

Señores

Juzgado 60 Administrativo de Bogotá D.C.

SECCIÓN TERCERA

E. S. D.

REF. **CONTROVERSIA CONTRACTUAL**
RADICADO 11001334306020200019600
Demandante: CONSORCIO AVENIDA BOYACÁ
Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU
Llamado en Garantía: SEGUROS DEL ESTADO

CAMILO MATIAS MEDRANDA SASTOQUE, mayor de edad, con domicilio y residencia en la ciudad de Bogotá, abogado en ejercicio, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, actuando en nombre y representación de **Seguros del Estado S.A.**, tal como consta en el poder a mi conferido procedo a responder la demanda dentro del proceso de la referencia, con fundamento en los siguientes argumentos jurídicos:

I. FRENTE A LA DEMANDA DE CONTROVERSIA CONTRACTUAL INTERPUESTA POR CONSORCIO VIAL USAQUÉN 2015 CONTRA DISTRITO CAPITAL – SECRETARIA DE GOBIERNO – FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE USAQUEN.

1. FRENTE A LOS HECHOS

Frente a los hechos presentados en la demanda por parte del apoderado del Consorcio me pronuncio respecto a cada uno y en el mismo orden presentado por el demandante de la siguiente manera:

1. Es cierto.
2. No nos consta, nos atenemos a lo que se pruebe en el proceso.
3. Es cierto.
4. Es cierto.
5. Es cierto.
6. Es cierto.
7. Es cierto.
8. Es cierto.
9. Es cierto.
10. Es cierto.
11. Es cierto.
12. Es cierto.
13. Es cierto.
14. Es cierto.
15. Es cierto.
16. Es cierto.
17. Es cierto.
18. Es cierto.

B. HECHOS RELACIONADOS CON EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 928 DE 2017.

1. Es cierto.
2. Es cierto.
3. Es cierto.
4. Es cierto.
5. Es cierto.
6. Es cierto.
7. Es cierto.
8. Es cierto.

Defensor del Consumidor Financiero es: Dr. Manuel Guillermo Rueda S. Dir.: Calle 28 13A-24 Of. 517 Bogotá D.C. Tel. 751 8874 E-mail: defensoriaestado@gmail.com

OFICINA PRINCIPAL: Carrera 11 N° 90-20 BOGOTÁ D.C. Conmutador: 2186977 - 6019330

LINEA DE ASISTENCIA: EN BOGOTÁ 3078288 – CELULAR #388 – FUERA DE BOGOTÁ 018000 12 30 10

www.segurosdelestado.com

9. Es cierto.
10. Es cierto.
11. Es cierto.

B) IRREGULARIDADES COMETIDAS POR EL IDU DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.

1. Es cierto.
2. Es cierto.
3. Es cierto.
4. Es cierto.
5. Es cierto.
 - 5.1. Es cierto.
 - 5.2. Es cierto.
 - 5.3. Es cierto.
6. Es cierto.
7. Es cierto.

C. HECHOS POSTERIORES A LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 928 DE 2017.

1. No nos consta.
2. No nos consta.
3. No nos consta.
4. No nos consta.
5. No nos consta.
6. No nos consta.
7. No nos consta.
8. No nos consta.
9. No nos consta.

Hechos: me permito agregar el siguiente hecho:

1. El 23/02/2021 Seguros del Estado recibe oficio 20212250311491 de la entidad INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU informando que existen saldos de la ejecución del contrato a favor del consultor, por lo cual, con la resolución de recibo final y liquidación se compensará la sanción de dichos saldos.

2. FRENTE A LAS PRETENSIONES

En el marco del ejercicio de la intervención como tercero con interés directo en el proceso de la referencia, esta Aseguradora se adhiere a las pretensiones principales y subsidiarias realizadas por la parte demandante

3. EXCEPCIONES DE FONDO

Como apoderado de la llamada en garantía Seguros del Estado S.A. me permito coadyuvar las excepciones previas y de fondo propuestas por los demandados, y en particular, el suscrito se permite presentar las siguientes excepciones frente a la demanda presentada:

3.1. NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES POR VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

El artículo 29 de la Constitución Política establece como derecho fundamental, el debido proceso en todas las actuaciones adelantadas por las autoridades judiciales y administrativas, en virtud de la cual “Nadie podrá ser juzgado sino confirme a las 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.”

El mencionado artículo es el pilar fundamental de las actuaciones administrativas y está conformado por una serie de garantías que han sido desarrolladas por el legislador y la jurisprudencia, de manera que hoy en día se tiene absoluta claridad sobre los alcances que tiene en las actuaciones de la Administración.

Defensor del Consumidor Financiero es: Dr. Manuel Guillermo Rueda S. Dir.: Calle 28 13A-24 Of. 517 Bogotá D.C. Tel. 751 8874 E-mail: defensoriaestado@gmail.com

OFICINA PRINCIPAL: Carrera 11 N° 90-20 BOGOTÁ D.C. Conmutador: 2186977 - 6019330

LINEA DE ASISTENCIA: EN BOGOTÁ 3078288 – CELULAR #388 – FUERA DE BOGOTÁ 018000 12 30 10

www.segurosdelestado.com

La jurisprudencia constitucional en sentencia C-034 de 20146 ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas previas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la actuación administrativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.

En la sentencia C-980 de 2010, la Corte Constitucional fija los siguientes criterios con relación a este derecho fundamental:

“La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.

La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incursos en una 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 este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnimoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos.

Según lo ha destacado este Tribunal, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico ‘la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P.)’.”

Es así como el debido proceso es la regla que limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que las actuaciones de las autoridades se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley y ninguna de estas dependa de su propio arbitrio. De esta manera, el debido proceso administrativo, exige de la Administración el acatamiento pleno de la Constitución y ley para no vulnerar derechos fundamentales de quienes acceden o son vinculados a las actuaciones de la Administración.

Así lo ha sostenido el Consejo de Estado en sentencia hito del 11 de marzo de 2013. Sección Tercera. Radicación 520012331000201200209-01 Exp. 45316. M.P. Jaime Orlando Santofimio:

“Para la sala no cabe duda que debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos sin importar sean sancionatorios o no.

(...)

En conclusión, se reitera que el debido proceso rige, en la actuaciones administrativas contractuales por disposición constitucional – art. 29 - de allí que el art. 17 debe apreciarse como un impulso, exhortación y respaldo que el legislador le ofrece para que sin más demora se introduzca con toda la fuerza en este ámbito del derecho administrativo que históricamente ha sido reacio a protegerlo sin condiciones especiales. Así, las dudas que injustificadamente mantienen algunos sobre la necesidad de aplicar este derecho en materia contractual quedaron deshechas.”

Ahora bien, no obstante las normas bajo análisis parece en principio limitarse a ciertas actuaciones de la Administración en el marco de las sanciones propias del incumplimiento del contrato, lo cierto es que vía

jurisprudencial el Consejo de Estado ha recabado insistentemente en la extensión del debido proceso, como derecho fundante de todo procedimiento administrativo, en su obligatoria observancia ante cualquier situación que implique afectación de los derechos de los particulares, incluyendo claro está, las medidas sancionatorias o no de la Administración.

Por su puesto que una interpretación restrictiva y literal o exegética de dichas normas podría conllevar a aceptar que en efecto solo las actuaciones administrativas que expresamente en ellas se condensan son objeto de la celebración de la audiencia del debido proceso, hecho a todas luces contrario con el espíritu de la Constitución de 1991 y al presupuesto teleológico del debido proceso y de su núcleo esencial como derecho fundamental, versión que innegablemente carece de sustento, pues ni aquellas disposiciones restringen en todo caso la aplicación del debido proceso, ni dicha interpretación resulta acertada.

El argumento así planteado ya ha sido analizado reiteradamente por Consejo de Estado, y merece especial atención por su pertinencia para el caso sub lite, la sentencia hito del 11 de marzo de 2013 con ponencia del Honorable Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa en análisis del artículo 17 de la ley 1150, que respaldando lo expuesto dijo:

“En primer lugar, el debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, de allí que su contenido no rige solamente los temas puntuales que mocionará y desarrollará a continuación –la multa y la cláusula penal- sino todas las actuaciones sancionatorias, como por ejemplo: la declaración de caducidad, la declaración del siniestro, la declaración de que un oferente se niega a suscribir el contrato estatal adjudicado, entre otras decisiones de similar naturaleza sancionatoria. (negrilla y subrayado fuera de texto)

“De hecho, no podría entenderse ni admitirse que esta garantía solo rija en las sanciones que regula el artículo 17 –la multa y la cláusula penal pues constitucionalmente hablando sería injustificado. De entenderse en sentido restringido su ámbito de aplicación, se vulnera el artículo 29 de la Constitución Política, que no distingue entre las diversas actuaciones administrativas.

“En segundo lugar, el mismo aparte citado produce otra perplejidad que solo se resuelve acudiendo al artículo 29 CP. Indica que el debido proceso es un principio rector de las actuaciones contractuales, de allí que, por oposición, no regiría en las actuaciones no sancionatorias, es decir, aquellas donde se consignan o niegan derechos. A esta clase pertenecen: los procesos de selección de contratistas –cuya naturaleza de procedimiento es innegable- la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la liquidación unilateral, entre muchos otros.

“Para la sala no cabe duda de que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no. Esta clasificación tiene incidencia para otros efectos, por ejemplo para determinar los derechos del debido “proceso que rigen en unas y otras actuaciones, como quiera que es indiscutible que las garantías se potencializan en las primeras y se reducen en las segundas, por obvias razones. Así, en las actuaciones sancionatorias es exigible el derecho a la preexistencia de la falta y la sanción, pero en las no sancionatorias carece de ese espacio. Lo mismo aplica para el derecho a la presunción de inocencia, ya que en los procedimientos sancionatorios tiene aplicación plena, mientras que en los no sancionatorios carece de sentido, por que allí no se imputa nada a quienes participan de ellos. (negrilla y subrayado fuera de texto)

“En tercer lugar el artículo 17 asigna la competencia a la Administración para imponer multas pactadas en los contratos, pero “... Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista...” la misma potestad se establece a continuación, para imponer la cláusula penal, respetando las mismas garantías.

“La sala también impondrá a esta norma una interpretación conforme a la constitución, similar a la que acaba de hacer, esto es, exigiendo la aplicación de estas garantías no solo cuando se impone la multa o la cláusula penal, sino cuando se imponga cualquier otra sanción o carga derivada de la relación contractual. En este horizonte, carece de justificación que la caducidad se pudiera declarar sin audiencia del afectado, o sin adelantar un procedimiento previo, aduciendo que el artículo 17 solo alude a las multas y a la cláusula penal. El mismo rapamiento aplica a la declaración de un siniestro, o cualquier otra decisión que imponga cargas o gravámenes a los involucrados en la contratación estatal.”⁷ (negrilla y subrayado fuera de texto)

Ahora bien, podríamos decir que dentro del Debido Proceso emergen cierto subprincipio o principios que van de la mano con este, como lo es el principio de congruencia, el cual, conforme a reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, debe ser aplicado en los procedimientos administrativos so pena de estar violando el debido proceso de los administrados, veamos:

“[E]l principio de congruencia tiene una doble naturaleza: de un lado, tanto en lo que tiene que ver con la primera fase del procedimiento administrativo, como en lo atinente a los recursos administrativos previstos por la ley, constituye una garantía del derecho de petición, que apunta a asegurar que la decisión administrativa dé respuesta efectiva a todas las cuestiones que fueron planteadas a la Administración, de forma que no quede ninguna sin resolver. Tal es el sentido que adopta este principio de acuerdo con lo previsto por los artículos 42 párr. 2º y 80 párr. 2º del CPACA. Con arreglo al primero de estos preceptos, además de precedida de una oportunidad para que los interesados expresen sus opiniones y motivada en los informes y pruebas disponibles, la decisión administrativa “resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y los terceros”. Conforme a la segunda disposición aludida, la decisión que desata un recurso “resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas y las que surjan con motivo del recurso”. De otro lado, y ya únicamente en sede de la segunda instancia del procedimiento administrativo (consecuencia de la impugnación de lo definido por la autoridad que resolvió originalmente el asunto), el principio de congruencia representa una garantía del debido proceso, en tanto busca enmarcar la competencia de la autoridad administrativa que resuelve el recurso administrativo con el fin de prevenir su arbitrariedad en lo que decide y la vulneración del derecho de defensa de quien incoó la correspondiente reclamación. [...] En aras de afianzar esta garantía del debido proceso el artículo 80 del CPACA establece que la decisión que resuelve el recurso interpuesto definirá “todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas y las que surjan con motivo del recurso”. De esta forma, la vinculación de la Administración a lo que plantea el recurso resulta innegable y se erige en límite efectivo al margen de decisión administrativo, que en aras de reforzar la garantía de la contradicción implícita en el artículo 29 Superior, no podrá salirse de la discusión trazada por el recurrente”

De cara a lo enrostrado, es necesario indicar que en el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el Instituto de Desarrollo Urbano se desconoció el debido proceso y el principio de congruencia, dicha vulneración fue de tal magnitud que de no haberse obviado dichos principios no se hubiese condenado al contratista al pago de una multa.

En ese orden de ideas, es necesario verificar la citación a la audiencia del Art. 86 de la Ley 1474 de 2011, en la cual, claramente se evidencia que el procedimiento se inició por *“Incumplimiento de cuatro (4) de los entregables contenidos en el cuadro de la cláusula 9.1 del Contrato de Consultoría, correspondientes a los productos de la Etapa II del Contrato “Estudios y Diseños”: a. Diseño de semaforización y señalización b. Informe de estudio ambiental c. Diseño de redes secas - Codensa d. Diseño de redes húmedas”*

Según lo dicho, el incumplimiento era porque no se habían entregado 4 productos y por ello se inició el procedimiento, tanto así que los supuestos perjuicios y las consecuencias del incumplimiento fueron con base en que esos productos no iban a ser entregados. Sin embargo, pese a que durante todo el procedimiento se discutió dichos hechos y alrededor de estos se realizaron las reuniones, se suscribieron actas y se realizó la defensa en el trámite sancionatorio, la resolución 005234 y 008374 mediante las que se impuso la multa a cargo del contratista por la supuesta mala calidad del entregable, tema que nunca se discutió.

Por otro lado, en cuanto a la congruencia, no se tuvieron en cuenta las pruebas solicitadas por el contratista y las observaciones realizadas al informe de la interventoría nunca fueron contestadas y resueltas en su integridad, careciendo de una prueba suficiente y completa que velará por el derecho de defensa y debido proceso de las partes vinculadas al procedimiento sancionatorio.

Nótese que se solicitaron explicaciones a la interventoría respecto a las demoras y su atribución a terceros, las cuales nunca fueron resueltas. El IDU implícitamente decidió no valorar dichas situaciones pues no requirió al interventor para que las aclarara, pese a que se le puso de presente, dicha situación hubiese cambiado

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO (E) Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00310-00 Actor: MUNICIPIO DE PLATO Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

tangencialmente el resultado, dado que, la sanción solo es procedente si fuese imputable al contratista, no obstante, se le negó la posibilidad de demostrar que eran hechos atribuibles a tercero y no al consorcio.

De igual manera, el IDU tomó la decisión de sancionar sin tener en cuenta el abundante material probatorio respecto a la diligencia del contratista realizando el estudio de diseños faltantes y presentándolos para aprobación, los cuales, fueron objeto de demora y reprocesos por parte de la SECRETARIA DISTRITAL DE MOVILIDAD, pues, muchas veces desde el año 2018, solicitaron ajustes que no eran procedentes o que no hacían parte de los contratos suscritos, de igual manera, esa secretaria tuvo demoras en la revisión las cuales fueron de meses y llevo a que la aprobación se extendiera por más de 1 años, ello se corrobora no solo con el contrato que se discute en las presente, sino con diferente proyectos y diseños de otros contrato del IDU, tanto así que dicha entidad tuvo que enviar un oficio a Movilidad para que gestionaran diligentemente las aprobaciones y revisiones de su cargo.

Por todo lo anterior descrito y estudiando conjuntamente los hechos del proceso y las actuaciones del procedimiento administrativo se puede verificar la grave vulneración del debido proceso del demandante y de la entidad aseguradora, lo que materializa la nulidad alegada.

3.2. FALSA MOTIVACIÓN: CUMPLIMIENTO TOTAL DEL CONTRATO.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, las Entidades estatales recobraron la potestad legal para imponer multas, declarar el incumplimiento e imponer la cláusula penal sin necesidad de acudir a la vía judicial, siempre que esta se encontrara pactada expresamente dentro del contrato. Aunque no existía una reglamentación del artículo 17 para adoptar una decisión, si debía garantizarse el debido proceso al ser 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.” (...)*

Posteriormente, se expidió la Ley 1474 de 2011 por la cual se dictó el Estatuto Anticorrupción, a través del artículo 86 se reguló de manera específica el trámite y el procedimiento a seguir para la declaratoria de incumplimiento, con el fin de imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal.

De cara a lo anterior, se debe manifestar que La Entidad no realizo las actuaciones administrativas de manera correcta para la expedición de la Resolución por medio de la cual se declara la ocurrencia del siniestro, debido que, si bien es cierto, no hubo un incumplimiento parcial de las obligaciones del contrato sino por el contrario fue un cumplimiento tardío que no es imputable al contratista porque fue con ocasión a la negligencia de funcionarios externos al contrato y de la Interventoría que impidió la aprobación de la actividades pendiente en los plazos esperados, sin embargo, el plan de movilidad fue aprobado previo a la imposición de la multa y allegado al IDU, por lo que es claro que sí existe un cumplimiento contractual.

No obstante, pese al cumplimiento, la Entidad estatal impuso una multa en el año 2019 contra el contratista, ya cuando el plazo de ejecución había fenecido desde agosto del 2018. Lo anterior constituye una falsa o falta de motivación, pues, las razones de hecho y de derecho con las cuales se tomó la decisión de imponer sanción no son concordantes con lo demostrado en el proceso y con lo que en realidad ocurrió, prueba de ello es que se allegó a la entidad el plan vehicular faltante empero la entidad igual lo pasó por alto y multó al contratista.

Dicho estudio restante ya había sido aprobado por la interventoría y al lapso corto de tiempo fue aprobado por la Secretaría Distrital de Movilidad, cumpliendo al 100% las obligaciones contractuales, nótese que la demora fue ocasionada por un agente externo al contrato cuya voluntad y diligencia no dependía directamente del Consorcio Av. Boyacá.

3.3. FALTA DE COMPETENCIA TEMPORAL DE LA ENTIDAD PARA IMPONER MULTAS CUANDO YA HA TERMINADO EL PLAZO DE EJECUCIÓN.

Por otro lado, al respecto de la definición de multa y su finalidad, el Consejo de Estado, en sentencia con radicación No. 68001-23-15-000-1994-09826-01 (28875), del 10 de septiembre de 2014, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se expuso lo siguiente:

*“CONTRATO ESTATAL - Multa: Definición: Aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, **con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones**, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual. (...) (negrillas fuera del texto)*

En igual sentido, mediante sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado del 6 de julio de 2015, con Radicación No. 25000-23-26-000-1998-02422-01 (32428), C.P.: Olga Melida Valle De La Hoz se indicó:

*“Al inicio conviene señalar que la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación han considerado que las multas estipuladas en los contratos estatales **tienen como objeto compeler, constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, es decir, que al ser su función conminatoria y no sancionatoria, es evidente que no se persigue indemnizar o reparar los daños ocasionados por el incumplimiento del contratista, sino requerirlo para que cumpla lo pactado, y con ello se garantice la adecuada ejecución del contrato.**” (negrillas fuera del texto)*

Esta misma Corporación mediante sentencia expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero, del 2 de noviembre de 2016, Radicación No. 05001-23-31-000-1997-00662-01(33396), previó que las multas solo pueden imponerse en un límite temporal que corresponde al del plazo contractual, pues solo en él se cumpliría el propósito de esta sanción:

*(...) **La cláusula de multas sólo puede imponerse dentro del plazo contractual y siempre que se honre la finalidad de esa cláusula, que no es otra que la de apremiar al contratista para que cumpla. Si esta finalidad no se satisface, la administración perderá la competencia para su imposición [E]s claro que la demandada había perdido la competencia temporal para imponer las multas contenidas en las resoluciones demandadas, toda vez que estas fueron adoptadas cuando el plazo del contrato ya había expirado. En consecuencia, se declarará la nulidad de los actos administrativos.**” (...)*

Hecho que se reitera en la sentencia con radicado No. 28875, anteriormente referido:

*“Las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, **no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo.** (...) La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. (...)”*

Ha de considerarse que la Sección Tercera, mediante sentencia con número de expediente 28206 de 2014, determinó la imposibilidad de imponer una multa fuera del plazo contractual, so pena de generar un vicio de incompetencia:

“En el Sub lite, la Sala observa que, si bien la prórroga del contrato de obra No. 039 de 1993 venció el 23 de Julio de 1994, en los términos de la resolución que liquidó unilateralmente, la fecha real de terminación fue el 20 de septiembre de 1994.

*Lo anterior, significa que el acto administrativo que impuso la multa al contratista, que data el 19 de enero de 1995, aclarado el 22 de agosto del mismo año, **se profirió por fuera del plazo contractual.** Al respecto, la parte actora no esgrimió ningún argumento, empero ello no impide*

a la Sala aborda su estudio, pues **se trata de un vicio de incompetencia**, respecto del cual la jurisprudencia de la Sección ha considerado que es tal la gravedad, que incluso puede dar lugar a la declaratoria oficiosa de nulidad de los actos administrativos, evidentemente afectados con dicha irregularidad. Sobre el punto se ha dicho:

(...) la Corte Constitucional al referirse a este aspecto de la actuación de las autoridades estatales, ha manifestado que no se trata de una formalidad de la misma, sino de un elemento sustancial, ya que se trata de “un presupuesto esencial de validez de los actos que el funcionario cumple, como la capacidad es un requisito de validez de los actos jurídicos de derecho privado. (asimilar ese requisito a la forma es incurrir en una confusión inadmisibles, puesto que a esa solo puede acceder el sujeto calificado (competente, capaz, según el caso) para verter en ella el contenido que de ese modo cobra significación jurídica”(…)

La competencia de la administración pública contratante tiene un límite temporal, ligado a la vigencia del contrato dentro de ella, la entidad debe establecer el incumplimiento parcial de las obligaciones, y en consecuencia decretar unilateralmente la imposición de la multa, facultades que no puede ejercer luego de vencido dicho término, que es conocido por las partes y otorga seguridad jurídica frente a la competencia que al respecto tiene la administración”. (...) (Subrayas y Negritas fuera del texto original)

Ahora bien, respecto al incumplimiento parcial de las obligaciones en las que se basa la administración para la imposición de la multa, esta situación varió en el momento de la imposición de la sanción, pues, tal como lo establece el supervisor del contrato, los hechos que generaron el cumplimiento fueron subsanados, por lo que los motivos que iniciaron la actuación administrativa fenecieron, dejando infundado el procedimiento razón por la que la administración debió cerrar el procedimiento por hecho superado.

Así lo establece el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011:

“... d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. **La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.**”

Para el caso en concreto, la finalidad de este procedimiento administrativo era la imposición de la multa solo si se cumplía con las situaciones de tiempo, modo y lugar para permitir su imposición. Tal como se ha venido esbozando, la multa procede para conminar al contratista al cumplimiento de las obligaciones contractuales, es decir que llegado el momento de adoptar una decisión y si aun persiste el incumplimiento contractual **imputable** al contratista procede la imposición de multa como objeto DE REQUERIR AL CONTRATISTA PARA QUE CUMPLA, empero, si llegado el momento de tomar una decisión e incluso en cualquier estado de la audiencia se evidencia el cumplimiento de las obligaciones, tal como ocurre en este caso, la Entidad debe cerrar el procedimiento por cuanto los hechos que iniciaron el procedimiento desaparecieron.

Ahora bien, atendiendo el propósito de la consecuencia que se derivó de la actuación del IDU, esto es, una multa, no siendo otro que el constreñir o apremiar al Contratista al cumplimiento de sus obligaciones, es objeto de reproche por parte de esta Aseguradora que se convoque a una audiencia y se imponga una SANCIÓN materializado en la multa, cuando ya el plazo contractual había terminado.

Llegado a este punto, conviene traer a colación la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado del 6 de julio de 2015, con Radicación No. 25000-23-26-000-1998-02422-01 (32428), C.P.: Olga Melida Valle De La Hoz por medio de la cual se indicó:

“Al inicio conviene señalar que la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación han considerado que las multas estipuladas en los contratos estatales tienen como objeto compeler, constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, es decir, que al ser su función conminatoria y no sancionatoria, es

evidente que no se persigue indemnizar o reparar los daños ocasionados por el incumplimiento del contratista, sino requerirlo para que cumpla lo pactado, y con ello se garantice la adecuada ejecución del contrato. (negritas y subrayado fuera del texto)

En otra cita jurisprudencial, la misma Corporación mediante sentencia expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero, del 2 de noviembre de 2016, Radicación No. 05001-23-31-000-1997-00662-01(33396), previó que las multas solo pueden imponerse en un límite temporal que corresponde al del plazo contractual, pues solo en él se cumpliría el propósito de esta sanción:

(...) La cláusula de multas sólo puede imponerse dentro del plazo contractual y siempre que se honre la finalidad de esa cláusula, que no es otra que la de apremiar al contratista para que cumpla. Si esta finalidad no se satisface, la administración perderá la competencia para su imposición [E]s claro que la demandada había perdido la competencia temporal para imponer las multas contenidas en las resoluciones demandadas, toda vez que estas fueron adoptadas cuando el plazo del contrato ya había expirado. En consecuencia, se declarará la nulidad de los actos administrativos. (...)

Para el caso en concreto, la finalidad de este procedimiento administrativo era la imposición de la multa solo si se cumplía con las situaciones de tiempo, modo y lugar para permitir su imposición. Tal como se ha venido esbozando, la multa procede para conminar al contratista al cumplimiento de las obligaciones contractuales, es decir que llegado el momento de adoptar una decisión y si aún persiste el incumplimiento contractual **imputable** al contratista procede la imposición de multa como objeto DE REQUERIR AL CONTRATISTA PARA QUE CUMPLA, empero, si llegado el momento de tomar una decisión e incluso en cualquier estado de la audiencia se evidencia el cumplimiento de las obligaciones, tal como ocurre en este caso, la Entidad debe cerrar el procedimiento por cuanto los hechos que iniciaron el procedimiento desaparecieron.

Las multas son para conminar al cumplimiento, evidentemente lo que se impuso es una multa que corresponde a una sanción, pues, la cláusula penal pecuniaria no corresponde a una sanción, sino que tiene una finalidad indemnizatoria, si observamos las resoluciones lo impuesto fue la sanción y así lo expresa a lo largo de las resoluciones, es ese orden de ideas, ya no tenía competencia la entidad para ello, pues, ya el plazo de ejecución contractual había fenecido.

Así las cosas, es evidente que la entidad estatal al momento de imponer la multa que es objeto de reproche había perdido la competencia para tal, así en el recurso hiciera la aclaración de que era la cláusula penal, ello no es admisible, pues, conforme a la congruencia de la resolución siempre se habló de sancionar al contratista, por lo cual, la multa es la sanción para conminar al cumplimiento. Consecuentemente se configura la nulidad de las resoluciones demandas por falta de competencia para imponer multas cuando ya se había terminado el plazo contractual.

3.4. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

El artículo 1088 del Código de Comercio, consagra el carácter indemnizatorio del contrato de seguro en los siguientes términos "Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento"

Así las cosas, en el caso bajo estudio se tiene que el IDU inició un proceso sancionatorio contractual, establecido en el artículo 86 del Estatuto Anticorrupción, en contra del Contratista CONSORCIO AV BOYACÁ y en contra de Seguros del Estado S.A. por la presunta existencia de un incumplimiento de la obra contratada.

De esta manera, la entidad estatal, realizó las citaciones correspondientes a los implicados e inicio el procedimiento establecido en el artículo 86, constituyéndose en la respectiva audiencia para la imposición de las sanciones respectivas. Audiencia donde se escuchó en descargos a la entidad aseguradora y al contratista, quienes pusieron de presente a la entidad, el cumplimiento del contrato y la inexistencia de los presuntos perjuicios reclamados, los cuales, según la resolución 005234 del 2019 eran:

"Esta situación de incumplimiento conlleva dos perjuicios irremediables a este momento de ejecución contractual. El primero de ellos consiste en la necesidad del IDU de transferir la realización de los

estudios y diseños que el Contratista no entregue a satisfacción al futuro contratista de obra. Según consta en las bases precontractuales, el Contrato de Consultoría celebrado con el Consorcio Avenida Boyacá tenía por objeto la actualización de estudios y diseños sobre la futura obra descrita en su alcance inicial. Lo anterior para que, fruto de la actualización de estos estudios, el IDU pudiera proceder a contratar al futuro constructor. Lo anterior implica que la expectativa del IDU era tener un futuro contrato de obra pública con el objeto restringido a la realización de la obra, no a la complementación de estudios y diseños. Además, no contar con un estudio técnico cerrado implica que no se logra el objetivo del contrato de tener unos diseños suficientes y abre la puerta para que el futuro contratista de obra, por vía de la terminación de los estudios y diseños que debieron ser finalizados a conformidad por parte del Consorcio Avenida Boyacá, cuestione y sugiera modificaciones a los productos entregados por los Diseñadores. El segundo perjuicio claro que sufre la entidad consiste en el desfase en el cronograma distrital de contratación del futuro constructor de la obra. El IDU tiene actualmente asignado en el presupuesto de la vigencia fiscal del año 2018, la disponibilidad para contratar la futura obra que diseñe el Consorcio Avenida Boyacá. Dentro del presupuesto asignado solo se ha contemplado la contratación de la obra, no la finalización de los diseños más el componente constructivo. En este sentido, el retraso del Consultor no solo tiene un impacto en tiempo sino que podría generar un inconveniente en la actual planeación y asignación presupuesta! de la Entidad para la contratación de la obra de construcción. En últimas, esta situación genera un retraso en las proyecciones de ejecución del gobierno distrital y la no ejecución de los proyectos de interés contenido en el Plan Distrital de Desarrollo, Acuerdo 645 de 2016.”

Dicha advertencia y alegatos situación fue desestimada por la administración quien tan solo se limitó a manifestar que el incumplimiento se afirmaba respecto del plazo contractual pactado y que al presentarse el mismo dentro de dicho lapso, era procedente tanto el procedimiento sancionatorio iniciado como la decisión a tomar dentro del mismo.

Realizadas dichas manifestaciones, el IDU a pesar de contar con la obra al 100% de su entrega, profirió las resoluciones demandas, por medio de la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato de consultoría y la resolución que decidió el recurso interpuesto contra la misma, donde declaró el incumplimiento parcial del contrato, ordenó aplicar una multa y ordenó la afectación del amparo de cumplimiento de la póliza de cumplimiento entidad estatal No. 21-44-101243923.

Así las cosas, el IDU recibió tanto el 100% de la obra contratada, de igual manera pretende recibir el valor de la indemnización, viéndose enriquecida de manera injustificada, al recibir tanto la prestación del servicio como el pago de una indemnización de un perjuicio inexistente.

Es evidente que los perjuicios son inexistentes y no cumplen con el carácter cierto que deben tener, pues, observemos que la motivación del IDU siempre fue bajo supuestos y futuros, es decir, siempre se expresa bajo condicionales en caso de que no se entreguen los diseños y el valor que ello implicaría, tanto en su inclusión en el contrato de obra que se debía celebrar, tanto como nuevas apropiaciones presupuestales por supuestamente afectar el cronograma, sin embargo, ninguno de los dos perjuicios se materializó, dado que, se entregaron los diseños al 100% y debidamente aprobados por todos los entes correspondiente como el Instituto no tuvo que hacer más apropiaciones presupuestales, ni incluir valores en el contrato de obra a celebrar y mucho menos su cronograma se alteró pues en el 2018 se abrió el concurso para el contratista de obra que iba a ejecutar los estudios y diseños.

En ese orden de ideas, se evidencia que el pago de la sanción impuesta constituiría un enriquecimiento sin justa causa por parte del IDU y en detrimento de las partes condenadas.

3.5. GENÉRICA

Presento de antemano como excepción genérica de conformidad con el artículo 282 del Código General del Proceso, cualquier circunstancia que llegare a ser probada a lo largo del presente proceso y que constituya un acontecimiento de hecho que pueda ser interpretado como exculpatorio de las pretensiones presentadas por la demandante.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los fundamentos de derecho y razones de la defensa surgen de los artículos 64, 65 y 66 del Código General del Proceso, los artículos 1038 y siguientes del Código de Comercio, la Ley 1437 de 2011, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011, y las demás normas y jurisprudencia relacionadas.

Igualmente, se sustenta la defensa en lo establecido en las condiciones generales y particulares contenidas en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidad estatal que establece los límites contractuales, plenamente determinados en cuanto a cobertura de riesgos amparados, vigencia de los amparos, contrato garantizado, fecha de ejecución de los contratos, exclusiones y personas aseguradas.

III. PRUEBAS

1. Oficio respuesta del IDU No. 20212250311491
2. Clausulado particular y general de la póliza 21-44-101243923

Coadyuvo todos los medios probatorios solicitados por las partes en sus escritos, y solicito se me permita participar en las diligencias de testimonios e interrogatorios de parte solicitados por las anteriores, a efecto de intervenir personalmente o mediante cuestionario que remitiré oportunamente en sobre cerrado a su Despacho.

IV. ANEXOS

Me permito presentar como anexos los enunciados como pruebas en el presente escrito

V. NOTIFICACIONES

El suscrito recibe notificaciones en la Carrera 11 No. 90 20 de la ciudad de Bogotá D.C., Celular 3204818546 o a los correos electrónicos camilo.medranda@segurosdeestado.com y juridico@segurosdeestado.com

La parte demandante en el lugar indicado en la demanda.

Del Señor Juez



CAMILO MATIAS MEDRANDA SASTOQUE
C.C. 1.024.519.369 de Bogotá
T. P. 234.058 del C. S. de la J.