simple retardo o cumplimiento por fuera de los plazos acordados.

31. Sumado a lo anterior, considerando que las demás obligaciones que se le imputaron incumplidas al consorcio fueron confirmadas por el Tribunal *a quo*, lo que no fue objetado por el contratista, lo cierto es que aun cuando el demandante hubiese cumplido oportunamente con la entrega del informe SST 4, la declaratoria de nulidad de los actos demandados resultaría improcedente, no solo por cuanto el demandante no desvirtuó el atraso superior al 80%, principal fundamento de los actos acusados así como de los valores conformaron la tasación de la sanción (\$2.134.579.541, de un total de \$2.160.736.238, es decir, el 98.8%³⁹), sino también al considerar que el demandante no indicó ni procuró acreditar a cuánto ascendía la tasación de ese específico incumplimiento de los restantes \$26.156.697 correspondientes a los cargos distintos al retraso en la ejecución, para que eventualmente fuese descontado, lo cual tampoco solicitó.

32. Conforme a lo expuesto, ante la improcedencia de los cargos de apelación, por cuanto: (i) no se acreditó el desconocimiento del debido proceso, estando probado que la entidad cumplió con el deber de acompañar a la citación los informes de interventoría en que se sustentaba la actuación, indicando con claridad al contratista el incumplimiento que se le estaba imputando, y con base en el cual fue tasada e impuesta la sanción; y, (ii) el Tribunal *a quo* no incurrió en una indebida interpretación del inciso final del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que la naturaleza de la sanción a aplicar permitía su exigibilidad ante el solo retardo en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Costas

33. Como en este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala condenará en costas a la parte actora en la medida en que se confirmará la sentencia de primera instancia. Bajo las reglas del código en cita, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso, frente a la parte que ha resultado vencida, “*siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley*”.

34. La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso. En relación con las agencias en derecho, se pone de presente que éstas se rigen por el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, vigente para la fecha en que se presentó la demanda⁴⁰, el cual dispone que, en las sentencias dictadas en procesos declarativos en segunda instancia, como sucede en el caso concreto, se fijarán entre 1 a 5 SMLMV.

³⁹ Resolución 64446 de 2015, página 100. Cuaderno 2, folio 262 reverso.

⁴⁰ Aplicable para el 25 de julio de 2017, por cuanto entró en vigor el 5 de agosto de 2016.



35. Con fundamento en lo anterior, en el presente caso corresponde condenar en costas y perjuicios a la parte recurrente, no obstante, solo lo hará por concepto de agencias en derecho, por encontrarse acreditado que el IDU tuvo que ejercer su derecho de defensa a través de apoderado judicial.

36. En consecuencia, la parte actora será condenada al pago de agencias en derecho en atención a las reglas vigentes en la materia, por lo que en los términos del Acuerdo No. 10554 de 2016⁴¹, se fijan por tal concepto a cargo de la parte recurrente, la suma equivalente de tres (3) salarios mínimo legal mensual vigente (SMLMV) a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, a favor del IDU, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración de su gestión en segunda instancia. No se incluirá suma alguna por concepto de gastos y expensas por no aparecer causadas.

II. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de octubre de 2018, proferida por la Sección Tercera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a los integrantes del Consorcio La Sirena 2014, de forma solidaria, por las razones señaladas en esta providencia, las que deberán ser liquidadas de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: FIJAR las agencias en derecho de la segunda instancia en tres (3) salarios mínimo legal mensual vigente (SMLMV) a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE⁴²
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES (E)

VF

⁴¹ "Artículo 2. Criterios. Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites. "Artículo 5. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. Procesos declarativos en general. (...) En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.L.V."

⁴² Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.