



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

**Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021)**

**Radicación número:** 68001-23-33-000-2013-00362-01 (50623)  
**Demandante:** INTEGRANTES DEL CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009  
**Demandado:** INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVIAS).  
**Referencia:** Controversias contractuales.

Tema 1: Declaración del siniestro. Subtema 1.1: Amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo. Subtema 1.2. Interventoría. Tema 2: Cláusula penal pecuniaria. Subtema 2.1: Proporcionalidad de la pena.

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia del 30 de enero de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se dispuso (se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores):

***“PRIMERO: DECLÁRESE*** la NULIDAD PARCIAL del artículo 4° de la Resolución 3820 del 17 de julio de 2012 y del artículo 1° de la Resolución 4353 de 13 de agosto de 2012, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento definitivo del contrato de obra No. 1307 de 2009 y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria; proferidas por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS, en lo que respecta al monto de la sanción impuesta, para lo cual deberá tomarse el 16% del valor del contrato, y no el 100% de dicho valor, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

***SEGUNDO: DENIÉGANSE*** las demás pretensiones de la demanda.

***TERCERO: No habrá lugar a condena en costas teniendo en cuenta que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda”.***

## **I. SÍNTESIS DEL CASO**

Los integrantes del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009 presentaron demanda, en ejercicio de la acción contractual, contra el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVIAS) reclamando la nulidad de la Resolución núm. 13820 del 17 de julio de 2012 y su confirmatoria, la Resolución núm. 4353 del 13 de agosto de 2012, emitidas por la citada entidad estatal, con las que declaró: (i) la ocurrencia del siniestro de incumplimiento definitivo del contrato de obra núm. 1307 del 2009; (ii) el acaecimiento del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo por la suma de \$4.038.755.699; (iii) e impuso a título de pena pecuniaria la suma de \$2.396.500.820 en contra del citado contratista por el



incumplimiento definitivo del contrato en mención. Por lo anterior, los miembros del citado consorcio solicitaron el restablecimiento de sus derechos.

## I. ANTECEDENTES

2.1. El 15 de febrero del 2013, los integrantes del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009 incoaron demanda, en ejercicio de la acción contractual, contra el INVIAS (f. 104-126, C. 3), a través de la cual solicitaron las siguientes pretensiones:

*“1. Que se declare la nulidad de la resolución No. 3820 de 17 de julio de 2012, expedida por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS, mediante la cual se declara la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo del Contrato de obra No. 1307 de 2009 en la suma de Cuatro Mil Treinta y Ocho Millones Setecientos Cincuenta y Cinco Mil Seiscientos Noventa y Nueve Pesos M/cte (\$4.038.755.699.00); se declara ocurrido el siniestro de incumplimiento definitivo del contrato de obra No. 1307 de 2009 y se impone una sanción impuesta a título de cláusula penal pecuniaria al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009 y a sus integrantes, por la suma de Dos Mil Trescientos Noventa y Seis Millones Quinientos Mil Ochocientos Veinte Pesos M/cte (2.396.500.820.00) por el incumplimiento definitivo del contrato de obra 1307 de 2009, y se ordena a mi representada el pago de los anteriores valores.*

*2. Que se declare la nulidad de la resolución No. 4353 de 13 de agosto de 2012 expedida por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS, mediante la cual se confirma en todas sus partes la resolución 3820 de 17 de julio de 2012 y se ordena a mi representada el pago de los valores indicados en ella.*

*3. Que como consecuencia de lo anterior se restablezca en su derecho a los integrantes del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009, en los porcentajes de su participación consorcial, de la siguiente manera:*

*3.1 Se ordene el reembolso de las sumas que se paguen por el CONSORCIO al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS o se compensen por esa entidad con créditos a favor del CONSORCIO, o se paguen a la compañía de seguros CONFIANZA S.A., con ocasión de la declaración de ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del **anticipo** del contrato de obra No. 1307 de 2009.*

*3.2 Reducir la sanción impuesta a título de cláusula penal pecuniaria de manera que su aplicación sea **proporcional** al incumplimiento que se pruebe del contrato de obra No. 1307 de 2009.*

*3.3 Que se ordene el reembolso de las sumas que en exceso de la suma fijada por el H. Tribunal se paguen al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS o se compensen por esa entidad con créditos a favor del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009, o se paguen a la compañía de seguros CONFIANZA S.A., con ocasión de la declaratoria de ocurrencia del siniestro de incumplimiento definitivo del contrato de obra No. 1307 de 2009 e imposición de la **cláusula penal pecuniaria**.*

*3.4 Se ordene que el reembolso de las sumas atrás mencionadas que ordene el H. Tribunal hacer en favor de los integrantes del CONSORCIO, se haga indexado a la fecha efectiva de dicho reembolso.*

*4. Que se condene a la demandada al pago de las costas del proceso y los*



*honorarios de abogado*<sup>1</sup>.

Posteriormente, los demandantes, al momento de subsanar la demanda (f. 140-141, C. 3), incluyeron la siguiente pretensión:

*“Que se declare la existencia del contrato de obra No. 1307 de 2009 suscrito entre el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009 y el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS [...], así como sus adiciones”.*

2.1. Como **fundamento fáctico** del *petitum*, los demandantes expusieron el relato que la Sala resume en los siguientes términos:

2.1.1. El INVIAS suscribió con el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009 el contrato de obra núm. 1307 del 2009 (en adelante, “Contrato 1307 de 2009”), el cual tuvo como objeto la reconstrucción, pavimentación o repavimentación de las vías incluidas en el Plan 2500, correspondiente a 7 Tramos<sup>2</sup>, situados en el departamento de Santander, por un precio inicial de \$21.647’150.951, incluido IVA, ajustes y obras complementarias; con una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2011. El citado contrato fue objeto de 3 adiciones, tanto en obras como en dinero<sup>3</sup>; de 4 prórrogas y de 3 suspensiones.

2.1.2. La interventoría del contrato en mención fue realizada por el CONSORCIO INELCO, mediante contrato N. 1160 del 2009.

2.1.3. En razón al incumplimiento del contratista, el INVIAS expidió la Resolución núm. 3820 del 17 de julio de 2012 (“Resolución 3820 de 2012”), con la que: **(i)** declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento definitivo del citado contrato; **(ii)** declaró el acaecimiento del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo por la suma de \$4.038’755.699; e **(iii)** impuso a título de cláusula penal pecuniaria, con un monto de \$2.396’500.820, por el incumplimiento definitivo del Contrato 1307 de 2009 la suma.

2.1.4. El anterior acto administrativo fue recurrido en reposición por los integrantes del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009 y por la

<sup>1</sup> Se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores.

<sup>2</sup> Estos fueron los 7 Tramos: Tramo 1 Vía Charalá La Cantera El Encino del K10 +880 al K12 +589 con una longitud de 1.709 KM; Tramo 2 Vía La Cantera El Encino del K13 + 590 al K 17 +589 con una longitud de 3.999 KM; Tramo 3 Vía Los Curos – Málaga del KM 11 +125 al K12 + 625 con una longitud de 1.5 KM; Tramo 4 De la Vía Troncal (Albania) – La Llana del K0 + 000 al K1 + 830 con una longitud de 1.83 KM; Tramo 5 Vía la Belleza – Jesús María del K 8 + 300 al K12 + 500 con una longitud de 4.2 KM; Tramo 6 Vía Troncal – Puerto Parra del K2 + 800 al K8 + 000 con una longitud de 5.20 KM; Tramo 7 Vía Oiba – Guadalupe del K 13 + 550 al K 18 + 250 con una longitud de 4.70 KM en el Departamento de Santander.

<sup>3</sup> Estos fueron los 3 adicionales del de obra N. 1307 de 2009: a) El 20 de septiembre de 2010 por la suma de \$600.000.000 MCTE.; b) el 17 de noviembre de 2010 por el valor de \$500.000.000 MCTE.; y c) el 30 de diciembre por la suma de \$1.217.857.252 MCTE. En consecuencia, el valor total del contrato fue de \$23.965.008.203 MCTE.



aseguradora CONFIANZA S.A.; y este recurso fue resuelto por el INVIAS, mediante Resolución N. 4353 del 13 de agosto de 2012 (“Resolución 4353 de 2012”), confirmando en su integridad el acto recurrido.

2.2. Los demandantes formularon la causales de nulidad, con el **concepto de violación**, que a continuación son sintetizados.

2.2.1. **Infracción las normas en que deberían fundarse**, porque, al imponer la totalidad de la pena pecuniaria pactada, correspondiente al 10% del precio total del contrato, el INVIAS desconoció que su monto debía cuantificarse, en proporción al avance de la obra, conforme a la cláusula 16ª del Contrato 1307 de 2009, así como al artículo 1596 de Código Civil (“CC”), el artículo 867 del Código de Comercio (“CCo”) y el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo (“CCA”), ya que la mayor parte de las obras contratadas habían sido ejecutada y, al corresponder a tramos de vías diferentes, la el incumplimiento en uno de los tramos objeto del contrato no repercutía sobre los demás.

2.2.2. **Violación del derecho de audiencia y defensa**, así como **falsa motivación**, porque las pruebas practicadas en el proceso administrativo no fueron tomadas en consideración, particularmente, el informe de interventoría del 1º de agosto de 2012, de acuerdo con el cual se había ejecutado el 78,2% de las obras contratadas. En consecuencia, el anticipo, correspondiente al 50% del precio, habría sido amortizado, faltando únicamente el pago de las actas, que no había sido posible por problemas del mismo INVIAS. Con ello, se le habría dado primacía a la forma sobre el fondo, en contra del artículo 228 de la Constitución y se configuraría una vía de hecho.

2.3. Inicialmente, la demanda fue radicada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual declaró la falta de competencia territorial y ordenó su remisión al Tribunal Administrativo de Santander, a través de auto del 7 de marzo de 2013 (f. 130-131, C. 3).

2.4. El Tribunal inicialmente **inadmitió** la demanda, por medio de providencia del 30 de abril de 2013 (f. 137-138, C. 3), la cual fue subsanada por los demandantes en escrito que adicionó una pretensión, como ya se mencionó (f. 140-141, C. 3). Ante ello, el Tribunal **admitió** la demanda, mediante proveído del 23 de mayo de 2013 (f. 143-144, C. 3), y fue contestada por el INVIAS, planteando las excepciones de fondo que denomino de “*legalidad de los actos administrativos demandados*” y de “*inexistencia del derecho reclamado*” (f. 172-206, C. 3).

2.5. La parte actora **radicó reforma de la demanda** (f. 210-211, C. 3), la cual fue admitida el 12 de septiembre de 2013 por el Tribunal, el cual ordenó correr su traslado al INVIAS (f. 220, C. 3).



2.6. Luego, los demandantes se pronunciaron frente a las propuestas por el INVIAS (f. 222-224 C. 3), el 24 de octubre de 2013, el Tribunal Administrativo de Santander realizó la audiencia inicial (artículo 180, CPACA), en la cual decretó las pruebas solicitadas por las partes y negó la prueba pericial, que había solicitado la parte actora en la reforma de la demanda (f. 231-235, C. 3).

2.7. El 27 de noviembre de 2013, Tribunal efectuó la **audiencia de pruebas** (artículo 181, CPACA), en la que: (i) incorporó la prueba documental decretada en la audiencia inicial y solicitada por el INVIAS; (ii) practico la prueba testimonial pedida por la demandada; y, (iii) al considerar innecesario celebrar la audiencia de alegaciones y juzgamiento, conforme al artículo 181 del CPACA, dispuso correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y para que el Ministerio Público emitiera concepto por el término común de 10 días (f. 246-254, C. 3).

2.8. Las partes presentaron escritos de **alegatos** (f. 263-276, C. 3) y el Ministerio Público emitió **concepto** (f. 255-262, C. 1).

2.9. El Tribunal profirió **sentencia del 30 de enero de 2014**, con la que resolvió el litigio en los términos transcritos al inicio de esta providencia, bajo las siguientes consideraciones:

*“Se encuentra probado mediante informe de la interventoría que el porcentaje de obra ejecutado por el contratista corresponde al 84% del objeto del contrato para la fecha en la que se pactó el cumplimiento de las obligaciones, es decir el 31 de diciembre de 2011 [...]; y será la que se aplique en la reducción de la sanción impuesta, por lo cual procede realizar la disminución de la cláusula penal, que no se hará liquidación sobre el 100% del valor del contrato, sino en un 16%, por concepto del valor sin ejecutar de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso de la referencia.*

*Por las anteriores razones, el cargo de nulidad está llamado a prosperar de forma parcial en el sentido de acogerse a la posición adoptada por el H. Consejo de Estado concerniente a conceder una rebaja en la sanción impuesta al contratante por concepto de la ejecución parcial de obras pues no puede desconocerse el avance que ha tenido el Consorcio Infraestructura Vial sobre las obras pactadas; no obstante, no se discute el hecho de que se presentó un incumplimiento el cual genera consecuencias para el INVIAS por lo cual se mantiene el hecho de imponer la sanción impuesta pero autorizando un descuento en proporción con los adelantos realizados. Agregando que para determinar el porcentaje de imposición de la multa se tomó lo ejecutado hasta la fecha pactada para la terminación del contrato, es decir el 31 de diciembre de 2011.*

*[...] considera la Sala que el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS garantizó no solo el debido proceso sino el derecho de audiencia y defensa al otorgar el trámite correcto que culminó con la declaración de ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo otorgado y la imposición de la cláusula penal pecuniaria al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009 tal y como se expone en las Resoluciones 3820 del 17 de julio de 2012 y 4353 de 13 de agosto del mismo año, pues de conformidad al material probatorio obrante en el expediente, es posible establecer que se garantizaron los derechos del demandante al citarse una vez se dio apertura a las actuaciones encaminadas*



*determinar el incumplimiento del contrato, encontrando que inclusive acatando los preceptos normativos en el presente caso fueron decretadas las pruebas solicitadas por el accionante; no obstante la entidad en consideración a las actas presentadas por el interventor del contrato y las obras ejecutadas en el mismo consideró que era evidente el incumplimiento por parte del consorcio y decretó las sanciones que consideró pertinentes.*

*En ese orden de ideas, el cargo de nulidad expuesto no está llamado a prosperar.*

*[...] si bien es cierto, la entidad pública contratante no desconoce que en el presente caso en el informe rendido por el interventor en el acta 15 en el que se indica que el anticipo fue invertido en la obra en su totalidad, también lo es que, los dineros entregados por concepto de anticipos se encontraban sujetos a lo señalado en la cláusula décima del contrato 1307 en el que se establecía que la amortización debía encontrarse realizada con un mes de anticipación a la fecha de vencimiento del contrato, pues dentro de las obligaciones para el accionante se encuentra aquella en la que se establece que se deberá dar cumplimiento a lo pactado en los términos establecidos en el documento acordado entre las partes, y no se encuentra prueba de la existencia de prórroga o adición el plazo contractual, lo que demuestra que para el momento en el cual se dio término al plazo del contrato es decir al 31 de diciembre de 2011, el valor de anticipo que había sido entregado al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009 correspondía a la suma de 10.074.089.658.50 y se encontraba amortizado la suma de \$4.038.755.699,94, lo cual permite entrever que de haberse demostrado con posterioridad al inicio del trámite de declaración de incumplimiento del contrato 1307 de 2009 por parte del consorcio, el hecho de que se hubiera allegado informe en el que se concluye que la totalidad del concepto entregado como anticipo fue amortizado, éste se realizó por fuera del término contractual pactado.*

*En consecuencia, frente al cargo de nulidad invocado, encuentra la Sala que no existe en los actos administrativos falsa motivación [...].*

## **2.10. Los recursos contra la sentencia**

2.10.1. La parte actora interpuso recurso de apelación (f. 312-318, C. 4), formulando como motivos de inconformidad los siguientes:

- a. El Tribunal desconoció que para el momento en que se expidió la Resolución 4353 del 2012, el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009 había efectuado la amortización del anticipo, equivalente a \$4.038'755.699,94, según consta en el acta de obra núm. 15 final, del 1° de agosto de 2012, lo que corrobora el testigo Jesús María Berdugo Leal. Para la fecha de expedición de la Resolución 4353 de 2012, “no existían razones probatorias validas por parte del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS para declarar el siniestro por el buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato de obra No. 1307 de 2009, toda vez que se había demostrado su total y correcta inversión en la obra contratada. Por lo tanto, la demandada no tenía razones para declarar el siniestro por el buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato de obra.
- b. El *a quo* no tuvo en cuenta que el incumplimiento de la obligación de amortizar el anticipo por parte del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL



2009 se adecuaba a la ejecución tardía y no imperfecta de la descrita obligación, pues esta se cumplió de manera extemporánea, según consta en el acta de obra núm. 15 final. Por ende, se debió invalidar el acto que declaró el acaecimiento del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, por la suma de \$4.038'755.699, toda vez que resultaba contrario al derecho fundamental al debido proceso y al principio de la primacía de lo sustancial frente a lo formal, que al contratista se le condene a pagar dos veces la misma prestación.

2.10.2. El INVIAS interpuso recurso de alzada (f. 319-322, C. 4), en fundamento del cual adujo que, al aceptar la **proporcionalidad de la cláusula penal pecuniaria**, el Tribunal:

- c. Desconfiguró la finalidad y la naturaleza indemnizatoria de la citada cláusula.
- d. Desconoció el artículo 15 del Decreto 4828 de 2008, que estaba vigente para la época de los hechos, de acuerdo con el cual la proporcionalidad en la garantía única de cumplimiento no produciría efecto alguno.
- e. Pasó por alto la voluntad de las partes, toda vez que ellas habían acordado, de manera anticipada, el monto de los perjuicios en un equivalente al 10% del precio total del contrato.

2.10.3. Durante la audiencia de conciliación, de que trata el artículo 192 del CPACA, el Tribunal Administrativo de Santander concedió los recursos de apelación interpuestos por las partes (f. 330-332, C. 4).

## 2.11. Trámite en segunda instancia

Esta Corporación admitió los recursos, en auto del 30 de abril de 2014 (f. 344, C. 4). Posteriormente, al considerar innecesario celebrar la audiencia de alegaciones y juzgamiento, conforme al artículo 247 del CPACA, ordenó el traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto, a través de providencia del 28 de mayo de 2014 (f. 347, C. 4). El demandante allegó escrito de alegatos (f. 355-360, C. 4), mientras que la demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

## III. PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Los cargos de la apelación de la parte actora atacan la declaración del siniestro por buen manejo y correcta inversión del anticipo, debido a el anticipo habría sido amortizado y no comprendía el siniestro amparado con la póliza correspondiente. Al punto, advierte la Sala que, al argüir lo segundo, la parte demandante modifica el concepto de la violación planteado en la demanda, que atacaba la declaración del siniestro que se produjo en los actos demandados, porque, al encontrarse



acreditado que el anticipo había sido amortizado, el INVIAS habría incurrido en un rigor excesivo.

Pues bien, como lo ha considerado esta Sección, son precisamente los argumentos traídos por el demandante al proceso los que determinan el marco de juzgamiento. El concepto de la violación configura así la causa petendi, por lo que si, al incorporar razones no alegadas, esta es modificada, al pronunciarse, el juzgador estaría decidiendo fuera de lo pedido (“*extra petita*”)<sup>4</sup>. Con ello, se afectaría la defensa de los derechos de la contraparte, produciéndose así una violación al debido proceso, que impide al juzgador resolver sobre lo argumentado con fundamento en el principio *iura novit curia*<sup>5</sup>.

En consecuencia, a partir del único cargo válido de la **apelación de la parte actora**, compete a la Sala dar respuesta al siguiente **problema jurídico**:

¿Al haberse declarado, en los actos demandados, el siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo, pese a que ya entonces este había sido amortizado íntegramente y existían pruebas de ello, se incurrió en falsa motivación y un rigor formal excesivo, con el que la forma prevaleció sobre el derecho sustancial, dándose así una violación al debido proceso?

3.2. Por otra parte, los cargos planteados como fundamento de la alzada del **ente demandado**, dan lugar al siguiente **problema jurídico**:

¿La imposición de la cláusula penal pecuniaria en el Contrato 1307 de 2009 debe ser proporcional al cumplimiento o incumplimiento del contratista en sus obligaciones?

3.3. Si las respuestas fueren afirmativas, la Sala deberá establecer la forma y la cuantía del restablecimiento del derecho alegado por la parte actora en la demanda. Habida cuenta de que ambas partes apelaron la decisión de primera instancia, la Sala, su estudio se analizara sin limitaciones, según lo ordenado en el artículo 328<sup>[6]</sup> del CGP.

#### IV. PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA SENTENCIA DE MÉRITO

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 19486.

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de febrero de 1995, exp. S-123.

<sup>6</sup> “Artículo 328. 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, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.





4.1. Este asunto corresponde a esta **jurisdicción**, por tratarse de una controversia generada en un contrato celebrado por una entidad estatal<sup>7</sup>, como lo es el INVIAS<sup>8</sup>, conforme al artículo 75<sup>9</sup> de la Ley 80 de 1993, y al artículo 104 del CPACA<sup>10</sup>. La Sala es **competente** para decidir el asunto, en razón a que el proceso tiene vocación de segunda instancia en atención a su cuantía determinada, la que supera la exigida por el artículo 152 del CPACA<sup>11</sup>.

4.2. El presente debate versa sobre la nulidad de la Resolución 3820 de 2012 y de la Resolución N. 4353 de 2012, ambas emitidas por el INVIAS. Por ende, al tenor del artículo 141 del CPACA, tal pretensión encuentra cauce adecuado a través de la acción contractual impetrada. De conformidad con el artículo 164 del CPACA, el cómputo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales inició desde la fecha de la liquidación del contrato o de aquella en que debió liquidarse, toda vez que el Contrato 1307 del 2009, que constituye el centro de la contención, estaba regido por las normas de la Ley 80 de 1993, además de lo cual su ejecución fue de tracto sucesivo.

En consonancia con lo expuesto, resulta pertinente destacar que el plazo del citado contrato estatal se extendió hasta el 31 de diciembre del 2011. A partir de esa última fecha iniciaba el cómputo de seis meses para lograr la liquidación bilateral o unilateral, según fuera el caso, término que culminó el 1° de julio de 2011. Desde entonces, la parte contaba con dos años para impetrar la acción contractual, período cuyo vencimiento se produjo el 1° de julio del 2013. Así que, al haberse interpuesto la demanda el 15 de febrero del 2013, **la acción se ejerció dentro del término establecido**.

<sup>7</sup> Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, el cual 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”.*

<sup>8</sup> Artículo 52, Decreto 2171 de 1992. *“Reestructúrese el Fondo Vial Nacional como el Instituto Nacional de Vías, establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio de Transporte. || El Instituto Nacional de Vías tendrá como domicilio la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C. y podrá extender, conforme a sus estatutos, su acción a todas las regiones del país, creando unidades o dependencias seccionales que podrán no coincidir con la división general del territorio”.*

<sup>9</sup> Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.*

<sup>10</sup> Artículo 104, Ley 80 de 1993. *“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 o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.*

<sup>11</sup> En la demanda se estableció como cuantía la suma de \$6.435.256.519 que corresponden a los valores que el INVIAS ordenó pagar a través de las Resoluciones demandadas, monto que supera la cuantía requerida por el artículo 152 del CPACA de 500 SMLMV al momento de la presentación de la demanda, para que un proceso adelantado en acción de controversias contractuales fuera considerado como de doble instancia ante esta Corporación.



4.3. Los miembros del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009<sup>12</sup> están **legitimados** para integrar el **extremo demandante**, como quiera que fue una de las partes del Contrato 1307 del 2009, y resultaron afectados con las declaratorias de la ocurrencia del siniestro de incumplimiento definitivo del citado contrato; del acaecimiento del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo; y por la imposición a título de cláusula penal pecuniaria por incumplimiento, mediante los actos acusados de nulidad. Por otra parte, está **legitimado en la causa por pasiva** el **INVIAS**, dada su calidad de contratante en el mencionado contrato y por ser la entidad que profirió los actos enjuiciados.

## V. RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: Sobre la amortización del anticipo

5.1. La jurisprudencia administrativa —de vieja data— ha precisado que las garantías contractuales no pueden confundirse con las potestades sancionatorias de la Administración, ni con las penas convencionales, en cuanto las garantías no son una estimación anticipada de perjuicios, ni un medio coercitivo de apremio, sino una facultad concebida para salvaguardar el interés público implícito en la contratación, y para proteger el patrimonio de la Administración, frente a eventuales incumplimientos del contratista<sup>13</sup>.

Con esta facultad —que se desprende de los numerales 4º y 5º del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo (“CCA”)<sup>14</sup>, y luego fue establecida expresamente en el artículo 7 de la Ley 1170 de 2005<sup>15</sup>— se privilegia a la Administración, que es así relevada de las cargas que, como beneficiaria de un contrato de seguros, le imponen los artículos 1075 a 1077 del Código de Comercio (“CCo”), para reclamar el cumplimiento de la obligación condicional del asegurador; obligación esta que, por virtud de esta prerrogativa, se concreta mediante acto administrativo, con carácter ejecutivo, frente al cual proceden únicamente los recursos legales, mas no su objeción<sup>16</sup>.

Ahora bien, la facultad de la Administración de declarar el siniestro comprende la determinación (i) del amparo o amparos siniestrados, (ii) de las personas a cuyo

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, exp. 19933.

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencias del 24 de agosto de 2000, exp. 11318; del 24 de mayo de 2001, exp. 13598, sentencia del 23 de febrero de 2012, exp. 20810; Subsección A, sentencia del 27 de noviembre de 2013, exp. 25742; y Subsección C, sentencia del 31 de agosto de 2015, exp. 48459

<sup>14</sup> “Artículo 68. Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos: [...] 4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso. || 5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación”.

<sup>15</sup> “Artículo 7º. [...] El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare. [...]”,

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencias del 10 de julio de 1997, exp. 9286; del 22 de abril de 2009, exp. 14667; del 13 de mayo de 2009, exp. 16369; Subsección A, sentencia del 27 de noviembre de 2013, exp. 25742; y Subsección C, sentencia del 28 de febrero de 2020, exp. 46852.



cargo queda la deuda, y (iii) del monto del daño, que *“puede ser inferior al monto asegurado, caso en el cual la entidad estatal no podrá ordenar el pago del límite del amparo, como quiera que su perjuicio no alcanzó esa cuantía”*<sup>17</sup>.

En un principio, esta Sección consideró que la facultad de determinación de la cuantía se desprendía del referido artículo 64 del CCA, porque, sin esta cuantificación, sería nugatoria la exigibilidad ejecutiva de la obligación, establecida en dicha norma<sup>18</sup>. Sin embargo, más recientemente, la Sala Plena de esta Sección precisó *“que el hecho de cuantificar el valor de la pérdida o el monto de los perjuicios en el acto administrativo mediante el cual se declara la ocurrencia del siniestro, no constituye el ejercicio de una facultad excepcional por parte de la entidad estatal que pretende hacer efectiva la garantía de cumplimiento de un contrato, contenida en una póliza de seguro [...], toda vez que ello hace parte de la mecánica propia de la reclamación que debe efectuar el beneficiario de la misma, tal y como lo establece el artículo 1077 del Código de Comercio”*<sup>19</sup>. Atendiendo a ello, en fallos recientes<sup>20</sup>, se ha reducido el monto de la obligación condicional de la aseguradora, definido en el acto administrativo que declaró el riesgo, con fundamento en los artículos 170 del CCA y 184 del CPACA.

Como se desprende del artículo 1077 del CCo<sup>21</sup>, no siempre es necesario demostrar la cuantía de la pérdida asegurada, lo que —como lo ha precisado la Sala<sup>22</sup>— ocurre, por ejemplo, en los seguros de vida, en los que el monto es *definitivo, único e indiscutible*. No obstante, *“tratándose de los seguros de daños y por ende en los seguros de cumplimiento, en cuanto estos constituyen una especie de aquellos, es indispensable no solo demostrar la ocurrencia del siniestro sino determinar la cuantía del perjuicio ocasionado al patrimonio del acreedor, elemento que es de su esencia para proceder a la indemnización, puesto que [...] en los seguros de daño, no basta que haya ocurrido el siniestro sino que éste debe necesariamente haber causado un perjuicio al patrimonio, puesto que si no es así no se habrá producido daño alguno y en consecuencia no habría lugar a la correspondiente indemnización”*<sup>23</sup>.

Aparte, esta Sección ha precisado que el derecho de la entidad contratante a hacer efectiva la póliza de garantía surge con el incumplimiento contractual<sup>24</sup>, derecho que se *materializa y concreta* con el acto administrativo de declaración del siniestro, del

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 16494; y Subsección A, sentencia del 27 de noviembre de 2013, exp. 25742.

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de noviembre de 2019, exp. 36600.

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 5 de marzo de 2021, exp. 39249; y del 19 de marzo de 2021, exp. 48041.

<sup>21</sup> *“Artículo 1077. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. [...]”* (subrayado añadido).

<sup>22</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 16494.

<sup>23</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencias del 22 de abril de 2009, exp. 14.667; y 23 de junio de 2010, exp. 16494.

<sup>24</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 5 de agosto de 2020, exp. 45183.



cual se desprenden las consecuencias contractuales y legales del caso<sup>25</sup>. Si bien, en este orden de ideas, el riesgo objeto de amparo debe producirse durante la vigencia del contrato de seguro, no ocurre lo mismo con la reclamación del pago o declaración del siniestro, que puede ser coetánea o posterior a la vigencia de la póliza, en cuanto no supere el término bial establecido en el artículo 1081 del CCo<sup>26</sup>, a partir del conocimiento de la ocurrencia del siniestro<sup>27</sup>.

Por último, resulta oportuno precisar que la entrega del anticipo al contratista constituye un *interés cierto, asegurable y asegurado*, por encontrarse “*pendiente del cumplimiento por parte de la contratista, como forma de restituir lo recibido por la entidad*”<sup>28</sup>. De esta forma, el siniestro por buen manejo y correcta inversión del anticipo puede darse, así, cuando acaezca el plazo para el cumplimiento del contratista o cuando se establezca con precisión el valor faltante por reintegrar<sup>29</sup>.

5.2. Pues bien, con los documentos allegados al expediente, sin que su autenticidad o contenido fuera rebatido en este proceso, fueron acreditados los siguientes hechos, relativos a la amortización del anticipo y a la declaración del siniestro por el amparo de su buen manejo y correcta inversión.

5.2.1. El 13 de agosto de 2009, el INVIAS y el Consorcio INELCO, suscribieron el **contrato de interventoría núm. 1160 de 2009**<sup>30</sup>, con el que este último se obligó a

“[...] realizar INTERVENTORÍA TÉCNICA, LEGAL, ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA PARA LA RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN DE LAS VÍAS INCLUIDAS DENTRO DEL PROGRAMA DE PAVIMENTACIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL DE INTEGRACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL – PLAN 2500 DE LOS TRAMOS: TRAMO 1 VÍA CHARALÁ-LA CANTERA DEL K10+880 AL K12+589 CON UNA LONGITUD TOTAL DEL 1, 709 KM; TRAMO 2 VÍA LA CANTERA-EL ENCINO DE K13+590 AL K17+589 CON UNA LONGITUD TOTAL DE 3,999 KM; TRAMO 3 VÍA LOS CUROS-MÁLAGA DEL K11+125 AL K12+625 CON UNA LONGITUD TOTAL DE 1,50 KM; TRAMO 4 DE LA VÍA TRONCAL (ALBANIA)-LA LLANA DEL K0 +000 AL K1+830 CON UNA LONGITUD TOTAL DE 1,83 KM; TRAMO 5 VÍA LA BELLEZA-JESÚS MARÍA, DEL K8+300 AL K 12+500 CON UNA LONGITUD TOTAL DE 4,2 KM; TRAMO 6 VÍA TRONCAL-PUERTO PARRA DEL K2+800 AL K 8+00 CON UNA LONGITUD TOTAL DE 5,2 KM; TRAMO 7 VÍA OIBA-GUADALUPE DEL K13+550 AL K 18+250 CON UNA LONGITUD TOTAL DE 4,70 KM” (clausula 1ª).

<sup>25</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2001, exp. 12724, Subsección A, sentencia del 29 de mayo de 2014, exp. 27563; y del 23 de junio de 2010, exp. 16494.

<sup>26</sup> “Artículo 1081. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. || La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. || La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. || Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

<sup>27</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencias del 21 de marzo de 2007, exp. 29102; del 22 de abril de 2009, exp. 14667; del 23 de junio de 2010, exp. 16494; Subsección C, sentencia del 31 de agosto de 2015, exp. 48459; y Subsección A, sentencia del 17 de abril de 2017, exp. 23359

<sup>28</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de noviembre de 2014, exp. 29906.

<sup>29</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de julio de 2020, exp. 62645.

<sup>30</sup> Copia auténtica, f. 129-134, c. 2.



5.2.1.1. En la cláusula 8ª de este contrato, el Consorcio INELCO se obligó a: (i) “[c]umplir el objeto en los términos y condiciones establecidos en el presente contrato”; (ii) “presentar reporte semanal de avance de cada uno de los frentes de trabajo”; y (iii) ejecutar el contrato “velando por los intereses del INSTITUTO”.

5.2.2. El 27 de agosto del 2009, el INVIAS y el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009 suscribieron el contrato de obra pública núm. 1307 (“**Contrato 1307 de 2009**”), en que el se estipuló lo siguiente:

**“CLÁUSULA OCTAVA: ACTAS DE OBRA Y AJUSTES.-** *Es el documento en el que EL CONTRATISTA y EL INTERVENTOR dejarán sentadas las cantidades de obra realmente ejecutadas durante la construcción por ítem terminado de hito. El valor básico de la respectiva acta de obra será la suma que resulta de multiplicar la cantidades de obra realmente ejecutada, por los precios unitarios estipulados en el formulario de La Propuesta del CONTRATISTA para cada tramo o por los precios acordados para los nuevos ítem [sic] que resulten durante el desarrollo del contrato, [...]. Las actas de obra por ítem terminado de hito, tendrán carácter provisional en lo que se refiere a la calidad de la obra, a las cantidades de obra y obras parciales. El interventor podrá, en actas posteriores, hacer correcciones o modificaciones a cualquiera de las actas anteriores aprobadas por él y deberá indicar el valor correspondiente a la parte o partes de aquellos trabajos que no se hayan ejecutado a su entera satisfacción a efecto de que EL INSTITUTO se abstenga de pagarlos al CONTRATISTA o realice los descuentos correspondientes hasta que el interventor dé el visto bueno. Ningún documento que no sea el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de Obra de la totalidad o parte de las obras, podrá considerarse como constitutivo de aprobación de las obras objeto del contrato. PARÁGRAFO PRIMERO: Las actas de obra por ítem terminado de hito, deberán presentarse en las oficinas del Supervisor del proyecto del Instituto dentro de los cinco (5) días hábiles calendario siguientes a la terminación del ítem terminado del hito. Así mismo EL CONTRATISTA deberá radicar en la dependencia competente de EL INSTITUTO las correspondientes facturas de pago, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de las actas de obra debidamente aprobadas. [...]* **CLÁUSULA NOVENA: FORMA DE PAGO.-** *EL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS pagará al contratista el valor del contrato, mediante la presentación de actas parciales de obra por ítem terminado de hito, las cuales debe ser refrendadas por el Contratista, el Interventor, el Supervisor del Contrato o Departamento del INVIAS y el Ordenador del Gasto del INVIAS, acompañados de los siguientes documentos: 1. Seguimiento al Programa de Inversión actualizado. 2. Programa de Trabajo actualizado. 3. Resumen de grandes pérdidas actualizado. 4. Certificado expedido por la interventoría correspondiente, respecto al pago de aportes a Seguridad Social y parafiscales del respectivo periodo. Certificado ambiental expedido por la interventoría respectiva, con el cual se certifica el cumplimiento de las normas ambientales vigentes para la ejecución del ítem terminado del hito correspondiente. 5. Para el pago de la última acta de obra se debe presentar el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de Obra. [...]* **CLÁUSULA DÉCIMA: ANTICIPO.-** *Cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, EL INSTITUTO podrá conceder un anticipo hasta del cincuenta por ciento (50%) del valor básico del contrato [...]* **PARÁGRAFO CUARTO: AMORTIZACIÓN:** *La amortización deberá ser controlada por la interventoría. El anticipo será amortizado mediante deducciones de las actas de obra por ítem terminado de hito ejecutado. La cuota de amortización se determinará multiplicando el valor de la respectiva acta por la relación que exista entre el saldo del anticipo y el saldo del valor del contrato. Sin embargo EL CONTRATISTA podrá amortizar un porcentaje mayor al acordado. Su amortización total deberá realizarse por lo menos un (1) mes antes del vencimiento de plazo contractual, situación que deberá ser controlada por LA INTERVENTORÍA.[...]* **CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: GARANTIA ÚNICA.-** *Para*



*cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento, **EL CONTRATISTA** se compromete a constituir, a favor del **INSTITUTO**, una garantía que ampare los siguientes riesgos: [...] **b) El buen manejo y correcta inversión del anticipo concedido al **CONTRATISTA**, por una cuantía equivalente 100% del valor total que el **CONTRATISTA** reciba por este concepto, con una vigencia igual al plazo del contrato y seis (6) meses más. [...]***". (Subrayado por fuera del texto original).

5.2.3 El **16 de diciembre de 2011**, el **CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009** emitió: (i) **factura núm. 0062** dirigida al INVIAS<sup>31</sup>, correspondiente al acta núm. 15, en la que se plasmó que se había amortizado el anticipo por la suma de \$643'186.657,72; y (ii) **factura núm. 0068** dirigida al INVIAS<sup>32</sup>, correspondiente al acta núm. 16, de acuerdo con la cual se había amortizado el anticipo por la suma de \$3.395'569.042,22.

5.2.4. Mediante oficio radicado el **4 de abril de 2012**<sup>33</sup>, la interventoría del Contrato 1307 de 2009 solicitó al INVIAS, que iniciara **proceso sancionatorio por incumplimiento definitivo y siniestro de anticipo del contrato**, por lo que el **INVIAS**, mediante oficio del **10 de abril de 2012**<sup>34</sup>, corrió traslado al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009, para que rindiera descargos.

5.2.5. Mediante oficio radicado el **25 de abril de 2012**<sup>35</sup>, el **CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009** manifestó, en su defensa, que conforme a las actas de obra núm. 15 y 16, con base en las cuales habían sido expedidas las facturas núm. 62 y 68 del 11 y 29 de diciembre de 2012, había sido amortizado el saldo pendiente del anticipo.

5.2.6. Por solicitud del coordinador del Grupo Plan 2500 del INVIAS<sup>36</sup>, **la interventoría conceptuó el 17 de mayo de 2012**<sup>37</sup>, que:

*“Si bien es cierto, las actas parciales No. 15 y No. 16 se suscribieron con un alcance aproximado del 84% del cumplimiento del objeto contractual por parte del contratista, no es menos cierto que estos documentos, contemplados en la cláusula novena del contrato, para poder tramitar su pago, en especial el acta de entrega y recibo definitivo de obra, como anexo indispensable para este efecto. [...] En este sentido, vencido el plazo pactado sin el cumplimiento total del objeto contractual, y al no cumplir el **CONTRATISTA** con los compromisos adquiridos, los supuestos y proyecciones que aparecen en las actas parciales quedan sin efecto jurídico y sin vocación de pago alguno, y con la única opción de concluir que la entrega y recibo definitivo de la obra en el estado en que se encuentre, establecido el valor adeudado a cargo del INVIAS a favor del Contratista, como único documento definitivo y real de lo ejecutado conforme a lo pactado contractualmente”.*

<sup>31</sup> Copia simple, f. 144, c. anexos.

<sup>32</sup> Copia simple, f. 155, c. anexos.

<sup>33</sup> Copia auténtica, f. 4-6, c. 2.

<sup>34</sup> Copia auténtica, f. 7, c. 2.

<sup>35</sup> Copia auténtica, f. 8-9, c. 2.

<sup>36</sup> Copia auténtica, f. 13-14, c. 2.

<sup>37</sup> Copia auténticas, f. 15-18, c. 2.



5.2.7. Una asesora del **Coordinador del Plan 2500 del INVIAS**, a su vez, **conceptuó**, en memorando del **23 de mayo de 2012**<sup>38</sup>, que el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2500 no había suscrito el acta de entrega y recibo definitivo, en el formato *MSE-FR-24*, previsto en el manual de interventoría vigente, por lo que las obras no habían sido recibidas a satisfacción, estando así pendientes de amortizar, obras con un precio de \$4.038'755.699,94.

5.2.8. Al declarar el siniestro por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, cuantificado en \$4.038'755.699, en la **Resolución 3820 del 17 de julio de 2012**<sup>39</sup>, el INVIAS tomó en consideración que, de acuerdo con el balance de obras presentado por la interventoría del Contrato 1307 de 2009, al 31 de diciembre de 2011, cuando se cumplió el plazo pactado, del anticipo de \$10.074'089.658,50, se habían ejecutado obras con un precio de \$6.035'333.958,56, estando pendiente así aún la ejecución de \$4.038'755.699,94.

Como motivación, se mencionó en la resolución, que en audiencia que se realizó el 17 de julio de 2012, el consorcio contratista solicitó que fueran reevaluadas las obras dejadas de ejecutar; y la interventoría manifestó que la ejecución había continuado tras el vencimiento del plazo contractual, a lo que asintió el INVIAS, sin modificar, sin embargo, la cuantía del siniestro determinada el 31 de diciembre de 2011, teniendo en cuenta *“los documentos y pruebas obrantes en el expediente, así como lo alegado en las audiencias”*.

5.2.9. Representantes de la interventoría y del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009 suscribieron: (i) **acta de recibo parcial de obra núm. 15 final**<sup>40</sup>, elaborada **el 1º de agosto de 2012**, en la que consta que quedaba un *saldo básico por ejecutar* de \$2.651.816.028,70, de un *valor básico* total de \$23.812.510,20, que no incluía el IVA; (ii) **acta de ajustes núm. 15**<sup>41</sup>, elaborada **el 1º de agosto de 2012**, con un precio a pagar de \$169'959.029,74, correspondiente al acta parcial núm. 15; y (iii) **acta de entrega y recibo definitivo**<sup>42</sup>, firmada el 1º de agosto de 2012, por el representante legal y el director de obra del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009, así como el representante legal y el ingeniero director de la interventoría, en la que dejaron constancia de que, por concepto de anticipo, se había amortizado la suma de \$6.035'333.958,56 de un total entregado de \$10.074'089.658,50; y se dejó constancia expresa de que “[e]l contratista en la presente acta AUTORIZA al INVIAS a descontar del pago del Acta No. 15 el valor pendiente de amortización del anticipo de acuerdo con los registros de la entidad” (subrayado añadido).

5.2.10. Mediante **Resolución 4353 del 13 de agosto de 2012**<sup>43</sup>, el INVIAS resolvió los recursos de reposición contra el acto anterior, interpuestos por el CONSORCIO

<sup>38</sup> Copia auténtica, f. 22-25, c. 2.

<sup>39</sup> Copia auténtica, f. 16-21, c. 3.

<sup>40</sup> Copia auténtica, f. 30-38, c. 3.

<sup>41</sup> Copia auténtica, f. 39-48, c. 3.

<sup>42</sup> Copia auténtica, f. 49-60, c.3.

<sup>43</sup> Copia auténtica, f. 22-27, c. 3.



INFRAESTRUCTURA VIAL 2009 y la COMPAÑÍA DE SEGUROS CONFIANZA S.A., los cuales, en lo pertinente, adujeron que: (i) en las actas de avance, que fungieron como sustento de la facturación, constaba que el 31 de diciembre de 2011 había sido amortizado el anticipo, lo que podía comprobarse en una medición, que se solicitó, para determinar los montos realmente ejecutados; y que (ii) *“no hay fundamento legal que [sic] el anticipo fue invertido en otra cosa y existen dos actas pendientes”*.

Conforme a un informe presentado por la Unidad Ejecutora Plan 2005 del INVIAS, elaborado a partir de un informe de interventoría, *“el contratista realizó obras en un 78% y teniendo en cuenta que el anticipo otorgado era del 50%, se concluye que aunque el área de tesorería reporte que no se le ha cancelado al contratista los valores reportados en actas, la totalidad del anticipo si está reportado como invertido en obra por parte de la interventoría”*.

Al respecto, el INVIAS consideró que:

*“[...] se establece que la competencia de la Oficina Asesora Jurídica es la evaluación del proceso sancionatorio y no se cuenta con la competencia de hacer un reconocimiento del valor del anticipo, por lo que no es procedente la evaluación de una revocatoria del siniestro cubierto por el amparo y correcta inversión del anticipo del Contrato de Obra 1307 de 2009, por cuanto no se ha realizado su debida amortización”*.

En razón a lo anterior, fue confirmada la decisión de declarar el siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

5.3.1. De conformidad con los anteriores hechos, la Sala encuentra que, de acuerdo con lo pactado en el Contrato 1307 de 2009, el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009 debía amortizar el anticipo por lo menos un mes (1) antes del vencimiento del plazo contractual<sup>44</sup>, el cual acaeció el 31 de diciembre de 2011. En ese momento, el consorcio contratista había emitido facturas<sup>45</sup> en las que afirmaba haber amortizado \$4.038'755.699, por lo que el total del anticipo habría sido amortizado. Tales facturas, sin embargo, no se basaban en actas definitivas, lo que, de acuerdo con lo convenido en el Contrato 1307 de 2009, debía preceder su radicación en el INVIAS<sup>46</sup>, ya que el acta parcial de obra núm. 15 final, correspondiente a la primera factura, con su correspondiente ajuste, fueron elaboradas el 1º de agosto de 2012<sup>47</sup>, mientras la referidas facturas fueron emitidas el 16 de diciembre de 2011<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Hecho 5.2.2.

<sup>45</sup> Hecho 5.2.3.

<sup>46</sup> Hecho 5.2.2.

<sup>47</sup> Hecho 5.2.9.

<sup>48</sup> Hecho 5.2.3.





En todo caso, según el concepto previo de la interventoría<sup>49</sup> —a la que le correspondía reportar los avances de obra y verificar la amortización del anticipo<sup>50</sup>— sí habían sido suscritas actas parciales, en las que se verificaba la ejecución del 84% de las obras contratadas. Por ende, como el anticipo equivalía al 50% del precio total de las obras, este habría sido amortizado. Si bien, como lo consideró el INVIAS<sup>51</sup>, no habría sido suscrita entonces el *acta de entrega y recibo definitivo de obra*, que —conforme a lo pactado<sup>52</sup>— era el único *documento constitutivo de aprobación de las obras objeto del contrato*, no puede pasarse por alto que sí habían sido suscritas *actas parciales*, en las que la interventoría había constatado *provisionalmente la calidad y cantidades de obra realmente ejecutadas*.

Al punto, resulta oportuno recordar que, como lo ha considerado esta Corporación<sup>53</sup>, el contrato de interventoría “*es una consultoría a través de la cual las entidades públicas ejercen su potestad de coordinación, dirección y control de la ejecución de contratos*”, conforme al deber impuesto a las entidades en el artículo 14.1 de la Ley 80 de 1993<sup>54</sup>. En razón a ello, corresponde al interventor “*la labor de controlar que la obra se realice en los términos del respectivo contrato, tanto en lo que respecta a las especificaciones técnicas como en los términos contractuales*”<sup>55</sup>. Tal control correspondía a la interventoría en los términos del contrato suscrito en este asunto, en el que, si bien fueron pactadas sus obligaciones con términos generales, es claro que se encontraba a cargo del control de los aspectos técnicos, legales, administrativos y financieros de las obras contratadas, velando por los intereses del INVIAS<sup>56</sup>.

Al haber verificado provisionalmente la interventoría, como sujeto a cargo del control de los avances de las obras y de la amortización del anticipo, que, con las obras ejecutadas en el Contrato 1307 de 2009, el anticipo había sido amortizado, no existía claridad sobre la cuantía del daño ocasionado al INVIAS, como consecuencia del incumplimiento de la amortización del anticipo dentro del plazo previsto. Como se expuso anteriormente, en los seguros de daños, como el de cumplimiento, además de que haya ocurrido el siniestro, consistente en el incumplimiento de la obligación de amortizar el anticipo, debe este incumplimiento ocasionar un perjuicio patrimonial, con el que se configure un daño indemnizable. De lo contrario, al superar la reparación del daño, las garantías contractuales no funcionarían como una salvaguarda al patrimonio y al interés público, como fueron concebidas en el ordenamiento colombiano.

<sup>49</sup> Hecho 5.2.6.

<sup>50</sup> Hechos 5.2.1.1 y 5.2.2.

<sup>51</sup> Hecho 5.2.6.

<sup>52</sup> Hecho 5.2.2.

<sup>53</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2013, exp. 24996; Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2013, exp. 25199; Subsección C, sentencia del 7 de agosto de 2016, exp. 51860

<sup>54</sup> Ley 80 de 1993. “Artículo 14. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: || 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. [...]”

<sup>55</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 10 de agosto de 2006, rad. 1767; y, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2013, exp. 24996.

<sup>56</sup> Hechos 5.2.1 y 5.2.1.1.



Tal daño, sin embargo, no se había determinado claramente en el momento en el que fue expedida la Resolución 3820 del 17 de julio de 2012, pese a que al INVIAS le correspondía su definición, conforme al artículo 1077 del CCo. Entonces, el daño cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo tenía un carácter incierto.

Posteriormente, en el momento de resolver los recursos administrativos contra el anterior acto, la unidad ejecutora del INVIAS había conceptuado que el total del anticipo había sido invertido en obras, según la interventoría<sup>57</sup>. Existía así, cuando fue emitida la Resolución 4353 del 13 de agosto de 2012, un documento público que, como tal, se presume auténtico y hace fe de su contenido<sup>58</sup>, el cual daba cuenta de la amortización plena del anticipo. En ese escenario probatorio, cabía concluir que la amortización del anticipo, la cual se producía con la ejecución de las obras pagadas con antelación, se habría completado.

La falta de cumplimiento de los requisitos para el pago, dentro de los que se contemplaban múltiples exigencias adicionales a la verificación de la ejecución de las obras contratadas<sup>59</sup>, no impedía que, en el proceso administrativo para la declaración del siniestro, fuera acreditada la ejecución de las obras pagadas con antelación, cuya omisión configuraba el daño cubierto con el seguro. Conforme a los artículos 56 a 59 del CCA<sup>60-61</sup>, es claro que, en la resolución de recursos gubernativos, la autoridad debe pronunciarse sobre las pruebas solicitadas para determinar los fundamentos fácticos de la decisión, y tomar en consideración las que se practiquen. Al considerar así el INVIAS, en la Resolución 4353 de 2012, que no podía determinar si el anticipo había sido amortizado con la ejecución de las obras, por carecer de competencia para reconocer su pago<sup>62</sup>, omitió sus facultades legales, para decidir con fundamento en unas exigencias formales, haciendo primar así las formas sobre el fondo, como lo adujo la parte actora.

<sup>57</sup> Hecho. 5.2.10.

<sup>58</sup> CPC. “Artículo 252. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad. [...] Artículo 264. Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza. [...]”. CGP. “Artículo 244. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento. || Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso. [...] Artículo 257. Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza. [...]”.

<sup>59</sup> Hecho 5.2.2.

<sup>60</sup> CCA. “Artículo 56. Los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio. || Artículo 57. Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil. [...] Artículo 58. Cuando sea del caso practicar pruebas, se señalará para ello un término [...]. || Artículo 59. Concluido el término para practicar pruebas, y sin necesidad de auto que así lo declare, deberá proferirse la decisión definitiva. Esta se motivará en sus aspectos de hecho y de derecho, y en los de conveniencia si es del caso. || La decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes”.

<sup>61</sup> Conforme al artículo 308 del CPACA, esta codificación se aplicaría a los procedimientos y actuaciones administrativas que se iniciaran con posterioridad a su entrada en vigor, que se produjo el 2 de julio de 2012, por lo que, al haber sido iniciado este procedimiento el 10 de abril de 2012 (hecho 5.2.4), se rige por el CCA.

<sup>62</sup> Hecho 5.2.10.



No obstante, como la resolución recurrida y aquella con la que se resuelve el recurso integran un solo acto administrativo complejo<sup>63</sup>, no puede pasarse por alto, que — como lo aduce el consorcio recurrente<sup>64</sup>— en el momento en que fue proferido el acto definitivo, ya había sido suscrita el acta parcial de obra núm. 15 final, así como el *acta de entrega y recibo definitivo*<sup>65</sup> —aportada por la actora— cuya ausencia había dado lugar al concepto de la interventoría, de acuerdo con el cual el anticipo no había sido amortizado, determinando así la decisión gubernativa de primera instancia<sup>66</sup> e, indirectamente, la decisión administrativa desestimatoria de segunda instancia<sup>67</sup>.

Si bien, conforme a lo consignado en el acta núm. 15 final, cabía inferir que el anticipo había sido amortizado, en el *acta de entrega y recibo definitivo* quedaba claro que únicamente se había amortizado \$6.035'333.958,56 de un total entregado de \$10.074'089.658,50, por lo que el representante legal del consorcio contratista autorizó expresamente, que el valor pendiente de amortización fuera descontado del acta núm. 15 final<sup>68</sup>. Conforme a lo pactado, el acta de entrega y recibo definitivo era el único documento con el que se aprobaban las obras objeto del contrato y, las demás actas tenían un carácter provisional, que podía ser modificado unilateralmente por la interventoría<sup>69</sup>. En este orden de ideas, las obras ejecutadas en el Contrato 1307 de 2009 no fueron recibidas a satisfacción por la interventoría, con la aquiescencia del propio contratista, por lo que el anticipo no fue amortizado.

5.3.2. Tal falta de amortización del anticipo no fue rebatida con el testimonio del ingeniero Jesús María Berdugo Leal, como lo adujo el consorcio recurrente<sup>70</sup>, sino que, por el contrario, lo corroboró al declarar lo siguiente:

*“PREGUNTADO: Luego de suscrita la última acta que se elaboró con fecha de 1 de agosto, puede indicar si queda algún pendiente por parte del contratista con relación al anticipo. CONTESTÓ: Financieramente no había para que el contratista amortizara. PREGUNTADO: Sabe a la fecha de elaboración del acta el valor del anticipo que faltaba amortizar. CONTESTÓ: 4.600 millones”<sup>71</sup>.*

<sup>63</sup> «Sin embargo, se requiere otra consideración que explica mejor el tema. El acto definitivo a que se alude no es otro que la decisión inicial —es decir, la que es objeto de los recursos—; pero también puede serlo ésta más la que resuelve los recursos efectivamente interpuestos. En este orden, resulta determinante lo que establece el inciso tercero del art. 138 CCA.: “Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.” || En estos términos, surge el denominado acto administrativo complejo, constituido por dos o más voluntades que conforman una misma decisión, uno de cuyos ejemplos -no el único- es la decisión que se integra por los actos que se expiden con ocasión de la vía gubernativa». CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de abril de 2011, exp. 20917.

<sup>64</sup> Aptado. 2.10.1.b.

<sup>65</sup> Hecho 5.2.9

<sup>66</sup> Hechos 5.2.6 y 5.2.8

<sup>67</sup> Hecho 5.2.10.

<sup>68</sup> Hecho. 5.2.9.

<sup>69</sup> Hecho 5.2.2.

<sup>70</sup> Aptado. 2.10.1.a.

<sup>71</sup> F. 250, c. 3.



5.3.4. Además, con la aprobación del descuento del valor pendiente de amortización del acta núm. 15 final, que manifestó expresamente el representante legal del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009, se produjo una modificación de la obligación del pago convenido. De esta forma, se produjo un negocio jurídico, que, como tal, vincula al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009, y solo puede ser invalidado por consentimiento mutuo o por causas legales<sup>72</sup>, que no fueron alegadas en este proceso.

5.3.5. Ahora bien, esta Subsección ha considerado que:

*«[...] la expedición del acto administrativo en forma irregular y con desconocimiento del derecho de audiencia –que forma parte de la garantía constitucional al debido proceso<sup>73</sup>– es una de las causales de nulidad contempladas en el artículo 84 del CCA, que –como lo ha manifestado la Sala se configura– “[...] cuando, de una parte, la expedición irregular se relaciona con trámites substanciales o de fondo que inciden en la formación o en el sentido de la decisión y cuando, de otra parte, el desconocimiento de audiencia elude un paso necesario dirigido a garantizar el debido proceso”<sup>74</sup>. Las normas sobre procedimiento tienen un carácter instrumental, ya que se dirigen a la materialización de los derechos sustanciales reconocidos en abstracto<sup>75</sup>. Así, el vicio de forma invalidante del acto administrativo tiene también un carácter instrumental, por lo que adquiere relevancia cuando altera el sentido de la decisión de fondo<sup>76</sup>, lo que se presupone cuando ha sido omitido en su totalidad» (subrayado añadido)<sup>77</sup>.*

Pues bien, conforme a lo expuesto anteriormente, la Sala concluye que, si bien, al omitir la valoración de pruebas sobre la amortización del anticipo, por considerar que no tenía competencia para el reconocimiento del pago, el órgano decisor INVIAS incurrió en un rigorismo excesivo, pero este no determinó el sentido de la decisión, ya que, conforme a lo considerado en el acto, atendiendo a su carácter complejo, es claro que, según lo pactado en el acta de entrega y recibo definitivo, de cuya suscripción se hizo pender el reconocimiento de la amortización del anticipo en todo el trámite de vía gubernativa, el anticipo no fue amortizado, en la cuantía definida los actos recurridos. En consecuencia, se impone una respuesta negativa al primer problema jurídico, con la desestimación del cargo respectivo de la parte demandante.

## **VI. RESPUESTA AL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: Sobre la Proporcionalidad en la Imposición de la Pena**

<sup>72</sup> CC. “Artículo 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

<sup>73</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección B. Sentencia del 26 de septiembre de 2012, rad. núm. 11001-03-25-000-2009-00075-00(1087-09)».

<sup>74</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de noviembre de 2003, exp. 14431».

<sup>75</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 1995».

<sup>76</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ T. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 15ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 672».

<sup>77</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de noviembre de 2019, exp. 45068.



6.1. El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 reguló el debido proceso, para declarar el incumplimiento del contrato estatal, con el fin de imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal. Pero, ni dicha norma ni la Ley 80 de 1993 regularon expresamente la figura de la cláusula penal pecuniaria. Por tal razón, no cabe afirmar —como el ente recurrente<sup>78</sup>— que esta hubiera sido regulada en el Decreto 4828 de 2008, que reglamentó el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En consecuencia, debe acudir a las disposiciones que sobre su génesis y aplicación se encuentran en el Código Civil (“CC”) y el Código de Comercio, de acuerdo con los artículos 13 y 40, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993.

6.2. La Corte Suprema de Justicia ha considerado que la cláusula penal pecuniaria, como *regla general*, es “*simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contratantes de perjuicios que pueden resultar por la inejecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma*”<sup>79</sup>. En esa medida, “*se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad*”<sup>80</sup>. En ese orden de ideas, la cláusula penal pecuniaria habilita a las partes para convenir la consecuencia que se desprende de la indebida conducta contractual, como mecanismo de valoración anticipada de los perjuicios derivados del incumplimiento, liberando a la parte afectada de la carga de acreditar su ocurrencia y su cuantía<sup>81</sup>.

Tal potestad que concede el ordenamiento jurídico a las partes del contrato no es absoluta, toda vez que los artículos 1596 del CC<sup>82</sup> y 867 del CCo<sup>83</sup> prevén la reducción de la cláusula penal pecuniaria, cuando el incumplimiento de la obligación principal haya sido parcial y el acreedor hubiera recibido parte del objeto debido, con fundamento en el principio de proporcionalidad.

Esta Subsección ha considerado<sup>84</sup>, a su vez, que la proporcionalidad, en tanto instrumento que dota de razonabilidad el ejercicio de las competencias de la

<sup>78</sup> Aptado. 2.10.2.b.

<sup>79</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena. Sentencia del 27 de septiembre de 1974.

<sup>80</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de mayo de 1996, Exp. 4607.

<sup>81</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 1 de febrero de 2018, Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00082-01(52549).

<sup>82</sup> “Artículo 1596. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”.

<sup>83</sup> “Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. || Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella. || Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”.

<sup>84</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp. 53877.



administración pública, debe tomarse en consideración en la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, cuando haya sido pactada en un contrato estatal. Por lo tanto, se impone su uso razonable, conforme a los principios de equidad y de la buena fe contractual, que prohíben la imposición de medidas abusivas y arbitrarias por una de las partes, generando desequilibrio<sup>85</sup>, y orientada a satisfacer el interés general.

En consecuencia, la razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal pecuniaria, por parte de la entidad pública contratante, implica necesariamente que esta última cumpla con el deber jurídico de motivación, justificando, a partir de referentes objetivos y claros, los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista. Con ello, no se *desconfigura la finalidad y la naturaleza indemnizatoria* de la citada cláusula —como lo aduce el ente apelante<sup>86</sup>— sino que, por el contrario, ello atiende justamente a la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad en el ordenamiento colombiano, por la que esta no puede constituirse como fuente de enriquecimiento de quien sufra un daño.

6.3. Ahora bien, en el Contrato 1307 de 2009<sup>87</sup>, el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009 y el INVIAS acordaron lo siguiente:

**“CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA. MULTAS Y SANCIONES:** *En caso de incumplimiento parcial de las obligaciones contraídas por **EL CONTRATISTA**, se dará aplicación al procedimiento, causales y cuantías previstas en La Resolución No 3662 de 13 de agosto de 2007 expedida por **EL INSTITUTO**. De igual manera **EL INSTITUTO** podrá, en caso de incumplimiento definitivo por parte del **CONTRATISTA** de cualquiera de las obligaciones contraídas en el contrato imponer una sanción a título de penal pecuniaria equivalente al diez por ciento (10%) de valor total del contrato por el incumplimiento y de forma proporcional al avance de la obra, siguiendo el procedimiento establecido en La Resolución No 3662 de 13 de agosto de 2007. **EL INSTITUTO** podrá tomar directamente el valor de las multas y sanciones de los saldos que se adeuden al **CONTRATISTA** o de la garantía constituida, y si no fuere posible cobrará los valores por vía judicial”.*

La Sala observa que en el anterior clausulado, las partes determinaron que la tasación anticipada de los perjuicios estaba sujeta a dos parámetros, correspondiente al (i) 10% del valor total del contrato, (ii) en proporción al avance de la obra. Lo anterior indica que, contrario a lo aducido por el ente apelante<sup>88</sup>, la intención común de los extremos negociales era que el *quantum* de los perjuicios pactados en la cláusula penal pecuniaria por el incumplimiento definitivo de las obligaciones del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2009 no era equivalente de forma automática el 10% del valor total del contrato, sino que se debía verificar

<sup>85</sup> NEME VILLARREAL, M. L., (2010), *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 353

<sup>86</sup> Aptado. 25.2.a.

<sup>87</sup> Copia auténtica, f. 77-88, c. 3.

<sup>88</sup> Aptado. 2.10.2c.



el avance de la obra, a efectos de su estimación proporcional a ella, y que el tope máximo era el citado porcentaje.

5.4. En este orden de ideas, se impone una respuesta negativa al segundo problema jurídico, con la desestimación de los cargos del ente apelante.

## VII. LA CONDENA EN COSTAS

Según el artículo 188 del CPACA, la sentencia deberá disponer sobre la condena en costas (lo que incluye expensas y agencias en derecho) de acuerdo con lo reglado por el CPC, vigente para el momento en que se presentó la demanda. En ese sentido, atendiendo que la apelación fue interpuesta por ambas partes, siendo ambos despachados desfavorablemente, y que en el expediente no obra elemento de convicción alguno en el que pueda apreciarse la causación de costas, la Sala se abstendrá de proferir condena en este aspecto, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º, 4º y 9º del artículo 392 del CPC.

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

## FALLA

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del treinta (30) de enero de dos mil catorce (2014), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en este asunto, conforme a lo considerado en esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** En firme esta providencia, enviar el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**  
Presidente de Sala

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**  
Magistrado  
Salvo voto

**NICOLÁS YEPES CORRALES**  
Magistrado