



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

CONSEJO DE ESTADO**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO****SECCIÓN TERCERA****SUBSECCIÓN C****Consejero ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES****Bogotá, D.C. once (11) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024)****Referencia:** CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Apelación sentencia**Radicación:** 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)**Demandantes:** ICM INGENIEROS S.A.**Demandados:** INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU

Temas: DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO Y EFECTIVIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA – facultad de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establecida en la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 – respeto por el debido proceso en la actuación administrativa - no existe obligación legal ni tampoco contractual de poner en conocimiento de los contratistas la tasación o cuantificación de los perjuicios con anticipación a la expedición del acto administrativo que declara el incumplimiento y hace efectiva la cláusula penal pecuniaria - la tasación de la sanción se hace en el mismo acto administrativo que declara el incumplimiento contractual - / FALSA MOTIVACIÓN COMO VICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO – concepto / BUENA FE OBJETIVA – regla de conducta que exige un actuar legal y ajustado al ordenamiento jurídico / RETENCIÓN EN GARANTÍA – sometida a una condición suspensiva.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 12 de abril de 2018, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de las dos demandas presentadas por la sociedad ICM Ingenieros S.A., que dieron origen a los procesos con radicación Nos. 2015-2549 y 2016-2074, los cuales fueron acumulados en el trámite de primera instancia por el *a quo*.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El Instituto de Desarrollo Urbano y la sociedad ICM Ingenieros S.A. suscribieron el contrato No. 032 de 2011, para la continuación y terminación de la construcción de la calzada sur de la avenida La Sirena (calle 153) desde la avenida Paseo de Los Libertadores (autopista norte) hasta la avenida Boyacá, en Bogotá. Ante unos hallazgos por unos presuntos incumplimientos, la entidad pública inició el



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

procedimiento administrativo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en contra de ICM, el cual culminó con la expedición de la Resolución No. 26617 del 14 de abril de 2015, por medio de la cual se declaró el incumplimiento de ICM y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, con fundamento en que la contratista infringió unas normas ambientales al adelantar unas obras sin contar con la autorización respectiva y por el derrame de hidrocarburos en el sector del alcantarillado; determinación que, aunque fue objeto de recurso de reposición, fue confirmada mediante la Resolución No. 43817 del 18 de junio de 2015.

En ejercicio del medio de control de controversias contractuales, ICM interpuso demanda contra el Instituto de Desarrollo Urbano, en la cual solicitó la nulidad de resoluciones antes mencionadas, por cuanto, a su juicio, incurrieron (i) en violación del derecho fundamental del debido proceso, al no haberse dado traslado de unos documentos que sirvieron de soporte para que el IDU declarara el incumplimiento; al tasarse indebidamente la cláusula penal y al fundarse en unas pruebas que no eran conducentes, idóneas ni concluyentes; y (ii) en falsa motivación, porque en los actos administrativos no se tuvo en cuenta que, si bien ICM inició las obras sin contar con los permisos ambientales, fue porque el IDU la indujo en error.

De manera paralela al presente proceso y, con ocasión del mismo negocio jurídico en cuestión, ICM presentó demanda de controversias contractuales en contra del IDU, con la pretensión de que se incumplieron algunas cláusulas del contrato y lo dispuesto en el artículo tercero de la Resolución No. 26617 de 2015, porque la entidad pública no compensó la cláusula penal con la retención en garantía; proceso este que, en el trámite de la primera instancia, fue acumulado con el anterior.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda, trámite y contestación en el proceso con radicado 2015-2549

1.1. El 9 de noviembre de 2015¹, la sociedad ICM Ingenieros S.A. -en lo sucesivo ICM-, por conducto de apoderada judicial, interpuso **demanda** en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en contra del Instituto de Desarrollo Urbano -en adelante IDU-, con las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

¹ Folios 2 a 52 del cuaderno No. 2.



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

“PRIMERA.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 26617 del 14 de abril de 2015 por medio de la cual i) se declaró el incumplimiento parcial de ICM INGENIEROS S.A. al contrato de obra No. IDU 032 de 2011; ii) se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por valor de CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$485.545.718); iii) se ordenó descontar el valor de la cláusula penal de los pagos pendientes a favor de ICM INGENIEROS S.A., mediante la compensación de obligaciones, o -si ello no fuere posible- hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria con cargo al amparo de cumplimiento de la póliza No. GU040849 de 25 de noviembre de 2011 expedida por la Compañía Aseguradora de FIANZAS – CONFIANZA S.A.; iv) publicar la parte resolutive del acto administrativo en el SECOP, la Cámara de Comercio y la Procuraduría General de la Nación.

SEGUNDA.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 43817 del 18 de junio de 2015 por medio de la cual se confirmó la Resolución No. 26617 del 14 de abril de 2015.

TERCERA.- Que en consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare la inexistencia del siniestro y en consecuencia la no afectación de la póliza de seguros No. GU040849 de 25 de noviembre de 2011 expedida por la Compañía Aseguradora de FIANZAS – CONFIANZA S.A.

CUARTA.- Como consecuencia de las anteriores pretensiones, se declare que la SOCIEDAD ICM INGENIEROS S.A. no se encuentra obligada a pago alguno en favor del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU.

QUINTA.- Que en subsidio de las anteriores se declare que para pretender la afectación del contrato de seguro contenido en la póliza No. BQ100004943 expedida por la Compañía Mundial de Seguros y sus certificados de modificación, el FONDO DE ADAPTACIÓN (sic) no dio cumplimiento a la obligación legal contenida en el artículo 1077 del Código de Comercio.

SEXTA.- Que se ordene la devolución de la suma descontada por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, por valor de CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$485.545.718) M/CTE, por haberse hecho efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato IDU 032 de 2011, indexada a la fecha de su devolución efectiva.

SÉPTIMO.- Que se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU a pagar intereses moratorios a la tasa máxima permitida de la suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$485.545.718) M/CTE, desde la fecha en que descuente esta suma.

SÉPTIMO SUBSIDIARIO.- Que se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU a pagar intereses moratorios a la tasa máxima permitida de la suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$485.545.718) M/CTE, desde la fecha en que se descuente esta suma.

OCTAVO.- Que se oficie al SECOP, a la Cámara de Comercio y a la Procuraduría General de la Nación para que se abstengan de publicar lo ordenado mediante Resolución No. 266217 del 14 de abril de 2015, confirmada mediante resolución No.



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

43817 del 18 de junio de 2015, y/o en caso de haberse comunicado o publicado tal anotación se ordene el retiro inmediato de la anotación”².

1.2. La parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos**:

Con respecto a la relación contractual

1.2.1. Indicó que, el 6 de noviembre de 2011, ICM y el IDU celebraron el contrato de obra No. 032 de 2011, *“para la continuación y terminación de la construcción de la calzada sur de la avenida La Sirena (calle 153) desde la avenida Paseo de Los Libertadores (autopista norte) hasta la avenida Boyacá, en Bogotá”*, pactándose un plazo de ejecución de siete meses a partir de la suscripción del acta de inicio: un mes para actividades preliminares y seis meses para la ejecución de las obras. Afirmó que, el 19 de diciembre de 2011, las partes suscribieron el acta de inicio.

1.2.2. Afirmó que en la cláusula 19 del negocio jurídico se pactó que, en caso de declaratoria de caducidad y/o incumplimiento parcial o total, el contratista pagaría al IDU, a título de pena pecuniaria, la suma equivalente hasta el 30% del valor total del contrato y que la tasación de la cláusula penal debía atender a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento.

1.2.3. Aseveró que, el 20 de noviembre de 2014, se firmó el acta No. 43 de terminación del contrato de obra, dejándose expresa constancia de que ICM cumplió con el objeto del contrato. Añadió que, el 9 de diciembre de 2014, se suscribió el acta No. 45 de recibo final de obra, en la cual se hizo constar que el contratista ejecutó los trabajos a entera satisfacción, sin que el interventor ni el IDU hubiesen dejado alguna salvedad relacionada con los hechos que dieron origen al proceso sancionatorio adelantado contra la aquí demandante, en el cual se profirieron las resoluciones cuya nulidad se pretende con el libelo introductorio objeto de estudio.

En relación con el proceso administrativo sancionatorio

1.2.4. Indicó que, mediante oficio No. STESV-20143360656191 del 3 de julio de 2014, el subdirector general de infraestructura del IDU citó a ICM para la audiencia

² La parte demandante, en documento aparte, presentó solicitud de medida cautelar con el fin de que se suspendieran provisionalmente los efectos de los actos administrativos demandados (folios 1 a 7 del cuaderno No. 6), la cual fue negada por el Tribunal *a quo* mediante auto del 25 de febrero de 2015 (folios 44 y 45 del cuaderno No. 6).



de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con el fin de dar inicio a un procedimiento sancionatorio por el presunto incumplimiento parcial de sus obligaciones respecto del contrato de obra No. 032 de 2011, en lo que concierne al supuesto desconocimiento de normas ambientales por parte del contratista.

1.2.5. Destacó que en el proceso sancionatorio se vulneraron los derechos al debido proceso y de defensa. Indicó, al respecto, que en la citación para la audiencia se omitió determinar de forma precisa el valor de la sanción a imponer a ICM y las consecuencias que se derivarían por la declaratoria de incumplimiento, lo que trajo consigo el desconocimiento del derecho de defensa, en la medida en que la sociedad contratista no pudo ejercer en debida forma su derecho de contradicción, *“al no existir estudio serio y técnico en el que se hallen todos los elementos de juicio de la Administración sobre la razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento, y mucho menos la exactitud de la sanción a imponer”*.

1.2.6. Señaló que, el 24 de julio de 2014, se llevó a cabo la primera audiencia del proceso sancionatorio, en la cual ICM presentó sus descargos. Afirmó que, el 9 de diciembre de 2014, radicó incidente de nulidad, con fundamento en que (i) en la citación para el inicio del procedimiento administrativo no se señalaron las consecuencias que podían derivarse de la declaratoria de incumplimiento; (ii) en el acta No. 43 de terminación del contrato de obra se dejó constancia de que ICM cumplió con el objeto contratado en el plazo establecido; y (iii) el IDU perdió competencia de la facultad sancionatoria, toda vez que, fenecido el plazo del contrato, la entidad ya no podía proceder a sancionar a la contratista.

1.2.7. Sostuvo que, el 10 de abril de 2015, el IDU negó la solicitud de nulidad, dado que lo alegado no se enmarcó en las causales respectivas, las cuales son taxativas, basándose, además, en que no se violó el debido proceso y en que fueron cumplidas todas las etapas regladas en la Ley 1474 de 2011. Relató que, aun cuando se interpuso recurso de reposición contra esa determinación, el IDU la confirmó mediante auto del 10 de abril de 2010, decisión que, según la demanda, omitió el estudio de fondo de las causales nulidad propuestas por ICM.

1.2.8. Narró que ICM, en la audiencia del 14 de abril de 2015 y con fundamento en el inciso final del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, solicitó el archivo del procedimiento sancionatorio, *“por existir plena prueba de la inexistencia del*



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

incumplimiento por parte del contratista”, dado que, con posterioridad a la presentación de descargos, ocurrieron hechos referidos a la terminación del contrato en cuestión -actas Nos. 43 y 45-, con constancia del IDU y de la interventoría de que ICM cumplió a cabalidad el objeto contractual. Adujo que con la solicitud de archivo ICM pidió el decreto de pruebas documentales.

1.2.9. Sostuvo que la aludida audiencia se suspendió, reanudándose ese mismo día y decidiéndose el procedimiento sancionatorio con la declaratoria de incumplimiento parcial y haciéndose efectiva la cláusula penal mediante Resolución No. 26617 de 2015, sin que previamente el IDU resolviera la solicitud de archivo y sin haber tenido en cuenta las pruebas documentales aportadas, lo cual quedó consignado en el acta No. 4, así como en los audios de la respectiva audiencia.

1.2.10. Indicó que, en la audiencia del 30 de abril de 2015, ICM presentó incidente de nulidad en contra del acto administrativo en mención, alegando irregularidades que afectaron el debido proceso y el derecho de defensa, en razón a que el IDU profirió la respectiva resolución sin estudiar de fondo la petición de archivo, además de que el IDU declaró el incumplimiento parcial con base en pruebas que fueron allegadas irregularmente al proceso, en tanto no se aportaron en la audiencia, ni se dieron a conocer al contratista, con lo cual ICM ni la aseguradora garante del contrato tuvieron la oportunidad de contradecir tales medios de prueba; sustentó, además, que la tasación de la cláusula penal pecuniaria fue arbitraria y que la contratista tampoco tuvo la oportunidad de contradecir ese preciso aspecto, “*pues solo se tasó al momento de expedir la resolución sanción*”. Señaló que, el 13 de mayo de 2015, el IDU negó el incidente de nulidad propuesto por ICM, persistiendo, según alegó la aquí demandante, la vulneración de derechos fundamentales.

1.2.11. Afirmó que, el mismo 13 de mayo de 2015, ICM interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 26617 de 2015, que declaró el incumplimiento parcial de la contratista por iniciar las obras sin contar con los lineamientos ambientales y por el derrame de hidrocarburos en el alcantarillado del sector, y que hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria. Señaló que el IDU confirmó tal determinación mediante Resolución No. 43817 de 2015, destacándose en la demanda que tales actos administrativos se expedieron con infracción en las normas en que debían fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento



del derecho de audiencia y defensa, con falsa motivación y con violación del derecho fundamental al debido proceso.

1.3. Luego de los supuestos fácticos narrados por la parte actora, en la demanda se expusieron **los cargos de nulidad y los fundamentos de derecho**, así:

1.3.1. Desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, cargo de nulidad que sustentó en dos argumentos, que fueron los siguientes:

(i) Dijo que la declaratoria de incumplimiento parcial del contrato se fundó en pruebas que fueron allegadas irregularmente al proceso, en tanto no se aportaron en la respectiva audiencia, ni se dieron a conocer a ICM ni a la aseguradora garante del contrato para que pudieran contradecirlas. Al respecto, la parte demandante sostuvo que el IDU, en la Resolución No. 26617 de 2015, se refirió a las comunicaciones internas Nos. 2012336060631813, 20143360661523 y 20143360561463, las cuales valoró y tomó como elemento de juicio para declarar el incumplimiento de ICM, sin que esos documentos, según afirmó, fueran allegados en debida forma al proceso sancionatorio, dado que no fueron puestos en conocimiento de la contratista en audiencia, ni trasladadas para su contradicción.

En ese contexto, ICM argumentó que las comunicaciones internas eran nulas al no haberse permitido su contradicción, lo cual era obligatorio en los términos de los artículos 29 de la Constitución Política, 24 de la Ley 80 de 1993, 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, de ahí que, en consecuencia, los actos administrativos demandados, que se basaron en esas pruebas, también sean nulos, por desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa.

(ii) Señaló que, si bien la cláusula penal pecuniaria en el contrato se pactó bajo la limitación de una tasación que atendiera a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento, lo cierto es que el IDU tasó la cláusula penal de manera arbitraria, sin que ICM conociera los parámetros utilizados por la entidad contratante para tasarla y sin que tuviera la oportunidad de contradecir la tasación del daño, dado que se tasó con la declaratoria de incumplimiento, desconociéndose los derechos de audiencia y defensa de ICM.



1.3.2. Infracción de las normas en que debían fundarse, cargo que fundamentó:

(i) en el hecho de que el IDU profirió la Resolución No. 26617 de 2015 sin haber estudiado la solicitud de archivo del proceso sancionatorio presentada por ICM, contrariando el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, según el cual *“la entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”*; y (ii) en el hecho de que el IDU sustentó su determinación en pruebas inconducentes para acreditar el incumplimiento de la normatividad de vertimientos, pues los medios probatorios documentales no eran suficientes ni idóneos para el efecto.

1.3.3. Expedición del acto administrativo sin competencia del juzgador, con fundamento en que fue proyectada y proferida por los funcionarios de la Subdirección Técnica de Ejecución del Subsistema Vial del IDU, dependencia que no tenía a cargo la función de declarar el incumplimiento ni de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, porque la competencia para dictar los actos administrativos correspondientes recaía en los directores técnicos del IDU.

1.3.4. Falsa motivación, con sustento en que el IDU declaró el incumplimiento de ICM sobre la base de que inició las obras sin contar con los lineamientos ambientales, cuestión que, en criterio del demandante, no tenía soporte probatorio, dado que la obligación de gestionar trámites y permisos ambientales le correspondía a la entidad contratante, lo cual debía realizar antes de la suscripción del contrato.

Adicionalmente, en la demanda se sostuvo que el IDU, al declarar el incumplimiento parcial del contrato, omitió que el contratista presentó diversas comunicaciones a la entidad en las que le preguntó sobre cuáles eran los posibles requerimientos y permisos para adelantar y ejecutar el proyecto, a lo cual el IDU le respondió que no se requería ningún tipo de permiso ambiental, de ahí que, según alegó la parte actora, el actuar de la Administración al proferir las resoluciones demandadas resultaba contrario a la buena fe y a la confianza legítima, toda vez que, si le indicó al contratista que no eran necesarios tramitar permisos ambientales, no era posible que el fundamento del IDU para declarar el incumplimiento del contrato fuera porque adelantó las obras sin haber gestionado los permisos ambientales.

Esto fue lo que sostuvo ICM al sustentar la causal de nulidad invocada:



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

“En conclusión, resulta sorprendente que la administración imponga una sanción de incumplimiento al contratista desconociendo que 1) correspondía al IDU y no al contratista la obtención de los permisos ambientales y de los lineamientos de forma previa a la elaboración de los diseños que ellos entregaron a ICM para la ejecución de la etapa de construcción; 2) que el mismo IDU con sus actos fue quien indujo en error al contratista al indicarle que los permisos ambientales y lineamientos no se requerían pues el canal era manejado por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EABB) y no por la Secretaría Distrital de Ambiente (SDA)”.

1.4. El 14 de diciembre 2015³, el Tribunal **admitió la demanda** y ordenó notificar personalmente esa decisión a la entidad demandada y al Ministerio Público⁴.

1.5. El IDU **contestó la demanda**⁵ oponiéndose a sus pretensiones, con sustento en que los actos administrativos demandados se expidieron de conformidad con las normas procesales y sustanciales aplicables, sin que se vulneraran los derechos fundamentales de defensa y contradicción.

Propuso las siguientes excepciones: **(i) legalidad de los actos administrativos atacados**, los cuales estaban ajustados al ordenamiento jurídico, toda vez que fueron expedidos por autoridad competente, sin falsa motivación ni desviación de poder, además de que las decisiones adoptadas por el IDU se fundamentaron en incumplimientos comprobados de ICM; **(ii) incumplimiento del contrato por parte de ICM**, con fundamento en que en el proceso sancionatorio se establecieron claramente los incumplimientos del contratista, de cara a sus obligaciones ambientales; y **(iii) poderes exorbitantes a favor de la Administración – competencia del IDU para declarar el incumplimiento parcial del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria**, con sustento en que para tales efectos el IDU se encontraba habilitado de acuerdo con la ley, con lo pactado en el contrato y con la jurisprudencia, máxime porque debía velar por el interés general ante los incumplimientos del contratista.

³ Folios 55 y 56 del cuaderno No. 2.

⁴ El 30 de marzo de 2016, ICM presentó escrito de reforma de demanda adicionado hechos y fundamentos de derecho, el cual fue rechazado mediante auto del 16 de mayo de 2016, por haberse presentado en forma extemporánea (folios 145 y 146 del cuaderno No. 2).

⁵ Folios 100 a 143 del cuaderno No. 2.



2. Demanda, trámite y contestación en el proceso con radicado 2016-2074

2.1. El 6 de octubre de 2016⁶, ICM, por conducto de apoderada judicial, interpuso **demanda** en ejercicio del medio de control de controversias contractuales contra el IDU, con la siguiente pretensión (se transcribe de forma literal):

“Que, sin perjuicio de lo pretendido en el proceso con radicado No. 2500233600020150254900 que cursa ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección tercera, Subsección A, se declare que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU incumplió el literal c de la cláusula 3, el párrafo tercero de la cláusula 18, el numeral 8 de la cláusula 20 del contrato IDU-032-2011, así como lo dispuesto en el artículo tercero de la Resolución 266167 de 2015, confirmada en su integridad por la Resolución 43817 de 2015, toda vez que en dichas disposiciones contractuales y en lo decretado en el citado artículo de la resolución sanción, no se estableció como requisito para la compensación de obligaciones la exigibilidad de las mismas, sino simple y llanamente la existencia de saldos pendientes a favor del CONTRATISTA, esto es, de ICM INGENIEROS S.A.”.

2.2. Los **hechos** narrados, en resumen, se circunscribieron en señalar **(i)** que en el contrato de obra No. 032 de 2011 se pactó una retención en garantía del 10% sobre cada acta de recibo parcial de obra ejecutada; **(ii)** que en el artículo 3 de la Resolución No. 26617 de 2015 se estableció que el valor de la cláusula penal debía ser descontado de los pagos a favor de ICM, en virtud de la figura jurídica de compensación de deudas; **(iii)** que la contratista, mediante documento ICM-LC-015-0077, le solicitó al IDU que de los saldos que le adeudaba a ICM por concepto de retención en garantía del contrato se efectuara el descuento del valor de la cláusula penal, a lo cual la entidad le respondió en el sentido de que procedería a aplicar la figura de compensación de deudas; **(iv)** que, no obstante lo anterior, el IDU le remitió comunicación a ICM informándole que reversaba su decisión de compensar, en tanto *“la obligación de devolución de la retención en garantía no es exigible y, por ende, no es compensable pues aquella se devuelve al contratista una vez se suscriba el acta de liquidación del contrato”*; y **(v)** que, con ocasión de lo anterior, ICM le respondió al IDU que debía aplicarse la compensación de acuerdo con lo pactado contractualmente en el párrafo tercero de la cláusula 18 del negocio jurídico, así como en el numeral 8 de la cláusula 20, pero que, a pesar de ello, el IDU siguió insistiendo en el cobro de la cláusula penal, omitiendo compensarla con los saldos que tenía en su patrimonio a favor de ICM por concepto de retención.

⁶ Folios 2 a 13 del cuaderno No. 9.



2.3. El IDU no contestó la demanda.

3. Acumulación de procesos

Mediante auto del 7 de diciembre de 2016⁷, el Tribunal *a quo* decretó la acumulación de los procesos con radicación 2015-2549 y 2016-2074, en atención a la solicitud de ICM y por cumplirse los requisitos para el efecto.

4. Audiencia inicial

El 24 de noviembre de 2017⁸, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca llevó a cabo la audiencia inicial, en la cual *-de manera preliminar-* precisó que se pronunciaría sobre cada uno de los procesos acumulados.

5.1. Sobre el proceso 2015-2549

5.1.1. El Tribunal manifestó que no encontró vicio alguno que debiera ser objeto de saneamiento. Luego, el *a quo* señaló que el IDU no propuso excepciones previas y mixtas que debieran ser resueltas en esa diligencia.

5.1.2. Seguidamente se fijó el litigio, en el entendido de establecer: **(i)** si los actos administrativos demandados vulneraron el debido proceso, concerniente a las causales de nulidad de desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa, de falta de competencia y de infracción en las normas en que debían fundarse; y si incurrieron en falsa motivación; y **(ii)** si estaba fundamentado el decretado incumplimiento parcial del contrato.

5.1.3. Más adelante, el *a quo* decretó como pruebas los documentos aportados por las partes; accedió a la solicitud de que el IDU allegara unos memorandos⁹ y decretó los testimonios solicitados por la accionante y por la accionada.

⁷ Folios 155 y 156 del cuaderno No. 2.

⁸ Folios 184 a 187 del cuaderno No. 2.

⁹ Con los siguientes números de radicación: STESV201433606611523 de septiembre de 2014; 20143360561463 del 1° de septiembre de 2014 y 20123360631813.



5.2. Sobre el proceso 2016-2074

5.2.1. En la etapa de saneamiento la apoderada del IDU alegó que no le fue notificado el referido proceso, cuestión que el Tribunal *a quo* desvirtuó señalando que, revisado el expediente, a la entidad demandada sí se le notificó la decisión de acumulación de procesos y, por tal razón, concluyó que no existía causal de nulidad que impedía continuar con el trámite. Posteriormente, indicó que el IDU no contestó la demanda y, por ende, no había excepciones previas y mixtas para resolver.

5.2.2. El Tribunal fijó el litigio en el entendido de establecer si hubo o no incumplimiento del contrato de obra por no compensar la sanción impuesta por cláusula penal pecuniaria con la retención en garantía.

5.2.3. Seguidamente, el *a quo* decretó como pruebas los documentos aportados por las partes y accedió a la solicitud de la accionante para que el IDU certificara las sumas que por concepto de retención en garantía tiene la entidad en favor de ICM en relación con el contrato de obra en cuestión.

5. Audiencia de pruebas

El 15 de diciembre de 2017¹⁰, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca realizó la audiencia de pruebas, en la cual se le concedió el uso de la palabra a las partes para que se pronunciaran sobre las documentales decretadas y, por petición de los extremos procesales, se aceptó el desistimiento de los dos testimonios que habían sido decretados. Seguidamente, de conformidad con el inciso final del artículo 181 del CPACA, ordenó que los alegatos de conclusión se presentaran por escrito.

6. Alegatos de conclusión

6.1. ICM insistió en los argumentos planteados en el libelo introductorio¹¹.

¹⁰ Folios 191 y 192 del cuaderno No. 2.

¹¹ Folios 456 a 516 del cuaderno No. 1.



6.2. El IDU reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y solicitó la negativa de las pretensiones¹².

6.3. El Ministerio Público conceptuó en el sentido de que las pretensiones no tienen vocación de prosperidad porque, de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, resultaba claro que los actos administrativos demandados no vulneraron el debido proceso, ni tampoco fueron expedidos por funcionarios sin competencia, aunado al hecho de que quedó acreditado que ICM sí incumplió las normas ambientales previstas en la Guía de Manejo de Manejo Ambiental para Proyectos de Infraestructura Urbana en Bogotá, lo que se evidenció con las visitas a la obra que realizó la Secretaría Distrital de Ambiente.

De otra parte, en relación con la pretensión formulada en el proceso 2016-2074, indicó que también debía denegarse, en la medida en que *“mientras el contrato se no haya liquidado resulta imposible entrar a compensar el valor de la cláusula penal con el valor del 50% de la retención en garantía, pues la liquidación del contrato es la que realiza el balance económico y mientras ello no ocurra no se tiene certeza sobre la existencia de una deuda con monto cierto a favor del contratista (...)”*¹³.

7. Sentencia de primera instancia

7.1. Mediante sentencia del 12 de abril de 2018, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de las demandas interpuestas por ICM en los dos procesos acumulados y condenó en costas, por concepto de agencias en derecho, a la parte actora en la suma de \$25'000.000, la cual debía pagar en favor de la entidad demandada¹⁴.

Consideraciones en relación con el proceso 2015-2549

7.2. Para empezar el Tribunal *a quo* afirmó que las resoluciones atacadas no tienen naturaleza jurídica sancionatoria, porque con aquellas solo se declaró el incumplimiento del contratista y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria.

¹² Folios 223 a 236 del cuaderno No. 2.

¹³ Folios 193 a 222 del cuaderno No.2.

¹⁴ Folios 290 a 300 del cuaderno No. 2.



Luego de la precisión anterior agrupó, en tres categorías, los cargos de nulidad planteados por ICM frente a los actos administrativos demandados, así: **(i)** falta de competencia; **(ii)** vulneración del debido proceso; y **(iii)** falsa motivación.

7.2.1. Respecto de la causal de nulidad de falta de competencia, el *a quo* señaló que, con ocasión de la Resolución de Delegación 4286 del 14 de octubre de 2011 y de la Resolución 511 del 22 de febrero de 2012, el subdirector general de infraestructura del IDU tenía plena competencia para expedir los actos por los cuales se declaró el incumplimiento parcial de ICM y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, y el hecho de que tal funcionario, con el fin de proyectar y proferir los actos administrativos, se haya apoyado en empleados de esa dependencia o de otras, no significa que no se hubiesen expedido por el funcionario competente. En ese sentido, el Tribunal descartó el referido cargo de nulidad.

7.2.2. Sobre la causal de nulidad de vulneración al debido proceso, el *a quo* sostuvo, en términos generales, que el IDU citó a ICM a la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con la indicación clara de los hechos constitutivos de incumplimiento y de las pruebas que los soportaban; que la entidad le permitió a la contratista solicitar el decreto de pruebas; que el IDU resolvió cada uno de los incidentes de nulidad que ICM formuló y que, desde el punto de vista técnico, la ahora demandada demostró el incumplimiento de las obligaciones a cargo de ICM, aspectos a partir de los cuales el Tribunal concluyó que el IDU le garantizó el debido proceso y el derecho de defensa a la aquí demandante.

- En cuanto al argumento de la parte actora en el sentido de que el IDU no puso en conocimiento de ICM los informes y los memorandos que se tuvieron en cuenta para determinar el incumplimiento, el *a quo* sostuvo que no era necesario que la entidad trasladara a la contratista las comunicaciones internas que se realizaron para adoptar la decisión, toda vez que la declaratoria de incumplimiento se fundó en las pruebas practicadas en la actuación administrativa. Esto señaló el Tribunal:

“Quiere significar la Sala que si la entidad le indicó al contratista con claridad los hechos objeto de incumplimiento y las pruebas en las cuales se fundamentaba el inicio del respectivo procedimiento administrativo está plenamente garantizado el debido proceso; cuestión diferente es que la entidad durante la actuación, en atención a los descargos del contratista, se apoye en las diferentes dependencias, pero de ninguna manera se puede pretender que todas las comunicaciones internas se deban



trasladas al contratista, o que hagan parte del procedimiento, porque –en estricto sentido- no son las pruebas en cuales se fundamentó la decisión, dado que –se reitera- fueron los informes de interventoría”.

- Frente al alegato de que el IDU no se pronunció sobre la solicitud de archivo elevada en el procedimiento administrativo, que se sustentaba en las actas de obras que indicaban que ICM había cumplido con sus obligaciones, el *a quo* advirtió que la falta de pronunciamiento respecto de esa petición no constituía una vulneración al debido proceso, porque con esa omisión no se limitó el efectivo derecho de contradicción, además de que la contratista hizo uso del correspondiente recurso de reposición frente al acto administrativo, cuestionando ese aspecto.

- En relación con el argumento de que el IDU debía informarle previamente a ICM el valor de la tasación de la cláusula penal pecuniaria, el Tribunal consideró que aquel carecía de fundamento jurídico, porque el legislador no previó en ningún caso que la tasación de la pena debía ser presentada previamente a la contratista, a lo que añadió que en la citación a la audiencia de descargos el IDU le advirtió a ICM que, en caso de encontrarse incumplido el contrato, se haría efectiva la cláusula penal pecuniaria. Agregó que la demandante no demostró que la tasación del perjuicio fuese desproporcionada en relación con el incumplimiento demostrado, dado que el valor de la cláusula penal ascendía a \$3.639'939.615, mientras que el perjuicio se tasó en \$485'545.718, equivalente al 13% de dicha cláusula.

- Respecto de la tesis de que el IDU sustentó su determinación en pruebas documentales que no eran conducentes, el *a quo* despachó ese argumento señalando que la declaratoria de incumplimiento se fundó en una prueba técnica, como lo eran los informes presentados por el interventor del contrato. Dijo, en todo caso, que si ICM evidenció que las pruebas que sustentaron el incumplimiento adolecían de falencias técnicas, debió acreditarlo, desde el punto de vista técnico, que no existía incumplimiento, lo que no acreditó en sede administrativa ni judicial.

7.2.3. En relación con la causal de nulidad de falsa motivación, el Tribunal consideró que no tenía vocación de prosperidad, por cuanto del clausulado del contrato se desprendía que la contratista debía atender los parámetros ambientales, a quien, además, le correspondía revisar los diseños entregados por el IDU y demás documentos necesarios para la ejecución de las obras, como la Guía de Manejo Ambiental para Proyectos de Infraestructura Urbana de Bogotá, frente a la cual ICM



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

se obligó a preservar y a conservar el ambiente para lo cual debía tomar medidas para la prevención de riesgos y la contaminación ambiental, lo cual, en efecto, no dependía de ninguna decisión administrativa por parte del IDU, de modo que, arguyó el *a quo*, “*mal puede el demandante sostener que la ausencia de lineamientos ambientales obedeció a la conducta de la entidad, por cuanto el propio contratista de obligó a cumplir la normatividad ambiental correspondiente*”.

Esto agregó al respecto:

*“Advierte la Sala que los argumentos del demandante contraviene el marco normativo de protección ambiental sustentado en el principio de precaución, habida cuenta que **pretende soslayar sus obligaciones ambientales propias de cualquier contratista**, por el simple hecho de haber elevado una solicitud al IDU, cuando dentro del plenario está demostrado que se obligó a cumplir con los parámetros ambientales que afectaban la obra; en ese sentido, si el contratista tenía dudas sobre el trámite de las licencias o permisos ambientales, **era un cuestionamiento que debió elevar la autoridad ambiental, lo cual implicaba realizar todo el procedimiento pertinente**. Para la Sala, no es de recibo que el demandante ejecute la obra desconociendo la normatividad ambiental, y pretenda evadir su responsabilidad contractual por el simple hecho de haber elevado una solicitud a la entidad estatal contratante, máxime si en los pliegos de condiciones se exigió un residente ambiental”* (negritas del texto original).

Consideraciones respecto del proceso 2016-2074

7.3. El Tribunal planteó el problema jurídico en el sentido de si el IDU incumplió o no el contrato al no compensar el valor de la cláusula penal pecuniaria con la retención en garantía, y para resolverlo sostuvo que, de acuerdo con lo pactado en el negocio jurídico, se acordó que a ICM se le devolvería el 50% de la retención de la garantía con la suscripción del acta de liquidación, de modo que, a juicio del *a quo*, las partes de común acuerdo pactaron una condición suspensiva.

Precisado lo anterior, el Tribunal concluyó que la no compensación de saldos entre el valor de la cláusula penal y la retención de la garantía no obedeció a un incumplimiento de las obligaciones a cargo del IDU, sino que fue consecuencia de los efectos jurídicos de la condición suspensiva, pues no nació el derecho a favor de ICM, por cuanto el negocio jurídico no fue liquidado bilateralmente.

Con fundamento en ello, el *a quo* negó la pretensión de la demanda en tal proceso.



8. Recurso de apelación

ICM interpuso recurso de apelación planteando argumentos en contra de la negativa de las pretensiones tanto en el proceso 2015-2549 como en el proceso 2016-2074.

8.1. Argumentos relacionados con el proceso 2015-2549

La parte actora concretó su apelación frente al análisis que realizó el Tribunal *a quo* respecto de las causales de nulidad de vulneración del debido proceso y de falsa motivación, no sin antes mencionar que la sentencia apelada erró al afirmar que las resoluciones demandadas no tenían naturaleza sancionatoria, por cuanto el procedimiento iniciado en contra de ICM fue para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, “*que es una sanción que pactaron las partes*”.

Sobre al análisis de la causal de nulidad de violación al debido proceso

- Señaló que el *a quo* se limitó a realizar una revisión formal de la citación para la iniciación del procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, de si ICM fue citado a la audiencia de descargos y de si se le permitió aportar pruebas, sin que la sentencia se detuviera a analizar si al contratista le fue posible contradecir los medios probatorios que se allegaron en su contra, derecho que se le desconoció frente a unos memorandos que, a su juicio, eran pruebas, viéndose vulnerado el debido proceso que rige las actuaciones administrativas.

Bajo ese contexto, indicó que los memorandos internos Nos. 20143360631813, 20143360661523, 20143360561463 y los oficios de la interventoría Nos. 20145261381622 y 20145262010732 eran pruebas que debían trasladarse a ICM para que esta sociedad ejerciera su derecho de contradicción en la etapa de pruebas del procedimiento administrativo sancionatorio, además de que ellas fueron el soporte para el convencimiento del IDU a la hora de endilgarle el incumplimiento a ICM, de interpretar la cláusula penal y de tasar la respectiva sanción.

Contrario a lo expuesto por el *a quo*, expresó que el hecho de que a dichos documentos se les hubiese otorgado la naturaleza de comunicaciones internas, no significaba que no fuera necesario ponerlos de presente en el procedimiento



sancionatorio, con lo que se desconoció el derecho de contradicción que le asistía a ICM, máxime porque que esos documentos le sirvieron al IDU para llegar a las conclusiones sobre el incumplimiento del contrato y la tasación de la cláusula penal.

Seguidamente, la recurrente sostuvo que el Tribunal de primera instancia no analizó cada uno de los informes o las comunicaciones, los cuales fueron determinantes para que el IDU proferiera las resoluciones demandadas, sin que a ICM se le otorgara la posibilidad de solicitar su aclaración o complementación, como lo prevé el artículo 277 del Código General del Proceso.

En efecto, señaló: **(i)** que el memorando interno STESV20143360631813 fue citado en la Resolución No. 26617 de 2015 y con fundamento en el cual se concluyó en dicho acto que ICM incumplió normas ambientales; **(ii)** que el memorando STESV20143360661523 fue citado en la Resolución No. 26617, haciendo relación a la tasación del daño, de ahí que, en criterio de la actora, el referido memorando, que no fue notificado a ICM ni respecto del cual se corrió traslado, fue el que llevó al IDU al convencimiento al IDU para proferir las decisiones demandadas; **(iii)** que el memorando STESV20143360561463 “*constituyó una prueba al llevar al convencimiento al juez de cuál era el valor que debía asignarse a cada obligación incumplida, y cómo aplicar la sanción*”, sin que a ICM se le permitiera su contradicción, aunado al hecho que ese documento no fue un simple comunicado interno entre funcionarios, pues allí se elaboró un informe técnico relativo a la definición y naturaleza de la Zona de Manejo y Preservación Ambiental ZMPA; y **(iv)** que a los oficios de la interventoría Nos. 20145261381622 y 20145262010732, a los cuales se aludió en los memorandos internos, tampoco se les dio traslado a ICM en el proceso administrativo, vulnerándose así el derecho de contradicción.

- Por otra parte, indicó que el *a quo* erró al señalar que las documentales tenidas en cuenta por el IDU no eran plena prueba del supuesto incumplimiento alusivo al derramamiento de hidrocarburos, pues no eran idóneas ni suficientes. Dijo que, independientemente de si los aludidos informes tenían el carácter de prueba técnica o no, lo cierto es que sus conclusiones se extrajeron de unas inspecciones visuales, de ahí que no tengan efecto conducente ni concluyente “*frente al hecho de que los hidrocarburos provenientes de la maquinaria hayan caído al alcantarillado*”.



Sostuvo, además, que en los términos del artículo 4 de la Resolución 3957 de 2009 la prueba idónea y conducente para determinar el cumplimiento de las normas distritales sobre vertimientos era la “*caracterización*”, que es la que debía realizarse a efectos de comprobar si se estaban cumpliendo o no con la normativa ambiental.

Manifestó, acto seguido, que a ICM no podía reprochársele el hecho de que no hubiese demostrado el cumplimiento de sus obligaciones desde el punto de vista técnico, porque el proceso administrativo en su contra inició seis meses después de que ocurrieron los hechos relacionados con el supuesto derrame de hidrocarburos, lo que le impedía al contratista practicar una prueba de “*caracterización de vertimientos*”, la cual, en todo caso, le correspondía realizar a la interventoría al momento de la ocurrencia de los hechos, a quien le asistía la función de hacer el seguimiento técnico del cumplimiento de la normativa ambiental. Adicionalmente, indicó que en el curso del procedimiento administrativo el IDU denegó, sin fundamento alguno, la práctica de pruebas testimoniales técnicas solicitadas por ICM para dar fe la inexistencia del incumplimiento que se le atribuía.

- Por último, insistió en que al IDU no le era posible tasar la cláusula penal en \$485'545.718 sin hacer oponible al contratista el análisis de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento. Agregó que, si bien la cláusula 19 del contrato previó la cláusula penal en un límite de hasta el 30% del valor del negocio, lo cierto es que en su criterio aquella no podía imponerse “*sino luego de seguirse un procedimiento que, garantizado el debido proceso, diera lugar a la caducidad del contrato, a la declaratoria de incumplimiento parcial o total del contrato*”. Indicó que en la Resolución No. 26617 de 2015, al tasar la sanción, el IDU se remitió a los memorandos 20143360561463, 20143360661523 y 20123360631813, aduciendo que en aquellos se habían aplicado los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y gravedad, documentos frente a los cuales, según dijo la recurrente, no se les corrió traslado al contratista, lo que imposibilitó que ICM pudiera contradecir la tasación de la cláusula penal en la suma de \$485'545.718, “*ni siquiera al reponer la resolución sanción fue posible al contratista oponerse a la tasación, pues no conoció el oficio STESV201443360661523, ni en dicha resolución 26617 se esgrimieron parámetros o juicios acerca de la ‘razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento’ previstos para la tasación*”.



En todo caso, para finalizar adujo que la tasación de la cláusula penal pecuniaria sí fue desproporcionada, porque a todas las obligaciones se les dio un mismo valor económico, en el monto de \$242'772.859, olvidando que el objeto principal del contrato objeto de estudio era la terminación de la construcción de la calzada sur de la Avenida La Sirena, y que, por ende, tal obligación no podía tener el mismo valor económico que las obligaciones accesorias.

Sobre al análisis de la causal de nulidad de falsa motivación

Contrario a lo expuesto por el *a quo*, la recurrente señaló que las dudas técnicas que sugieran en relación con la ejecución del contrato no las debía tramitar ICM ante la autoridad ambiental, sino que, de acuerdo con la cláusula 15 del negocio jurídico, las dudas debían ser resueltas por la interventoría y el IDU en los comités de obra semanales. Consideró que las resoluciones demandadas sí se encontraban viciadas de nulidad por falsa motivación, por cuanto el IDU, según se desprende del acta de comité No. 9 del 6 de febrero de 2012, le informó a ICM que no necesitaba permisos por parte de la Secretaría Distrital de Ambiente sino de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá para la intervención de zonas verdes

Esto dijo al respecto:

“El contratista hizo tal consulta, debido a que se había establecido en el contrato la intervención de zonas verdes, por ello el contratista planteó la inquietud sobre la necesidad de contar con los permisos necesarios para tal intervención, tal consulta acorde con el artículo 15 del contrato que prevé que las dudas técnicas serían discutidas y solucionadas por la interventoría en los comités semanales de obra, o por el IDU según concepto de su diseñador. En este caso, el IDU afirmó como se ve en el aparte citado que tal permiso debía ser dado por la EABB y no por la SDA como en realidad correspondía. En otras palabras, el IDU directamente resolvió la duda técnica afirmando que no era necesario solicitar un permiso a tal entidad.

En este punto en especial, es notable afirmar que aunque resulta claro del material probatorio que el IDU sí había afirmado en varias oportunidades que esa obligación le correspondía a la EABB, el IDU en resolución 43817 de 2014 intenta desconocer este hecho al afirmar que no existe sustento probatorio para sustraer que en el comité de obra No. 9 del 6 de febrero de 2012 se hubiese afirmado por parte del IDU que tal obligación correspondía a la EABB, punto sobre el cual basta recordar la confesión hecha en Resolución 26617 de 2015 (ver página 45 primer párrafo) en la que acepta que en múltiples ocasiones el contratista puso de presente su duda sobre si era necesario el permiso de la SDA y que la respuesta del IDU fue que el manejo del cauce y por lo tanto de otorgar permiso correspondía al EABB”.



A partir de lo anterior, la parte recurrente sostuvo que el IDU generó confianza en el contratista al señalarle que no requería permisos por parte de la Secretaría Distrital de Ambiente, lo cual, en contravía del principio de la buena fe, fue desconocido en las resoluciones demandadas, demostrándose así la falsa motivación.

8.2. Argumentos relacionados con el proceso 2016-2074

En el recurso se afirmó que el Tribunal incurrió en un error de derecho al desconocer las reglas del contrato, porque los contratantes pactaron que, frente a la imposición de multas, debía realizarse una compensación de obligaciones, según quedó consignado en el numeral 8 de la cláusula 20 del negocio jurídico, en el entendido de que si el IDU establecía la existencia de un incumplimiento que ameritaba la aplicación de la cláusula penal pecuniaria se harían los descuentos a que hubiese lugar, en caso de existir saldos pendientes a favor de ICM, a lo cual añadió que, según el párrafo tercero de la cláusula 18 del contrato, *“las partes acuerdan que en caso de proceder a la aplicación de multas, la entidad lo podrá hacer directamente y el contratista autoriza expresamente la realización del procedimiento y descuento del valor de la multa, de los saldos del contrato por este concepto”*.

En ese sentido, señaló que el IDU, por concepto de retención de garantía, le tenía retenida al contratista la suma de \$1.737'726.237, la cual estaba por encima del valor de la sanción impuesta, la cual ascendió a \$485'545.718, y aun así la entidad contratante ordenó la afectación de la póliza *“con la consecuente afectación económica al contratista que debe reembolsar el dinero a la aseguradora, sin que aún se le haya hecho devolución de la antes mencionada retención”*, de ahí que, en lo que a este aspecto se refiere, sí se incumplió el contrato de obra No. 032 de 2011.

9. Actuación en segunda instancia

9.1. Mediante providencia del 16 de agosto de 2018¹⁵, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, así como al Ministerio Público para que presentara el concepto de rigor.

¹⁵ Folio 345 del cuaderno del Consejo de Estado.



9.2. El IDU reiteró lo expuesto a lo largo del proceso y solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia¹⁶.

9.3. ICM insistió en los argumentos del recurso de apelación, señalando que sí se demostró que los actos administrativos se encuentran viciados de nulidad¹⁷.

9.4. El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia; (2) medio de control procedente; (3) legitimación en la causa; (4) ejercicio oportuno del medio de control de controversias contractuales; (5) objeto del recurso de apelación y problemas jurídicos a resolver; (6) hechos probados y pruebas adicionales relevantes de cara a la resolución de los problemas jurídicos; (7) solución al caso concreto; y (8) costas.

1. Jurisdicción y competencia

1.1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 104¹⁸ del CPACA, vigente a la fecha de radicación de las demandas¹⁹ y, por lo mismo, aplicable al presente

¹⁶ Folios 347 a 350 del cuaderno del Consejo de Estado. Se advierte que ICM, el 19 de octubre de 2018, solicitó el decreto de una prueba documental (folios 407 a 420 del cuaderno del Consejo de Estado), la cual fue rechazada por extemporánea mediante auto dictado el 29 de octubre de 2019 por el magistrado sustanciador y, aunque fue atacado por la vía del recurso de reposición, tal providencia se confirmó por auto del 28 de enero de 2022 (folios 438 a 440 del cuaderno del Consejo de Estado).

¹⁷ Folios 369 a 411 del cuaderno No. 2. Se advierte que ICM, el 19 de octubre de 2018, solicitó el decreto de una prueba documental (folios 407 a 420 del cuaderno del Consejo de Estado), la cual fue rechazada por extemporánea mediante auto dictado el 29 de octubre de 2019 por el magistrado sustanciador y, aunque fue atacado por la vía del recurso de reposición, tal providencia se confirmó por auto del 28 de enero de 2022 (folios 438 a 440 del cuaderno del Consejo de Estado).

¹⁸ "Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública [...]". Se precisa que al presente asunto le son aplicables la Ley 1437 de 2011 -CPACA- y la Ley 1564 de 2012 -CGP-, en virtud de lo previsto en el artículo 306 del primer estatuto mencionado, sin incluir la reforma de la Ley 2080 de 2021, debido a que no se encontraba vigente para la fecha de presentación de la demanda.

¹⁹ 9 de noviembre de 2015 y 6 de octubre de 2016.



proceso, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde el conocimiento del presente asunto, en tanto la controversia gira en torno al contrato de obra No. 032 de 2011 que fue suscrito entre ICM y el IDU.

Como el IDU es un establecimiento público²⁰, al tenor de lo dispuesto en el literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993²¹ ostenta la calidad de entidad estatal y, por ende, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde decidir las controversias en las que sea parte.

1.2. Por su parte, esta Sala del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 12 de abril de 2018 por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo previsto en el artículo 150²² y el numeral 4 del artículo 152²³ del CPACA, dada la vocación de doble instancia de los procesos acumulados, en razón de que la pretensión mayor de las demandas acumuladas²⁴ exceden los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes²⁵ a la fecha de interposición de los respectivos libelos²⁶.

²⁰El Instituto de Desarrollo Urbano - IDU fue creado mediante el Acuerdo No. 19 de 1972, como un establecimiento público del orden Distrital, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

²¹ Según lo previsto artículo 32 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, norma esta última que dispone: “Para los solos efectos de esta ley (...) 1o. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; **los establecimientos públicos**, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles” (se destaca).

²² “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. [modificado por el artículo 615 del CGP]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto al que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia [...]”.

²³ “4. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

²⁴ En la pretensión mayor del proceso 2015-2549 se pidió la suma de \$485'545.718, suma esta que también se estimó en el proceso 2016-2074.

²⁵ A la fecha de presentación de la demanda en el proceso 2015-2549 (2015) 500 SMLMV en el proceso 2016-2074 (2016) 500 SMLMV equivalían a \$344'727.000.

²⁶ Como las demanda se presentaron en vigencia del CPACA, la norma con la cual se determina la competencia por razón de la cuantía es el artículo 157 de ese cuerpo normativo, la cual, entre otras cosas, consagra: “Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor”.



2. Medio de control procedente

En virtud de lo previsto en el artículo 141²⁷ del CPACA, cualquiera de las partes de los contratos estatales puede demandar para que se declare su existencia o su nulidad, se ordene su revisión, se declare el incumplimiento, se anulen los actos administrativos contractuales, se condene a quien se considere responsable a indemnizar los perjuicios y/o se liquide el contrato, entre otras declaraciones y condenas. El legislador también previó que el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrían solicitar la nulidad absoluta del contrato, la que también puede ser declarada de oficio por el juez.

Dado que la controversia formulada en la demanda bajo el proceso 2015-2549 en este caso se refiere, en términos generales, a la declaratoria de nulidad de unos actos administrativos que declararon el incumplimiento contractual e hicieron efectiva la cláusula penal pecuniaria, el medio de control procedente es el de controversias contractuales, vía procesal que, igualmente, también es la adecuada en relación con la pretensión de incumplimiento contractual planteada en la demanda que interpuso ICM bajo el proceso 2026-2074.

3. Legitimación en la causa

De conformidad con lo establecido en el artículo 141 del CPACA, cualquiera de las partes de la relación contractual puede pedir la declaratoria de incumplimiento y la anulación de actos administrativos contractuales, de ahí que la legitimación en la causa en este tipo de controversia se encuentre, en principio, en cabeza de los extremos del acuerdo de voluntades.

²⁷ “Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. // Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. // El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

De este modo, el IDU e ICM poseen el interés jurídico que se debate en el presente caso y se encuentran legitimados en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, porque son las partes de la relación contractual que suscitó la controversia bajo análisis en esta sede judicial.

4. Ejercicio oportuno medio de control de controversias contractuales

4.1. Como en el proceso 2015-2549 se pretende la nulidad de las Resoluciones Nos. 26617 del 14 de abril de 2015 y 43817 del 18 de junio de 2015, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento de ICM en relación con el contrato de obra No. 032 de 2011 y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, la Sala examinará la caducidad teniendo en cuenta lo previsto en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, según el cual el medio de control de controversias contractuales caducará al vencimiento de dos años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Pues bien, en vista de que los actos administrativos cuestionados quedaron ejecutoriados el 19 de junio de 2015²⁸ y teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 9 de noviembre de 2015, fuerza concluir que se interpuso dentro de la oportunidad legal prevista, con independencia del lapso de suspensión del término de caducidad por el agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación²⁹.

4.2. A su vez, en el proceso 2016-2074, en el cual se pretende el incumplimiento del contrato de obra No. 032 de 2012, así como el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo tercero de la Resolución No. 26617 del 14 de abril de 2015, confirmada por la Resolución No. 43817 del 18 de junio de 2015, el cómputo de la caducidad también se hará a partir del 19 de junio de 2015 *-motivo de hecho y de derecho que sirve de fundamento-*, día en que quedaron ejecutoriados los actos en mención y respecto de los cuales una de sus órdenes se estima incumplida.

Es así que, como la demanda se presentó el 6 de octubre de 2016, la Sala concluye que también se interpuso dentro de los dos años establecidos en la ley,

²⁸ Folios 30 y 31 del cuaderno No. 6.

²⁹ Folios 9 y 10 del cuaderno No. 3.



independiente del tiempo que permaneció suspendido el plazo de caducidad en virtud del trámite de conciliación extrajudicial que adelantó ICM³⁰.

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

5.1. De entrada resulta oportuno precisar que el marco fundamental para la competencia del juez de segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la decisión recurrida. Es así que, de conformidad con el artículo 320 del Código General del Proceso (CGP)³¹, la apelación *“tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”*; a la vez que, según lo consagrado en el artículo 328 del CGP, *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio (...)”*.

5.1.1. Dicho lo anterior, la Sala señala que el Tribunal *a quo*, en el proceso No. 2015-2549, negó las pretensiones de la demanda, descartando los cargos de nulidad planteados por ICM, los cuales agrupó, así: **(i) nulidad por falta de competencia; (ii) nulidad por vulneración del debido proceso; y (iii) nulidad por falsa motivación**

El recurso de apelación objeto de estudio se dirigió a atacar los argumentos con los cuales se desecharon los cargos de nulidad por vulneración al debido proceso y por falsa motivación, sin que en la impugnación se presentaran cuestionamientos frente a las consideraciones que el Tribunal tuvo en cuenta frente a la causal de nulidad por falta de competencia, de ahí que este último aspecto escape del análisis de la Sala en esta instancia, dado que no fue objeto de reproche en la alzada.

Cabe señalar que la parte demandante, frente a lo decidido por el *a quo* en relación con la causal de nulidad por vulneración del debido proceso, apeló tres aspectos puntuales: **(i) que se desconoció el derecho de contradicción porque en el procedimiento sancionatorio a ICM no se le corrió traslado de unos memorandos y unos oficios de la interventoría, los cuales eran pruebas y que constituyeron el soporte para que el IDU declarara el incumplimiento e hiciera efectiva la cláusula**

³⁰ Folio 148 del cuaderno No. 12.

³¹ *“ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”*.



penal pecuniaria; **(ii)** que las documentales tenidas en cuenta por el IDU no eran plena prueba, ni suficientes ni idóneas, para acreditar el supuesto incumplimiento alusivo al derramamiento de hidrocarburos; y **(iii)** que hubo una indebida tasación de la cláusula penal pecuniaria porque a ICM no se le hizo oponible el análisis de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento. Solo sobre estos puntos debe girar *-en segunda instancia-* el estudio de la causal de nulidad por violación del debido proceso, sin que el análisis pueda extenderse a otros aspectos.

5.1.2. En relación con el proceso 2016-2074, se observa que el Tribunal de primera instancia negó lo pretendido en la demandada y que la parte actora atacó concretamente ese punto, de modo que ello sea objeto de estudio por la Sala.

5.2. Bajo ese contexto y, de acuerdo con los reparos concretos de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de primera instancia, el **primer problema jurídico** se contrae a determinar si, en el proceso 2015-2549, hay lugar a declarar la nulidad de las resoluciones demandadas por vulneración del debido proceso *-en los tres aspectos puntuales señalados-* y por falsa motivación.

El **segundo problema jurídico** consiste en determinar si, en el proceso 2016-2074, el IDU incumplió el contrato de obra No. 032 de 2011 al no compensar el valor de la cláusula penal pecuniaria con la retención en garantía.

6. Hechos probados y pruebas adicionales relevantes de cara a la resolución de los problemas jurídicos

En el expediente reposan unos documentos en copia auténtica y otros en copia simple. Frente a estos últimos la Sala advierte que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 246 del CGP³², los documentos aportados en copia simple serán analizados; además, se precisa que aquellos no fueron tachados de falsedad por alguna de las partes en la oportunidad procesal pertinente, y tampoco existe alguna

³² "ARTÍCULO 246. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente".



disposición que haga exigible el requisito de las copias auténticas o de una determinada copia.

Conviene destacar que las pruebas allegadas a los procesos acumulados se valorarán conjuntamente, de acuerdo con lo previsto en el inciso 4 del artículo 150 del CGP, que establecía: *“Los procesos o demandas acumuladas se tramitarán conjuntamente”*. Sobre este particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado: *“(…) al tratarse de procesos acumulados, estos pueden valerse de las mismas pruebas, pues la litis en ambos se refieren a los mismos hechos (…)”*³³.

De acuerdo con las pruebas allegadas al plenario, se encuentran establecidos los siguientes hechos que interesan al presente caso:

En relación con las actuaciones previas a la suscripción del contrato objeto de estudio

6.1. Está probado que, el 4 de noviembre de 2009, el IDU y el Consorcio Calle 153 suscribieron el contrato No. 047 de 2009, para la construcción de la calzada sur de la avenida La Sirena (calle 153) desde la avenida paseo de Los Libertadores (autopista norte) hasta la avenida Boyacá, en Bogotá, como consecuencia de un proceso de licitación. Asimismo, está acreditado que, mediante Resolución No. 1047 del 7 de marzo de 2011, el IDU declaró la caducidad de dicho negocio jurídico, y que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, la Dirección Técnica de Gestión Contractual de la entidad le solicitó a la Dirección Técnica de Procesos Selectivos verificar si el proponente calificado en segundo lugar en la licitación, que fue ICM, cumplía con las condiciones para continuar con la ejecución del contrato³⁴.

6.2. Se demostró que, entre el 24 de octubre y el 4 de noviembre de 2011, se publicó el proyecto de pliego de condiciones, para la continuación y la terminación de las obras de la calzada sur de la avenida La Sirena (calle 153) desde la avenida paseo de Los Libertadores (autopista norte) hasta la avenida Boyacá³⁵.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 16 de octubre de 2020, expediente No. 47271, acumulado con el No. 45.599; ver también, en ese sentido, sentencia dictada el 23 de abril de 2021 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección A, expediente No. 53870, acumulado con los siguientes números internos 50332, 54198, 48471, 47877 y 52074.

³⁴ Información que se extrae de los folios 142 y 143 del cuaderno No. 3.

³⁵ Folios 94 a 125 del cuaderno No. 3.



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

6.2.1. Adjunto se encuentra el anexo técnico separable³⁶, en el cual se consignó que al contratista, previo al inicio de las obras, le correspondía realizar, junto con la interventoría, las actividades preliminares consistentes en la revisión, verificación, actualización, complementación y análisis de los diseños suministrados por el IDU, “para lo cual después de haber realizado tales actividades acepta conjuntamente con la interventoría que los estudios y diseños son los necesarios y suficientes para el adecuado desarrollo de la obra”.

En el referido anexo técnico separable se plasmó lo concerniente al personal con el que debía contar el contratista, entre ellos, un residente ambiental, con las siguientes responsabilidades: (i) revisar, actualizar y ajustar el componente ambiental del Programa de Implementación del Plan de Manejo Ambiental - PIPMA presentado como parte del contrato IDU No. 047 de 2009; (ii) brindar apoyo para la gestión de los trámites requeridos ante las autoridades ambientales competentes; (iii) asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones ambientales contempladas en el PIPMA, los pliegos de condiciones, el contrato, normas y aspectos legales vigentes; (iv) implementar acciones ambientales derivadas de las visitas realizadas por la interventoría ambiental y/o por el IDU; (v) actuar como soporte para la agilización de los trámites que se requieran ante la autoridad ambiental; (v) las demás definidas en la Guía de Manejo Ambiental para Proyectos de Infraestructura Urbana, entre otras.

6.2.2. Consta el apéndice E, referido a las obligaciones de gestión ambiental, de seguridad y salud ocupacional y de gestión social, en el que se consignó:

“Es obligación del contratista conocer, divulgar y aplicar la política ambiental, de seguridad y salud ocupacional establecida por el IDU al ejecutar sus actividades o servicios sin crear riesgo para la salud, la seguridad o el ambiente. El contratista deberá tomar todas las medidas conducentes para evitar la contaminación ambiental, la prevención de riesgos durante la ejecución de sus operaciones o actividades y cumplirá con toda la normatividad ambiental, de seguridad y salud ocupaciones, aplicables. El contratista no dejará sustancias o materiales nocivos para la flora, fauna o salud humana, ni contaminar la atmósfera, el suelo o los cuerpos de agua. La violación de estas normas se considerará incumplimiento grave del contratista u el IDU podrá aplicar la cláusula penal o multas a que hubiere lugar, sin perjuicio de las demás acciones legales o sanciones que adelante la autoridad o ente competente de orden distrital o nacional”.

³⁶ Folios 126 a 141 del cuaderno No. 3.



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

Entre las responsabilidades ambientales del contratista se plasmaron: (i) contemplar los permisos requeridos por la autoridad competente y contar con la aprobación de la interventoría y el visto bueno del IDU; presentar diligenciados los formularios, fichas o formatos que la autoridad competente requiera, así como la información o documentación que sea necesaria para la obtención de los permisos; (ii) ser responsable por el pago a la autoridad ambiental competente por los servicios de evaluación y seguimiento de permisos y autorizaciones que se causen para el contrato, así el trámite lo adelante el IDU; (iii) garantizar que no se realice acopio de materiales y/o escombros que afecten y/o alteren las condiciones y calidad del agua y/o zona de ronda del Canal Córdoba; (iv) entregar la zona del Canal Córdoba en iguales o mejores condiciones a las iniciales; (vi) no deberá realizar vertimientos de agua al alcantarillado o fuentes superficiales; (vii) no podrá adelantar obras de ningún tipo en sectores ubicados dentro del sistema de áreas protegidas del Distrito Capital, *“en caso de que requiera hacerlo, previamente deberá manifestarlo y requerir autorización escrita a la interventoría y el IDU”*, entre otras

6.2.3. En la Guía de Manejo Ambiental para el Sector de la Construcción, de 2010 y elaborado por la Secretaría Distrital de Ambiente³⁷, se aludió al Programa de Implementación del Plan de Manejo Ambiental – PIPMA, en el que se consignó el componente A, concerniente al sistema de gestión ambiental, seguridad y salud ocupacional, estableciéndose como obligaciones de los contratistas las siguientes: (i) dar cumplimiento a la legislación ambiental, de salud ocupacional, de seguridad industrial y de tránsito aplicables a las obras del IDU, así como a las resoluciones expedidas por las autoridades competentes a través de las cuales se otorgan permisos; (ii) revisar el estado, el alcance y las condiciones específicas de todos los permisos y licencias que debe tener el proyecto; (iii) dar cumplimiento al PIPMA y a las demás obligaciones de carácter ambiental, entre otras³⁸.

En cuanto a los permisos ambientales, en la referida Guía Ambiental se consignó que el contratista sería el responsable de la consecución y organización de la información requerida para la obtención de los permisos ambientales, cuyo trámite le podía corresponder al IDU o al contratista; se plasmó que, *“en los casos que el trámite lo realice el IDU, el contratista deberá remitir el IDU junto con el PIPMA la*

³⁷ Cuaderno No. 10.

³⁸ Folios 295 a 317 del cuaderno No. 1.



información necesaria para la realización de la gestión". Al IDU, según la tabla anexa, le correspondía tramitar: (i) la aprobación de diseños paisajísticos por parte de la Oficina Asesora de Gestión Ambiental; (ii) el permiso o la autorización de tala, trasplante o reubicación del arbolado urbano; (iii) permiso de ocupación de cauce o depósito de agua; mientras que al contratista le correspondía tramitar: (i) los permisos para operación de equipos de construcción, demolición y reparación de vías, generadores de ruido ambiental en horarios restringidos; (ii) los permisos ambientales y mineros y/o certificación de la autoridad ambiental para cantera, ladrillera, asfaltera, concretera; (iii) la licencia ambiental para el manejo de residuos especiales; y (iv) permiso de vertimientos.

6.3. Se encuentra acreditado que, el 31 de octubre de 2011, el representante legal de ICM y el director técnico de diseños de proyectos del IDU suscribieron un acta técnica en la que establecieron las bases para asegurar la continuación y la terminación de las obras de la calzada sur de la avenida La Sirena (calle 153) desde la avenida paseo de Los Libertadores (autopista norte) hasta la avenida Boyacá³⁹.

6.4. Consta que, de acuerdo con el prepliego de condiciones de la licitación pública IDU-LP-SGI-011-2011, el 3 de noviembre de 2011 ICM presentó su oferta ante el IDU para la continuación y terminación de la construcción de la calzada sur de la avenida La Sirena (calle 153) desde la avenida paseo de Los Libertadores (autopista norte) hasta la avenida Boyacá, manifestando que se comprometía a firmar el contrato y declarando que conocía el pliego, sus anexos, la minuta del negocio jurídico, en especial el anexo técnico respecto del cual aceptó sus requisitos⁴⁰.

En cuanto al contrato de obra No. 032 de 2011, su clausulado, y otros documentos

6.5. Está probado que, el 16 de noviembre de 2011, el IDU e ICM suscribieron el contrato de obra No. 032, cuyo objeto consistió en la continuación y terminación de la construcción de la calzada sur de la avenida La Sirena (calle 153) desde la avenida paseo de Los Libertadores (autopista norte) hasta la avenida Boyacá, por

³⁹ Folios 142 a 147 del cuaderno No. 3.

⁴⁰ Folios 4 a 6 del cuaderno No. 11.



un valor de \$12.133'132.050 y con un plazo de siete meses: un mes para actividades preliminares y seis meses para ejecución de obras⁴¹.

6.6. Consta que en la cláusula tercera del negocio jurídico se pactó la forma de pago por parte del IDU al contratista ICM, quedando consignado, entre otras cosas, lo referente a la retención en garantía, en los siguientes términos:

“c. Retención en garantía. Se realizará una retención en garantía del 10% sobre cada Acta de Recibo Parcial de Obra ejecutada, cuyo valor total corresponde al valor facturado. a) El 50% del valor de la retención será pagado al contratista previa suscripción del Acta de Recibo Final de Obra a Satisfacción; b) El 50% restante del valor de la retención será pagado al contratista previa suscripción del acta de liquidación de obra”⁴².

6.7. Se halla acreditado que ICM asumió obligaciones del componente ambiental en la fase preliminar, en la etapa de ejecución, así como también en el período de liquidación. Entre las asumidas en la fase previa se encuentra la concerniente a la elaboración y presentación ante la interventoría del Programa de Implementación del Plan de Manejo Ambiental -PIPMA- del contrato, necesario para la ejecución de las obras; en la fase de ejecución al contratista le correspondía, entre otras, adelantar las siguientes tareas: (i) realizar visitas al terreno, en conjunto con la interventoría y el IDU, para actualizar o elaborar el inventario forestal cuando aplique; (ii) implementar los compromisos ambientales, de seguridad y salud ocupacional aprobados en el PIPMA del contrato, según los requerimientos del contratos y demás normas; (iii) informar a la interventoría de todos los acontecimientos ambientales que ocurriesen durante el desarrollo del negocio⁴³.

6.8. Quedó establecido en la cláusula décimo quinta que las dudas técnicas que surgieran en el desarrollo de la obra sobre estudios, diseños, planos y especificaciones generales o particulares serían discutidas y solucionadas por la interventoría en los comités semanales de obra, a menos que los cambios modificaran sustancialmente los parámetros técnicos de diseños, caso en el cual se remitiría por escrito la consulta correspondiente al IDU *“para que la entidad obtenga*

⁴¹ Folios 62 y 71 del cuaderno No. 3. Se precisa que en los antecedentes de la Resolución No. 26617 de 2015 -acto administrativo demandado- se advirtió que el contrato de obra No. 032 fue prorrogado en cinco oportunidades, extendiéndose su plazo de ejecución hasta el 19 de noviembre de 2014.

⁴² Folio 65 del cuaderno No. 3.

⁴³ Folios 73 a 80 del cuaderno No. 3.



el pronunciamiento por parte del diseñador, y en su defecto, lo resolverá directamente”⁴⁴.

6.9. Consta que en la cláusula décimo octava del contrato se pactó lo relativo a las multas, en el sentido de que el IDU tenía la facultad de imponerlas en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de ICM, de conformidad con lo previsto en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, en cuyo párrafo tercero se estipuló lo siguiente: *“Las partes acuerdan que en caso de proceder a la aplicación de multas, la entidad lo podrá hacer directamente y el contratista autoriza expresamente la realización del procedimiento y del descuento del valor de la multa, de los saldos del contrato por este concepto”*⁴⁵.

6.10. Quedó estipulado en la cláusula décimo novena del negocio jurídico lo relativo a la cláusula penal pecuniaria, en los siguientes términos:

“En caso de declaratoria de caducidad y/o incumplimiento parcial o total del contrato, 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 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.

PARÁGRAFO PRIMERO: El pago o deducción de la cláusula penal no exonerará al contratista del cumplimiento de sus obligaciones emanadas del contrato de obra.

*PARÁGRAFO SEGUNDO: En caso de proceder a la aplicación de la cláusula penal, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el contratista autoriza expresamente a la entidad con la firma del presente contrato, para hacer el descuento correspondiente de los saldos a él adeudados por la entidad o en su defecto se hará efectivo el amparo de cumplimiento de la garantía única”*⁴⁶.

6.11. En la cláusula vigésima del negocio jurídico en cuestión se acordó que, de conformidad con los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, el IDU contaba con la facultad de declarar el incumplimiento, imponer multas y/o aplicar la cláusula penal pecuniaria mediante acto administrativo, garantizando el debido proceso en el desarrollo de la actuación administrativa.

⁴⁴ Folio 82 del cuaderno No. 3.

⁴⁵ Folio 85 del cuaderno No. 3.

⁴⁶ Folios 85 y 86 del cuaderno No. 3.



6.11.1. En dicha cláusula también se pactó que, en caso de no existir procedimiento de rango legal al momento de la iniciación de la actuación, en virtud de la autonomía comercial de las partes se acordó que debía aplicarse el siguiente procedimiento (i) evidenciado por parte del interventor y/o área coordinadora la existencia de un posible incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales, el IDU citará al contratista a audiencia de descargos, en cuya citación se informará expresa y detalladamente los hechos que soportan, acompañado del informe de la interventoría en que se sustente la actuación, enunciándose las normas o cláusulas violadas, así como las consecuencias que podrían derivarse; se especificará el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la cual se celebrará a la mayor brevedad posibles; (ii) en el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera a la audiencia para debatir el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; (iii) en desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación, a lo que, seguidamente, se le concederá el uso de la palabra al contratista y al garante para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir explicaciones del caso, aportar y controvertir pruebas presentadas por la entidad, por única vez; (iv) de los descargos presentados por el contratista la interventoría del contrato efectuará un análisis técnico de los argumentos y conceptuará o no sobre la imposición o no de la multa, cláusula penal y/o caducidad y demás sanciones, según corresponda; (v) en la audiencia se proferirá resolución motivada en la que se decidirá sobre la imposición o no de la multa, cláusula penal, caducidad y demás sanciones⁴⁷.

6.11.2. En el numeral ocho de la cláusula vigésima del negocio jurídico, en la cual se pactó el procedimiento convencional en caso de no existir uno legal, se acordó:

“8) Si el IDU establece que existe incumplimiento que amerita la declaratoria de caducidad o la imposición de multa o la aplicación de la cláusula penal pecuniaria u otra sanción, hará los descuentos a que haya lugar, en el caso de existir saldos pendientes a favor del contratista. Si no existen saldos se requerirá al contratista para que realice la sanción respectiva, en un término máximo de diez (10) días hábiles. En caso de que este no pague, se requerirá a la compañía de seguros o al garante, conforme lo dispuesto en el artículo 1080 del Código de Comercio, a través de correo certificado, para que asuma el pago correspondiente, una vez se encuentre en firme

⁴⁷ Folios 86 a 88 del cuaderno No. 3.



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

el correspondiente acto administrativo. En el evento en que el contratista ni el garante cancelen dentro del plazo establecido se procederá a su cobro judicial⁴⁸.

6.12. Consta el acta No. 45 de recibo final de obra, fechada el 9 de diciembre de 2014, en la cual se consignó que los trabajos terminados se encontraban ejecutados a entera satisfacción, quedando plasmado que el recibo de los trabajos terminados no relevaba al contratista ni al interventor de sus responsabilidades y obligaciones expresadas en el contrato y las normas legales vigentes⁴⁹.

Respecto de las actuaciones en el procedimiento administrativo que, en virtud del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, adelantó el IDU en contra de ICM

6.13. Está acreditado que, mediante oficio STESV20143360656191 radicado ante ICM el 16 de julio de 2014, el subdirector general de infraestructura del IDU le informó al representante legal de la contratista sobre el inicio del procedimiento administrativo tendiente a la declaratoria de incumplimiento y lo citó para la respectiva audiencia de descargos que se realizaría el 24 de julio de 2014⁵⁰.

En el aludido oficio se expresaron los **hechos constitutivos del presunto incumplimiento**⁵¹ por parte de ICM, que consistieron en la infracción de normativa ambiental: **(i)** dado que ejecutó obras como la instalación de tuberías para los descoles en ZMPA, sin **contar con los lineamientos ambientales requeridos en la ejecución de obras, situación** “*que se hizo indiscutible con la suspensión de actividades constructivas en el sector del Canal Córdoba por parte de la Secretaría Distrital de Ambiente, según consta en el último párrafo del Acta de Visita de SDA ‘solicitud de permiso de ocupación de Cauce’ del 14 de septiembre de 2013*”; y **(ii)** porque hubo una fuga de hidrocarburos generada por la operación de unas motobombas “*que extrae las aguas negras sin el debido aislamiento y protección del suelo*”, lo cual fue evidenciado por la Secretaría Distrital de Ambiente en una **visita a la obra y que hacía parte de las responsabilidades de ICM**

⁴⁸ Folio 88 del cuaderno No. 3.

⁴⁹ Folios 35 a 65 del cuaderno No. 4.

⁵⁰ Folios 185 a 200 del cuaderno No. 3.

⁵¹ En dicho oficio también se indicó que ICM estaba incumpliendo con la entrega de los soportes de pago de salarios, así como también que tenía pendiente unas obras por realizar, incumplimientos respecto de los cuales no se consignarán en el cuerpo de esta providencia, en tanto sobre ellos no giraron los cargos de nulidad invocados por la parte actora en su demanda.



En el referido oficio también se indicaron las **obligaciones y las normas presuntamente incumplidas**, entre otras, la contenida en la cláusula décimo segunda del contrato, en lo que concierne al componente ambiental, así como también los lineamientos establecidos en la Guía de Manejo Ambiental del IDU para el desarrollo de proyectos de infraestructura urbana en Bogotá, que establecía que el contratista debía ejecutar sus actividades sin crear riesgo para la salud, la seguridad y el ambiente, tomando medidas para evitar la contaminación ambiental. En dicho oficio, además, se especificó la **posible sanción a aplicar**, en caso de comprobarse el incumplimiento de las obligaciones referidas, concerniente a que el IDU declararía el incumplimiento y, como consecuencia, haría efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula novena del negocio jurídico.

6.14. Está probado que, el 24 de julio de 2014, se celebró la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para determinar si la actuación de ICM constituía un incumplimiento del contrato y si procedía la sanción, diligencia en la cual los funcionarios del IDU manifestaron los hechos constitutivos de incumplimiento, así como la obligaciones y normas incumplidas, mientras que ICM presentó sus descargos e hizo entrega de unas pruebas⁵².

En los **descargos** el director de obra de ICM manifestó (i) que la contratista al inicio del proyecto advirtió sobre la necesidad de que el IDU tramitara los permisos de ocupación de cauce y taludes del canal, pero la entidad, con base en un concepto de la interventoría y de los consultores de la obra, consideró que no era necesario contar con permisos, de ahí que la ICM haya iniciado la obra sin ellos; y (ii) que, en relación con el uso de motobombas que generaron el derrame hidrocarburos, dijo que aquellas fueron puestas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Por su parte, la abogada de ICM señaló (i) que la solicitud u obtención del permiso para la ocupación del cauce no era una obligación de la contratista, además de que, a pesar de que en varias oportunidades se le preguntó a la IDU lo propio, tal entidad respondió que no era necesario disponer de tal permiso; y (ii) que, ante la fuga de hidrocarburos evidenciadas por la Secretaría Distrital de Ambiente, ICM siguió instrucciones de la interventoría y desarrolló actividades correctivas y preventivas frente a los inconvenientes presentados con las motobombas, aunado

⁵² Folios 202 a 223 del cuaderno No. 3.



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

al hecho de que cuando la Secretaría Distrital de Ambiente realizó una nueva visita *-el 16 de abril de 2014-* no hizo observación alguna sobre el manejo de motobombas y afirmó que los incumplimientos advertidos en el pasado ya se habían subsanado⁵³.

La aseguradora también presentó **descargos** coadyuvando los argumentos de ICM.

Al finalizar la audiencia, el ordenador del gasto del IDU adoptó la decisión de suspender la diligencia, con fundamento en el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a fin de realizar la revisión de los respectivos argumentos y de resolver las solicitudes probatorias de la ahora demandante.

6.15. Se encuentra acreditado que, el 31 de julio de 2014, el subdirector general de infraestructura del IDU continuó con la audiencia y se pronunció sobre las pruebas, decretando la documental aportada con los descargos, negando el decreto de los testimonios del director de la interventoría del contrato y del director de la obra, al considerarlos impertinentes e inútiles, pues ya todo estaba documentado, además que su petición no cumplió con los requisitos del artículo 212 CGP, pues pidió la declaración de tales señores sin precisar los hechos objeto de pruebas; y negando el decreto de una prueba pericial, En esta decisión se consignó que no procedía recurso alguno en su contra⁵⁴.

El ordenador del gasto del IDU volvió a suspender la audiencia.

6.16. Quedó demostrado que, el 9 de diciembre de 2014, ICM radicó ante el IDU un incidente de nulidad del procedimiento administrativo sancionatorio, solicitando la terminación de dicha actuación⁵⁵.

En cuanto a la nulidad, manifestó que la entidad contratante vulneró el debido proceso por la forma en que pretendía tasar la cláusula penal pecuniaria, pues en el citatorio de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 únicamente se aludió a la cláusula décimo novena del contrato, sin cuantificar lo correspondiente a la pena, desconociendo el derecho de defensa y contradicción.

⁵³ Folios 212 a 224 del cuaderno No. 3.

⁵⁴ Folios 224 a 236 del cuaderno No. 3.

⁵⁵ Folios 262 a 281 del cuaderno No. 3.



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

Frente a la solicitud de terminación del procedimiento administrativo sancionatorio, sostuvo que el 20 de noviembre de 2014 terminó el contrato de obra, lo que se acreditó en el acta No. 43, en la cual quedó consignado que ICM cumplió con el objeto contractual, de ahí la cesación de los hechos constitutivos del presunto incumplimiento endilgado. Adicionalmente, indicó que el IDU había perdido facultad sancionatoria, en atención a que el plazo de ejecución ya había expirado.

6.17. Se halla probado que, mediante auto del 10 de abril de 2015, el subdirector general de infraestructura del IDU negó el incidente de nulidad por improcedente, al considerar que *“(...) los hechos que sustentan la causal de nulidad por violación al debido proceso aducida por el contratista son: indebida tasación de la cláusula penal; cumplimiento del objeto contractual por parte de ICM y pérdida de competencia de la facultad sancionatoria (...) y dicha causal solo es procedente por obtención de prueba violando el debido proceso (...)”*⁵⁶.

6.18. Se acreditó que en la audiencia reanudada el 10 de abril de 2015 se dio lectura del auto que resolvió la solicitud de nulidad propuesta por ICM, decisión contra la cual interpuso recurso de reposición la contratista solicitando su revocatoria e insistiendo en sus argumentos que fundaron su petición. Luego de esto, el ordenador del gasto suspendió nuevamente la audiencia⁵⁷. Asimismo, se encuentra probado que, mediante auto del 14 de abril de 2015, el subdirector general de infraestructura del IDU confirmó la negativa de la nulidad⁵⁸.

6.19. Quedó establecido que, el mismo 14 de abril de 2015, se reanudó la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la cual (i) se dio lectura al auto que resolvió el recurso de reposición contra la providencia que negó el incidente de nulidad; (ii) se le dio el uso de la palabra tanto al contratista como a la aseguradora garante y ambos solicitaron el cierre y el archivo del proceso porque ICM cumplió sus obligaciones; en la solicitud de archivo de ICM se anexaron unos documentos para dar cuenta que los presuntos incumplimientos endilgados ya habían cesado; (iii) se suspendió la diligencia para revisar los argumentos expuestos por las partes y se reanudó ese mismo día dando lectura a la Resolución No. 26617, que declaró

⁵⁶ Folios 242 a 249 del cuaderno No. 3.

⁵⁷ Folios 238 a 241 del cuaderno No. 3.

⁵⁸ Folios 54 a 261 del cuaderno No. 3.



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

el incumplimiento de ICM e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, determinación frente a la cual los abogados de la contratista y de la aseguradora interpusieron recurso de reposición⁵⁹.

6.20. Está probado que, el 30 de abril de 2015, en la audiencia programada para escuchar los argumentos de los recursos contra la Resolución No. 26617, la abogada de ICM presentó incidente de nulidad frente a ese acto, al considerar que se presentaron diversas irregularidades constitutivas de una violación al debido proceso, consistentes en que el IDU: (i) profirió la resolución mencionada sin resolver la solicitud de archivo; (ii) omitió pronunciarse sobre el decreto o no de las pruebas solicitadas en la petición de archivo; y (iii) expidió el acto cuestionado acudiendo a pruebas e informes que no hacían parte del procedimiento, ni de los cuales se corrió traslado para contradecirlos, como ocurrió con los memorandos Nos. 20143360561463; 20123360631813 y 20143360661523⁶⁰.

6.21. Se halla acreditado que, mediante auto del 13 de mayo de 2015, el subdirector general de infraestructura del IDU negó el incidente de nulidad propuesto por la abogada de ICM, con fundamento en los siguientes argumentos: (i) con el acto administrativo que declaró el incumplimiento del contrato no solamente se respondió la solicitud de archivo y cierre del proceso, sino también cualquier otra manifestación de las partes tendientes a desestimar el incumplimiento contractual; (ii) que se tuvieron en cuenta todas las pruebas referidas por ICM; y (iii) que los memorandos Nos. 20143360561463; 20123360631813 y 20143360661523 eran comunicaciones internas a través de los cuales el área técnica le informó al ordenador del gasto los hechos que acaecían en la ejecución del negocio jurídico, dada la estructura del IDU y lo previsto en el artículo 17 del Acuerdo 002 de 2009, *“no siendo de recibo la argumentación de la apoderada del contrato en cuanto que se trata de material probatorio no puesto a consideración de las partes en su oportunidad, toda vez que se tratan de informes de ejecución que sirven para evidenciar el estado del mismo”*, aunado al hecho de que cuando se citó a la contratista ICM a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se le dieron a conocer los hechos constitutivos del posible incumplimiento, así como los soportes del mismo⁶¹.

⁵⁹ Folios 250 a 253 del cuaderno No. 3.

⁶⁰ Folios 285 a 299 del cuaderno No. 3.

⁶¹ Folios 2 a 8 del cuaderno No. 4.



6.22. Se probó que en la audiencia del 18 de junio de 2015 se dio lectura a la parte resolutive de la Resolución No. 43817 de 2015, que resolvió los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 26617 confirmando tal acto⁶².

En relación con los actos administrativos demandados

6.23. Consta que el subdirector general de infraestructura, mediante Resolución No. 26617 del 14 de abril de 2015, **(i)** declaró el incumplimiento parcial del contrato de obra No. 032 de 2011 **(artículo primero)**; **(ii)** declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, amparado por la póliza No. GU040849 expedida por la aseguradora Confianza S.A., e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, a título de sanción, “y se considerará como una estimación anticipada parcial pero definitiva de perjuicios a cargo del contratista ICM y a favor del IDU”, en la suma de \$485'545.718 **(artículo segundo)**; **(iii)** “el valor de la cláusula penal impuesta a través de la presente resolución deberá ser descontada de los pagos a favor de ICM Ingenieros S.A., una vez se encuentre en firme el presente acto administrativo, en virtud de la figura de compensación de deudas, para lo cual la Subdirección General de Infraestructura remitirá a la Subdirección Técnica de Presupuesto y Contabilidad copia de este acto administrativo y de la constancia de ejecutoria” **(artículo tercero)**⁶³.

Las consideraciones para adoptar tal determinación fueron las siguientes:

6.23.1. Sobre el incumplimiento de normas por no contar con los lineamientos ambientales, en la resolución se hizo una descripción sucinta de los descargos de ICM y al momento de empezar las consideraciones se trajo a colación el memorando interno No. 20143360561463 del 1° de septiembre de 2014, en el cual se plasmó un análisis de la entidad frente a lo manifestado por la contratista.

Con ocasión del análisis contenido en el referido memorando, en la resolución se sostuvo que “frente a las obligaciones de carácter ambiental y normas ambientales, quien debe conocer y prever los permisos a necesitar es el contratista, en virtud de que él es el experto en el contrato que suscribe con la entidad estatal”.

⁶² Folios 32 y 33 del cuaderno No. 4.

⁶³ Folios 255 a 279 del cuaderno No. 5.



Luego se señaló que el contrato de obra No. 032 de 2011 fue suscrito con ICM, como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato No. 147 de 2009; sociedad que efectuó una revisión del estado actual de las obras y manifestó su disposición de culminar el proyecto bajo las condiciones técnicas y financieras establecidas en el acta técnica del 31 de octubre de 2011, de ahí que haya presentado su propuesta y, posteriormente, haya celebrado el respectivo contrato con el IDU, obligándose no solo al negocio jurídico y a los documentos que hacían parte de él *-entre ellos, el anexo técnico separable del pliego de condiciones-*, sino también a las obligaciones emanadas de la naturaleza del mismo.

Seguidamente, se sostuvo que ICM contó con un residente ambiental, pues así se obligó de acuerdo con el numeral 4.14 del anexo técnico referido, quien era un experto y tenía la idoneidad para revisar y actualizar el componente ambiental PIPMA, así como de brindar el apoyo para la gestión de los trámites requeridos ante las autoridades ambientales competentes, asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones ambientales en el PIPMA, en los pliegos, en el contrato y demás. A lo anterior se añadió que, si bien la entidad era la responsable de los efectos negativos del proyecto de infraestructura ante la autoridad ambiental (Secretaría Distrital de Ambiente), ello no significaba que el contratista se relevara de sus obligaciones en materia ambiental, surgidas en virtud del contrato, del pliego de condiciones o de la norma, *“como queda demostrado con las funciones y responsabilidades del residente ambiental del proyecto y de las obligaciones que en virtud del Apéndice E del pliego de condiciones adquirió el contratista frente al proyecto y el IDU”*.

En la resolución se indicó que, aunque se suscribió el acta No. 43 de terminación del contrato, aquella solo daba cuenta del vencimiento del plazo contractual y de la ejecución de la obra. Asimismo, frente al acta No. 45 de recibo final de la obra, se señaló que, a pesar de que se recibió a satisfacción la obra, los cargos imputados a ICM obedecieron al incumplimiento de obligaciones ambientales, las cuales no se subsanan con el transcurrir del tiempo, *“ya que sus efectos se dan al momento que se genera el impacto ambiental, sin poderse resarcir en el tiempo”*. A su vez, se afirmó que, si bien ICM presentó informe tendiente al cierre ambiental, lo cierto es que aquel no tenía injerencia en el hecho imputado, *“ya que no se subsana el hecho de haber intervenido sin contar con los lineamientos ambientales correspondientes”*.



Adicionalmente, en la resolución demandada se plasmó que el contratista adjuntó un informe ejecutivo sobre el permiso de ocupación de cauce, en el cual se consignó que el Canal Córdoba no tenía zona de manejo ambiental por ser un canal artificial; no obstante, frente a este argumento, el IDU indicó que el Canal Córdoba no era solo un canal sino que correspondía al corredor ecológico hídrico del Canal Córdoba, según el anexo 2 del POT, además de que es un área que goza de protección, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 17 del MEPOT.

Para finalizar, esto se concluyó en la resolución al respecto:

“Con respecto [al] incumplimiento relacionado con ‘NORMATIVAS AMBIENTALES POR NO CONTAR CON LOS LINEAMIENTOS AMBIENTALES’, se mantiene todas que se tratan de hechos no susceptibles de subsanación ni retrotraerse aun cuando se apruebe el cierre ambiental por parte de la interventoría, en la medida en que ejecutaron obras sin disponer previamente del aval de la autoridad ambiental en el Corredor Ecológico Hídrico del Canal Córdoba, obligación conocida desde el pliego de condiciones y sus anexos técnicos y en énfasis en Apéndice Ambiental; por tanto los descargos presentados por el contratista frente a este cargo no tiene vocación de prosperar”.

6.23.2. Sobre el incumplimiento de normas ambientales por fuga de hidrocarburos de la motobomba, en la resolución se hizo una descripción sucinta de los descargos de ICM y al momento de empezar las consideraciones se trajo a colación el memorando interno No. 20143360631813, en el cual se plasmó un análisis de la entidad frente a lo manifestado por la contratista.

Luego de citar el contenido en el referido memorando, en la resolución se sostuvo que estaba demostrado que ICM incumplió normas ambientales, en la medida en que, como se sostuvo en el cargo anterior, desde la etapa precontractual la contratista conocía el objeto a contratar y, desde luego, sus obligaciones, y que en material ambiental disponía de un residente ambiental y un grupo de expertos.

Acto seguido, en la resolución se indicó, de acuerdo con lo previsto en apéndice E del pliego de condiciones, que ICM se obligó a ejecutar sus actividades sin crear riesgos para la salud, la seguridad o el ambiente y a adoptar las medidas conducentes para evitar la contaminación ambiental, la prevención de riegos durante la ejecución de sus operaciones y actividades, cumpliendo con toda la normatividad ambiental; igualmente, el contratista se comprometió a no dejar sustancias o materias nocivas para la flora, fauna o salud humana, ni contaminar la



atmósfera, el suelo o los cuerpos de agua. Asimismo, en la resolución se aludió al programa E2 Manejo de Maquinaria, Equipos y Vehículos establecidos en la Guía Ambiental del IDU, que previó que el contratista debía garantizar la ejecución de inspecciones pre-operacionales diarias a toda la maquinaria del proyecto. Bajo tal contexto, en el acto administrativo demandado se aseveró que ICM incumplió obligaciones legales en materia ambiental, así como también las obligaciones contractuales –*las del apéndice E del pliego de condiciones*–, en tanto las acciones correctivas o preventivas no fueron las adecuadas, habida cuenta de que, según se indicó en la resolución atacada, si las hubiera realizado se habría podido evitar de manera oportuna los derrames de hidrocarburos expuestos.

Adicionalmente, en la resolución se destacó que el hecho concerniente al derrame de hidrocarburos no fue imprevisible, por cuanto una de las obligaciones de la contratista era prever que la maquinaria utilizada no se encontrara con fugas de elementos de combustibles y lubricantes, lo que se garantizaba con las inspecciones pre-operacionales diarias, lo cual no se realizó, “*porque de hacerlo hubiese previsto y evitado el derrame de hidrocarburos*”. Lo anterior, según se argumentó en el acto administrativo, aunado a que desde los pliegos de condiciones ICM sabía que debía adoptar medidas para evitar la contaminación ambiental.

6.23.3. Sobre la afectación de la cláusula penal pecuniaria y la respectiva tasación de la sanción, en la resolución se consideró lo siguiente:

“Este acápite tiene la finalidad de analizar la afectación de la cláusula penal dado que dentro de los descargos presentados por el garante, se remiten a señalar que la afectación de esta cláusula no es proporcional, y que no le asiste razón a la entidad para imponer dicha sanción, por tal motivo a continuación haremos el recuento normativo, jurisprudencial y considerativo correspondiente (...) Como consecuencia de lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en concordancia con lo reglado por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2011, el Instituto declara el incumplimiento de una de las obligaciones del contratista y hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, con observancia a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y oportunidad.

De acuerdo a ello y a lo establecido en la cláusula décima novena del contrato IDU-032-2011 CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA y conforme a la estimación que realizó el área técnica mediante memorandos STESV20143360561463, STESV20143360631813 y STESV20143360661523, lo cual obedece a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y oportunidad.

(...).

Para efectos de determinar el monto de la cláusula penal a imponer en razón del incumplimiento de la firma ICM Ingenieros S.A. evidenciado en la ejecución del



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

contrato IDU 032 de 2011, es necesario ceñirse a lo dispuesto en la cláusula 19 del contrato en la cual se determina cuantificación de la misma, atendiendo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Teniendo en cuenta que el contrato 032 de 2011 no establece ponderación o relación porcentual entre cada una de sus obligaciones y de acuerdo al criterio de proporcionalidad nombrado en la cláusula 19 Cláusula Penal Pecuniaria, esta se tasaré proporcionalmente como la supervisión del contrato determinó mediante memorando STESV20143360661523, en tal sentido se transcribe la ilustración referida:

‘En conclusión esta Área Técnica considera que existe incumplimiento en los puntos 2 y 3 por parte de la empresa ICM INGENIEROS S.A. y como consecuencia de ello se hará efectivo lo establecido en la cláusula 19 PENAL PECUNIARIA del contrato 032 de 2011, que estipula: La tasación de la cláusula penal atenderá criterios de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento.

La imposición de esta pena se determina en la suma de cuatrocientos ochenta y cinco millones quinientos cuarenta y cinco mil setecientos dieciocho pesos (\$485'545.718) moneda corriente, como se muestra en el anexo 2 del presente oficio”.

6.24. Está probado que ICM interpuso recurso de reposición en contra de la resolución anterior⁶⁴, a fin de que se revocara, con fundamento en lo siguiente:

(i) que el IDU omitió el estudio de material probatorio e hizo una valoración indebida, de ahí la conclusión de que la contratista incumplió sus obligaciones al haber iniciado obras sin contar con los lineamientos ambientales; sostuvo, al respecto, que era obligación de la entidad y no de ICM la obtención de permisos ambientales y que el IDU indujo en error a la contratista al indicarle que no se requerían permisos ambientales, aspectos que, en criterio de la recurrente, se encontraban acreditados con el acta de comité de obra del 21 de agosto de 2013, en la cual consta que el IDU manifestó que no se requerían permisos porque el canal lo administraba la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá - EAAB; así como también con el acta de comité de obra No. 9 del 6 de febrero de 2012, en la que quedó consignado que la aprobación para la intervención la debía dar la EAAB. Que desde el inicio ICM, con fundamento en la cláusula décimo quinta del contrato, le consultó al IDU de si se requerían permisos para la intervención del Cana Córdoba.

(ii) Que, si bien en la resolución recurrida se sostuvo que ICM incumplió normas ambientales como consecuencia de una fuga o derrame de hidrocarburos en la red de alcantarillado, esa aseveración obedeció a una indebida valoración de pruebas, por cuanto el IDU solamente tuvo en cuenta la visita que realizó la Secretaría

⁶⁴ Folios 21 a 42 del cuaderno No. 7.



Distrital de Ambiente el 14 de noviembre de 2013 *-en cuya acta que se levantó no se plasmó que hubo derrames o fugas-*, el informe de dicha Secretaría sobre la visita mencionada y el informe de Comité S&SOMA del 12 de mayo de 2014 y una imagen *-este último en el cual, si bien señala que existió fuga, no indica que hubiese alcanzado la red de alcantarillado público-*, pruebas que, en criterio de ICM, no resultaban suficientes, idóneas ni conducentes para determinar el incumplimiento de normas ambientales.

6.25. Se halla acreditado que, mediante la Resolución No. 43817 del 18 de junio de 2015, el subdirector general de infraestructura del IDU confirmó integralmente la Resolución No. 26617 de 2015, por medio de la cual se declaró el incumplimiento contractual por parte de ICM y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria⁶⁵.

Las consideraciones fueron las siguientes:

6.25.1. Sobre el incumplimiento de normas por no contar con los lineamientos ambientales, en la resolución se descartaron los argumentos del contratista y se sostuvo que en la Guía Ambiental del IDU se estableció que al contratista le asistía la responsabilidad de la consecución y organización de la información que se requiriera para la obtención de los permisos ambientales, lo cual también se desprendía del apéndice E de los pliegos de condiciones. Luego, en el acto administrativo se señaló que del acta de comité de obra No. 9 no se desprendía *“nexo causal entre la indicación que ante la solicitud de aclaración del contratista en torno a si era necesario presentar una solicitud de permiso de zona verde y que la aprobación la debía dar la EAAB haya sido dada por el IDU”*, ni tampoco que la solicitud de ICM se hubiese realizado con fundamento en la cláusula décimo quinta del contrato, en la que se estipuló que las dudas técnicas serían discutidas y solucionadas por la interventoría en los comités semanales de obra.

Frente al acta del comité de obra del 21 de agosto de 2013, en la que supuestamente constaba que el IDU manifestó que no se requerían permisos porque el Canal Córdoba lo administraba la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en el acto administrativo se indicó que dicha acta solo estaba firmada

⁶⁵ Folios 36 a 59 del cuaderno No. 3.



por el personal de ICM y no por la entidad ni por la interventoría, de ahí que no fuera procedente pronunciarse sobre su contenido.

Bajo ese contexto, en el acto administrativo se sostuvo que el IDU no le manifestó al contratista que no se requirieran permisos de la Secretaría Distrital de Ambiente para la intervención del Canal Córdoba, ni tampoco se probó que haya inducido en error a ICM, por el contrario, la interventoría del contrato previno a la contratista de la existencia de normas legales ambientales y que era su obligación cumplirlas.

En la resolución se expresó lo siguiente:

“En suma, habiendo constado las situaciones expuestas para cada uno de los alegatos en este punto, con el fin de evaluar si en el marco de la sana crítica se desconoció la realidad probatoria del proceso y dar una respuesta sistemática a este argumento, considera oportuno hacerse la siguiente pregunta: ¿El IDU o la firma interventora con sus comentarios en los diferentes comités de obra y solicitudes en torno a la actualización del PIPMA de la obra relevó de obligaciones establecidas como suyas en los documentos contractuales a ICM Ingenieros S.A., induciéndolo a cometer el error de intervenir el Corredor Ecológico del Canal Córdoba sin disponer del aval de la autoridad ambiental competente? La respuesta a la luz del servicio probatorio es NO. Lo que se observa en el material obrante en el proceso es que la interventoría le insistió en la necesidad de actualizar los instrumentos de gestión ambiental propios de la obra teniendo en cuenta la normatividad ambiental vigente mediante oficio 831-ICM-0940-1629 de 2 agosto de 2012- radicado IDU20125260464702 del 9 de agosto de 2012, a lo cual se comprometió el contratista antes de desplegar obras en el sector según actas de comité de obra 9 y 10, pero aun así las inició sin haber realizado dicha actividad, sin existir prueba que el hecho imputado se hubiere producido por una orden directa atribuible a la entidad o a la interventoría.

Se determina además, que las dudas acerca de la necesidad de permiso o autorizaciones ambientales requeridas antes de intervenir en el corredor ecológico le persistieron al contratista aún después de haber iniciado los trabajos en el área de la referencia. De tal forma, cabe preguntarse ¿dónde quedó el deber de precaución y prevención de riesgos al ambiente que le asiste al contratista, en aplicación y sujeción de su actividad a los mandatos consagrados en los documentos contractuales y demás normas superiores? Se concluye para este punto, en cuanto al régimen de responsabilidad, que no cabe duda que tiene carácter objetivo hacia el ejecutor de la obra, por lo mismo que está relacionado con el ejercicio de una actividad riesgosa para el ambiente, riesgo que asumió contractualmente prevenir”.

6.25.2. Sobre el incumplimiento de normas ambientales por fuga de hidrocarburos de la motobomba, en la resolución se sostuvo que la infracción normativa en lo que a este aspecto concierne no solamente se derivó de la visita que realizó la Secretaría Distrital de Ambiente el 14 de noviembre de 2013, del informe de dicha Secretaría sobre la visita mencionada y del informe de Comité S&SOMA del 12 de mayo de 2014 -prueba que ICM consideró insuficientes-, sino



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

también en el oficio 20145260014572 del 10 de enero de 2014 –remitido a la contratista y al garante- y en una fotografía del 12 de mayo de 2014, pruebas estas que fueron determinantes para el efecto, y así lo expresó el IDU en el acto:

“Estas dos pruebas fueron determinantes para adoptar una decisión de tal gravedad, lo que ameritó la mayor seriedad por parte de la entidad en su análisis, teniendo entonces dentro del primer medio probatorio con radicado IDU2014260014572, la siguiente expresión de la autoridad ambiental: ‘...Durante la visita técnica realizada el 14 de noviembre de 2013 evidenció fuga de hidrocarburo procedente de una motobomba; dicha sustancia se encontraba afectando directamente el suelo blando, igualmente estaba cayendo sin ningún control a la red de alcantarillado’, y lo confirmó con imágenes en las que se observa residuos de las sustancias aludidas en el suelo que inician debajo de una motobomba y entran por la boca de acceso de la cámara de inspección que hace parte del sistema de alcantarillado, mientras que la imagen anexa al acta de comité S&SOMA del 12 de mayo de 2014 corrobora esta misma situación; es decir más de cinco meses después.

De tal forma, lo que se observa es que el acervo probatorio disponible para la adopción de dicha decisión fue suficientes, pertinente y conducente y debidamente trasladado a las partes para su contradicción, y sirvió para tener una fundamentación clara sobre la cuál fue la situación de la obra frente a este punto. En vista de lo anterior no hay motivo para reconsiderar la decisión adoptada en el acto impetrado por supuestamente haberse basado la entidad en un solo indicio, como sugiere la apoderada del contratista en su alegato”.

6.25.3. Sobre la indebida tasación de la cláusula penal pecuniaria -argumento que ICM planteó en el incidente de nulidad del 9 de diciembre de 2014-, en el acto administrativo se indicó que ello no se presentó ni tampoco se le desconoció el derecho de defensa a ICM, porque en la Resolución No. 26617 del 13 de mayo de 2015 se tasó la sanción atendiendo a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento, valor que perfectamente pudo haber sido objetado con posterioridad a la expedición de la resolución referida, a lo que añadió que en la Ley 1474 de 2011 ni en el contrato no se desprendía la obligación para el IDU de dar a conocer a la contratista el valor preciso de los perjuicios desde el inicio de la actuación administrativa. Se dijo, finalmente, lo siguiente:

“(…) acorde con lo esbozado tanto en la presente resolución como en las demás actuaciones surtidas durante el procedimiento en cuestión, la entidad ratifica que la imposición de la sanción resuelta en la resolución recurrida no obedeció a criterios caprichosos ni arbitrarios de la entidad. Por el contrario, la entidad realizando el análisis frente a los incumplimientos inicialmente imputados al contratista y los finalmente decretados, observó los principios legales de proporcionalidad, razonabilidad y gravedad del incumplimiento y determinó el monto de la sanción a imponer, el cual oscila en un 2.33% de la posibilidad del hasta un 30% del valor del contrato, de acuerdo con lo pactado contractualmente”.



Pruebas adicionales

Además de los documentos que dan cuenta de los hechos probados indicados precedentemente, en el expediente reposan las siguientes pruebas adicionales:

6.26. Memorandos internos del IDU y oficios de la interventoría

6.26.1. Memorando STESV20143360561463 del 1° de septiembre de 2014, emitido por el subdirector general de infraestructura del IDU con destino a la directora técnica de gestión contractual de la misma entidad, en el que se realizó una revisión de los descargos presentados por ICM respecto de los posibles incumplimientos de unas obligaciones, así como también un análisis del concepto presentado por la interventoría mediante oficio No. 20145261381622 del 14 de agosto de 2014, concluyéndose en dicho memorando que existía incumplimiento, de una parte, por la falta de entrega de los soportes de pagos de la seguridad social, y, de otro lado, por la infracción de normas al no contar con lineamientos ambientales, señalándose también que debía hacerse efectiva la cláusula penal pecuniaria, estipulada en la cláusula décimo novena del contrato, en una suma de \$484'571.495, "*cifra que se obtiene prorratear las dos (2) obligaciones incumplidas del contrato (...) respecto del total de las obligaciones contenidas en el mismo para la etapa de ejecución de obras y que suman 43 frente al 30% del valor actual del contrato, que corresponde al valor máximo del incumplimiento*"⁶⁶.

6.26.2. Memorando STEV20143360661523 del 3 de diciembre de 2014, emitido por el subdirector general de infraestructura del IDU con destino a la directora técnica de gestión contractual de la misma entidad, dando alcance a los memorandos STESV20143360561463 del 1° de septiembre de 2014 y STESV20143360631813 del 31 de octubre de 2014, en los cuales "*se presentó posición de esta Subdirección General frente a la documentación de descargos presentados por ICM Ingenieros S.A. y la compañía aseguradora (...), dentro del procedimiento tendiente a la declaratoria de incumplimiento que desarrolla la entidad*"; en dicho documento se concluyó que existía incumplimiento por parte de ICM respecto de la infracción de normas sin contar con lineamientos ambientales y en relación con el derrame

⁶⁶ Folios 118 a 137 del cuaderno No. 11.



hidrocarburos en el sistema de alcantarillado, estableciéndose que se haría efectiva la cláusula penal pecuniaria en una suma de \$485'545.718⁶⁷.

6.26.3. Oficio No. 201452620100732 radicado el 3 de diciembre de 2014 por el director de la interventoría ante la directora técnica de construcción del IDU, en el que se le dio alcance al “oficio radicado 20145261381622. Concepto sobre los documentos de descargos presentados por ICM”, informando que la contratista presentó los soportes de pagos de la seguridad social, subsanando el incumplimiento imputado en ese sentido⁶⁸.

6.27. Sobre el permiso de ocupación del cauce del Canal Córdoba

6.27.1. Acta de comité de obra No. 9 del 6 de febrero de 2012, suscrita por empleados del IDU, de ICM y de la Interventoría, en la cual quedó plasmado:

“El contratista solicita que se le aclare si es necesario presentar una solicitud de permiso para ocupación de zona verde, lo anterior teniendo en cuenta que el diseño original del puente indicaba la colocación de las vigas sin intervenir esta zona, al ser modificada la rasante de la vía necesariamente se van a intervenir los taludes empradizados. Se le indica que esta aprobación la debe dar la EAAB, por lo cual si se confirma la necesidad de presentar la solicitud se deberá iniciar el trámite correspondiente”⁶⁹

6.27.2. Oficio 831-ICM-0940-1629 del 2 de agosto de 2012, emitido por el director de la interventoría con destino a ICM, informándole que en vista de las futuras intervenciones sobre el Canal Córdoba debía implementar las medidas necesarias para la protección, al existir normas legales ambientales que se debían cumplir, “so pena de acontecer un auto sancionatorio en contra”; adicionalmente, en dicho oficio se le solicitó al contratista presentar alternativas para el manejo ambiental al momento de la intervención del Canal Córdoba, así como también se le pidió que actualizara el PIPMA en lo referente al manejo de dicho Canal durante el procedimiento de demolición, lo cual, según se consignó, fue recomendación de la gestora ambiental del IDU. Por último, se plasmó que se anexaba un oficio del IDU en el cual se determinaba que no se requería permiso de ocupación⁷⁰.

⁶⁷ Folios 109 y 110 del cuaderno No. 11.

⁶⁸ Folios 111 a 113 del cuaderno No. 11.

⁶⁹ Folios 87 a 94 del cuaderno No. 4.

⁷⁰ Folios 104 y 105 del cuaderno No. 4.



6.27.3. Oficio 2012526046062, radicado el 8 de agosto por ICM ante la interventoría en respuesta del Oficio 831-ICM-0940-1629 del 2 de agosto de 2012, poniendo de presente que la legislación ambiental aplicable ayudará a mantener la zona del Canal Córdoba en óptimas condiciones y así evitar autos sancionatorios. Además, indicó que daría cumplimiento a los procedimientos establecidos y aprobados en el PIPMA, los cuales serían ajustados por las condiciones cambiantes de las obras, aunque manifestó que no estaba de acuerdo con la solicitud de que debía presentar alternativas para el manejo y protección del Canal Córdoba, porque *“nunca se contempló ni se requirió oportunamente al contratista prever diferentes métodos constructivos que generaran diferentes alternativas a presentar (...) porque lo presentado se encuentra ajustado a lo aprobado en el PIPMA (...) y finalmente porque el pretender que se busquen nueva alternativas en este momento del contrato solo tiende a retrasar aún más el inicio de la construcción del puente vehicular sobre el Canal Córdoba”*⁷¹.

6.27.4. Acta de comité de del 21 de agosto de 2013, que solamente fue suscrita por funcionarios de ICM, en la que quedó consignado: (folios 121 y 122 C4

*“ICM Ingenieros S.A.: recuerda al IDU que no se cuenta con permiso de ocupación de cauce, el IDU manifiesta que este canal lo administra la EAAB por lo cual no se requiere, el representante legal de ICM Ingenieros S.A: indica que se acatarán las instrucciones que imparte el IDU sobre este tema dejando claro que lo importante es que a futuro no se presenten inconvenientes con estas instrucciones, la interventoría indica que esto es claro”*⁷².

Sobre esta prueba documental, hay que señalar que en la Resolución No. 43817, por medio de la cual el IDU declaró el incumplimiento de ICM y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, se indicó que no se aportó en debida forma en el procedimiento administrativo, en tanto solo se encontraba suscrita por el personal de la contratista, de ahí que haya determinado su improcedencia para pronunciarse sobre su contenido, *“al incumplir con los elementos mínimos de un acta de un comité de obra propiamente dicha, lo que significa que la desconoce dentro de la realidad probatoria”* (hecho probado 6.25.2.). Igualmente, esta Sala de Subsección advierte que la documental también obra en el expediente de la referencia en las mismas condiciones que se aportó en el procedimiento administrativo, es decir, solo firmada

⁷¹ Folios 110 y 111 del cuaderno No. 4.

⁷² Folios 121 y 122 del cuaderno No. 4.



por funcionarios de ICM y, aunque en el documento aparece la antefirma del empleado de la firma interventoría, se precisa que no está suscrita por él.

6.27.5. Acta de comité del 31 de octubre de 2013, que se levantó con ocasión de una visita realizada a la obra por parte la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en la que se trató el tema sobre el permiso de ocupación de cauce para el descargue de la red pluvial en el costado occidental del Canal Córdoba:

“La EAAB manifiesta que no puede intervenir en la demolición y adecuación de la red pluvial, es muy clara la prohibición que hay en el cauce del Canal. Se comenta que el IDU es el que debe tener el permiso otorgado por la Secretaría Distrital de Ambiente. El IDU propone que mientras se obtiene el permiso se continúe con la cámara y desfogue sin salir al Canal (...) En conclusión se tratan dos temas: primero el permiso de ocupación del cauce para el descole de la red pluvial. IDU pide a interventoría la presentación de los documentos soporte para gestionar el permiso ante la Secretaría Distrital de Ambiente. Se aclara que esta gestión se adelanta por IDU hace algo”⁷³.

6.27.6. Acta de visita del 14 de noviembre de 2013 por parte de la Secretaría Distrital de Ambiente, en la que se plasmó:

*“En el cauce se observa (...) estructura 15m más arriba (placa 15) (...) hay una intervención con 3 tubos c/u con 36’90cm interviniendo un total de 48m2. Esta intervención se hizo con el objeto de remplazar una red antigua de aguas negras. **Esta actividad se adelantó sin la respectiva solicitud de permiso de ocupación de cauce** (...) El IDU subsanará la ocurrido y solicitará el Permiso de Ocupación de Cauce. Se le indica al IDU lo siguiente: 1. Detener obras que tienen que contar con permiso de ocupación de cauce. 2. Protección de cuerpo de agua con la polisombra”⁷⁴ (se destaca).*

6.28.7. Resolución No. 00738 del 5 de marzo de 2014, por medio de la cual la directora de control ambiental de la Secretaría Distrital de Ambiente otorga permiso al IDU para ocupar el cauce del Canal Córdoba para la construcción del proyecto denominado *“continuación y terminación de la construcción de la calzada sur avenida La Sirena (Calle 153) desde la avenida Paseo de Los Libertadores (autopista norte) hasta la avista Boyacá en Bogotá”*⁷⁵.

⁷³ Folios 133 y 134 del cuaderno No. 4.

⁷⁴ Folio 130 del cuaderno No. 4

⁷⁵ Folios 169 a 185 del cuaderno No. 4.



6.28. Comunicación cruzada sobre la procedencia de la compensación de la cláusula penal pecuniaria con la retención en garantía

6.28.1. Derecho de petición radicado el 24 de junio de 2015 por la aseguradora garante del contrato ante el subdirector general de infraestructura del IDU, en el sentido de que se pronunciara sobre la compensación, en tanto en las resoluciones que declararon el incumplimiento e hicieron efectiva la cláusula penal pecuniaria se ordenó que la cláusula penal impuesta debía ser descontada de los pagos a favor de ICM Ingenieros. Adicionalmente, también solicitó a la entidad que informara si existían saldos a favor de ICM en relación con el contrato No. 032 de 2011⁷⁶.

6.28.2. Respuesta al derecho de petición, de fecha 15 de julio de 2015, en el que el subdirector general de infraestructura del IDU le señaló a la garante del contrato que en los actos administrativos se ordenó la compensación y, en cuanto a la existencia de saldos a favor de ICM, hizo alusión al literal c de la cláusula tercera del contrato de obra *-que estableció lo concerniente a la retención en garantía-*, para manifestarle lo que a continuación se transcribe:

“De acuerdo con la información suministrada por la interventoría CONSORCIO VÍAS 2009, mediante correo electrónico del día 9 de julio de 2015 a la Dirección Técnica de Construcciones, se informó a la entidad que al contratista ICM INGENIEROS le fue cancelado el 50% del valor de la retención en garantía, previa suscripción del acta de recibo final de obra en el mes de diciembre de 2014, se anota que el 50% restante del valor de la retención en la garantía será objeto de pago al contratista ICM INGENIEROS previa suscripción del acta de liquidación del contrato”.

Seguidamente, se señaló que hasta tanto no se haya surtido la liquidación del contrato no sería exigible el pago del 50% restante de la retención en garantía a favor de ICM, pues así se pactó contractualmente. A su vez, se indicó que la liquidación se encontraba en proceso, insistiéndole lo siguiente:

“Conforme al procedimiento de liquidación de contratos y convenios del IDU, Código PR-GC-105, versión 2.0., el proyecto de acta de liquidación está a cargo del interventor CONSORCIO VÍAS 2009 como obligación contractual, el cual debe ser presentado al IDU. Por otra parte, de la Dirección Técnica de Construcciones se solicitó avance del trámite de liquidación mediante oficio 20153361059171 de fecha 1 de junio de 2015 (...) La suma de dinero correspondiente al 50% de la retención en garantía, establecido en el literal c) de la cláusula tercera ‘forma de pago’ del contrato 032 de 2011 informada por la interventoría CONSORCIO VIAS 2009, no es exigible por el contratista para pago hasta no se surta la liquidación del contrato, por tanto no

⁷⁶ Folios 118 a 122 del cuaderno No. 12.



se cumple con el requisito de exigibilidad determinado en la ley civil [artículo 1715] para que proceda la compensación. En este sentido, debe aclararse que si bien existe un saldo determinado como retención en garantía, este solo será exigible por el contratista hasta que se agote el trámite de liquidación del contrato (...) y se cumpla la condición de la presentación del acto administrativo de liquidación del contrato”⁷⁷.

6.28.3. Oficio 20155260950962 del 30 de junio de 2015, elaborado por ICM con destino al subdirector general de infraestructura del IDU, solicitándole que le remita copia de la comunicación que la Subdirección General de Infraestructura envió a la Subdirección Técnica de Presupuesto y Contabilidad de la entidad, “a fin de proceder con el descuento del valor de la cláusula penal del pago pendiente por retención de garantía del contrato suscrito entre las partes”⁷⁸. Reposa, también, Oficio del 29 de julio de 2015, en el cual la directora de construcciones del IDU le informó a ICM que ya había sido remitida una copia a la subdirectora técnica de presupuesto y contabilidad del IDU⁷⁹. Igualmente, obra en el proceso Oficio 20155261072082 del 3 de agosto de 2015, en el cual ICM acusó de recibo el Oficio del 29 de julio de 2015, señalándole que, en vista de que el valor de la retención en garantía que tenía el IDU en favor de ICM ascendía al monto de \$1.737’736.236, se entendía extinguida la obligación por concepto de cláusula penal pecuniaria⁸⁰.

6.28.4. Oficio radicado por el subdirector general de infraestructura del IDU del 22 de septiembre de 2015 ante ICM, informándole, en respuesta al Oficio 20155261072082 del 3 de agosto de 2015, que no procede la extinción de la obligación, en tanto para aplicar la compensación debía cumplirse, entre otros requisitos y al tenor del artículo 1715 del Código Civil, que ambas obligaciones sean exigibles, lo cual, según le indicó, en este caso no se cumplía porque el 50% de retención en garantía, establecido en el literal c de la cláusula tercera del contrato de obra, no resultaba exigible por la contratista hasta tanto no se cumpliera con la condición pactada, que era que se surtiera la liquidación del negocio jurídico⁸¹.

6.28.5. Oficio 20155261265002 del 28 de septiembre de 2015, en el que ICM dio respuesta al IDU, en el sentido de que la devolución de la retención en garantía no estaba sujeta a ninguna condición para su exigibilidad, mucho menos a la

⁷⁷ Folios 127 a 131 del cuaderno No. 12.

⁷⁸ Folio 123 del cuaderno No. 12.

⁷⁹ Folio 136 del cuaderno No. 12.

⁸⁰ Folio 140 del cuaderno No. 12.

⁸¹ Folios 142 y 143 del cuaderno No. 12.



liquidación del contrato, señalando, por el contrario, que uno de los requisitos para la firma de la liquidación es que se haya devuelto la retención en garantía⁸².

7. Solución al caso concreto

De acuerdo con los hechos probados y las pruebas adicionales, la Sala procederá a resolver los problemas jurídicos planteados con anterioridad.

7.1. Primer problema jurídico: determinar si las Resoluciones Nos. 26617 del 14 de abril de 2015 y 43817 del 18 de junio de 2015, por medio de las cuales el IDU declaró el incumplimiento contractual de ICM e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, se encuentran viciadas de nulidad

Conviene señalar que la Sala estudiará los cargos de nulidad de violación del debido proceso *-en los tres aspectos puntuales mencionados atrás-* y de falsa motivación.

7.1.1. Examen de la vulneración o no del debido proceso

❖ Desconocimiento del derecho de contradicción por no darse traslado al contratista de unos memorandos internos y de unos oficios de la interventoría

Frente a este cargo concreto, en la sentencia de primera instancia se sostuvo que no resultaba necesario que la entidad trasladara a ICM las comunicaciones internas, porque la declaratoria de incumplimiento se basó en las pruebas practicadas en la actuación administrativa.

En contraste con lo anterior, en el recurso de apelación se indicó que al contratista no se le permitió contradecir unos medios de pruebas, como lo eran los memorandos internos Nos. 20143360631813, 20143360661523, 20143360561463 y los oficios de la interventoría Nos. 20145261381622 y 20145262010732, los cuales se constituyeron en el soporte para que el IDU declarara el incumplimiento e hiciera efectiva la cláusula pecuniaria, violándose así el debido proceso.

⁸² Folios 144 a 47 del cuaderno No. 12.



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

Con el fin de resolver este punto, la Sala advierte que en el presente caso se encuentra probado que, el 16 de julio de 2014 y mediante oficio STESV20143360656191 radicado ante ICM, el subdirector general de infraestructura del IDU le informó sobre el inicio del procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, tendiente a la declaratoria de incumplimiento, citándolo para la respectiva audiencia de descargos previa indicación de los hechos constitutivos de los supuestos incumplimientos, con señalamiento de las respectivas pruebas que los soportan, de las obligaciones y las normas presuntamente incumplidas, así como de la posible sanción a aplicar (hecho probado 6.13.).

Está acreditado que ICM, al momento de rendir descargos, presentó y pidió el decreto de unas pruebas (hecho probado 6.14.); unas fueron decretadas, mientras que otras no, como las testimoniales y una prueba pericial (hecho probado 6.15.); luego de que el IDU atendiera a una solicitud de nulidad presentada por ICM y que la audiencia se suspendiera por ese motivo (hechos probados 6.16., 6.17. y 6.18.), el 14 de abril de 2015, en la audiencia reanudada, el IDU profirió la Resolución No. 26617, a través de la cual se declaró el incumplimiento parcial de ICM y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, determinación que, aunque recurrida por la ahora demandante y la garante del contrato, fue confirmada por la Resolución No. 43817 del 18 de junio de 2015 (hechos probados 6.19., 6.22., 6.23., 6.24. y 6.25.).

Contextualizado lo anterior y de cara a resolver lo expuesto en el recurso de apelación, resulta del caso señalar que en la Resolución No. 26617 -*acto administrativo demandado*- se hizo mención a los memorandos 20143360631813, 20143360661523, 20143360561463. En efecto, cuando se abordó lo concerniente al incumplimiento de normas por parte de ICM sin contar con lineamientos ambientales, en la referida resolución el IDU trajo a colación el memorando No. 20143360561463 del 1° de septiembre de 2014 (hecho probado 6.23.1.); cuando se analizó el incumplimiento de normas ambientales por fuga de hidrocarburos, en el acto administrativo se aludió al memorando 20143360631813 del 31 de octubre de 2014 (hecho probado 6.23.2.); y cuando se realizó el análisis sobre la afectación de la cláusula penal pecuniaria y la respectiva tasación de la sanción, el IDU en la resolución en mención aludió a los tres memorandos (hecho probado 6.23.3.).

Se encuentra probado que, el 30 de abril de 2015, ICM formuló incidente de nulidad frente a la Resolución No. 26617, con sustento, entre otras cosas, en que aquella



se expidió acudiendo a los memorandos Nos. 20143360561463, 20123360631813 y 2014336066152, que no hacían parte del procedimiento administrativo y sobre los cuales no se corrió traslado para contradecirlos (hecho probado 6.20.); solicitud de nulidad que, según se halla acreditado, fue negada por el IDU mediante auto del 13 de mayo de 2015, con fundamento en que los memorandos en cuestión eran comunicaciones internas a través de las cuales el Área Técnica le informó al ordenador del gasto los hechos que acaecieron en torno a la ejecución del negocio jurídico, no siendo, entonces, *“material probatorio no puesto a consideración de las partes en su oportunidad, toda vez que se tratan de informes de ejecución que sirven para evidenciar el estado del mismo(...).”* (hechos probados 6.20. y 6.21.).

A partir de lo expuesto y contrario a lo alegado por la recurrente, la Sala destaca que los memorandos en cuestión, según se extrae de su contenido (pruebas adicionales 6.26.1. y 6.21.2.), no constituyeron medios de pruebas respecto de los cuales se le debía correr traslado a ICM en el procedimiento administrativo, en la medida en que, al margen de haberse hecho referencia a ellos en la Resolución No. 26617 expedida por el IDU, aquellos, como también se dijo en el auto que negó la nulidad (hecho probado 6.21.), fueron simple y llanamente comunicaciones internas entre el subdirector general de infraestructura del IDU y la directora técnica de gestión contractual de dicha entidad demandada, en el que el primero le mostró a la segunda funcionaria su visión y la revisión que realizó de los descargos y de los documentos presentados por ICM, informándole que debía declararse el incumplimiento y, por ende, hacerse efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Cabe señalar que las pruebas que sirvieron para que el IDU declarara el incumplimiento contractual de ICM e hiciera efectiva la cláusula penal pecuniaria fueron referidas desde el citatorio en el que se puso de presente a la contratista el inicio del procedimiento administrativo previsto en el 86 de la Ley 1474 de 2011, indicándosele los hechos constitutivos de los presuntos incumplimiento, junto con sus soportes probatorios, entre ellos los relativos a las actas de visitas de la secretaría Distrital de Ambiente que daban cuenta del desconocimiento y de la infracción de normas ambientales por parte de ICM (hecho probado 6.13.), aspectos estos por los que finalmente se declaró incumplido la contratista, por un lado, por el incumplimiento de normas por no contar con los lineamientos ambientales (hechos probados 6.23.1. y 6.25.1.), y, por otra parte, por el incumplimiento de normas ambientales por el derrame de hidrocarburos de la motobomba (hechos probados



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

6.23.2. y 6.25.2.), previas consideraciones de las obligaciones ambientales que adquirió ICM al suscribir el contrato de obra, incluso desde la etapa precontractual.

Todo lo anterior da cuenta de que, si bien en la Resolución No. 26617 se trajo a colación el contenido de los memorandos Nos. 20143360561463, 20123360631813 y 2014336066152, lo cierto es que esos documentos, que fueron simplemente comunicaciones internas entre funcionarios del IDU, **no constituyeron pruebas del incumplimiento endilgado a ICM -más bien, en aquellos memorandos, luego de analizados los descargos, el funcionario le dice al otro que debe declararse el incumplimiento-**, de ahí que carezca de fundamento el argumento de la parte recurrente consistente en que se violó el debido proceso porque no se le permitió ejercer su derecho de contradicción frente a esos memorandos internos, garantía constitucional y fundamental que, en contravía de lo dicho por la parte actora, sí se respetó durante toda la actuación administrativa, toda vez que ICM, desde el citatorio a la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, **tuvo conocimiento no solamente de los supuestos incumplimientos endilgados y las normas y obligaciones infringidas sino también de las pruebas que los soportaban**, elementos a partir de los cuales la contratista tuvo la oportunidad de contradecir y debatir en el procedimiento administrativo y, en efecto, así lo hizo cuando presentó descargos y allegó pruebas, sin que sus argumentos lograran desvirtuar los incumplimientos que se le habían atribuido, de ahí que el IDU haya proferido la Resolución No. 26617, que fue confirmada por la Resolución No. 43817.

En conclusión, **no es cierto que el IDU haya desconocido el debido proceso al no dar traslado al contratista de los memorandos** Nos. 20143360561463, 20123360631813 y 2014336066152, porque aquellos no eran pruebas acreditativas del incumplimiento endilgado a ICM *-pues las pruebas que demostraban el incumplimiento fueron puestas en conocimiento desde el inicio del procedimiento administrativo-*, sino simplemente comunicaciones internas de la entidad, en los que, por demás, se le dio alcance a los descargos de la contratista.

Por otra parte, en el recurso de apelación se señaló que en los memorandos internos se aludió a unos informes que contenían el concepto de la firma interventora sobre los incumplimientos endilgados al contratista, los cuales, según dijo la parte recurrente, no pudieron ser objeto de contradicción por parte de ICM en tanto no se les dio el traslado respectivo en el procedimiento administrativo



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

Frente a este punto, ha de señalarse que es cierto que en el memorando interno 20143360561463 del 1° de septiembre de 2014, emitido por el subdirector general de infraestructura del IDU con destino a la directora técnica de gestión contractual de la misma entidad, se hizo mención al oficio No. 20145261381622 del 14 de agosto de 2014, contentivo de un concepto de la firma interventoría (prueba adicional 6.26.1.). A esto debe agregársele que el referido concepto no es más que un pronunciamiento de la interventora sobre los descargos presentados por la contratista, tal como se extrae del memorando referido, así (transcripción literal):

“En dicha audiencia, la empresa ICM Ingenieros S.A. presentó los descargos radicados en la entidad bajo el número 20145261199892 el 23 de julio de 2014, los que fueron objeto de estudio y concepto por parte de la firma interventora CONSORCIO VÍAS 2009 mediante oficio radicado en el instituto bajo el consecutivo 20145261381622 el 14 de agosto de 2014. Tanto la información entregada por el contratista como por la firma interventora a continuación se analiza (...)”⁸³.

En relación con el oficio de la interventoría No. 20145261381622 -que, valga advertir, no obra en el expediente de la referencia- sucede algo similar a lo expuesto en precedencia, en el sentido de que simplemente constituyó un pronunciamiento interno sobre los descargos presentados por la contratista, mas no una prueba acreditativa o demostrativa de los incumplimientos endilgados a ICM de la cual debió correrse traslado en el procedimiento administrativo. Ahora, frente al oficio No. 201452620100732 -al cual también se aludió en la alzada-, también de la interventoría y radicado el 3 de diciembre de 2014 ante la directora técnica de construcción del IDU, la Sala destaca que aquel tampoco constituía un medio probatorio a partir del cual se demostraba el incumplimiento de ICM, sino que, simplemente, constituía un documento en el que se le dio alcance al ya mencionado oficio de la interventoría No. 20145261381622 (prueba adicional 6.26.23.).

En ese contexto, mal hace la parte recurrente al señalar que se le desconoció el derecho de contradicción al no habersele permitido controvertir esos documentos, pues los referidos informes de la interventoría -materializados en los oficios Nos. 20145261381622 y 201452620100732-, lejos de constituir medios de prueba respecto de los cuales debía correrse traslado a ICM en el procedimiento administrativo adelantado en su contra, eran simples pronunciamientos de la firma interventora dirigidos al IDU sobre los descargos presentados por la contratista.

⁸³ Folio 118 del cuaderno No. 11.



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

Por todo lo expuesto, la Sala concluye que el cargo de nulidad analizado, sobre el cual se insistió en la apelación, **no tiene vocación de prosperidad, dado que no se advierte el desconocimiento del debido proceso.**

❖ **Indebida tasación de la cláusula penal pecuniaria al no haberse hecho oponible previamente a ICM el análisis de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento**

El Tribunal de primera instancia descartó este cargo de nulidad, al considerar que carecía de fundamento en **tanto el legislador no previó que la tasación de la pena debía ser presentada previamente a la contratista,** añadiendo que en la citación a la audiencia de descargos el IDU le advirtió a ICM que, en caso de encontrarse incumplido el contrato, se haría efectiva la cláusula penal pecuniaria. Además, expuso que, en todo caso, **la parte actora no demostró que la tasación del perjuicio haya sido desproporcionada en relación con el incumplimiento demostrado,** dado que el valor de la cláusula penal ascendía a \$3.639'939.615, mientras que el perjuicio se tasó en \$485'545.718, equivalente al 13% de dicha cláusula.

Inconforme con lo anterior, la parte recurrente insistió en que al IDU no le era posible tasar la cláusula penal pecuniaria sin previamente presentarle a ICM el análisis de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento. Indicó, adicionalmente, que en la Resolución No. 26617 de 2015, al tasar la sanción, el IDU se remitió a los memorandos 20143360561463, 20143360661523 y 20123360631813, señalando que en aquellos se habían aplicado los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y gravedad, documentos frente a los cuales, según dijo la recurrente, no se les corrió traslado al contratista, lo que imposibilitó que pudiera contradecir la tasación en la suma de \$485'545.718, a lo cual agregó, en todo caso, que dicha tasación sí fue desproporcionada.

Con el propósito de estudiar este cargo de la apelación, la Sala parte por señalar que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, las entidades que se rigen por la Ley 80 de 1993 pueden declarar el incumplimiento, **“cuantificando los perjuicios del mismo”**, imponer multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.



Cabe señalar que la expresión resaltada en negrilla fue declarada exequible por la Corte Constitucional, bajo los siguientes razonamientos:

*“En el análisis de este cargo se estudió el derecho a un debido proceso, para destacar su aplicación en las actuaciones judiciales y administrativas, con las particularidades de cada una de ellas conforme a su finalidad; el principio de buena fe, para precisar su sentido y señalar que la presunción de buena fe admite prueba en contrario y que en algunos casos excepcionales es posible presumir la mala fe; y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, para poner de presente la función instrumental que tienen éstas respecto de aquél. A partir de estos parámetros, se descendió al caso concreto (i) **para advertir que la cuantificación de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato estatal debe hacerse por medio de una resolución motivada de la entidad estatal**, luego haberse seguido un procedimiento administrativo, al cual el contratista y su garante son citados, pueden intervenir y tienen la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que se presenten en su contra; (ii) para indicar que ni la existencia de los perjuicios ni su cuantía se presumen, sino que resultan del ejercicio probatorio, que brinda los elementos empíricos necesarios para desvirtuar la presunción de buena fe; (iii) para constatar que, al fundarse en pruebas, la cuantificación de los perjuicios obedece a la realidad de la ejecución del contrato y, en modo alguno, comporta la prevalencia de las formas sobre el derecho sustancial; y (iv) para destacar que el procedimiento administrativo en su trámite y, en especial, en cuanto atañe a la práctica, controversia y valoración de las pruebas, no desconoce el derecho a un debido proceso”⁸⁴ (se destaca).*

Siguiendo las prescripciones de la norma referida y bajo el derrotero fijado por la Corte Constitucional, resulta claro **que la cuantificación o tasación del perjuicio al advertirse el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista debe hacerse en el mismo acto administrativo que declare tal situación, previo agotamiento del procedimiento administrativo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.**

En el proceso se encuentra probado que en la cláusula décimo novena del contrato de obra No. 032 de 2011 se pactó que, en caso de declaratoria de caducidad y/o incumplimiento parcial o total del contrato, el contratista debía pagar al IDU, a título de pena pecuniaria, una suma equivalente hasta el treinta por ciento (30%) del valor total del contrato, estipulándose, además, que **“la tasación de la cláusula penal atenderá criterios de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento”** (hecho probado 6.10.). Igualmente, se halla acreditado que, mediante oficio STESV20143360656191 del 16 de julio de 2014, el subdirector general de infraestructura del IDU le informó a ICM sobre el inicio del procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, tendiente a la declaratoria de incumplimiento, citándolo para la respectiva audiencia de descargos previa

⁸⁴ C-499 de 2015.



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

indicación de los hechos constitutivos de los supuestos incumplimientos, con señalamiento de las respectivas pruebas que los soportan, de las obligaciones y las normas presuntamente incumplidas, así como de la **posible sanción a aplicar**, refiriéndose que, en caso de comprobarse el incumplimiento, **se haría efectiva la cláusula penal pecuniaria estipulada en el contrato** (hecho probado 6.13.).

Surtido el respectivo procedimiento administrativo (hechos probados 6.13. a 6.19.), el 14 de abril de 2015 el IDU profirió la Resolución No. 26617, en la que se declaró el incumplimiento de ICM en relación con el contrato de obra No. 032 de 2011 e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria (hecho probado 6.23.). En dicho acto administrativo, luego de señalarse que ICM incumplió normas por no contar con lineamientos ambientales (hecho probado 6.23.1.) y por la fuga de hidrocarburos de la motobomba (hecho probado 6.23.2.), se realizaron consideraciones acerca de la **afectación de la cláusula penal pecuniaria y su respectiva tasación**, indicándose que debía cuantificarse atendiendo a los criterios de proporcionalidad, **razonabilidad y oportunidad**, con fundamento en lo estipulado en la cláusula décimo novena del contrato y siguiendo los memorandos internos 20143360561463, 20143360631813 y 20143360661523, así (hecho probado 6.23.3.):

“Para efectos de determinar el monto de la cláusula penal a imponer en razón del incumplimiento de la firma ICM Ingenieros S.A. evidenciado en la ejecución del contrato IDU 032 de 2011, es necesario ceñirse a lo dispuesto en la cláusula 19 del contrato en la cual se determina cuantificación de la misma, atendiendo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Teniendo en cuenta que el contrato 032 de 2011 no establece ponderación o relación porcentual entre cada una de sus obligaciones y de acuerdo al criterio de proporcionalidad nombrado en la cláusula 19 Cláusula Penal Pecuniaria, esta se tasaré proporcionalmente como la supervisión del contrato determinó mediante memorando STESV20143360661523, en tal sentido se transcribe la ilustración referida:

‘En conclusión esta Área Técnica considera que existe incumplimiento en los puntos 2 [incumplimiento de normas por no contar con lineamientos ambientales] y 3 [incumplimiento de la normativa ambiental por derrame de hidrocarburos] por parte de la empresa ICM INGENIEROS S.A. y como consecuencia de ello se hará efectivo lo establecido en la cláusula 19 PENAL PECUNIARIA del contrato 032 de 2011, que estipula: La tasación de la cláusula penal atenderá criterios de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento.

La imposición de esta pena se determina en la suma de cuatrocientos ochenta y cinco millones quinientos cuarenta y cinco mil setecientos dieciocho pesos (\$485'545.718) moneda corriente, como se muestra en el anexo 2 del presente oficio”.

Está probado que en la Resolución No. 43817 del 18 de junio de 2015 se confirmó lo decidido en el acto administrativo anterior (hecho probado 6.25.). Ha de advertirse



que, aunque lo atinente a la afectación no fue cuestionado por ICM cuando presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 26617, en la Resolución 43817 el IDU abordó este aspecto, a partir de un argumento que se planteó en el incidente de nulidad del 9 de diciembre de 2014 (hecho probado 6.16.), señalando que no se tasó de manera indebida la cláusula penal pecuniaria ni tampoco se le desconoció el derecho de defensa a ICM, porque en la Resolución No. 26617 se **tasó la sanción atendiendo a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento, valor que, según se indicó en el acto administrativo, perfectamente pudo haber sido objetado con posterioridad a la expedición de la Resolución No. 26617, añadiéndose que en la Ley 1474 de 2011 ni en el contrato se desprendía la obligación para el IDU de dar a conocer a la contratista el valor preciso de los perjuicios desde el inicio de la actuación administrativa (hecho probado 6.25.3.).**

A la vista de todo lo anterior, la Sala advierte que no hubo una vulneración del debido proceso, porque, previo surtimiento del procedimiento administrativo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el IDU tasó la cláusula penal pecuniaria con la Resolución No. 26617, a través de la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato No. 32 de 2011. Según lo dispuesto en dicha norma, la cuantificación de los perjuicios se hace en el mismo acto administrativo -no antes- en el que se declara el incumplimiento del contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria. A su vez, en el negocio jurídico objeto de estudio no se observa que se hubiese pactado la obligación de que a ICM debía dársele a conocer, antes de la expedición de la respectiva resolución, la estimación de los perjuicios a imponer con el análisis de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad del incumplimiento.

Entonces, al no existir obligación legal ni tampoco contractual de poner en conocimiento de ICM la tasación o cuantificación de los perjuicios con anticipación a la expedición del acto administrativo que declaró el incumplimiento e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, no es posible predicar una tasación indebida de la cláusula penal pecuniaria ni una vulneración al proceso; por el contrario, el IDU, siguiendo las prescripciones del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, **cuantificó los perjuicios en la misma resolución por medio de la cual declaró el incumplimiento.**

Es cierto que en la Resolución No. 26617, al momento de determinar el monto de la cláusula a imponer, el IDU no solamente se ciñó a lo dispuesto en la cláusula diecinueve del contrato No. 032 de 2011 *-hasta el 30% del valor total del negocio*



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

jurídico-, señalando que aquel no establecía la ponderación o relación porcentual entre cada una de sus obligaciones, sino que también acudió a los memorandos internos del IDU, en especial al de radicado 20143360661523, en el cual se consignó que la imposición de la pena se determinaba en la suma de \$485'545.718, como se desprende del mencionado acto administrativo (hecho probado 6.23.23.). Igualmente, debe señalarse que en el memorando 20143360561463 se expuso una argumentación razonada por la suma a imponer como sanción, estableciéndose en la suma de 484'571495, "*cifra que se obtiene prorratear las dos (2) obligaciones incumplidas del contrato (...) respecto del total de las obligaciones contenidas en el mismo para la etapa de ejecución de obras y que suman 43 frente al 30% del valor actual del contrato, que corresponde al valor máximo del incumplimiento*" (prueba adicional 6.26.1.).

Según la parte recurrente, el desconocimiento del debido proceso se evidencia porque a ICM, durante el procedimiento administrativo adelantado en su contra, no se le corrió traslado de los memorandos internos del IDU, en los cuales se estimó la suma de la sanción que debía imponerse como consecuencia de los incumplimientos advertidos; no obstante, como ya se dijo, no puede predicarse una vulneración del debido proceso al no haberse dado a conocer a ICM el memorando en el que se determinó la suma a imponer como sanción, al no **existir obligación legal ni contractual de poner su conocimiento la cuantificación de los perjuicios con anticipación a la expedición del acto administrativo que declaró el incumplimiento.**

Conviene señalar, en todo caso, que para tasar la cláusula penal pecuniaria en la Resolución No. 26617 no solamente se aludió a los memorandos internos, sino también al contrato de obra objeto de estudio, en concreto a la cláusula décimo novena, parámetro este que fue respetado por el IDU, porque dicha entidad fijó el valor de la sanción en la suma de \$485'545.718, cuando el valor máximo a imponer por ese concepto ascendía al monto de \$3.639'939.615 *-30% del valor total del contrato-*, no siendo entonces una suma desproporcionada ni irrazonable, cuando el valor total del contrato ascendía a \$12.133'132.050, de ahí que, valga insistir, la Subsección estime razonable la suma impuesta como sanción, ya que se trató de un incumplimiento parcial en punto a unas obligaciones de carácter ambiental.

Cabe destacar, igualmente, que el hecho de que la suma estimada vino a conocerla ICM con la expedición de la Resolución No. 26617 de 2015 *-y no antes con el*



memorando interno- no supone la vulneración del debido proceso ni del derecho de defensa porque, de todas maneras, la contratista contaba con la oportunidad, por la vía de la reposición, de cuestionar ese aspecto de la tasación de la pena, aduciendo argumentos de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad.

Ahora bien, aunque en el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia la parte actora afirmó que la tasación de la cláusula penal pecuniaria fue desproporcionada, lo cierto es que ello solo fue una aseveración sin sustento probatorio, pues, como ya se vio, lo que se evidenció fue que la suma que se impuso respetó los parámetros fijados en la cláusula décimo novena del contrato de obra, sin que pueda señalarse que haya sido irrazonable o desproporcionada.

Luego de advertido todo lo anterior, que resulta suficiente para descartar el cargo de la apelación, no está de más señalar que el IDU, con la Resolución No. 26617 de 2015, cumplió con la respectiva carga argumentativa de razonabilidad, proporcionalidad y gravedad para cuantificar la sanción frente a los incumplimientos parciales evidenciados, pues para ello hizo alusión no solo al contrato sino también a los memorandos internos, además porque, con la Resolución No. 43817 de 2015, la entidad enfatizó en que la imposición de la sanción no fue caprichosa ni irrazonable, en tanto se realizó un análisis frente a los incumplimientos inicialmente imputados al contratista y los finalmente decretados, observándose *“los principios legales de proporcionalidad razonabilidad y gravedad del incumplimiento y determinando el monto de la sanción a imponer, el cual oscila en un 2.33% de la posibilidad de hasta un 30% del valor del contrato, de acuerdo con lo pactado contractualmente”*⁸⁵.

Por lo expuesto, la Sala concluye que no se demostró que la tasación de la cláusula penal pecuniaria fuera indebida, ni tampoco que se haya vulnerado el debido proceso al cuantificarse con la expedición de la Resolución No. 26617.

⁸⁵ Hecho probado 6.25.3.



❖ Vulneración del debido proceso porque las documentales tenidas en cuenta por el IDU no eran suficientes ni idóneas para acreditar el incumplimiento alusivo al derramamiento de hidrocarburos

El Tribunal *a quo* descartó el referido cargo de nulidad, al considerar que la declaratoria de incumplimiento por el derrame hidrocarburos se fundó en una prueba técnica, a lo cual añadió que, si ICM evidenció que los informes que sustentaron el incumplimiento adolecían de falencias técnicas, le asistía la carga de demostrar, desde el punto de vista técnico, que no existía incumplimiento, lo que no acreditó la contratista en sede administrativa ni tampoco judicial.

Según la parte recurrente, el Tribunal erró al señalar que las pruebas puestas de presente en el procedimiento administrativo que fundamentaron el supuesto derramamiento de hidrocarburos no eran idóneas ni suficientes para acreditar tal situación. Agregó que, independientemente de si las aludidas pruebas tenían el carácter o no de prueba técnica, sus conclusiones se extrajeron de unas inspecciones visuales, las cuales no son concluyente *“frente al hecho de que los hidrocarburos provenientes de la maquinaria hayan caído al alcantarillado”*. Además, indicó que en los términos de la Resolución 3957 de 2009 la prueba idónea y conducente para determinar el cumplimiento de las normas distritales sobre vertimientos era la *“caracterización”*, que es la debía realizarse a efectos de comprobar si se estaban cumpliendo o no con la normativa ambiental.

A partir de lo anterior y para determinar si hubo una vulneración al debido proceso por una indebida valoración de las pruebas que llevó al IDU a sostener, en los actos administrativos demandados, que ICM incumplió normas ambientales por fuga o derrame de hidrocarburos generados por motobombas, la Sala considera oportuno examinar, además del contenido de las resoluciones demandadas, el oficio citatorio para la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y los descargos.

Se encuentra probado que, mediante oficio STESV20143360656191 radicado ante ICM el 16 de julio de 2014, el IDU le informó al representante legal de la contratista sobre el inicio del procedimiento administrativo tendiente a la declaratoria de incumplimiento y lo citó para la respectiva audiencia de descargos que se realizaría el 24 de julio de 2014; oficio en el que se le puso de presente a ICM los hechos



constitutivos del presunto incumplimiento, junto con las pruebas que lo sustentan, y, en lo que concierne a la infracción de normas ambientales por derrame hidrocarburos de las motobombas, el IDU señaló que ello se evidenció de una visita realizada por la Secretaría Distrital de Ambiente el 14 de noviembre de 2013, de un informe también presentado por dicha dependencia y de un comité de seguimiento del 12 de mayo de 2014, en este último en el cual se observó el derrame de hidrocarburos sobre el pozo de inspección de alcantarillado⁸⁶ (hecho probado 6.13.).

Está acreditado que en los descargos de ICM, al igual como ahora se plantea en el recurso de apelación objeto de estudio, se alegó que las pruebas documentales indicadas por el IDU no eran conducentes ni idóneas para acreditar el derrame de hidrocarburos en el alcantarillado, pues la prueba idónea, en su criterio, era *“la caracterización en la red de alcantarillado público para determinar si en efecto aceites o hidrocarburos alcanzaron el alcantarillado público”*, aunado al hecho de que ICM siguió instrucciones y desarrolló actividades correctivas frente a los inconvenientes presentados con las motobombas, al punto que, cuando la Secretaría Distrital de Ambiente realizó una nueva visita *-el 16 de abril de 2014-* no hizo observación alguna sobre el manejo de motobombas y afirmó que los incumplimientos advertidos ya se habían subsanado (hecho probado 6.14.).

⁸⁶ Al respecto, en el oficio a través del cual el IDU cita a ICM a la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se pusieron de presente las siguientes pruebas que sustentaron el posible incumplimiento de la contratista por el derrame de hidrocarburos en el alcantarillado: ***“Se presenta un presunto incumplimiento de normativas ambientales por parte de ICM INGENIEROS S.A., evidenciado por la Secretaría Distrital de Ambiente – SDA en su visita a la obra mediante el oficio de la Secretaría Distrital de Ambiente 201EE172770 del 17/12/2013 radicado IDU 20135261188362 del 20 de diciembre de 2013, en la cual SDA informa que ‘se evidenció fuga de hidrocarburos de la motobomba que extrae la aguas negras sin el debido aislamiento y proyecto del suelo y del sistema de alcantarillado del sector’. Situaciones que hacen parte de las responsabilidades del contratista de obra, sin embargo **persiste el hallazgo ya que la Secretaría Distrital de Ambiente –SDA mediante radicados SDA 2013EE18066 (2013/12/13) radicado IDU 20145260014572 (2014/10/01) y radicado SDA 2014EE021243 (2014/02/08) con radicado IDU 20145260120072 (13/02/2014) requiere que se presente documentación concisa y clara de las medidas ambientales tomadas (...)** Por lo que causa raíz de las fugas de hidrocarburos generada por la operación de la motobombas no fue corregida; situación **evidenciada por la SDA en visitas realizadas a la obra el 14 de noviembre de 2013, como también el 17 de enero de 2014 como consta en el radicado IDU20145260120072 del 13 de febrero de 2014 y nuevamente evidenciada por el IDU, en comité de seguimiento S&SOMA el día 12 de mayo de 2014 y esta vez el derrame se observa sobre el pozo de inspección de alcantarillado de aguas negras (ver imagen 1).** Lo cierto es que los derrames de hidrocarburos siguen persistiendo en la motobomba puesta al servicio por parte del ejecutor de la obra (...) las actividades realizadas a este equipo han sido inocuas en la solución de la causa raíz del problema de derrames de hidrocarburos y se han concentrado en el manejo de lo derramado (...) Además persiste el presunto incumplimiento a la normatividad ambiental, el cual se debe aplicar a partir de los **hallazgos de la Secretaría Distrital de Ambiente de fecha 14 de noviembre de 2013** por la fuga de hidrocarburos de la motobomba que extrae las aguas negras sin el debido aislamiento y protección del suelo”*.**



Igualmente, está probado que, pese a los descargos de ICM, el IDU profirió la Resolución No. 26617, a través de la cual se declaró el incumplimiento de la contratista por infringir normas ambientales, dada la fuga de hidrocarburos (hechos probados 6.23. y 6.23.2.) y, aunque ese punto fue recurrido por ICM insistiendo en que las pruebas tenidas en cuenta por el IDU no eran suficientes ni idóneas para acreditar el derrame en cuestión (hecho probado 6.24.), en la Resolución No. 43817 se descartó su argumento y se confirmó la declaratoria de incumplimiento (hecho probado 6.25.), basado en que la infracción de las normas ambientales por la fuga de hidrocarburos no solamente se derivó de la visita que realizó la Secretaría Distrital de Ambiente el 14 de noviembre de 2013, del informe de dicha Secretaría sobre la visita mencionada y del informe de Comité S&SOMA del 12 de mayo de 2014, sino también en el oficio 20145260014572 del 10 de enero de 2014 *–prueba esta que, se advierte, también fue puesta de presente en el oficio citatorio a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011-* y en una fotografía del 12 de mayo de 2014, pruebas que, según el IDU, fueron determinantes para evidenciar el derrame hidrocarburos, siendo entonces todos estos medios probatorios conducentes para probar ese aspecto (hecho probado 6.25.2.)⁸⁷.

En ese contexto, una vez revisadas las pruebas que fueron puestas de presentes desde el inicio del procedimiento administrativo y que fueron valoradas por el IDU para determinar el incumplimiento de normas ambientales por el derrame de hidrocarburos generado por motobombas en el alcantarillado, la Sala advierte, contrario a lo expuesto por la parte recurrente, que los medios probatorios sí fueron conducentes, concluyentes e idóneos para demostrar el incumplimiento atribuido a ICM, máxime porque los informes presentados por la autoridad ambiental, en este

⁸⁷ Esto se dijo en la Resolución No. 43817: *“Estas dos pruebas fueron determinantes para adoptar una decisión de tal gravedad, lo que ameritó la mayor seriedad por parte de la entidad en su análisis, teniendo entonces dentro del primer medio probatorio con radicado IDU2014260014572, la siguiente expresión de la autoridad ambiental: ‘...Durante la visita técnica realizada el 14 de noviembre de 2013 evidenció fuga de hidrocarburo procedente de una motobomba; dicha sustancia se encontraba afectando directamente el suelo blando, igualmente estaba cayendo sin ningún control a la red de alcantarillado’, y lo confirmó con imágenes en las que se observa residuos de las sustancias aludidas en el suelo que inician debajo de una motobomba y entran por la boca de acceso de la cámara de inspección que hace parte del sistema de alcantarillado, mientras que la imagen anexa al acta de comité S&SOMA del 12 de mayo de 2014 corrobora esta misma situación; es decir más de cinco meses después. De tal forma, lo que se observa es que el acervo probatorio disponible para la adopción de dicha decisión fue suficientes, pertinente y conducente y debidamente trasladado a las partes para su contradicción, y sirvió para tener una fundamentación clara sobre la cuál fue la situación de la obra frente a este punto. En vista de lo anterior no hay motivo para reconsiderar la decisión adoptada en el acto impetrado por supuestamente haberse basado la entidad en un solo indicio, como sugiere la apoderada del contratista en su alegato”.*



caso la Secretaría Distrital de Ambiental, se fundaron en visitas a la obra e inspecciones visuales al terreno, lo que evidencia, sin duda alguna, una constatación directa sobre lo ocurrido, en el sentido de que los hidrocarburos finalizaron en el sector del alcantarillado, cuestión que, en todo caso, no fue desacreditada por la contratista ICM con otros elementos de pruebas.

Con lo anterior también se descarta el argumento de la parte recurrente consistente en que la prueba idónea para determinar el cumplimiento o no de las normas distritales sobre vertimientos era la “*caracterización*”, según lo dispuesto en la Resolución No. 3957 de 2009 -*Por la cual se establece la norma técnica, para el control y manejo de los vertimientos realizados a la red de alcantarillado público en el Distrito Capital*-⁸⁸. Este aserto encuentra sustento porque, según se vio, a través de la constatación directa por parte de la autoridad ambiental por medio de las visitas respectivas a la obra, que constituyó prueba idónea, se observó y se evidenció el derrame de hidrocarburos generado por motobombas en el alcantarillado, infringiéndose las normas y las obligaciones ambientales.

De todas maneras, ha de advertirse que, revisadas las disposiciones normativas de la Resolución No. 3957 de 2009⁸⁹, la Subsección advierte que la “*caracterización*”, si bien se trata de una forma de determinar las características físicas, químicas y biológicas de las aguas a partir del cual puede reportarse la carga contaminante, lo cierto es que de las normas allí contenidas no se evidencia como el único medio

⁸⁸ Expedida por la Secretaría Distrital de Ambiente.

⁸⁹ “**Artículo 4º. Definiciones.** Para la correcta interpretación y debida aplicación de la presente Resolución, se adoptan las siguientes definiciones (...) **Caracterización de las aguas residuales** Determinación de la cantidad y características físicas, químicas y biológicas de las aguas residuales (...) **Artículo 24º. Sitio de la Caracterización.** La caracterización se debe efectuar a cada uno de los vertimientos de aguas residuales que sean objeto del permiso de vertimientos. El lugar de la caracterización debe ser una caja de inspección externa, acondicionada para el aforo y recolección de muestras. En caso de que no sea viable la ubicación de la misma en la parte externa del predio el Usuario deberá justificar técnicamente otro emplazamiento. **Artículo 25º. Obtención de las muestras.** Los valores reportados de los parámetros medidos en los vertimientos de aguas residuales vertidas a la red de alcantarillado público, excepto los parámetros de grasas y aceites y sólidos sedimentables los cuales se analizaran de muestras puntuales, se obtendrán a partir de muestras compuestas. El número de muestras puntuales con las cuales se compondrá la muestra compuesta a analizar deberá ser proporcional al tiempo de descarga diaria, con intervalos máximos de una (1) hora. (...) **Artículo 26º. Análisis de muestras.** Para determinar las técnicas analíticas de cuantificación de los parámetros establecidos en la presente Resolución, así como el tipo de recipiente, preservación o volúmenes recolectados para cada parámetro, se adoptarán los lineamientos señalados por el IDEAM o quien haga sus veces. **Parágrafo:** La determinación del caudal del vertimiento se realizará conjuntamente con toma de la muestra y los análisis de laboratorio realizados a dicha muestra corresponderán a la totalidad de los parámetros solicitados por la autoridad ambiental (...) **Artículo 29º. Reporte de carga contaminante diaria.** El Usuario deberá reportar, con los resultados del muestreo, los valores de carga vertida para todos los parámetros analizados”.



técnico para evidenciar contaminación en el alcantarillado, pues el artículo 30⁹⁰ de la referida Resolución también dispuso que la Secretaría Distrital de Ambiente puede en cualquier momento, en los lugares donde se generen vertimientos⁹¹, realizar visitas de inspección a fin de caracterizar los vertimientos, e inspeccionar las obras o sistemas de tratamiento y control de los vertimientos, y en el caso concreto, hay que decirlo, la evidencia del derrame de hidrocarburos en el alcantarillado obedeció a los hallazgos advertidos por la Secretaría Distrital de Ambiente a raíz de unas visitas de inspección al sitio de las obras adelantadas por ICM, de ahí que carezca de fundamento el argumento de la recurrente, según el cual el IDU no adoptó la determinación con base en pruebas conducentes e idóneas, descartándose, en efecto, la indebida valoración probatoria planteada en la alzada.

Por último, en cuanto al planteamiento en el recurso de apelación consistente en que sin fundamento alguno el IDU, en el curso del procedimiento administrativo, negó la práctica de pruebas testimoniales técnicas que había solicitado para acreditar la inexistencia de los incumplimientos que se le atribuían, la Sala destaca que, en efecto, los testimonios del director de la interventoría y del director de la obra sí fueron negados por el IDU mediante decisión del 31 de julio de 2014, pero no es cierto que esa determinación se hubiese adoptado sin fundamento, pues su negativa se basó en que la solicitud **de esos testimonios no cumplió con los requisitos del artículo 212 del CGP, en tanto se pidieron bajo la afirmación genérica de que se iban a pronunciar sobre los hechos, sin precisar concretamente el tema objeto de prueba, además que resultaban inútiles e impertinentes** (hecho probado 6.15.).

Por todo lo expuesto, la Sala concluye que no se observa una vulneración del debido proceso, primero porque las pruebas tenidas en cuenta por el IDU sí fueron las conducentes y pertinentes para acreditar el incumplimiento de normas ambientales por el derrame de hidrocarburos en la zona de alcantarillado, y segundo por cuanto, contrario a lo expuesto en el recurso de apelación, la negativa de pruebas

⁹⁰ **Artículo 30º. Visitas de inspección.** Los establecimientos donde se generen vertimientos podrán ser visitados en cualquier momento por la Secretaría Distrital de Ambiente – SDA, a fin de caracterizar los vertimientos, e inspeccionar las obras o sistemas de tratamiento y control de los vertimientos, pudiendo para el ejercicio de las mismas contar con la colaboración y auxilio de funcionarios y demás autoridades del distrito capital para el buen desempeño de sus funciones. **Parágrafo:** La inspección y/o caracterización se realizará sin previo aviso y en el momento que lo determine la Secretaría Distrital de Ambiente – SDA”.

⁹¹ Vertimiento, según el artículo 4 de la Resolución No. 3957 de 2009, es “cualquier descarga líquida hecha a un cuerpo de agua o a un alcantarillado”.



testimoniales en el curso del procedimiento administrativo no presentó irregularidades, al punto que de esa determinación fue sustentada razonablemente.

7.1.2. Estudio de la causal de nulidad por falsa motivación

En la demanda se alegó que los actos administrativos incurrieron en falsa motivación, porque el IDU declaró que ICM incumplió normas al iniciar obras sin contar con los lineamientos ambientales, cuando la obligación de gestionar trámites y permisos ambientales le correspondía a la entidad y no a la contratista. A su vez, la demandante indicó que el IDU omitió que ICM presentó diversas comunicaciones ante la entidad preguntándole sobre cuáles eran los posibles requerimientos y permisos para adelantar y ejecutar el proyecto, a lo cual el IDU le respondió que no se requería ningún tipo de permiso ambiental, de ahí que se indujo en error a ICM y, por ende, en virtud de la confianza legítima y del principio de la buena fe, no era posible declarar el incumplimiento del contrato de obra 032 de 2011 con fundamento en que ICM adelantó las obras sin haber gestionado los permisos ambientales.

Para el Tribunal de primera instancia, las resoluciones demandadas no incurrieron en falsa motivación, por cuanto del contrato se extraía que ICM debía atender los parámetros ambientales, revisar los diseños entregados por el IDU y demás documentos necesarios para la ejecución de las obras, como la Guía de Manejo Ambiental para Proyectos de Infraestructura Urbana de Bogotá, obligándose a preservar conservar el ambiente con la adopción de medidas para la prevención de riesgos y la contaminación ambiental, lo cual, en efecto, no dependía de ninguna decisión administrativa por parte del IDU, de modo que, arguyó el *a quo*, “*mal puede el demandante sostener que la ausencia de lineamientos ambientales obedeció a la conducta de la entidad, por cuanto el propio contratista se obligó a cumplir la normatividad ambiental correspondiente*”. Seguidamente, sostuvo que la contratista no podía relevarse de sus obligaciones ambientales por el simple hecho de haber presentado unas solicitudes ante el IDU y, si ICM tenía dudas sobre el trámite de las licencias o permisos ambientales, debió plantear su inquietud a la autoridad ambiental, lo cual implicaba realizar todo el procedimiento pertinente.

En contraste con lo anterior, en el recurso de apelación se insistió en la falsa motivación, poniendo de presente que las dudas técnicas que sugieran en relación con la ejecución del contrato no las debía tramitar ICM ante la autoridad ambiental,



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

sino que, de acuerdo con cláusula décimo quinta del negocio jurídico, las dudas debían ser resueltas por la interventoría y por el IDU en los comités de obra semanales, de ahí que, con base en esa cláusula, la contratista le consultó a la aquí demandada si debía contar con permisos para iniciar la obra y esta última le informó que no se requerían autorizaciones por parte de la Secretaría Distrital de Ambiente, lo cual, según la recurrente, quedó acreditado con el acta de comité de obra No. 9 del 6 de febrero de 2012 y con el acta de comité del 21 de agosto de 2013, lo que generó confianza en ICM y, por tal razón, mal hizo el IDU al declarar el incumplimiento de la contratista por infracción de normas al no contar con los lineamientos ambientales, cuando fue la misma entidad la que le dijo que no se requerían permisos, contraviniendo así el principio de buena fe.

Contextualizado lo anterior y de cara a resolver este punto concreto del recurso de apelación, resulta oportuno señalar que **la motivación es un elemento del acto administrativo** que, por regla general, le impone a la Administración la carga de exponer los fundamentos de hecho y de derecho que soportan su decisión. Por tanto, si estos no corresponden con la realidad, bien sea porque no existen o por un error en los mismos, se configura el vicio de falsa motivación⁹². De este modo, tratándose de la declaratoria de incumplimiento contractual, como en este caso, si los fundamentos de hecho y de derecho que aduce la entidad para su declaratoria no se acompasan con aquellos que dan lugar a la aplicación de esta figura o no se encuentran acordes con la realidad fáctica y probatoria, el acto demandado estaría viciado y, por ende, procedería su declaratoria de nulidad.

En lo que aquí concierne, de conformidad con el material probatorio que reposa en el expediente, se encuentra acreditado que el IDU citó a ICM a la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, tendiente a la declaratoria de incumplimiento, manifestándole que presuntamente infringió normas al adelantar obras para los descoles en una Zona de Manejo y Preservación Ambiental, como lo era el Canal Córdoba, sin contar con los lineamientos o los permisos ambientales (hecho probado 6.13.), aspecto frente al cual se opuso ICM en sus descargos, al indicar que desde el inicio del proyecto le advirtió sobre la necesidad de que el IDU tramitara los permisos de ocupación, pero la entidad consideró que no era necesario contar con permisos, de ahí que ICM haya iniciado la obra sin ellos, aunado al hecho

⁹² Cfr. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 5 de julio de 2018. Rad.: 0685-2010.



de la que solicitud y la obtención de permisos para la ocupación del cauce no era una obligación de la contratista sino del IDU (hecho probado 6.14.).

Se encuentra demostrado que, previo surtimiento del procedimiento administrativo y valorados los descargos de ICM, así como las pruebas presentadas, el IDU profirió la Resolución No. 26617, por medio de la cual se declaró el incumplimiento y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, entre otras razones porque la contratista infringió normas por no contar los lineamientos ambientales, es decir, por iniciar las obras sobre la Canal Córdoba sin contar con los permisos respectivos (hechos probados 6.23. y 6.23.1.). Se tiene que, aunque dicha determinación fue recurrida por ICM, al considerar que el IDU la indujo en error porque tal entidad fue la que le indicó que no se requerían permisos y que no era obligación de la contratista la obtención de esos permisos ambientales (hecho probado 6.24.), mediante Resolución No. 43817 el IDU descartó lo argumentado en el recurso y confirmó la declaratoria de incumplimiento contractual (hechos probados 6.25. y 6.25.1.).

Entre las razones para la declaratoria de incumplimiento por la infracción de normas sin contar con los lineamientos ambientales, en la Resolución No. 26617 se sostuvo que a ICM le correspondía conocer y prever los permisos que se requerían para el inicio de la obra, dadas las obligaciones adquiridas con la suscripción del contrato y no solo del acuerdo de voluntades sino también de los documentos anexos, como el anexo técnico separable del pliego de condiciones y el apéndice E, comprometiéndose a brindar apoyo para la gestión de los trámites requeridos ante las autoridades ambientales competentes, dada su experticia y por contar con un residente ambiental, de ahí el incumplimiento al ejecutar "*obras sin disponer previamente del aval de la autoridad ambiental en el corredor ecológico hídrico del Canal Córdoba*" (hecho probado 6.23.1.); en la Resolución No. 43817, que confirmó el anterior acto administrativo, se consideró que en la Guía Ambiental del IDU se consignó que al contratista le asistía la responsabilidad de la consecución y organización de la información que se requiriera para la obtención de los permisos ambientales, lo cual también se desprendía del apéndice E de los pliegos de condiciones; se señaló, además, que del acta de comité No. 9 no se desprendía que el IDU le haya manifestado a ICM que no se requerían permisos, ni tampoco que dicha entidad la haya inducido en error –*frente al acta del 21 de agosto de 2013 se sostuvo que no tenía valor probatorio porque solo estaba firmada por personal de ICM-*, pues, por el contrario, la firma interventora del contrato de obra previno a la



contratista ICM de la existencia de normas legales ambientales y que era su obligación cumplirlas, aunado al hecho de que, ante las dudas de si se requerían permisos ambientales, la contratista decidió iniciar las obras en el Canal Córdoba, desconociendo el deber de precaución (hecho probado 6.24.1.).

En ese contexto probatorio la Sala advierte, al igual que el Tribunal, que los actos administrativos por medio de los cuales el IDU declaró el incumplimiento de ICM no incurrieron en falsa motivación, pues los fundamentos de hecho aducidos e indicados soportan tal decisión, como pasa a exponerse a continuación:

Es cierto que a la contratista, según al anexo técnico separable del pliego de condiciones, le correspondía contar con un residente ambiental, encargado de revisar, actualizar y ajustar el componente ambiental del Programa de Implementación del Plan de Manejo Ambiental – PIPMA, de brindar apoyo para la gestión de los trámites requeridos ante las autoridades competentes y de actuar como soporte para la agilización de los trámites que se requieran ante la autoridad ambiental (hecho probado 6.2.1.). También consta, de acuerdo con el apéndice E de los pliegos de condiciones, que la contratista se comprometió a cumplir la normatividad ambiental y que, entre sus responsabilidades, le asistía contemplar los permisos requeridos por la autoridad competente y contar con la aprobación de la interventoría y con el visto bueno del IDU, diligenciando los formularios, fichas o formatos que la autoridad competente requiera, así como la información o documentación que sea necesaria para la obtención de los permisos respectivos (hecho probado 6.2.2.). A su vez, en la Guía de Manejo Ambiental para el Sector de la Construcción se consignó que el contratista debía dar cumplimiento a la legislación ambiental y, en lo que precisamente atañe a los permisos, se plasmó que el contratista sería el responsable de la consecución y organización de la información requerida para la obtención de los permisos ambientales, cuyo trámite le podía corresponder al IDU o al contratista, añadiéndose que, *“en los casos que el trámite lo realice el IDU, el contratista deberá remitir el IDU junto con el PIPMA la información necesaria para la realización de la gestión”* (hecho probado 6.2.3.).

Con lo anterior queda claro que al contratista le asistían múltiples tareas en relación con la gestión y apoyo para la obtención de los permisos requeridos por las autoridades ambientales, organizando la información requerida, aun cuando el trámite le correspondiera al IDU, obligaciones que ICM conocía desde el inicio del



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)
Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

contrato de obra, incluso desde la etapa precontractual, las cuales, por ende, no podía desconocer, de ahí que, en consecuencia, resulte reprochable que ICM haya iniciado obras en el Canal Córdoba sin contar con el aval de la autoridad ambiental, como se consideró en las resoluciones demandadas en el presente asunto, o, más bien, sin tener la certeza de si se requería permiso o no, como pasa a verse.

Del acta de comité de obra No. 9 del 6 de febrero de 2012, prueba a la que aludió la parte actora en su recurso de apelación, se desprende que por parte de ICM existía la duda de si debía contar o no con permiso de ocupación de cauce para intervenir la zona, documento en el que se consignó que la aprobación la debía dar la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá –EAAB (prueba adicional 6.27.1.). Esta inquietud persistió en el tiempo, al punto que, según puede extraerse del acta del 21 de agosto de 2013, ICM sostuvo que no se contaba con permiso de ocupación de cauce, a lo que el IDU respondió que, como el Canal Córdoba lo administraba la EAAB, no se requería de permiso (prueba adicional 6.27.2.).

No obstante, en este punto resulta importante destacar que el acta del 21 de agosto de 2013, cuyo contenido trajo a colación la parte recurrente en la alzada, no tiene eficacia probatoria, en tanto solo cuenta con las firmas del personal de ICM, mas no con la de la interventoría, pues solamente aparece la antefirma sin rúbrica. Es así que en el presente caso no puede tenerse por acreditado que con ese comité quedó zanjada la duda de si se requería permiso o no para intervenir el Canal Córdoba, pues, además, no obra otro medio probatorio en el expediente de la referencia que corrobore *-siquiera-* que la firma interventora estuvo presente en ese comité.

Lo anterior permite señalar que, si bien en la cláusula décimo quinta del contrato de obra se pactó que las dudas técnicas que surgieran en el desarrollo de la obra sobre estudios, diseños, planos y especificaciones generales o particulares serían discutidas y solucionadas por la **interventoría** en los comités semanales de obra, lo cierto es que, ante la ausencia de firma de la interventora del acta de comité del 21 de agosto de 2013, no es posible desprender, en lo que a este proceso concierne, que la duda de si se requería permiso haya quedado resuelta en ese comité.

Bajo ese contexto se tiene que, sin el aval de la interventoría sobre lo discutido en el comité del 21 de agosto de 2013 y, por ende, sin tener la certeza de si se requería permiso o no para intervenir el Canal Córdoba *-pues, se insiste, no obra firma de la*



interventoría en el acta de dicho comité en el que el IDU supuestamente manifestó que no se requería permiso-, ICM inició obras en el Canal Córdoba y, con ocasión de una visita de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, se le señaló que era clara la prohibición de intervención en el cauce del Canal Córdoba para la adecuación de la red pluvial y que el IDU debía tener el permiso otorgado por la Secretaría Distrital de Ambiente, en cuya acta que se levantó quedó consignado que el IDU pidió a la interventoría la presentación de los documentos para gestionar el permiso respectivo (prueba adicional 6.27.5.). Igualmente, se encuentra probado que en una visita de la Secretaria Distrital de Ambiente *-el 14 de noviembre de 2013-* se afirmó que la actividad que realizaba ICM se hizo sin adelantar la solicitud de permiso de ocupación de cauce y, por tal razón, se ordenó al IDU detener las obras que requirieran del permiso de ocupación de cauce (prueba adicional 6.27.6.).

En ese sentido, la Sala destaca que no solo resulta reprochable que ICM haya iniciado obras sin tener certeza de si se requería el permiso de ocupación de cauce para la intervención en el Canal Córdoba *-pues dadas las obligaciones adquiridas y ante la duda que tenía debió acudir directamente a la autoridad ambiental-*, sino que también resulta cuestionable que la contratista haya continuado con los trabajos, a pesar de que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá le advirtió que se requería permiso de la Secretaría Distrital de Ambiente, al punto que, posteriormente, la misma Secretaría le ordenó al IDU detener la obra, cuestión que lleva a concluir que los actos administrativos no están falsamente motivados.

En todo caso, y al margen de lo expuesto, de aceptarse el argumento que ICM inició las obras porque el IDU le informó que no se requería permiso para la ocupación del Canal Córdoba, no puede concluirse que con las resoluciones demandadas, por medio de la cuales se declaró su incumplimiento por infringir normas ambientales, se haya desconocido el principio de la buena fe de ICM, por lo siguiente:

El principio de buena fe tiene dos dimensiones, la subjetiva y la objetiva. La buena fe subjetiva supone la creencia de un sujeto en la que apoya su actuar con referencia al ordenamiento jurídico, mientras que la buena fe objetiva *-o cualificada-* se refiere a una regla de conducta que exige un actuar leal, probo, honesto y ajustado al ordenamiento jurídico que se constituye como parámetro a la hora de evaluar el cumplimiento de las obligaciones como las que los contratos contienen. Sobre la buena fe objetiva, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado:



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

“24. Esta buena fe objetiva o cualificada, a diferencia de la subjetiva, no se presume, sino que demanda su prueba, de modo que quien aduce haberse comportado de buena fe en la ejecución de una obligación, con el fin de obtener para sí una consecuencia jurídica conveniente, debe demostrar que su conducta se constituyó en el comportamiento que el ordenamiento jurídico y el contrato (pacta sunt servanda) imponen, por lo que la apreciación del demandante de que su comportamiento fue ajustado a la buena fe, requiere de su evaluación a la luz de lo dispuesto en el contrato y la ley, así como en las disposiciones civiles y comerciales aplicables, en razón de la remisión expresa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993”⁹³.

A la vista de lo expuesto y teniendo en cuenta la pauta jurisprudencial que viene de citarse, ha de señalarse que el comportamiento de ICM no se enmarcó bajo el parámetro de conducta de la buena fe objetiva, toda vez que la contratista no podía relevarse de sus obligaciones de carácter ambiental por el simple hecho de que el IDU supuestamente le afirmó que no se requería de permiso de ocupación de cauce para intervenir el Canal Córdoba, dado que, de acuerdo con el apéndice E del pliego de condiciones y con la Guía de Manejo Ambiental para el Sector de la Construcción, ICM se comprometió a cumplir la normatividad ambiental y a la consecución y organización de la información para la obtención de los permisos, independientemente de que el trámite le correspondiera al IDU, obligaciones a partir de las cuales se desprende que desde la etapa precontractual ICM era consciente de que se iban a requerir permisos para las obras, teniendo en cuenta, además, que en su grupo contaba con un residente experto en materia ambiental -*empleado que, desde luego, ayudaría al desarrollo adecuado del manejo ambiental*-.

Así las cosas, la Sala desestima el argumento de la parte recurrente en lo que a este aspecto concierne, descartándose la causal de nulidad de falsa motivación.

7.2. Segundo problema jurídico: determinar si hubo incumplimiento del contrato de obra No. 032 de 2011 al no compensarse la cláusula penal pecuniaria con la retención en garantía (proceso 2016-2074)

En la demanda se pidió que se declarara que el IDU incumplió el literal c de la cláusula tercera del contrato, el párrafo tercero de la cláusula 18, el numeral 8 de la cláusula vigésima, así como lo dispuesto en la Resolución No. 26617 de 2015, confirmada por la Resolución No. 43817 de 2015, porque para la compensación de obligaciones no se estableció como requisito la exigibilidad de las mismas, sino que

⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 19 de febrero de 2024, Rad.:62023.



simplemente existieran saldos pendientes a favor de la contratista, los cuales ICM tenía con la retención en garantía realizada por el IDU, de ahí que, a su juicio, debió compensarse la suma impuesta por concepto de cláusula penal pecuniaria.

El Tribunal *a quo* negó las pretensiones de la demanda, basado en que no hubo incumplimiento contractual al no compensar el valor de la cláusula penal pecuniaria con la retención en garantía, porque esta última era exigible con la suscripción del acta de liquidación del contrato y el contrato no había sido liquidado.

En el recurso de apelación se sostuvo que con la decisión del *a quo* se desconocieron las reglas del contrato, pues de su clausulado se desprendía que, en caso de que el IDU estableciera la existencia de un incumplimiento que ameritara la cláusula penal pecuniaria debían hacerse los descuentos en caso de existir saldos pendientes a favor de ICM, los cuales, según se dijo en la alzada, tenía el contratista con la retención en garantía y que superaban el valor de la sanción que se le impuso.

Para resolver este punto, la Sala debe empezar por analizar el clausulado del contrato de obra No. 032 de 2011 que se estimó incumplido en la demanda objeto de estudio y sobre el cual se insistió en el recurso de apelación, contrastándolo, de una vez, con el material probatorio recaudado en el presente proceso.

El literal c de la cláusula tercera del negocio jurídico estipula (hecho probado 6.6.):

“c. Retención en garantía. Se realizará una retención en garantía del 10% sobre cada Acta de Recibo Parcial de Obra ejecutada, cuyo valor total corresponde al valor facturado. a) El 50% del valor de la retención será pagado al contratista previa suscripción del Acta de Recibo Final de Obra a Satisfacción; b) El 50% restante del valor de la retención será pagado al contratista previa suscripción del acta de liquidación de obra”⁹⁴.

De cara a analizar si se incumplió el contrato objeto de examen, ha de señalarse que, en respuesta al derecho de petición presentado por la garante del contrato sobre si existían saldos a favor de ICM que debían compensarse con el valor de la sanción impuesta por cláusula penal pecuniaria, el IDU hizo alusión a la referida cláusula contractual y afirmó, de acuerdo con la información suministrada por la interventoría, que a ICM se le pagó el 50% del valor de la retención en garantía con la suscripción del acta de recibo de obra y que el 50% restante se le pagaría con la

⁹⁴ Folio 65 del cuaderno No. 3.



firma de la liquidación del negocio jurídico (hechos probados 6.28.1. y 6.28.2.). A su vez, se encuentra acreditado que, ante la insistente comunicación de ICM hacia el IDU de que la obligación de pago de la sanción por cláusula penal se encontraba extinta por la retención en garantía, la entidad le contestó que el 50% restante de la retención en garantía se encontraba supeditado a la liquidación del contrato y que, hasta tanto no se surtiera, no resultaba exigible el saldo a favor que tenía retenido y no procedía la compensación (hechos probados 6.28.3, 6.28.5. y 6.28.5.).

En el proceso consta acta de recibo final de obra que fue suscrita el 9 de diciembre de 2014 (hecho probado 6.12.), con la cual se entregó a ICM el 50% de la retención de garantía, según se desprende de la respuesta que dio el IDU al derecho de petición presentado por la aseguradora garante del contrato (hecho probado 6.28.2.), aspecto este último que, por demás, no fue desvirtuado por la actora.

Es cierto que en la Resolución No. 26617 del 14 de abril de 2015, concretamente en su artículo tercero, se dispuso que, en firme dicho acto administrativo, el valor de la cláusula penal pecuniaria impuesta **-\$485'545.718-** debía descontarse de los pagos a favor de ICM, en virtud de la figura de compensación de deuda, lo cual fue confirmado por la Resolución No. 43817 del 18 de junio 2015 (hechos probados 6.23. y 6.25.), determinación a partir de la cual la demandante estimó que la sanción debía compensarse con la retención en garantía que tenía el IDU en favor de ICM.

Puesto en contexto lo anterior, la Sala señala que el 50% de la retención en garantía fue devuelto a ICM con el acta de recibo final de obra, es decir, antes de la expedición de las resoluciones mencionadas. Ahora, si bien en los actos administrativos demandados se ordenó que el valor de la cláusula penal pecuniaria se compensara con los pagos a favor del contratista, lo cierto es que esa compensación, con el 50% restante por retención en garantía, no podía hacerse sino hasta la liquidación del contrato de obra No. 032 de 2011, pues así se pactó contractualmente en el literal c de la cláusula tercera del negocio jurídico.

En conclusión, como el 50% restante de la retención en garantía solamente era exigible con la suscripción del acta de liquidación del contrato, el valor de la sanción impuesta por cláusula penal pecuniaria no podía compensarse sino hasta al momento en que se liquidara el acuerdo de voluntades, de ahí que no pueda atribuírsele un incumplimiento al IDU por no haber compensado el valor de la



cláusula penal con la retención en garantía, pues el negocio jurídico no fue liquidado, o al menos no hay prueba en el expediente de que se hubiere realizado, ni tampoco, hay que advertirlo, en la demanda se pidió la liquidación del contrato.

Por otra parte, en la demanda y en el recurso de apelación la parte actora señaló que, al no compensarse el valor de la cláusula penal impuesta con la retención en garantía, el IDU incumplió el párrafo tercero de la cláusula décima octava del contrato, así como el numeral 8 de la cláusula vigésima.

En la cláusula décima octava del contrato se pactó lo relativo a la imposición de multas y en su párrafo tercero se estipuló que “...en caso de proceder a la aplicación de multas, la entidad lo podrá hacer directamente y el contratista autoriza expresamente la realización del procedimiento y del descuento del valor de la multa, de los saldos del contrato por este concepto” (hecho probado 6.9.). Por su parte, en la cláusula vigésima se pactó que el IDU contaba con la facultad de declarar incumplimiento y/o aplicar la cláusula penal pecuniaria y se acordó que, en caso de no existir procedimiento legal al momento del inicio de la actuación administrativa, debía seguirse el procedimiento establecido en el contrato (hecho probado 6.11); en su numeral 8, que hacía parte del procedimiento convencional, se estipuló que en caso de que la entidad estableciera un incumplimiento que ameritara la aplicación de la cláusula penal pecuniaria haría los descuentos a que hubiere lugar, en caso de existir saldos pendiente a favor del contratista (hecho probado 6.11.1.).

De acuerdo con el clausulado del contrato en mención, la Sala destaca que no puede predicarse su incumplimiento por parte del IDU, primero porque el párrafo tercero de la cláusula décima octava se refiere a multas y en este caso lo que pretende la parte actora es la compensación de la cláusula penal pecuniaria, y segundo por cuanto el numeral 8 de la cláusula vigésima hace parte del procedimiento convencionalmente pactado tendiente a declarar el incumplimiento, en caso de que no existiera un procedimiento legal al momento de iniciar la actuación administrativa, y en este asunto quedó claro que el procedimiento administrativo que adelantó el IDU contra ICM fue bajo las prescripciones del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (hechos probados 6.13. y siguientes).

Por lo expuesto, la Sala confirma la negativa de pretensiones en relación con el proceso 2016-2074.



8. Costas

De conformidad con el artículo 188 del CPACA⁹⁵ y con la disposición especial del artículo 365-1 del CGP⁹⁶, procede la condena en costas a cargo de la parte a la que se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, siempre y cuando *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*⁹⁷.

En el presente caso se observa que el IDU presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, lo cual resulta suficiente para que, en su favor, se disponga la fijación de agencias en derecho en la liquidación de las costas⁹⁸, y a cargo de la parte actora que fue la que apeló la sentencia del *a quo*, de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.

Conviene señalar que, bajo las reglas del código en cita la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, *“siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”*⁹⁹.

⁹⁵ “Artículo 188. Condena en costas [CPACA]. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [actualmente Código General del Proceso]” [aclaración añadida].

⁹⁶ “Artículo 365. Condena en costas [CGP]. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto [...]” [aclaración añadida].

⁹⁷ El artículo 365 del CGP, en su numeral 8, establece: *Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*” [se destaca].

⁹⁸ Criterio similar se ha expuesto y reiterado en Sala Especial de Decisión No. 25, frente al recurso de revisión, en las sentencias de 6 de marzo de 2018, expediente 11001031500020150154200 y 11001031500020160218700 y sentencia de 2 de julio de 2019, expediente: 11001031500020160292900.

⁹⁹ De acuerdo con la Corte Constitucional, *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”*. Sentencia C-157/13. MP. Mauricio González Cuervo.



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

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.

Fijación de agencias en derecho en segunda instancia

El Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha en que se presentó la demanda¹⁰⁰, estableció las tarifas de agencias en derecho.

En cuanto a los criterios para la fijación de las tarifas en los asuntos contencioso administrativos, el artículo 3 del referido Acuerdo dispuso que debía tenerse en cuenta la naturaleza, la calidad y la duración útil de la gestión realizada por el apoderado, así como la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes.

En lo que a este caso interesa resulta oportuno anotar que, en los procesos con cuantía y que se adelantan ante esta jurisdicción, las agencias en derecho en **segunda instancia** deben fijarse hasta en un 5% *-límite máximo-* del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, según lo dispuso el numeral 3.1.3¹⁰¹ del artículo 6 del mencionado Acuerdo 1887 de 2003.

De acuerdo con el artículo 3 de dicho Acuerdo, se advierte que la gestión procesal del apoderado de la entidad demandada en esta instancia fue consistente y coherente con lo expuesto a lo largo del proceso, de manera que las agencias en derecho se fijan en la suma de \$4'855.457, monto que deberá ser pagado por la

¹⁰⁰ La demanda, bajo el proceso 2015-2549, se presentó el 9 de noviembre de 2015, proceso al cual se acumuló el de radicado 2016-2074, El Acuerdo 1887 de 2003 fue derogado por el Acuerdo 10554 de agosto 5 de 2016; no obstante, este último solo entró a aplicarse para los procesos judiciales iniciados a partir de su publicación.

¹⁰¹ "Artículo. 6º—Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho:

"(...).

III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

"(...)

"3.1.3. Segunda instancia.

"(...)

"Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia" (se destaca).



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02549-01 (61604)

Demandante: ICM INGENIEROS S.A.

parte actora en favor del IDU, con fundamento en la relación porcentual del 1% de las pretensiones que fueron negadas en este asunto, que suman \$485'545.718¹⁰².

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 12 de abril de 2018, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS, por la segunda instancia, a la parte demandante, ICM Ingenieros S.A.

Para el efecto, las agencias en derecho en segunda instancia se fijan en la suma de cuatro millones ochocientos cincuenta y cinco mil cuatrocientos cincuenta y siete pesos (\$4'855.457), monto que deberá pagar la parte actora, en favor del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU.

Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Magistrado

VF

¹⁰² Este fue el monto que la parte actora estimó tanto en la demanda presentada bajo el radicado 2015-2549, así como en la interpuesta bajo el radicado 2016-2074.