**SANCIONES - Pecuniaria - Imposición - Mecanismo de apremio**

La facultad de imponer una sanción pecuniaria que opere como mecanismo de apremio al contratista con el objeto de constreñirlo al exacto cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro de los plazos contractualmente pactados, no ha acompañado a las entidades públicas de forma ininterrumpida y ello ha dependido de la norma reguladora de la actividad contractual que se encontrare vigente en cada caso particular.

**SANCIONES - Decreto 222 de 1983**

El régimen contractual previo a la expedición de la Ley 80 de 1993, en general regido por el Decreto 222 de 1983, era claro que la imposición de sanciones económicas declarables mediante acto administrativo motivado, para los propósitos arriba anotados, estaba en cabeza de la entidad estatal, tal como lo preveía esa norma en su artículo 71, que de hecho establecía una obligatoriedad de incluir disposiciones en este sentido en los contratos perfeccionados bajo su rigor.

**MULTAS - Imposición - Acto administrativo - Decreto 222 de 1983**

La Subsección, aunque no ha variado la posición de la procedencia del pacto de multas y su imposición por acto administrativo en los contratos regidos por el Decreto 222 de 1983, incluyó otra limitación al advertir que ello solo podría producirse en el entendido de que la imposición se hiciere aún dentro del término previsto como plazo de ejecución del contrato, ya que lo contrario implicaría desconocer el carácter fundamental de apremio para el contratista que tiene ese tipo de sanción.

**MULTAS - Pacto - Ley 80 de 1993 - Mora en el incumplimiento - Cambio de jurisprudencia**

La situación fue sustancialmente diferente con la expedición y entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, dado que en su articulado nada se previó sobre la facultad que de manera expresa sí se había consagrado en el anterior régimen y más allá de algunas marginales referencias de carácter general a trámites y deberes de las entidades respecto de multas y sanciones, no se incluyó la posibilidad de pactar una multa por la mora en el cumplimiento del contenido obligacional de un contrato en lo que atañe al contratista, la cual fuera susceptible de ser impuesta mediante un acto administrativo. El silencio sobre este aspecto en el estatuto de contratación estatal fue interpretado de diferentes formas por la Sección, que en principio consideró ello no era óbice para el uso de la facultad por parte de la administración, ya que era consustancial a su potestad de autotutela y propia de su deber de hacer cumplir los fines estatales mediante la ejecución de la función contractual, siempre que en uso de la autonomía de la voluntad que enmarca a la Ley 80 de 1993, se hubiere pactado ese evento. (…) esta postura fue posteriormente recogida por la Sección, para en su lugar considerar que no era posible la imposición, mediante la expedición de un acto administrativo, de una multa por incumplimiento, ni siquiera en aquellos casos en los que expresamente se hubiese pactado una cláusula en tal sentido, dado que en tal evento se hace necesaria una declaración judicial sobre el incumplimiento, puesto que las potestades sancionatorias deben provenir de la ley, lo cual, como se dijo ya, no ocurre en vigencia de la Ley 80 de 1993. (…) la situación varió nuevamente cuando, mediante la Ley 1150 del 2007 se modificó la materia de la imposición de sanciones, y consagrando una marcada prevalencia de la autonomía de las partes del contrato, estableció en su artículo 17 la posibilidad de pactar las multas, así como la habilitación para la administración de imponerlas unilateralmente mediante un acto administrativo motivado.

**MULTAS - Facultad - Imposición - De forma unilateral**

No se puede sino concluir que durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, y antes de que la Ley 1150 comenzara a regir, la administración carecía de la potestad de imponer multas de forma unilateral, puesto que esa norma solo le permitía pactarlas en el contrato, siendo indispensable que su imposición al contratista se produjera por parte del juez natural del contrato, y en todo caso, incluso para aquellos negocios celebrados antes de la reforma del 2007, era necesario que la imposición se diera en vigencia suya. (…) el acto administrativo de imposición de multa es ilegal, porque se expidió sin que la ley previera esa facultad en cabeza de la administración.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 68001-23-31-000-2000-02608-01(37486)**

**Actor: CORMAGDALENA**

**Demandado: RÍOS CONSTRUCCIONES LTDA. Y OTRO**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - APELACIÓN SENTENCIA**

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante y Seguros del Estado contra la sentencia del 19 de febrero del 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y se declaró liquidado el contrato n.º 000054-98 suscrito entre Cormagdalena y Ríos Construcciones Ltda. La sentencia será modificada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La demandante solicita que se liquide judicialmente el contrato que suscribió con Ríos Construcciones Ltda., identificado con el n.º 000054-98, cuyo objeto era la construcción de obras civiles necesarias para la protección de orillas en el corregimiento de Sitio Nuevo.

**ANTECEDENTES**

**I. Lo que se pretende**

1. Mediante escrito presentado el 16 de agosto del 2000 ante el Tribunal Administrativo de Santander (f. 85-98 c. 1) la Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena, a través de apoderado, demandó en ejercicio de la acción de controversias contractuales a la sociedad Ríos Construcciones Ltda. y Seguros del Estado, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*1. Liquidar el contrato No. 000054-98 Celebrado entre la sociedad RIOS CONTRUCCIONES LTDA y la Corporación Autónoma Regional del Ríos Grande de la Magdalena – Cormagdalena.*

*2. Condenar a la sociedad RÍOS CONSTRUCCIONES LTDA y a la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A. a pagar a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA la suma que resulte a favor de esta última luego de liquidado el referido contrato.*

*3. Condenar a las demandadas a pagar las costas del proceso.*

2. La demanda presentó como fundamento fáctico de sus pretensiones las siguientes circunstancias relevantes:

2.1. Mediante resolución n.º 006 de 1998 Cormagdalena ordenó la apertura de la Licitación Pública n.º 04-98, la que tenía por objeto ejecutar las obras de protección de orillas con bolsacretos en el corregimiento de Sitio Nuevo. Esta fue adjudicada a la firma Ríos Construcciones Ltda., con la que se suscribió el contrato de obra n.º 00054 de 1998 el 13 de mayo de 1998.

2.2. El contrato se pactó con un valor de $435 420 652 y tres meses de plazo contado desde el acta de iniciación. Asimismo, se convino un anticipo del 40% del valor del contrato, el cual debía manejarse mediante cuenta corriente y debía ser utilizado únicamente para los gastos del contrato, condicionados al plan de inversión de anticipo, cuyos ítems correspondían, según la cláusula octava, a las actividades de: a) instalación de campamentos; 2) compra de materiales, 3) transporte de equipo y 4) pago de trabajadores.

2.3. La interventoría del contrato se puso a cargo de la UT Incolta Ltda-Compañía de Asesorías Portuarias. Por otro lado, la sociedad contratista constituyó garantía única de cumplimiento consistente en póliza n.º 98955012 de Seguros del Estado, aprobada por Cormagdalena mediante resolución n.º 000176 del 1 de junio de 1999, con los siguientes amparos, valores y vigencias:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | Valor Asegurado | Vigencia desde | Vigencia hasta |
| Buen manejo y correcta inversión del anticipo | $174.168.261 | 02-02-1999 | 27-11-1999 |
| Cumplimiento del contrato | $43.542.065 | 02-02-1999 | 27-11-1999 |

2.4. El anticipo se entregó el 10 de junio de 1998 y el 12 de junio de 1998 se suscribió el acta de iniciación. Sin embargo, el nivel del rio impidió la ejecución de las obras, por lo que se debió suspender el contrato ese mismo día.

2.5. El 18 de agosto de 1998 se acordó la reiniciación de los trabajos, hasta el 25 de septiembre siguiente, fecha en la que el nivel del río volvió a imposibilitar la ejecución del proyecto.

2.6. Posteriormente, el 2 de febrero de 1999 se reiniciaron los trabajos, debiendo suspender nuevamente el 23 de febrero siguiente. Los trabajos continuarían, nuevamente, del 5 de abril de 1999 al 14 de mayo siguiente, cuando de nuevo el nivel del río imposibilitó la construcción.

2.7. En atención a solicitud del contratista en tal sentido, el 30 de abril de 1999 las partes suscribieron el otrosí n.º 01 al contrato n.º 00054-98, acordando ampliar el plazo en sesenta días calendario, contados desde la finalización del término inicial.

2.8. El 8 de junio de 1999 se firmó el acta de reiniciación n.º 4, ejecutándose las obras hasta el 2 de julio siguiente, cuando, nuevamente, el nivel del río lo impidió. Lo mismo sucedería respecto del acta n.º 5 de reinicio, en virtud de la cual se adelantaron los trabajos entre el 15 de julio de 1999 y el 25 de agosto de 1999.

2.9. El 9 de agosto de 1999 se llevó a cabo reunión con representantes de Cormagdalena, el contratista y Seguros del Estado, en la que se acordó dar un nuevo plazo para que Ríos Construcciones terminase la obra, para lo cual se suscribió el otrosí n.º 2. Aclara la demanda que, a pesar de lo anterior, el contratista no ejecutó más obra de la existente hasta julio de 1999.

2.10 Indicó la demanda que el 6 de septiembre de 1999 se reiniciaron los trabajos, siendo necesario declarar la suspensión nuevamente el 17 siguiente por el nivel del río.

2.11. Hasta el momento de suscribir el acta se suspensión de obra n.º 5, el contratista había construido la protección de 110 ml de orilla, ubicados entre los deltas 3 a 5 del proyecto (frente al casco urbano del corregimiento). Asimismo, desde el momento de suscribir el acta de reiniciación de obras n.º 5 del 15 de julio de 1999, Ríos Construcciopnes Ltda. dejó de ejecutar las obras, sin que diera una explicación satisfactoria para el efecto, y aun cuando se le hicieron múltiples requerimientos.

2.12. Dado el incumplimiento contractual de Ríos Contrucciones Ltda., el 17 de septiembre de 1999 Cormagdalena le impuso una multa de $15 938 791, mediante la expedición de la resolución n.º 000218 de tal fecha.

2.13. Posteriormente, mediante resolución n.º 000257 del 8 de noviembre de 1999 se dio por terminado unilateralmente el contrato de obra n.º 00054-98, de conformidad con los establecido en el artículo 17, numeral 4, de la Ley 80 de 1993, ordenándose además hacer efectiva la garantía única de cumplimiento.

2.14. La resolución n.º 000257 del 8 de noviembre de 1999 fue objeto de recurso de reposición por parte del contratista y Seguros del Estado. Los mismos fueron desestimados y la decisión confirmada en su integralidad el 21 de diciembre de 1999, con la expedición de la resolución n.º 000301 de tal fecha, la cual fue notificada mediante edicto fijado el 4 de enero del 2000 y desfijado el 18 siguiente.

2.15. En varias ocasiones se citó al contratista con el fin de efectuar la liquidación del contrato bilateralmente, pero los esfuerzos fueron infructuosos.

2.16. El día 30 de junio del 2000 se produjo un informe de interventoría que reitera que la obra fue destruida por efectos del río, a causa del abandono injustificado imputable al contratista.

3. En lo que tiene que ver con los fundamentos de derecho, la entidad demandante señala que contaba con la facultad de solicitar al juez la liquidación del contrato conforme con lo previsto en el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, y dado que de acuerdo con los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, se había agotado el término con el que contaba para liquidar unilateralmente.

**II. Trámite procesal**

4. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Santander el 26 de julio del 2001 (f. 102 c. 1) una vez notificada la **contestaron** los demandados, así:

4.1. Seguros del Estado (f. 149-154 c. 1) no aceptó los hechos relativos al abandono de la obra por parte del contratista asegurado y propuso las siguientes excepciones:

4.1.1. Falta de legitimación de Cormagdalena para pedir la liquidación judicial del contrato. La aseguradora alegó que el plazo de Ley 80 de 1993 para liquidar el contrato había vencido y agregó que la norma de la Ley 446 de 1998 que establece el plazo de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar para solicitarla al juez, no resultaba aplicable al contrato *sub judice*.

4.1.2. Invalidez de la causa demandatoria por inexistencia de relación de causalidad entre los motivos de la terminación unilateral y los hechos ocurridos. Al respecto, explicó que los tropiezos en las obras se debieron a circunstancias imputables únicamente a la entidad, que no tuvo en cuenta los cambios intempestivos y violentos del río Magdalena y los problemas de orden público. También señaló que los cambios técnicos pedidos por la interventoría no tenían sustento real y la cota establecida en los diseños entregados por Cormagdalena era errada. En concreto indicó:

*a. Los diseños mismos de la obra no previó los cambios intempestivos y violentos en el río magdalena, tanto que el contrato fue objeto de múltiples suspensiones y se estaba a la deriva de una bajada en el nivel mismo para reiniciar las obras. Y si bien es cierto en algunas ocasiones se avisa que el rio ya estaba listo os problemas de orden público conocidos en la región hacían imposible el reinicio de las obras de manera inmediata.*

*b. El 24 de junio se presentó un cambio técnico de la obra a raíz de la erosión de la orilla y como bien dice el contratista los cambios que sugería la interventoría no tenían sustento real ya que las tomas se hacían a nivel de la orilla y esta no existía porque era de tipo alcantarillado o de pared vertical. “Las correcciones de diseño presentadas por la interventoría no eran permisibles por las acciones del río debido a que el diseño contemplaba una protección de orilla y no una defensa del caudal”.*

*c. “Los diseños presentados por CORMAGDALENA para la ejecución de la obra presentaron una cota errada, lo cual causó una socavación del río en la bolsaconcreto de cimiento y se perdió gran parte de la obra ejecutada (ver parciales). Luego se hace un nuevo diseño que no era posible ejecutar por el perfil topográfico y área del terreno, consistía en hacer un espolón en seco que se introducía en el río a ocho a ocho (8) metros de profundidad, lo cual era imposible de ejecutar. Debido a esto se suspende la obra por el nivel del río y se decide liquidar el contrato”.*

4.1.3. Inexistencia de la obligación de Seguros del Estado. Basó ésta en la falta de configuración del siniestro de inversión del anticipo, ya que el dinero sí fue debidamente usado; la proporcionalidad del cumplimiento de acuerdo con lo recibido en actas de obra parcial, y la exclusión expresa en la póliza del caso fortuito y la fuerza mayor ocurridos en la obra asegurada. En concreto indicó:

*El ámbito del contrato de seguro está delimitado por las condiciones contractuales contenidas en la respectiva póliza y de ella tenemos:*

*a. No se configura el amparo del anticipo por cuanto el contratista no ha hecho uso o apropiación indebida de los dineros que le fueron confiados al contratista para la ejecución del contrato ya que estos fueron debidamente invertidos en la obra pero desafortunadamente y por hechos no imputables a él se perdieron.*

*b. Se pretende que el contratista no ha cumplido con el objeto contractual pero se sabe que CORMAGDALENA ha recibido varias actas parciales de obra, pero es necesario determinar qué porcentaje de obra se ejecutó efectivamente, qué se pagó al contratista y después estudiar en cabeza de quién o de quiénes radica la responsabilidad de la pérdida de la obra. Por cuanto es muy sencillo pero incoherente e inequitativo asignar la responsabilidad en un contratista que actuó dentro del marco del diseño impuesto y, más aun, que actuó dentro de la órbita de lo posible ya que se presentaron hechos extraordinarios configurativos de fuerza mayor.*

*c. EXCLUSIONES. Tal y como expresamente se convino en la póliza, los amparos no operaban por FUERZA MAYOR O CASO FURTUITO O CUALQUIER OTRA CAUSAL DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA y si eventualmente consideramos que los hechos que llevaron al traste la obra no fueron determinados por un mal diseño, tendríamos que la obra no se pudo ejecutar cabalmente por la fuerza destructora de la naturaleza y como se deduce de las múltiples suspensiones de la obra.*

4.2. La sociedad Ríos Construcciones Ltda. alegó varias circunstancias en idéntica forma a lo planteado por Seguros del Estado, tales como la falta de sustento de los cambios técnicos pedidos por la interventoría. Además de esto, propuso las siguientes excepciones:

4.2.1. Improcedencia de la acción, la cual consideró configurada por que el contrato debía ser liquidado por la demandante y no por el juez. Agregó que la Ley 446 de 1998 no era aplicable al contrato:

*IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN por parte de CORMAGDALENA para pedir la liquidación del contrato por la vía judicial toda vez que el contrato lo debe liquidar la entidad demandante. El tribunal es incompetente para dirimir este asunto de conformidad con lo previsto en la ley 80 de 1994 (art. 60), aplicable al caso. La ley 446 de 1998 que se invoca por la demandante no puede ser de recibo por cuanto para la fecha del contrato 0054 de 1998 todavía no estaba vigente.*

4.2.2. Buena fe de la sociedad contratista, sobre la que alegó:

*(…) En la contratación debe prevalecer el principio de la buena fe en el desarrollo del contrato. La sociedad que represento en ningún momento ha actuado de otra manera, siempre ha estado atenta para cumplir a cabalidad con las obligaciones contractuales. No así la entidad demandante CORMAGDALENA, quien mal asesorada por la interventoría, ha sido la única responsable de que las obras no se hayan realizado con las especificaciones necesarias.*

4.2.3. Fuerza mayor, ya que el fracaso en la ejecución del proyecto se debió a circunstancias no imputables al contratista, que siempre estuvo atento a la solución de los inconvenientes:

*FUERZA MAYOR, la cual se fundamenta en el hecho de que la ejecución de la obra presentó inconvenientes naturales que obligaron a rediseñar la obra. Estos inconvenientes no son imputables a culpa o negligencia del contratista. No obstante dichos factores adversos la sociedad demandada siempre tuvo la mejor disposición para solucionarlo de la mejor manera posible para llevar el contrato a feliz término, lamentablemente sin contar con la colaboración de la demandante CORMAGDALENA quien por intermedio de la interventoría no prestó la colaboración técnica requerida para solucionar los inconvenientes y además económicamente perjudicó a la sociedad demandada colocándola en una difícil situación económica al negarle pagos parciales de actas parciales de obra ejecutada.*

5. Surtido el trámite procesal correspondiente y concluido el periodo probatorio, se corrió traslado a las partes para alegar el 22 de noviembre del 2006 (f. 327 c. 1), oportunidad en la que intervinieron Cormagdalena y Seguros del Estado, así:

5.1. Cormagdalena (f. 328-333 c. 1) reiteró sus pretensiones y consideró que las pruebas recaudadas daban cuenta del abandono de la obra y su eventual desaparición total por esta causa, específicamente un informé técnico rendido durante el trámite procesal. Agregó que evidentemente sí contaba con la legitimación para solicitar la liquidación judicial del contrato, al haber transcurrido el plazo para realizarla de forma bilateral o unilateral y haber hecho la solicitud al juez administrativo dentro de los dos años siguientes al acaecimiento de esta circunstancia.

5.2. Seguros del Estado (f. 334-336 c. 1) presentó exactamente los mismos argumentos alegados en la contestación de la demanda.

6. El 19 de febrero del 2009 el Tribunal Administrativo de Santander profirió **sentencia** de primera instancia (f. 405-411 c. ppl), en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y declaró judicialmente liquidado el contrato. La parte resolutiva de la decisión es la siguiente:

*Primero. DECLARAR JUDICIALMENTE LIQUIDADO EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA No. 00054 de 1998 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA “CORMAGDALENA” y “RÍOS CONSTRUCCIONES LTDA”, en la forma como se registra en la parte motiva de este proveído.*

*Segundo. CONDENAR con base en la liquidación judicial del contrato a que refiere el artículo anterior, a SEGUROS DEL ESTADO S.A. a pagar a favor de CORMAGDALENA, la suma de CIENTO DIEZ Y SIETE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS DOS PESOS MCTE. ($117´739.702.00) debidamente indexados con aplicación de la fórmula que se explicitó en la parte motiva de este proveído, con base en la póliza No. 989550012, por haberse realizado el siniestro referido al anticipo que dicha póliza ampara.*

*Tercero. No se accede a la condena en costas por no darse los supuestos de hecho para ello.*

*Cuarto. La aseguradora deberá dar cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 177 y 178 del C.C.A.*

*Quinto. RECONOCER al Dr. CARLOS ENRIQUE QUIJANO RUEDA portador de la tarjeta profesional de abogado No. 13.818.846 del CSJ, como apoderado de SEGUROS DEL ESTADO, conforme al poder que obra al folio 225 del expediente.*

*Sexto. Una vez ejecutoriada esta providencia, expídanse copias a cargo de la parte interesada, con constancia de ser la primera copia y de prestar mérito ejecutivo. Art. 115 del C.P.C. También, una vez ejecutoriada, archívese previas las constancias de rigor en el sistema siglo XXI.*

6.1. La sentencia de primera instancia planteó dos problemas jurídicos, a saber: si la entidad estaba facultada o no para pedir la liquidación judicial del contrato, y si, en caso de encontrar que la liquidación arrojaba saldos a favor de la entidad contratante, la aseguradora demandada debe responder por dicha suma.

6.2. Respecto del primer problema, encontró que, en efecto, a la entidad le asistía la potestad de solicitar la liquidación judicial del contrato luego de que venciese el término que la Ley 80 de 1993 estableció para que el contrato se liquidara por las partes o unilateralmente por la administración, así como que esta solicitud podía hacerse, tal cual sucedió en este caso, dentro de los dos años siguientes a tal momento. Señaló entonces:

*La liquidación de los contratos es paso obligado en los de tracto sucesivo, naturaleza que comparte el de obra pública que aquí nos ocupa, y, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, esta liquidación debe hacerse dentro del término convencional pactado para ello o en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (04) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. La facultad de liquidar unilateralmente los contratos, también se encuentra limitada al término ya referido, vencido este la administración pierde la facultad que en esta materia le concede la ley.*

*Si la administración no hiciere la liquidación durante los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes, o en su defecto, del establecido por la Ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener dicha liquidación en sede judicial, a más tardar dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.*

*El contrato de obra pública No. 00054 de 1998 que origina esta acción, fue terminado unilateralmente por la Administración, mediante RESOLUCIÓN No. 00257 del 08 de noviembre de 1999, tal y como lo muestra el folio 43 del expediente, allegado a este por la parte actora no informado por la parte demandada, por lo que el tribunal lo valora como cierto.*

*En este orden de ideas la Administración contaba con los cuatro (4) meses siguientes al de la expedición de la Resolución 00257/99, esto es, hasta el ocho (08) de marzo de dos mil (2000) para liquidar contrato de común acuerdo, más dos meses para liquidarlo unilateralmente, esto es, hasta el ocho (08) de mayo de dos mil (2000) sin que se muestre en el expediente que tal circunstancia hubiera ocurrido. A partir de esta fecha: 08 de Mayo de 2000, se abre paso a la vía judicial para que el interesado, acuda a la jurisdicción para obtener dicha liquidación en sede judicial, a más tardar dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.*

*En conclusión, la vigencia de la acción judicial para liquidar el contrato va hasta el 8 de mayo de 2002 y la demanda se presentó el 16 de Agosto de 2000.*

*Aquí cabe preguntarnos si es viable que, al no haber sido posible la liquidación bilateral durante el término reseñado, ni efectuada en sede administrativa de manera unilateral por la administración, es posible que ésta última acuda al juez del contrato en procura de la liquidación judicial?.*

*Para responder a este interrogante resulta oportuno citar lo dicho por el H. Consejo de Estado en un pronunciamiento reciente:*

*“…si la entidad estatal contratante no efectúa la liquidación unilateral dentro del mencionado término de dos (2) meses, siguientes al vencimiento del plazo acordado o legalmente establecido para la procedencia de la liquidación conjunta, ha de concluirse que aquella pierde su competencia por razón del factor temporal –ratione temporis-, puesto que el aludido plazo legal de dos (2) meses es preclusivo en la medida en que la propia ley consagra una consecuencia en relación con su vencimiento, consistente en trasladar dicha competencia al juez del contrato y autorizar entonces al respectivo interesado –que podrá ser la propia entidad contratante o el particular contratista-, porque a partir del vencimiento de dicho plazo pueda demandar la realización de la liquidación ante el juez del contrato, de conformidad con el texto de la norma en cita [parte final de la letra d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.].”[[1]](#footnote-1)*

6.3. A continuación, realizó la liquidación del contrato tomando en consideración el dinero efectivamente entregado como anticipo y lo reflejado respecto de lo ejecutado en las obras parciales de obra, así:

*CONTRATO No. 0054 de 1998*

*OBJETO: “Ejecutar por sus propios medios materiales, equipo y personal en forma independiente y con plena autonomía técnico administrativa hasta su total terminación y aceptación final, por el sistema de precios unitarios que señala este contrato, la ejecución de las obras de protección de orillas en bolsacretos corregimiento de Sitio Nuevo, de conformidad con la propuesta presentada en 11 de febrero de 1998 y aprobada por CORMAGDALENA.” (Cláusula 1era)*

*CONTRATANTE: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA “CORMAGDALENA”.*

*CONTRATISTA: RÍOS CONSTRUCTORES LTDA.*

*VALOR: $435´420.652.00 (cuatrocientos treinta y cinco millones cuatrocientos veinte mil seiscientos cincuenta y dos pesos Mcte.)*

*BALANCE DEL CONTRATO:*

*PAGOS EFECTUADOS AL CONTRATISTA:*

*Anticipo: (40%) (fol.356)………………………………………………………….$174.168.261.00*

*EJECUCIÓN FÍSICA DEL CONTRATO:*

*Actas parciales de obra:*

*No.1 (7 de mayo de 1999) $45.843.769.00*

*No. 2 (25 de febrero de 1999) $10.584.790.00*

*TOTAL EJECUTADO $56´428.559.00*

*RESULTADO ($56´428.559.00)*

*A FAVOR DE LA CONTRATANTE: $117´739.702.00*

*La operación matemática que antecede, muestra un saldo a favor de la contratante, actora en este proceso, por valor de CIENTO DIEZ Y SIETE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS DOS PESOS MCTE.*

6.4. A continuación, señaló que la sociedad demandada Seguros del Estado debía ser condenada al pago del referido saldo a favor de Cormagdalena porque fue esta la que expidió la póliza de garantía n.º 989550012 del 15 de mayo de 1998, dentro de la que se encontraba el amparo de anticipo, cuyo siniestro asegurado se configuró en el presente caso. Indicó entonces:

*En dicho contrato de seguro, se registra como asegurado o beneficiario a CORMAGDALENA, quien es el TITULAR DEL INTERÉS ASEGURABLE y quien, por ende, tiene la legitimación por activa para arrimar directamente a este proceso a la aseguradora, tal y como en efecto lo hizo.*

*EL RIESGO ASEGURADO, lo es, entre otros, el “ANTICIPO”, por un valor de CIENTO SETENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO SESENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y UN PESOS MCTE (174´168.261.00) (sic).*

*El OBJETO del seguro, lo es “las obras de protección de orillas en bolsacretos corregimiento de sitio nuevo CONTRATO No. 0054” suscrito entre el AFIANZADO en la póliza quien es RÍOS CONSTRUCCIONES LTDA. y el ASEGURADO que lo es CORMAGDALENA, datos todos estos coincidentes con los de la demanda que aquí nos ocupa.*

*Así las cosas, se tiene que siendo EL VALOR ASEGURADO ($174´168.261.00) MAYOR que el valor resultante a favor de CORMAGDALENA ($117´739.702.00), se infiere que el contratista no hizo una total aplicación del anticipo al objeto del contrato, de donde existe el deber de la aseguradora de cubrir el remanente con cargo a la póliza en comento, toda vez que, de acuerdo con el artículo 1072 del Código de Comercio, tuvo OCURRENCIA EL SINIESTRO ó REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO, siendo el beneficiario, como ya se dijo CORMAGDALENA. Este valor deberá pagarse debidamente indexado, con la aplicación de la fórmula que el H. Consejo de Estado utiliza para traer a valor presente sumas dinerarias, así:*

*VA= VH x Índice Final*

*Índice Inicial*

*De donde VH equivale a la suma adeudada y el índice final es el vigente para la fecha del fallo y el índice inicial es el vigente para el momento en que debió hacerse el pago, esto es, la fecha del vencimiento de los cuatro meses que la ley otorga para la liquidación del contrato de obra, que lo fue el ocho (08) de mayo del dos mil (2000).*

*Respecto de los argumentos de defensa asomados por la Aseguradora en el sentido de no existir relación de causalidad entre los motivos que originan la resolución de terminación unilateral del contrato y los hechos ocurridos, ha de decir el Tribunal que dicha resolución de terminación, no es objeto de discusión en este proceso, máxime cuando en las pretensiones de la demanda no se incluye el reconocimiento de perjuicio alguno por la no terminación del contrato en el plazo convencional.*

*Tampoco son de recibo los argumentos de defensa denominados “inexistencia de la obligación por parte de la compañía aseguradora con base en expresas condiciones del contrato de seguro”, porque tal y como quedó registrado atrás, justamente esas condiciones hacen pasible la responsabilidad de la aseguradora, quien fue arrimada directamente a este proceso.*

7. El 12 de marzo del 2009 presentó **recurso de apelación** Seguros del Estado (f. 414-417 c. ppl), que mostró su disentimiento con la sentencia de primera instancia con los siguientes argumentos:

7.1. Consideró improcedente la condena en su contra porque el objeto del litigio es la liquidación del contrato de obra y quien debía hacer efectivo el amparo era la misma entidad mediante acto administrativo motivado. Asimismo, indicó que la sentencia interpretó de forma equivocada el contrato de seguro que lo ata a Ríos Construcciones, pues se está haciendo efectivo como si se tratara de un contrato de responsabilidad civil. Se destaca entonces:

*(…) el contrato de seguro es accesorio al contrato principal, razón por la cual, si el proceso versa sobre la liquidación judicial del contrato de obra, mal puede directamente condenarse a la aseguradora el pago resultante del balance del contrato mediante providencia que no siquiera presenta consecuencia alguna frente al contratista quien en primera instancia es el responsable directo de asumir las consecuencias adversas de dicha liquidación judicial.*

*Estimamos que, el honorable Tribunal confunde, y lo decimos con todo respeto, el seguro de cumplimiento con el seguro de responsabilidad civil, contratos éstos marcados por profundas diferencias, dentro de las que se destacan, principalmente:*

*- El seguro de cumplimiento, ampara el riesgo de incumplimiento del contratista, mientras que en el seguro de responsabilidad civil se cubre la responsabilidad en que pueda incurrir el asegurado, sea esta contractual o extracontractual.*

*- Mientras el seguro de cumplimiento protege el patrimonio del acreedor asegurado, que se puede ver afectado por el incumplimiento, en el seguro de responsabilidad civil se protege el patrimonio del deudor que eventualmente resulte responsable.*

*Además de lo anterior conviene precisar que, son las entidades estatales las que tienen el poder exorbitante de declarar el siniestro mediante acto administrativo y, consecuencialmente, hacer efectiva la póliza de seguro.*

*El honorable Consejo de Estado ha señalado que el siniestro se configura legalmente mediante un acto administrativo que declare su ocurrencia. Por manera que, la declaración del siniestro sólo surte efectos legales a partir de la notificación del acto administrativo al contratista y al garante.*

*Las anteriores son las razones que nos llevan a afirmar que CORMAGDALENA no estaba legitimada para incoar la acción frente a mi mandante SEGUROS DEL ESTADO S.A.*

7.2. A continuación, reprodujo integralmente lo alegado en la contestación de la demanda.

8. Por su parte, Cormagdalena **apeló** el 13 de marzo del 2009 (f. 418 y 429-433 c. ppl). Solicitó la revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia, ya que consideró errado haber descontado en la liquidación los valores reflejados en las dos actas parciales de obra, ya que ello pasa por alto que el material probatorio es claro en cuanto a que el abandono de la construcción causó su pérdida total. También solicitó que la liquidación tome en consideración la multa que por incumplimiento le fue impuesta al Ríos Construcciones Ltda. el 17 de septiembre de 1999.

9. Durante el término otorgado en esta instancia para alegar de conclusión, sólo intervino Cormagdalena (f. 438-443 c. ppl). En su alegato, la entidad estatal insistió en que no debe descontarse en la liquidación el valor de las obras parciales de obra y por el contrario sí debe incluirse el valor de la resolución de multa del 17 de septiembre de 1999. Agregó en esta oportunidad que tampoco se tuvo en cuenta la cláusula penal pecuniaria del 10% del valor del contrato, pactada en la cláusula décimo séptima del acuerdo.

**CONSIDERACIONES**

**I. Competencia**

10. La Sala es competente para decidir el caso por ser un asunto contractual en el que es parte una entidad estatal regida por la Ley 80 de 1993[[2]](#footnote-2), según lo dispone el artículo 75[[3]](#footnote-3) del mismo estatuto; y por cuanto se trata de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en un proceso que, por su cuantía[[4]](#footnote-4), tiene vocación de doble instancia.

**II. Hechos probados**

11. De conformidad con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos particularmente relevantes:

11.1. El 13 de mayo de 1998, Cormagdalena y Ríos Construcciones suscribieron el contrato n.º 000054 para la construcción de obras de protección en orillas del corregimiento de Sitio Nuevo, Magdalena. Concretamente el objeto del acuerdo y las cantidades de obras fueron pactados en las cláusulas primera y segunda, de la siguiente forma:

*CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar para CORMAGDALENA, por sus propios medios, materiales, equipo y personal en forma independiente y con plena autonomía técnico administrativa hasta su total terminación y aceptación final, por el sistema de precios unitarios y en los términos que señala este contrato, la ejecución de las Obras de Protección de orillas en Bolsacretos Corregimiento de Sitio Nuevo, de conformidad con la propuesta presentada el 11 de febrero de 1998 y aprobada por CORMAGDALENA, de acuerdo con las especificaciones Técnicas y bajo las condiciones estipuladas en el presente contrato.*

*CLÁUSULA SEGUNDA: ALCANCE Y CANTIDADES APROXIMADAS DE LOS TRABAJOS.- El alcance de los trabajos queda establecido según los Pliegos de Condiciones, dentro de los cuales se presentan las cantidades de obra a ejecutar. Las cantidades consignadas son aproximadas y representan un estimativo de los trabajos por realizar, en consecuencia, podrán aumentar o disminuir durante la ejecución del contrato sin que ello de lugar a la modificación de los precios unitarios pactados, ni a reclamación alguna por parte del CONTRATISTA.*

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| CUADRO CANTIDADES DE OBRA | | | | | | |
| ITEM DE PAGO | NORMA | DESCRIPCIÓN | UNIDAD | CANTIDAD | VALOR UNITARIO | VALOR TOTAL |
| 1 |  | Localización y control topográfico de las obras | GLB | 1.0 | 3.050.000 | 3.050.000.00 |
| 2 |  | Bolsacretos | M3 | 2857.0 | 111.679 | 319.066.903.00 |
| 3 |  | Excavación Material Común | M3 | 2075.0 | 5.600 | 11.620.000.00 |
| 4 |  | Suministro e instalación de geotextil | M2 | 4176.0 | 2.090 | 8.727.840.00 |
| 5 |  | Acero de Arriostramiento PDR-60 | KG | 1055.0 | 1.051 | 1.108.805.00 |
| 6 |  | Relleno en material común | M3 | 691 | 4.325 | 2.988.575 |
|  |  |  |  |  | Valor Básico | 346.562.123.00 |
|  |  |  |  |  | Administración (16%) | 55.449.940.00 |
|  |  |  |  |  | Imprevistos (5%) | 17.328.106.00 |
|  |  |  |  |  | Utilidades (4%) | 13.862.485.00 |
|  |  |  |  |  | Subtotal | 433.202.654.00 |
|  |  |  |  |  | IVA (16% sobre utilidades) | 2.217.998.00 |
|  |  |  |  |  | TOTAL | $435.420.652 |

11.2. De acuerdo con la cantidad de obra arriba relacionada, en la cláusula cuarta se pactó el valor del contrato en $435 420 652, suma de la cual el 4% correspondía a la utilidad esperada por el contratista (copia simple del contrato n.º 000054 de 1998 -12-19 c. 1-).

11.3. La cláusula octava previó la entrega de un anticipo del 40% del valor total del contrato, incluyendo IVA, una vez se cumplieron los requisitos de ejecución. La cláusula también estableció la forma en que debía manejarse el anticipo (copia simple del contrato n.º 000054 de 1998 -12-19 c. 1-):

*PARÁGRAFO PRIMERO: MANEJO DEL ANTICIPO.- El CONTRATISTA abrirá una cuenta corriente a nombre de “obras de protección de orillas en Bolsacretos corregimiento de Sitio Nuevo”, para manejar los fondos del anticipo, en tal forma que los cheques que se giren con cargo a ella, previa certificación del banco, necesiten para ser pagados la firma del CONTRATISTA o su representante designado. Los fondos del anticipo sólo podrán ser utilizados para los gastos propios del presente contrato y estarán condicionados al Plan de Inversión del Anticipo presentado por el CONTRATISTA. Los ítems relacionados en el plan de inversión del anticipo no podrán modificarse y corresponden a: 1. Instalación de campamentos, 2. Compra de materiales, 3. Transporte de equipo y 4. Pago de trabajadores. PARÁGRAFO SEGUNDO: AMORTIZACIÓN.- La cuota de amortización será igual al porcentaje del anticipo multiplicado por el valor del acta mensual de obra. Las deducciones por concepto de amortización del anticipo que se efectúen en cada acta, en ningún caso estarán sujetas a la aplicación de la fórmula de ajustes. El anticipo debe quedar amortizado en su totalidad por lo menos en las tres últimas cuentas, situación que deberá ser controlada por el interventor, con el objeto de que esta disposición se cumpla en su integridad. En toda cuenta por acta de ajuste debe amortizarse el anticipo.*

11.4. La cláusula décima previó la forma de calcular el valor de las actas de obra, sobre las que indicó que este correspondería a la multiplicación de las cantidades de obra ejecutada por los precios unitarios. Sin embargo, aclaró que para efectos de la calidad de la obra y demás, estas tendrían apenas un carácter provisional. Explicó (copia simple del contrato n.º 000054 de 1998 -12-19 c. 1-):

*PARÁGRAFO PRIMERO: ACTAS DE OBRA.- Las actas de obra mensual 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 los trabajos que no se hayan ejecutado a su entera satisfacción a efecto de que CORMAGDALENA se abstenga de pagarlos al CONTRATISTA hasta que el interventor dé el visto bueno. Ningún certificado que no sea el certificado de recibo definitivo de la totalidad o de parte de las obras, podrá considerarse como constitutivo de aprobación de algún trabajo u obra.*

11.5. La cláusula décima segunda impuso la carga al contratista de constituir garantía única por póliza de seguro, la cláusula décima tercera estableció la potestad de la entidad de declarar la caducidad del contrato, la décimo sexta previó la facultad de imposición de multas hasta por el 10% del valor del contrato, y la décima séptima estableció la cláusula penal pecuniaria, en los siguientes términos (copia simple del contrato n.º 000054 de 1998 -12-19 c. 1-):

*CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA: PENAL PECUNIARIA.- En caso de declaración de caducidad o de incumplimiento del contrato, el CONTRATISTA pagará a CORMAGDALENA, a título de pena, una suma igual al 10% del valor del contrato. Por el pago de esta suma no se entenderán extinguidas las obligaciones del CONTRATISTA, ni este quedará eximido de indemnizar totalmente los perjuicios causados, razón por la cual CORMAGDALENA podrá ejercer las acciones correspondientes.*

11.6. La cláusula vigésima segunda precisó que eran aplicables al contrato las cláusulas de terminación, modificación e interpretación unilateral previstas en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993 (copia simple del contrato n.º 000054 de 1998 -12-19 c. 1-).

11.7. El 15 de mayo de 1998, Ríos Construcciones Ltda. constituyó la póliza única de garantía n.º 989550012 para el contrato n.º 000054 de 1998, con las siguientes amparos, vigencias y valores asegurados (original póliza única de cumplimiento n.º 989550012 del 15 de mayo de 1998, expedida por Seguros del Estado –f. 7 c. 1-):

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Garantías | Vigencia inicial | Vigencia final | Valor asegurado |
| Cumplimiento | 18/05/1998 | 18/11/1998 | $46 542 065 |
| Anticipo | 18/05/1998 | 18/11/1998 | $174 168 261 |
| Prestaciones salarios | 18/05/1998 | 18/08/2001 | $21 771 033 |
| Estabilidad de obra | 18/05/1998 | 18/08/2003 | $43 542 065 |

11.8. La póliza n.º 989550012 fue prorrogada en su vigencia en varias oportunidades, quedando de forma definitiva la misma, respecto de cara amparo, así (original de los anexos modificatorios a la póliza 989550012 –f. 6,8 y 9 c. 1-):

|  |  |
| --- | --- |
| Garantías | Vigencia final |
| Cumplimiento | 05/03/2000 |
| Anticipo | 05/03/2000 |
| Prestaciones salarios | 05/12/2002 |
| Estabilidad de obra | 05/04/2004 |

11.9. La interventoría del proyecto se puso a cargo de la UT Incolta Ltda-Compañía de Asesorías Portuarias, con la que Cormagdalena suscribió el contrato n.º 000062 del 26 de mayo de 1998 (copia simple del contrato n.º 000062 de 1998 –f. 21-26 c. 1-).

11.10. El 30 de abril de 1999 las partes suscribieron el otrosí n.º 1 al contrato n.º 000054 de 1998, mediante el que se amplió el plazo del dicho acuerdo en 60 días calendario contados desde el momento en que debía terminar originalmente (copia simple del otrosí n.º 02 al contrato n.º 000054 de 1998 –f. 27 c. 1-).

11.11. El 9 de agosto siguiente se suscribió el otrosí n.º 2 al contrato 000054 de 1998, en el que se volvió a ampliar el plazo del contrato en 60 días calendario, contados desde el 12 de agosto de 1999 (copia simple del otrosí n.º 2 al contrato n.º 000054 de 1998 –f. 28 c. 1-).

11.12. El acta de inicio de obra se suscribió el 12 de junio de 1998, aunque en la misma fecha se acordó la suspensión del plazo por imposibilidad de adelantar obras por los niveles del río Magdalena. En total, durante su vigencia, el plazo del contrato debió ser modificado en siete ocasiones, debido a que el nivel del río Magdalena, en varios periodos, hizo imposible la ejecución de las obras. Las suspensiones se dieron así:

- Acta 1 de suspensión: 12 de junio de 1998 (f. 78-79 c. 1). Acta 1 de reinicio: 18 de agosto de 1998 (f. 76-77 c. 1).

- Acta 2 de suspensión: 25 de septiembre de 1998 (f. 74-75 c. 1). Acta 2 de reinicio: 2 de febrero de 1999 (f. 72-73 c. 1).

- Acta 3 de suspensión: 23 de febrero de 1999 (f. 70-71 c. 1). Acta 3 de reinicio: 5 de abril de 1999 (f. 68-69 c. 1).

- Acta 4 de suspensión: 14 de mayo de 1999 (f. 66-67 c. 1). Acta 4 de reinicio: 8 de junio de 1999 (f. 64-65 c. 1).

- Acta 5 de suspensión: 2 de julio de 1999 (f. 62-63 c. 1). Acta 5 de reinicio: 15 de julio de 1999 (f. 60-61 c. 1).

- Acta 6 de suspensión: 25 de agosto de 1999 (f. 58-59 c. 1). Acta 6 de reinicio: 6 de septiembre de 1999 (f. 56-57 c. 1).

-Acta 7 de suspensión: 17 de septiembre de 1999 (f. 54-55 c. 1).

11.12. El 8 de noviembre de 1999 Cormagdalena expidió la resolución n.º 000257 de tal fecha, mediante la que terminó unilateralmente el contrato n.º 000054 de 1998. La parte resolutiva de esta decisión es la siguiente (copia simple de la resolución n.º 000257 del 8 de noviembre de 1999 –f. 43-45 c. 1-):

*ARTÍCULO PRIMERO: Dar por terminado unilateralmente el contrato de Obra 000054-98, suscrito el 13 de Mayo de 1998 con la firma RIOS CONSTRUCCIONES LTDA. por valor de CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS VEINTE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS M/CTE ($435.420.652) M/cte, cuyo objeto es OBRAS DE PROTECCIÓN DE ORILLAS EN BOLSACRETOS CORREGIMIENTO DE SITIO NUEVO, por los motivos expuestos en los considerandos y de conformidad con lo establecido en el artículo 17 numeral 4º de la Ley 80 de 1993.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de esta resolución al representante legal de la firma RÍOS CONSTRUCCIONES LTDA y al representante legal de SEGUROS DEL ESTADO S.A. informándoles en la diligencia respectiva que contra la presente resolución procede el recurso de reposición, del cual podrá hacerse uso ante la Dirección Ejecutiva dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.*

*ARTÍCULO TERCERO: Una vez ejecutoriado el presente acto administrativo, proceder a la liquidación del contrato, y hacer efectiva la Garantía única de cumplimiento No. 989550012 expedida por Seguros del Estado.*

11.13. La parte considerativa del acto administrativo de terminación indicó que, en efecto, se produjeron varias suspensiones por el nivel del rio. Sin embargo, apunto a que desde mediados de julio de 1999 las obras fueron abandonadas por el contratista, seguramente por su difícil situación económica. Se destacan los siguientes apartes (copia simple de la resolución n.º 000257 del 8 de noviembre de 1999 –f. 43-45 c. 1-):

*Que en el acta de iniciación de obra del 13 de mayo de 1998, se fijó como fecha de iniciación de los trabajos el día 12 de junio de 1998, y un plazo de ejecución de tres (3) meses.*

*Que en la ejecución del contrato se han presentado suspensiones de obra en varias ocasiones, debido a los altos niveles presentados por el río Magdalena durante el segundo semestre de 1998 y parte del primero de este año, determinándose como nueva fecha para la ejecución de los trabajos el día 3 de mayo de 1999.*

*Que por solicitud de la firma Ríos Construcciones Ltda, se le concedió ampliación en el plazo para la ejecución de los trabajos en sesenta (60) días, el cual vencía el día 11 de agosto de 1999, concediéndose nuevamente prórroga por sesenta días calendario, encontrándose en la actualidad suspendido.*

*Que el día 15 de julio de 1999, la firma contratista a pesar de haber suscrito acta de reiniciación de las obras, no dio comienzo a los trabajos, ya que el personal empleado se negó a laborar debido al no pago por parte de la firma, de los salarios y otros suministros adeudados a la comunidad del corregimiento de Sitio Nuevo.*

*Que mediante oficio 091 de julio 21 de 1999, la unión temporal Incolta-Cia de Asesorías Portuarias Ltda, en su calidad de interventora del contrato manifiesta “El contratista argumenta falta de recursos económicos para el pago de personal”.*

*Que como consecuencia de la anterior situación, la firma contratista reinició los trabajos el día 21 de agosto de 1999, lo que representó la pérdida de 36 días de trabajo, en los que no sólo era posible adelantar la totalidad de la obra, sino que también por los niveles que presentaba el río en esa época, eran los más favorables para la correcta ejecución de los trabajos.*

*Que en el momento de cumplirse el plazo contractual, la firma Ríos Construcciones Ltda., presentaba un avance de obra del 37%, lo que nos lleva a afirmar con plena certeza, que la demora en la ejecución de los trabajos, se debe fundamentalmente a la precaria situación económica en que se encuentra, producto de los embargos judiciales registrados en la entidad, que a la fecha contabilizan diez (10) y ascienden a la suma de setecientos cuatro millones doscientos mil pesos ($704.200.000.oo) M/cte, es decir, cantidad muy superior del valor inicial del contrato.*

*Que el artículo 17 numeral 4º de la Ley 80 de 1993, establece que la entidad estatal en acto administrativo motivado, debe disponer la terminación anticipada del contrato cuando existan embargos judiciales del contratista, que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato, lo que a juicio de Cormagdalena se ha presentado en la ejecución del presente contrato.*

11.14. El 17 de septiembre de 1999, mediante resolución n.º 000218 de tal fecha, Cormagdalena impuso a Ríos Construcciones una multa por el valor de $15 938 791, ya que, de acuerdo con la parte considerativa de la decisión, para el 11 de agosto de presentaba un avance de obra de apenas el 37%, sin que se hubiese presentado justificaciones al respecto por parte de la contratista (copia simple de la resolución n.º 000218 del 17 de septiembre de 1999 –f. 82-83 c. 1-).

11.15. Ríos Construcciones S.A. y Seguros del Estado Interpusieron sendos recursos de reposición en contra de la resolución n.º 000257 del 8 de noviembre de 1999, la cual fue confirmada en su integralidad por la resolución n.º 000301 del 21 de diciembre de 1999 (copia simple de la resolución n.º 00301 del 21 de diciembre de 1999 –f. 37-41 c. 1-).

11.16. El 30 de junio del 2000, la interventoría presentó concepto técnico en el que indicó que las obras se habían perdido totalmente por el cambio intempestivo de los niveles del río y por el incumplimiento del contratista. En concreto afirmó (copia simple del concepto de la interventoría del contrato n.º 000054 de 1998 –c. 49-50 c. 1-):

*(…) damos a conocer los considerando técnicos que conceptuamos con respecto a la problemática que presentó la estabilidad de la obra de la referencia.*

*1. En la segunda y tercera semana del mes de mayo de 1999, se presentaron altos niveles del río, que sobrepasaron los niveles de desbordamiento en el sitio de las obras a consecuencia del crudo invierno que se presentó en esa época, en todo el país.*

*Se observó que una vez disminuyó el nivel del río, se presentaron cambios morfológicos en la orilla del río en el tramo ∆1-∆2. La fuerte corriente produjo una socavación en el pie del talud de la orilla, con profundidad aproximada de los 6.0 m. profundidad esta que sobrepasa la cota de desplante de cimentación inicialmente diseñada en los planos del proyecto.*

*3. La fuerte corriente del río ocasionó la erosión y socavación del sector ∆1-∆3 destruyendo parte del trabajo ejecutado, perdiéndose 89 bolsacretos (oficio 075-4-06-99).*

*4. En el mismo oficio (075) la interventoría recomendó una solución técnica con el propósito de proteger la estructura existente, aportando planos y especificaciones técnicas para su construcción.*

*5. Estas recomendaciones no fueron ejecutadas por las siguientes razones:*

*-Demora injustificada por parte del contratista en la reiniciación de las actividades (oficio 084-29-06-99).*

*-Aumento en los niveles del río y paralización de la obra sin acometer las obras recomendadas por Interventoría y Cormagdalena a causa de la demora en la reiniciación de las actividades por parte del contratista.*

*6. Se presenta el mismo fenómeno de socavación en el período del 2 al 15 de julio, ocasionado derrumbes y pérdidas de 360m3 de bolsacreto ejecutados. (Informe de avance n.º 6, pag. 4)*

*En el resto del tiempo hasta la fecha de parálisis definitiva de la obra, el contratista no ejecutó ninguna labor para proteger la estructura existente, permitiéndose con esto la desaparición total del resto de la obra existente (…).*

*CONCEPTO*

*De acuerdo a los anteriores considerandos nos permitimos conceptuar:*

*A. La estabilidad de la obra se vio afectada a causa del cambio intempestivo de las condiciones del río, que originó una socavación profunda en el pie del talud que conformaba la orilla.*

*B. Que por falta de previsión, mala organización y mal manejo e incumplimiento por parte del contratista, no se evitó en su momento que la obra restante existente colapsara en su totalidad.*

**III. Problema jurídico**

12. La Sala deberá analizar la procedencia de la solicitud de liquidación judicial del contrato n.º 000054 de 1998 hecha por la entidad contratante Cormagdalena, precisar qué valores deben estar incluidos en esta y determinar quién debe hacerse cargo del pago del monto resultante.

**IV. Análisis de la Sala**

13. De entrada, la Sala advierte que en el presente caso, tal como lo indicó la sentencia de primera instancia, resulta totalmente procedente acceder a la principal pretensión de Cormagdalena en el pleito, relativa a la liquidación judicial del contrato n.º 000054 de 1998, cuyo objeto era la construcción de obras de mitigación en la orilla del río Magdalena en Sitio Nuevo, Magdalena, ya que cualquiera de las partes de un contrato se encuentra habilitada para ello conforme con lo previsto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

14. Al respecto, la jurisprudencia de esta Sección ha sido clara en cuanto a que las partes del contrato se encuentran legitimadas para el efecto, dado que la norma señala que además de poder solicitar al juez administrativo la declaratoria de existencia, nulidad o incumplimiento de un contrato, están en capacidad de pedir que *“se hagan otras declaraciones y condenas”*. Se reitera entonces que[[5]](#footnote-5):

*Liquidación judicial, es aquella que realiza y adopta el juez del contrato, en desarrollo de un proceso judicial o arbitral, según corresponda, en ausencia de alguna de las modalidades de liquidación antes mencionadas.*

*El juez deriva su competencia sobre esta materia, entre otras disposiciones legales, tanto de los dictados del artículo 87 como de lo dispuesto en la mencionada letra d) del numeral 10 del artículo 136, ambas normas del Código Contencioso Administrativo -C.C.A.-.*

*En efecto, el citado artículo 87 del C.C.A., en su inciso 1º, al consagrar la acción de controversias contractuales -acción por cuya virtud las partes de un contrato quedan habilitadas para acudir ante el juez del mismo-, de manera explícita dispone que en ejercicio de dicha acción y en relación con el correspondiente contrato estatal, pueden pedirse “otras declaraciones y condenas”, aspecto genérico este dentro del cual, como es natural, tiene cabida perfectamente la posibilidad de solicitar la liquidación del respectivo contrato, norma legal que, a su vez, faculta al juez para hacer los pronunciamientos que correspondan en relación con tales pretensiones.*

*La norma legal en cita encuentra perfecto complemento en la disposición de la letra d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., la cual, al ocuparse de definir el término de caducidad de las diferentes acciones judiciales, faculta al interesado para que -en los casos en que se cumplan los presupuestos procesales correspondientes, incluidos en esa misma norma-, pueda acudir ante la jurisdicción, es decir ante el juez del contrato, para obtener de éste la liquidación correspondiente.*

15. Según lo argüido por el apelante Seguros del Estado, la entidad no podía solicitar la liquidación judicial del contrato porque las normas que lo permiten fueron introducidas por la Ley 446 de 1998, que no resultan aplicables al caso, sino las de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, estas afirmaciones son imprecisas.

16. Más allá de que la aseguradora no expresó con claridad las razones por las que considera que las normas de la Ley 446 de 1998 son inaplicables al caso, es evidente para la Sala que esto no encuentra razón de ser, dado que la potestad de las partes para solicitar la liquidación judicial se deriva del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que aunque fue modificado por la Ley 446 de 1998 en su artículo 32, se cambió únicamente en lo tocante a la acción adecuada y el plazo para la impugnación de actos separables del contrato, y no en las pretensiones que las partes podía formular por medio de la acción de controversias contractuales, particularmente la de hacer *“otras declaraciones y condenas”*.

17. Los restantes argumentos de las partes apelantes refieren a los valores que deben incluirse en la liquidación y a la determinación de quien debe ser el encargado de pagar dichas sumas. Se pasa a resolverlos.

18. Seguros del Estado ha indicado que no existía relación de causalidad entre los motivos de terminación unilateral y la conducta del contratista; que, por el contrario, el fracaso del proyecto se debió a tropiezos imputables a la entidad, que no tuvo en cuenta los cambios en los niveles del río Magdalena, así como a la interventoría, que modificó aspectos técnicos de forma irrazonable.

19. Al respecto, la Sala encuentra que estas afirmaciones tienen que ver con circunstancias que fueron evaluadas por la entidad demandante respecto del avance en la obra de Ríos Construcciones Ltda., así como, y principalmente, sobre su estado financiero, y luego plasmadas en la resolución de terminación unilateral del contrato. Este acto goza de una presunción de legalidad que no puede ser materia de controversia en este proceso porque no fue demandado.

20. Además, aun cuando se obviara esta circunstancia, lo cierto es que ninguna prueba se trajo para desvirtuar las consideraciones de la decisión administrativa, pues ningún documento o testimonio se arrimó al expediente que permita concluir que el contratista no se hallaba en la situación financiera que refiere el acto, ni de lo efectivamente allegado se puede concluir que la situación climática fuese desatendida por la entidad.

21. En sentido opuesto, lo que se concluye es que la entidad siempre estuvo dispuesta a tomar las medidas que fuesen necesarias para la ejecución del proyecto a pesar de los niveles no óptimos del río, por lo que aceptó suspender la obra en siete oportunidades, sin que en las respectivas actas de interrupción Ríos Construcciones manifestara inconformidad.

22. Igualmente, las afirmaciones relativas a la irrazonabilidad de las condiciones técnicas pedidas por la interventoría no cuentan con ningún tipo de sustento probatorio.

23. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala encuentra que la aseguradora, en parte, sí tiene razón en lo que tiene que ver con la configuración del siniestro de indebida inversión del anticipo, ya que el material probatorio del contrato demuestra que en realidad la proporción de obra recibida por la entidad fue superior a lo que consideró la sentencia de primera instancia.

24. En la decisión impugnada, la liquidación hecha por el *a quo* tuvo como parámetros principales el valor del anticipo entregado a Ríos Construcciones, el cual fue del 40% del valor del contrato, es decir, $174 168 261, los cuales, valga decir, fueron efectivamente entregados al contratista el 10 de junio de 1998, de acuerdo con el comprobante de egreso n.º B-3441 visible en el folio 46 del cuaderno n.º 1; así como las actas de recibo parcial de obra que, en su concepto, sumaban $56 428 559. A continuación, restó del valor entregado como anticipo el monto expresado en las actas de obra parciales, dando un valor de $117 739 702.

25. Sin embargo, la Sala encuentra que este cálculo no es preciso, porque no tiene en cuenta lo que reflejan en realidad estas actas parciales de obra, en las que se muestra una ejecución mucho mayor a los $56 428 559.

26. Durante la ejecución contractual, de acuerdo con lo probado, se produjeron dos actas parciales de recibo de obra. La primera de ellas fue suscrita por las partes el 7 de mayo de 1999 (f. 141-142 c. 3), dejando constancia de que para ese momento se había ejecutado el 15% de las cantidades de obras pactadas en el contrato, por un valor de $45 843 769.

27. La segunda fue levantada el 21 de junio de 1999 y en ella no sólo se indicó que en tal ocasión se recibía obra a satisfacción del interventor por un valor de $115 012 695, sino que se dejó constancia que el porcentaje de obra ejecutada alcanzaba para ese momento el 37% respecto de las cantidades originalmente pactadas.

28. Esto quiere decir que, en realidad, el valor de las obras recibidas por la entidad contratante fue de $160 856 464, el 37% del total del contrato, lo cual no sólo se desprende con claridad de los documentos reseñados, sino que es coincidente con lo que la misma entidad expresó en la resolución n.º 000257 del 8 de noviembre de 1999 (f. 44 c. 1):

*Que en el momento de cumplirse en plazo contractual, la firma Ríos Construcciones Ltda., presentaba un avance de obra del 37%, lo que nos lleva a afirmar con plena certeza que la demora en la ejecución de los trabajos, se debe fundamentalmente a la precaria situación económica en que se encuentra (…).*

29. Esto quiere decir que el siniestro de indebida inversión del anticipo sí se dio, porque habiéndose entregado el 40% del valor del contrato como anticipo sólo se recibió el 37% de las obras pactadas, pero el monto de esta incongruencia es menor a lo considerado por el *a quo*, lo que forzosamente tiene que reflejarse en la liquidación del contrato.

30. Es menester en este punto, entrar a resolver las razones de inconformidad de la demandante Cormagdalena respecto de la sentencia impugnada, los cuales, en su totalidad, tiene que ver con los montos que deben incluirse en la liquidación.

31. La primera de ellas, precisamente, estriba en el descuento que se hizo en la liquidación del *a quo* por las actas de obra parciales, dado que las obras se terminaron perdiendo totalmente.

32. Al respecto, la Sala encuentra que los descuentos deben ser incluidos en la liquidación, dado que la obra, material y efectivamente, fue recibida a satisfacción y con el visto bueno del interventor, según se explicó anteriormente.

33. Es cierto que las obras se perdieron totalmente por el efecto de la corriente en la orilla, ya que ello se desprende con claridad no sólo del informe de interventoría (ver supra párr. 11.16.), sino del dictamen pericial rendido durante el trámite procesal (f. 287-307 c. 1).

34. Sin embargo, ciertamente el abandono que derivó en la pérdida de las obras no puede ser imputado únicamente a la contratante, pues las obras existían para el momento de la terminación del contrato, lo que hace concluir que la entidad demandante, estando las obras ya en su poder, no hizo nada para su mantenimiento y evitar su destrucción total por la fuerza del río. Debió, por ejemplo, adelantar otro proceso de contratación que permitiera aprovechar lo entregado por Ríos Construcciones Ltda.

35. Por otra parte, solicitó que se incluyera en la liquidación el valor de la multa impuesta en la resolución n.º 000218 del 17 de septiembre de 1999. No se puede acceder a esta petición porque el acto es abiertamente ilegal, dado que la entidad no contaba con la competencia para imponer una sanción de este tipo de forma unilateral, según se pasa a explicar.

36. Dado que el contrato n.º 000054 de 1998 fue suscrito el 13 de mayo de 1998, y tomando en consideración que una de las partes que lo celebró, Cormagdalena, es una entidad regida por la Ley 80 de 1993, éste se encontraba regido por esa norma.

37. Bajo este régimen no le asistía a la administración la potestad de imponer, mediante un acto administrativo motivado, una multa en virtud del incumplimiento del contratista.

38. Tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, la facultad de imponer una sanción pecuniaria que opere como mecanismo de apremio al contratista con el objeto de constreñirlo al exacto cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro de los plazos contractualmente pactados, no ha acompañado a las entidades públicas de forma ininterrumpida y ello ha dependido de la norma reguladora de la actividad contractual que se encontrare vigente en cada caso particular.

39. En el régimen contractual previo a la expedición de la Ley 80 de 1993, en general regido por el Decreto 222 de 1983, era claro que la imposición de sanciones económicas declarables mediante acto administrativo motivado, para los propósitos arriba anotados, estaba en cabeza de la entidad estatal, tal como lo preveía esa norma en su artículo 71, que de hecho establecía una obligatoriedad de incluir disposiciones en este sentido en los contratos perfeccionados bajo su rigor:

*Art. 71.- De la cláusula sobre multas. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra. Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto. En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula.*

40. En consonancia con la norma, esa facultad fue reconocida por la jurisprudencia de esta Corporación, que la entendió como propia de las entidades estatales sin mayores limitaciones, salvo aquellas derivadas del propio artículo 71 del Decreto 222 de 1983, es decir, que el contrato no fuere de empréstito y que en verdad se tratara de un contrato gobernado por el estatuto contractual, siéndole vedada a la administración la inclusión de esa potestad en otro tipo de contratos[[6]](#footnote-6):

*Esa facultad de imponer multas en forma unilateral, no puede ser usada sino en los casos en los cuales expresamente lo autoriza la ley, es decir, en los contratos administrativos, hoy denominados contratos estatales, sin que pueda una entidad de derecho público extenderla a otros eventos no consagrados en la norma, bajo el argumento de que ese es un contrato de naturaleza especial.*

41. Cabe resaltar que la Subsección, aunque no ha variado la posición de la procedencia del pacto de multas y su imposición por acto administrativo en los contratos regidos por el Decreto 222 de 1983, incluyó otra limitación al advertir que ello solo podría producirse en el entendido de que la imposición se hiciere aún dentro del término previsto como plazo de ejecución del contrato, ya que lo contrario implicaría desconocer el carácter fundamental de apremio para el contratista que tiene ese tipo de sanción. Así, en sentencia del 25 de agosto del 2011 se sostuvo que[[7]](#footnote-7):

*En materia de contratación estatal, las multas constituyen una sanción pecuniaria que opera como mecanismo de apremio al contratista, tendiente a constreñirlo al exacto cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro de los plazos contractualmente pactados. Por esta razón, la multa debe ser impuesta durante la ejecución del contrato y cuando quiera que se presenten incumplimientos parciales o retrasos en relación con el respectivo cronograma de ejecución, pues sólo en esta forma cumple su finalidad; de tal manera que si una medida de esta naturaleza se produce por fuera del plazo contractual, ya resulta perfectamente inane desde el punto de vista del objetivo que con ella se persigue, cual es la obtención de la correcta y oportuna ejecución del objeto contractual: “No se trata de indemnizar o reparar un daño a través de las mismas, de manera que su imposición no exige la demostración del mismo[[8]](#footnote-8), sino simplemente es un mecanismo sancionatorio ante la tardanza o el incumplimiento del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual[[9]](#footnote-9).*

42. La situación fue sustancialmente diferente con la expedición y entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, dado que en su articulado nada se previó sobre la facultad que de manera expresa sí se había consagrado en el anterior régimen y más allá de algunas marginales referencias de carácter general a trámites y deberes de las entidades respecto de multas y sanciones[[10]](#footnote-10), no se incluyó la posibilidad de pactar una multa por la mora en el cumplimiento del contenido obligacional de un contrato en lo que atañe al contratista, la cual fuera susceptible de ser impuesta mediante un acto administrativo.

43. El silencio sobre este aspecto en el estatuto de contratación estatal fue interpretado de diferentes formas por la Sección, que en principio consideró ello no era óbice para el uso de la facultad por parte de la administración, ya que era consustancial a su potestad de autotutela y propia de su deber de hacer cumplir los fines estatales mediante la ejecución de la función contractual, siempre que en uso de la autonomía de la voluntad que enmarca a la Ley 80 de 1993, se hubiere pactado ese evento[[11]](#footnote-11):

*Si la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista*

44. Sin embargo, esta postura fue posteriormente recogida por la Sección, para en su lugar considerar que no era posible la imposición, mediante la expedición de un acto administrativo, de una multa por incumplimiento, ni siquiera en aquellos casos en los que expresamente se hubiese pactado una cláusula en tal sentido, dado que en tal evento se hace necesaria una declaración judicial sobre el incumplimiento, puesto que las potestades sancionatorias deben provenir de la ley, lo cual, como se dijo ya, no ocurre en vigencia de la Ley 80 de 1993[[12]](#footnote-12):

*No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.*

45. Esta postura sería reiterada el 23 de septiembre del 2009, en un asunto en el que si bien se determinó que el contrato en el que se enmarcaba la situación puesta a consideración de esta jurisdicción era regido únicamente por las normas del derecho privado dado las funciones financieras de una de las partes, se afirmó con claridad que las normas de la Ley 80 de 1993, al igual que ocurre con las de naturaleza privada, carecen de disposición alguna que permita a la administración imponer unilateralmente una sanción pecuniaria por la mora en el cumplimiento de las obligaciones del contratista[[13]](#footnote-13):

*La actividad en materia contractual desplegada por la Administración también se encuentra supeditada al principio de legalidad en cuanto que sus decisiones deben encontrarse sometidas a las atribuciones y competencias determinadas expresamente por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, más aún cuando se trata del ejercicio de prerrogativas que son propias del ente estatal en su calidad de contratante. Ello significa que cuando las entidades del Estado se relacionan con los particulares, mediante el vínculo contractual, el ejercicio de facultades requiere de definición legal previa y expresa, en tanto que es la propia ley la que establece límites a la autonomía de la voluntad.*

*Significa que cuando el ISS decidió imponer la sanción de multa a la Corporación GRANAHORRAR, mediante la expedición de la Resolución 0400 de 15 de febrero de 2000, debía encontrarse autorizada por la ley, pero como las normas del derecho privado no consagran competencia alguna a las entidades del Estado para imponer multas mediante acto administrativo unilateral y la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual vigente para la época en que se celebró el contrato, tampoco atribuía dicha competencia a las entidades públicas, resulta claro que actuó sin competencia funcional y, por lo tanto, el acto administrativo que impuso la sanción y aquel que confirmó la decisión, se encuentran afectados de nulidad por vicio de incompetencia, la cual será declarada; en consecuencia, se revocará el numeral segundo de la sentencia que denegó las pretensiones de la demanda.*

46. Finalmente, la situación varió nuevamente cuando, mediante la Ley 1150 del 2007 se modificó la materia de la imposición de sanciones, y consagrando una marcada prevalencia de la autonomía de las partes del contrato, estableció en su artículo 17 la posibilidad de pactar las multas, así como la habilitación para la administración de imponerlas unilateralmente mediante un acto administrativo motivado:

*Art. 17.- Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo, podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*

*Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

*Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.*

47. Puede surgir la duda de si a contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 del 2007 puede aplicarse la habilitación legal reseñada, en virtud de retrospectividad de la ley que se desprende del parágrafo transitorio del artículo 17, más esta ya fue resuelta por la jurisprudencia de la Sala, que ha hecho hincapié en que la autorización en tal sentido solo puede ser aplicada aquellas sanciones que hayan sido impuestas en vigencia de la ley, lo que en el caso de las multas, por su carácter apremiante, implica que para la fecha de la expedición de la ley debía estar en ejecución el contrato[[14]](#footnote-14):

*El parágrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley.*

48. Entonces, no se puede sino concluir que durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, y antes de que la Ley 1150 comenzara a regir, la administración carecía de la potestad de imponer multas de forma unilateral, puesto que esa norma solo le permitía pactarlas en el contrato, siendo indispensable que su imposición al contratista se produjera por parte del juez natural del contrato, y en todo caso, incluso para aquellos negocios celebrados antes de la reforma del 2007, era necesario que la imposición se diera en vigencia suya[[15]](#footnote-15).

49. Todo esto implica, de manera evidente, que el acto administrativo de imposición de multa es ilegal, porque se expidió sin que la ley previera esa facultad en cabeza de la administración.

50. Ahora, no es posible para la Sala realizar un pronunciamiento erga omnes de la legalidad de la citada resolución, dado que no ha sido esta objeto de demanda en este proceso, en el que, por el contrario, se pretendió aplicar su valor a la liquidación del contrato. Sin embargo, sí puede la Sala inaplicarlo en el caso concreto por la irregularidad ya comentada, con base en la prerrogativa del Juez Contencioso de la excepción de ilegalidad, sobre la que la Sección Tercera ha indicado[[16]](#footnote-16):

*Con la expedición de un acto administrativo abiertamente viciado de nulidad por falta de competencia funcional o por razón de la materia, causal de anulación de los actos administrativos que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha llegado a sostener que puede ser declarada de oficio. La llamada “excepción de ilegalidad” es una herramienta de control de la legalidad de los actos administrativos que el ordenamiento ha puesto en manos, exclusivamente, del Juez de lo Contencioso Administrativo, en aquellos eventos en los cuales un acto administrativo resulta contrario a una norma de rango legal, por manera que se dispone su ineficacia dentro de un litigio particular, sin que se produzca pronunciamiento erga omnes en relación con su validez, por no haber sido sometido el asunto a decisión del Juez Administrativo por vía de acción —y de ahí la catalogación de la figura como “excepción”—.*

51. Por otra parte, en uso de la prerrogativa prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo[[17]](#footnote-17), se declarará oficiosamente la nulidad de la cláusula décimo sexta del contrato n.º 000054 de 1998, en la que las partes otorgaron esa prerrogativa a la entidad contratante, dado que la autonomía de la voluntad de las partes no puede soslayar el principio de legalidad, el cual resulta de especial relevancia en el caso de las sanciones a particulares, dado que es claro que una disposición contractual no puede ir directamente en contra de una norma de orden público.

52. Finalmente, Cormagdalena solicita la inclusión en la liquidación de la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula décima séptima. Sin embargo, no puede accederse a esto, porque la efectividad de la cláusula penal pecuniaria está precedida del incumplimiento del contratista, el cual, a pesar de ser parte de lo indicado en los considerandos de la resolución n.º 000257 de 1997, no fue declarado formalmente en dicho acto administrativo, que terminó el contrato por la causal cuarta prevista en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, es decir, existencia de embargos en contra de Ríos Construcciones Ltda.

53. El incumplimiento bien podría ser declarado judicialmente en esta oportunidad, pero esta no fue una pretensión que haya sido elevada en el libelo demandatorio, como se puede ver en el párrafo 1 de esta decisión. Así las cosas, el valor pactado en la cláusula no será incluido en la liquidación.

54. Por último en lo que tiene que ver con el reparo de Seguros del Estado a la obligación impuesta en la sentencia de hacerse cargo del valor resultante de la liquidación, se aclara que no tiene vocación de prosperidad, porque no se le esté ordenando hacer un reembolso de una condena impuesta a Ríos Construcciones, sino que se le condena como directo responsable de la cobertura del siniestro de manejo de anticipo que se amparó con la póliza que expidió para el efecto, el cual se configuró en este caso en tanto la totalidad del valor entregado (40% del valor del contrato) no se amortizó totalmente, como se explicó en apartes precedentes.

55. Así las cosas, la liquidación del contrato será la siguiente:

**CONTRATO No. 0054 de 1998**

**OBJETO:** *“Ejecutar por sus propios medios materiales, equipo y personal en forma independiente y con plena autonomía técnico administrativa hasta su total terminación y aceptación final, por el sistema de precios unitarios y aceptación final, por el sistema de precios unitarios y en los términos que señala este contrato, la ejecución de las obras de protección de orillas en bolsacretos corregimiento de Sitio Nuevo, de conformidad con la propuesta presentada en 11 de febrero de 1998 y aprobada por CORMAGDALENA.”*

**CONTRATANTE:** CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA “CORMAGDALENA”.

**CONTRATISTA:** RÍOS CONSTRUCTORES LTDA.

**VALOR:** $435´420.652.00 (cuatrocientos treinta y cinco millones cuatrocientos veinte mil seiscientos cincuenta y dos pesos Mcte.)

**BALANCE** **DEL CONTRATO:**

PAGOS EFECTUADOS AL CONTRATISTA:

Anticipo: (40%)…………….…………………….……………………...$174 168 261

EJECUCIÓN FÍSICA DEL CONTRATO:

Actas parciales de obra:

No.1 (7 de mayo de 1999) $45 843 769

No. 2 (21 de junio de 1999) $115 012 695

TOTAL EJECUTADO $160 856 464 (37%)

**RESULTADO**

**A FAVOR DE LA CONTRATANTE: $13 311 797**

El saldo a favor de la contratante se actualizará al momento de expedición de esta sentencia, desde la terminación del contrato, según la siguiente fórmula:

Va = Vh x (IPC final - agosto de 2017)

IPC inicial – diciembre de 1999)

Va = $13 311 797 x (137,99)

(57,00)

Va = $32 214 549

**Total a pagar a la contratante: $32 214 549**

**V. Costas**

56. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se condenará en este sentido.

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

#### FALLA

**PRIMERO. Modificar** la sentencia del 19 de febrero del 2009 del Tribunal Administrativo de Santander.

**SEGUNDO.** **Declarar liquidado** judicialmente el contrato n.º 000054 de 1998, suscrito por Cormagdalena y Ríos Construcciones.

**TERCERO.** En consecuencia, **condenar** a la sociedad Seguros del Estado S.A. al pago a favor de Cormagdalena de la suma de $32 214 549.

**CUARTO:** Sin condena en costas.

**QUINTO:** Por Secretaría de la Sección, **expídase** copia de esta sentencia en los términos y para os efectos previstos en el artículo 115 del Código de procedimiento Civil

En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**Ramiro Pazos Guerrero**

**Presidente de la Subsección**

**Danilo Rojas Betancourth**

**Magistrado**

**Stella Conto Díaz del Castillo**

**Magistrada**

1. [5] Consejo de Estado, Sección 3ª, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Sent. 4 de diciembre de 2006. Exp. 1994-00507-01. [↑](#footnote-ref-1)
2. *“Artículo 1º.- Del objeto. La presente Ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las 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.*

   *b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.”* [↑](#footnote-ref-2)
3. *“Artículo 75.- 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 administrativo (…)”*. [↑](#footnote-ref-3)
4. La más alta pretensión formulada en la demanda es la relativa al reconocimiento en la liquidación del valor entregado al inicio de la relación contractual como anticipo, el cual, de acuerdo con Cormagdalena, fue indebidamente invertido, y que, se alega, asciende a la suma de $174 168 261. Por la fecha de interposición de los recursos de apelación (12 y 13 de marzo del 2012) se aplica en este punto el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, que dispone que la cuantía necesaria para que un proceso de controversias contractuales iniciado en 2000 fuera conocido por los tribunales administrativos en primera instancia y en segunda por el Consejo de Estado, debía ser superior a 500 SMMLV, los cuales equivalían para ese momento a $130 050 000. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre del 2006, expediente 15239, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de octubre de 1994, expediente 9288, CP. Carlos Betancur Jaramillo. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, expediente 14461, CP. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-7)
8. [9][12] Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 28 de abril de 2005, expediente 14.393 y de 14 de julio de 2005, Exp. 14.289. [↑](#footnote-ref-8)
9. [10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, expediente 18496, CP. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-9)
10. “*Art. 22. De los registros de proponentes.- (…) En relación con los contratos ejecutados incluirá la cuantía, expresada en términos de valor actualizado, y los respectivos plazos y adiciones. En la certificación constarán, igualmente, los datos e informaciones sobre cumplimiento en contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, multas y sanciones impuestas y el término de su duración”.*

    *“22.1 De la información sobre contratos, multas y sanciones de los inscritos. Las entidades estatales enviarán, semestralmente a la Cámara de Comercio que tenga jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito, la información concerniente a los contratos ejecutados, cuantía, cumplimiento de los mismos y las multas y sanciones que en relación con ellos se hubieren impuesto. El servidor público que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta”.*

    *“Art 31. De la publicación de los actos y sentencias sancionatorias.- La parte resolutiva de los actos sancionatorios, una vez ejecutoriados, se publicará por dos (2) veces en medios de comunicación social escrita con amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad estatal respectiva y se comunicará a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado. También se publicará en el Diario Oficial y se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación. Ante la ausencia de estos medios de comunicación se anunciará por bando público en dos (2) días de mercado diferentes. La publicación a que se refiere el presente artículo correrá a cargo del sancionado. Si este no cumple con tal obligación, la misma se hará por parte de la entidad estatal, la cual repetirá contra el obligado”.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 1998, expediente 13988, CP. Ricardo Hoyos Duque. Esta postura fue reiterada por la Sección en sentencia del 20 de junio del 2002, expediente 19488, con ponencia del mismo Consejero. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, expediente 14579, CP. Germán Rodríguez Villamizar. En igual sentido: sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009, CP. Enrique Gil Botero**.** [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 24639, CP. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio del 2008, expediente 21574, CP. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio del 2012, expediente 24306, CP. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero del 2009, expediente 16493, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-16)
17. *“Artículo 87.- (…) El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.”* [↑](#footnote-ref-17)