

## **CONTRATO DE OBRA – EGCAP – Definición**

Cabe añadir que el artículo 32-1 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de obra como aquel que “*celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago*”. De igual manera, en cuanto a su contenido, es de resaltar que el estatuto general de contratación de la administración pública establece que las estipulaciones contractuales han de ajustarse a las disposiciones legales que correspondan a la naturaleza y la esencia del negocio jurídico de que se trate, pudiendo la partes acordar libremente, en el marco de su autonomía de la voluntad, las cláusulas que consideren convenientes o necesarias y que no contraríen el ordenamiento jurídico

## **MULTA – Definición – Carácter conminatorio – Cumplimiento de obligaciones**

La cláusula penal de apremio o multa constituye una sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la Administración para constreñir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.

## **CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA – Definición – Compensatoria – Resarcitoria – Tasación anticipada – Perjuicios – Inejecución – Obligación**

En tanto que la cláusula penal compensatoria o resarcitoria se entiende como aquella tasación anticipada de los perjuicios que se pueden derivar de la inejecución de una obligación, de su ejecución defectuosa o del retardo en su cumplimiento, de tal suerte que se libera a la parte afectada de la carga de acreditar su ocurrencia y cuantía.



Radicado: 20001-23-33-000-2014-00035-01 (56031)  
Demandante: CHAMAT INGENIEROS LTDA.

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

**CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES**

**Bogotá D.C., primero (1) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)**

**Referencia:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – LEY 1437 DE 2011  
**Radicación:** 20001-23-33-000-2014-00035-01 (56031)  
**Demandante:** CHAMAT INGENIEROS LTDA.  
**Demandado:** MUNICIPIO DE SAN MARTÍN (CESAR)

**Temas:** ADECUACIÓN DEL MEDIO DE CONTROL - En vigencia del CPACA es deber del juez adecuar la demanda al trámite que corresponda. MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Es el idóneo para cuestionar la legalidad de actos administrativos contractuales. CADUCIDAD - Del medio de control de controversias contractuales - Para demandar actos administrativos contractuales. COMPETENCIA DEL JUEZ EN SEGUNDA INSTANCIA - Se circunscribe a los asuntos apelados. DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO - Concepto - Alcance - Límites a la facultad de declarar el incumplimiento contractual para imponer multas o hacer efectivas cláusulas penales. AUDIENCIA DE INCUMPLIMIENTO - De que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 - Se debe garantizar el derecho al debido proceso. DEBIDO PROCESO - Concepto - Es un principio rector en las actuaciones administrativas contractuales en materia sancionatoria. PLIEGO DE CONDICIONES - Concepto. CARGA DE LA PRUEBA - Incumbe a la parte probar el supuesto de hecho que pretende hacer valer.

## **SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 8 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que declaró probada la excepción de legalidad del acto acusado, negó las pretensiones de la demanda, ordenó oficiar a la Superintendencia de Sociedades acerca de la intervención de la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. en el proceso y condenó en costas a la parte actora.

### **I. SÍNTESIS DEL CASO**

El municipio de San Martín y la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. suscribieron el contrato de obra n.º 039 del 21 de noviembre de 2011, cuyo objeto consistió en la *“CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE REDES DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO PARA LA SEGUNDA FASE DE LOTEOS DE LOS PREDIOS DONDE SE CONSTRUIRÁN LAS URBANIZACIONES VILLA LUCY Y VILLA*



Radicado: 20001-23-33-000-2014-00035-01  
(56031)  
Demandante: CHAMAT INGENIEROS LTDA.

*MARCELA ZONA URBANA DEL MUNICIPIO DE SAN MARTÍN, CESAR*”. De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio convocó al contratista a audiencia por el presunto incumplimiento de algunas de las obligaciones a su cargo.

En audiencia celebrada el 27 de junio de 2013, el municipio profirió la Resolución n.º 1146 de la misma fecha, a través de la cual: (i) declaró el incumplimiento del contrato de obra n.º 039 del 21 de noviembre de 2011; (ii) ordenó reducir del anticipo la suma de \$289.200.346 y, por tanto, estimó que el valor que el contratista le adeudaba al ente territorial por este concepto ascendía a la suma de \$507.722.470; (iii) ordenó liquidar el contrato; (iv) declaró el siniestro e hizo efectiva la garantía de cumplimiento por valor de \$130.399.641 y la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo por valor de \$507.722.470; y (v) dispuso oficiar a la Cámara de Comercio en donde estaba inscrito el contratista y a la Procuraduría General de la Nación, para los fines pertinentes. Esta decisión quedó notificada en estrados y frente a ella, tal y como expresamente se indicó en el acto administrativo, soló procedía el recurso de reposición, que debía interponerse y sustentarse en audiencia.

En su demanda la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. solicita la nulidad de la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013 y el consecuente restablecimiento del derecho, pues aduce que el acto administrativo fue proferido con falta de competencia e infringió los artículos 29 de la Constitución Política, 86 de la Ley 1474 de 2011 -derecho al debido proceso- y 14, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993. Además, considera que durante el desarrollo del contrato se presentaron “obstáculos” imputables a la entidad contratante, que afectaron el plazo de ejecución.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Demanda



1.1. El 3 de febrero de 2014<sup>1</sup>, la sociedad Chamat Ingenieros Ltda., mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra del municipio de San Martín.

1.2. En la demanda la parte actora formuló las siguientes pretensiones, que se transcriben textualmente, incluso con eventuales errores:

#### **“4. PRETENSIONES**

4.1. *Que se declare la nulidad de la Resolución No. 1146, (27 de Junio de 2013), “POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA No. 039 DE 2011 Y SE ORDENA SU LIQUIDACIÓN” la cual fue notificado vía correo electrónico el 2 de julio de 2013 por violación al derecho fundamental del DEBIDO PROCESO.*

4.2. *Que como consecuencia de lo anterior se restablezca del derecho de la sociedad INGENIEROS CHAMAT LIMITADA en términos económicos por los siguientes conceptos:*

- *Por afectación al buen nombre, por la orden de inscripción en la cámara de comercio.*
- *Por la afectación del buen nombre, por la orden de registro en la Procuraduría General de la Nación.*
- *Por la afectación al buen nombre por la orden de hacer efectivo el siniestro.*

4.3. *Que se condene al Municipio de San Martín, César, al pago de los perjuicios materiales de lucro cesante y daño emergente, así:*

##### **Perjuicios materiales de lucro cesante:**

*Por no poder participar en licitaciones y concursos públicos, se tomará con base lo percibido por la sociedad Ingenieros Limitada durante los 5 años anteriores a la declaratoria de incumplimiento, un valor de \$4.127.756.000.*

##### **Perjuicios materiales por daño emergente:**

- *Pago de honorarios a la abogada LINA MARÍA OSPINA SÁNCHEZ un total de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000).*
- *Gastos de desplazamiento del representante legal y apoderada un total de CUATRO MILLONES DE PESOS (\$20.000.000).*

4.4. *Que se condene al Municipio de San Martín, César al pago de los perjuicios morales por CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES.*

4.5. *Que se condene al Municipio de San Martín, Cesar al pago de las Costas y agencias en derecho.*

4.6. *Que se ordene al cumplimiento de la sentencia conforme lo establece la Ley 1437 de 2011 [..].”*

---

<sup>1</sup> Fl. 37 a 63, C. 1.



**1.3.** Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte demandante enunció los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

**1.3.1.** Afirmó que el 21 de noviembre de 2011, el municipio de San Martín y la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. celebraron el contrato de obra n.º 039, con el objeto de construir el sistema de redes de acueducto y alcantarillado para la segunda fase de loteo de los predios donde se construirían las urbanizaciones Villa Lucy y Villa Marcela en la zona urbana del municipio de San Martín, acordando como plazo de ejecución inicial tres meses contados a partir de la firma del acta de inicio.

**1.3.2.** Precisó que el acta de inicio se suscribió el 22 de diciembre de 2011, de tal suerte que el plazo para ejecutar las labores se extendió hasta el 22 de marzo de 2012. Sin embargo, según adujo, el contrato se suspendió en tres ocasiones y fue adicionado en su plazo en otras tres, razón por la cual su plazo de ejecución se extendió hasta el 28 de febrero de 2013.

**1.3.3.** Indicó que desde la etapa de planeación “*la entidad pública incurrió en omisiones o errores*” que se vieron reflejados en la ejecución del contrato, llevando a que se modificara su alcance, se suspendiera y ampliara su plazo y se generara un desequilibrio económico.

**1.3.4.** A este respecto, afirmó que en el contrato se estipuló la realización de obras encaminadas a la solución del saneamiento básico para 311 predios, pero durante su ejecución se redujeron a 157, lo que, a su juicio, implicó una modificación al alcance del objeto contratado.

**1.3.5.** Refirió que la entidad estableció en cabeza del contratista nuevas obligaciones, tales como el rediseño arquitectónico, el rediseño urbanístico, los rediseños de alcantarillado y acueducto, así como también el trámite ante Corpocesar para validar el proyecto, lo que afectó la ejecución de las labores contratadas, aspecto que, según indicó, es imputable “*al Municipio de San Martín por deficiencia en los estudios previos*”.



**1.3.6.** Además, afirmó que se presentó una invasión a los predios, que el Municipio no le suministró a tiempo los permisos ambientales y no le entregó *“formalmente”* los predios ni los planos, lo cual retrasó la ejecución de las obras contratadas.

**1.3.9.** Puso de presente que la entidad citó a la sociedad contratista a audiencia de incumplimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, procedimiento que, a su juicio, no cumplió con las exigencias previstas en la Ley.

**1.3.10.** A este respecto, manifestó que la audiencia mencionada inició el 20 de mayo de 2011, sin que para ese momento la entidad tuviera claro el presunto incumplimiento del contratista, al punto que la diligencia fue suspendida a fin de realizar una visita al lugar de la obra.

**1.3.11.** Refirió que la audiencia continuó los días 14 y 18 de junio de 2013 y que en esta última fecha la sociedad presentó descargos.

**1.3.12.** Adujo que el 27 de junio de 2013, pese a que el Representante Legal de la sociedad contratista se encontraba incapacitado y que su apoderada había renunciado al poder, el ente territorial continuó con la audiencia y en la misma profirió la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato, decisión que, según indicó, *“fue notificada al contratista vía correo electrónico el pasado 2 de julio de 2013”*.

**1.4.** Como fundamento jurídico de la demanda, la parte actora manifestó que la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013 es nula, pues adolece de falta de competencia y se expidió con infracción de los artículos 29 de la Constitución Política, 86 de la Ley 1474 de 2011 y 14, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993. Además, considera que durante la ejecución del contrato se presentaron *“obstáculos”* imputables a la entidad contratante, que afectaron su ejecución.



**1.4.1.** A este efecto, en punto de la falta de competencia, refirió: (i) que el Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio no era competente para iniciar la actuación administrativa en su contra, pues no estaba delegado para tal efecto; y (ii) que la entidad pública demandada declaró el incumplimiento del contrato estando vencido su plazo de ejecución, lo que no está permitido y comporta una incompetencia temporal.

**1.4.2.** En cuanto a la infracción de la Constitución y la Ley, adujo que el ente territorial vulneró el derecho al debido proceso de la sociedad demandante, comoquiera que, “*desconociendo sus derechos de contradicción y defensa*”, dictó la medida sancionatoria en el marco de una audiencia a la que no pudo comparecer el Representante Legal de la sociedad porque se encontraba incapacitado, sumado al hecho de que la apoderada, previo a la audiencia, renunció al poder otorgado, de tal suerte que el contratista no pudo participar ni estar representado en la diligencia. Además, afirmó que la entidad pública omitió notificar personalmente la decisión, lo que, a su juicio, configura una indebida notificación del acto administrativo.

**1.4.3.** De otro lado, preció que el procedimiento administrativo adelantado por el Municipio no cumplió con las exigencias previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pues en la citación a la audiencia no se indicaron las consecuencias jurídicas que podrían recaer sobre el contratista con ocasión de la actuación adelantada en su contra.

**1.4.4.** Finalmente, afirmó que la ejecución del contrato sufrió retrasos imputables al Municipio, particularmente debido a: (i) la invasión a los predios en los que se debían ejecutar las labores; (ii) las modificaciones al objeto contractual -rediseño-, generadas por el incumplimiento de la Administración en cuanto a la entrega de requerimientos exigidos por Corpocesar.

## **2. Contestación de la demanda**



**2.1.** Mediante auto del 13 de agosto de 2014<sup>2</sup>, el Tribunal Administrativo del Cesar admitió la demanda y ordenó su notificación al municipio de San Martín, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

**2.2.** El 11 de marzo de 2015, el municipio de San Martín contestó<sup>3</sup> la demanda, en la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó unos, negó otro tanto y manifestó que los restantes eran apreciaciones subjetivas de la parte demandante.

**2.2.1.** A este efecto, refirió que la sociedad demandante conocía claramente las condiciones de la obra que debía ejecutar y que durante el desarrollo del proceso contractual no presentó observación alguna.

**2.2.2.** Afirmó que las cantidades de obra nunca se disminuyeron, es decir, que el alcance del objeto contractual no se modificó.

**2.2.3.** Indicó que existió una invasión al predio, frente a lo cual las partes acordaron suspender el contrato, tal y como consta en el acta de suspensión n.º 2.

**2.2.4.** Manifestó que el ente territorial sí entregó al contratista los diseños y el predio.

**2.2.5.** Precisó que la entidad contratante no le solicitó al contratista la ejecución de obras adicionales.

**2.2.6.** Señaló que la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1774 de 2011 tuvo lugar el 15 de abril de 2013, a través de comunicación suscrita por el Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio, quien fue delegado por el Alcalde para adelantar la diligencia a través de acto administrativo. Además, indicó que la citación cumplió con todos los requisitos establecidos en la ley.

---

<sup>2</sup> Fl. 71 a 72, C. 1.

<sup>3</sup> Fl. 102 a 126, C. 1.



**2.2.7.** Adujo que la actuación administrativa adelantada en contra de la sociedad contratista se inició con fundamento en el informe de interventoría, el cual daba cuenta del incumplimiento del contrato.

**2.2.8.** Afirmó que la audiencia celebrada el 27 de junio de 2013 se desarrolló sin la comparecencia del Representante Legal de la sociedad demandante y de su apoderada, quienes fueron citados en su oportunidad; el primero presentó una incapacidad y la segunda renunció al poder. En tal sentido, precisó que la comparecencia de estas personas no era obligatoria.

**2.2.9.** En cuanto a la notificación del acto administrativo demandado, manifestó que, comoquiera que el Representante Legal de la sociedad y su apoderada no asistieron a la audiencia llevada a cabo el 27 de junio de junio de 2013, pese a que fueron citados, el ente territorial notificó la decisión mediante correo electrónico.

**2.2.10.** Frente a los perjuicios reclamados, afirmó que, si bien en el acto administrativo demandado se ordenó oficiar a la Cámara de Comercio y a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia, dicha orden, al momento de la contestación de la demanda, no se había materializado.

**2.2.11.** Finalmente, formuló como excepciones las que denominó:

- (i) “*LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO*”, frente a lo cual afirmó que el acto cumplió con todos los preceptos normativos.
- (ii) “*INEXISTENCIA DE DERECHO SUSTANCIAL LESIONADO*”, pues el acto demandado no lesionó ningún derecho.
- (iii) “*FALTA DE COMPROBACIÓN DE PERJUICIOS OCASIONADOS*”, bajo el entendido de que los perjuicios reclamados no se encuentran probados.
- (iv) “*CONTRATO NO CUMPLIDO*”, sobre la base de que el contratista incumplió sus obligaciones.
- (v) La genérica.

### **3. Audiencia inicial y audiencia de pruebas**



**3.1.** El 14 de julio de 2015 se llevó a cabo la audiencia inicial<sup>4</sup>, en el marco de la cual el Tribunal adelantó las etapas de saneamiento del proceso<sup>5</sup>, excepciones previas<sup>6</sup>, fijación del litigio<sup>7</sup>, conciliación judicial<sup>8</sup>, medidas cautelares<sup>9</sup>, decreto de pruebas<sup>10</sup> y fijó fecha para la audiencia de pruebas.

**3.2.** El 19 de agosto de 2015 tuvo lugar la audiencia de pruebas<sup>11</sup>, en la que el Tribunal incorporó al proceso las pruebas documentales allegadas por las partes y practicó los testimonios decretados en la audiencia inicial.

#### **4. Alegatos de conclusión**

Una vez finalizada la práctica de pruebas se declaró cerrada la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto por escrito, respectivamente<sup>12</sup>.

**4.1.** La parte demandante<sup>13</sup> reiteró lo manifestado en el líbello introductorio. En este sentido, trajo al caso los testimonios practicados en el proceso con el fin de soportar los cargos de nulidad invocados en la demanda.

<sup>4</sup> Fl. 788 a 793 y 794 (CD), C. 3.

<sup>5</sup> El Tribunal manifestó que hasta ese momento procesal no se advertían circunstancias que invalidaran lo actuado, frente a lo cual las partes e intervinientes no manifestaron observación alguna.

<sup>6</sup> A este efecto, el Tribunal indicó que en el proceso no se formularon excepciones previas.

<sup>7</sup> El Tribunal fijó el litigio de la siguiente manera: *“El Despacho considera que el litigio en el presente asunto se circunscribe a determinar, si con las pruebas que existen y con las que en el curso del proceso se alleguen en debida forma, hay lugar a declarar la nulidad de la Resolución No. 1146 del 27 de junio de 2013, por la cual se declaró el incumplimiento del contrato de obra pública No. 039 de 2011 y se ordenó su liquidación, se condene al Municipio de San Martín – Cesar. Para ello se deberá establecer si la misma fue expedida de conformidad con la ley que rige la materia o si por el contrario adolece de algún vicio de nulidad”*.

<sup>8</sup> El a quo declaró fallida esta etapa.

<sup>9</sup> En la audiencia se dejó constancia que en el presente caso no se solicitó medida cautelar alguna.

<sup>10</sup> El Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes que consideró necesarias, conducentes y pertinentes.

<sup>11</sup> Fl. 823 a 826 y 827 (CD), C. 3.

<sup>12</sup> Fl. 826, C. 3.

<sup>13</sup> Fl. 852 a 874, C. 3.



Radicado: 20001-23-33-000-2014-00035-01  
(56031)

Demandante: CHAMAT INGENIEROS LTDA.

**4.2.** El municipio de San Martín<sup>14</sup> reiteró que el acto administrativo cuestionado no adolece de los vicios alegados y que la parte actora no probó los perjuicios solicitados.

**4.3.** El Ministerio Público guardó silencio.

## **5. Sentencia de primera instancia**

**5.1.** Mediante sentencia del 8 de octubre de 2015<sup>15</sup>, el Tribunal Administrativo del Cesar declaró probada la excepción de legalidad del acto acusado, negó las pretensiones de la demanda, ordenó oficiar a la Superintendencia de Sociedades acerca de la intervención de la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. en el proceso y condenó en costas a la parte actora.

**5.2.** Como sustento de su decisión, el Tribunal empezó por señalar los cargos de nulidad invocados por la demandante, frente a lo cual indicó que en la demanda se alegó la violación de los derechos de defensa y debido proceso de la sociedad contratista: (i) por la expedición irregular de la Resolución n.º 1146 del 27 de junio 2013 “*por funcionario no competente*”; y (ii) por la indebida notificación del acto administrativo.

**5.3.** A partir de lo anterior, en punto de la falta de competencia, manifestó que el Alcalde del Municipio estaba facultado para delegar los asuntos inherentes a la contratación del ente territorial. A este efecto, precisó que el Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio, con ocasión de la delegación otorgada por el Alcalde mediante el Decreto n.º 091 del 20 de mayo de 2013, adelantó la actuación administrativa en contra de la sociedad demandante, razón por la cual, a su juicio, el acto administrativo demandando no adolece de falta de competencia.

---

<sup>14</sup> Fl. 846 a 848, C. 3.

<sup>15</sup> Fl. 877 a 900, C. Ppal.



**5.3.1.** Continuando con el examen del cargo, el Tribunal se pronunció respecto de las vicisitudes imputables al ente territorial, que según la demandante afectaron la ejecución del contrato, frente a lo cual, tras relacionar los aspectos relativos a la celebración, suspensión y adición del acuerdo de voluntades, manifestó: (i) que si bien el contrato se suspendió por razones ajenas al contratista, este contó con un plazo suficiente para adelantar las labores a su cargo y no acreditó que la entidad pública hubiese modificado el objeto del contrato; (ii) que no se probó que durante la suspensión del contrato se hubiese generado un detrimento económico para el contratista; (iii) que la citación a la audiencia cumplió con todos los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

**5.4.** Con relación a la indebida notificación de la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, manifestó que si bien en el expediente no reposa prueba de la notificación personal del acto, si obran oficios y correos *“donde se le informa [se refiere al contratista] sobre la expedición de la resolución en comento, y que da plena certeza que para la sociedad demandante tuvo conocimiento del contenido de la misma”*, frente a lo cual precisó que *“no es dable permitir esta Sala de decisión que, un formalismo, que en otras ocasiones pueda resultar estrictamente necesaria por la propia esencia del asunto que se tratase, venga a desdibujar una realidad inocultable, que fue, la imperiosa necesidad de que el municipio de San Martín-Cesar, después de agotar todos los esfuerzos posibles, pudiese haber expedido la Resolución 1146 de 2013, y tratar de evitar perjuicios mayores y la pérdida de recursos públicos”*.

**5.5.** De otra parte, con ocasión del requerimiento allegado al proceso por la Superintendencia de Sociedades -visible a folios 830 a 841 del C.3.- en el que se solicitó informar si la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. hacía parte de algún proceso litigioso del que se pudiera derivar algún derecho, el Tribunal determinó poner en conocimiento de dicha Superintendencia acerca del proceso.



**5.6.** Finalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CAPCA condenó en costas a la parte demandante y ordenó efectuar su liquidación por Secretaría.

## **6. Recurso de apelación**

**6.1.** El 26 de octubre de 2015 la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. interpuso recurso de apelación<sup>16</sup>, el cual fue concedido el 5 de noviembre de 2015<sup>17</sup> y admitido el 27 de enero de 2016<sup>18</sup>.

**6.2.** En su recurso, la parte demandante solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

**6.3.** Precisó que la demanda se fundó en cuatro cargos, que no fueron examinados en su integridad por el *a quo*, a saber: **(i)** la falta de competencia del Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio para iniciar la actuación sancionatoria; **(ii)** la falta de competencia temporal del Municipio para declarar el incumplimiento del contrato; **(iii)** las irregularidades del ente territorial en el trámite administrativo, puntualmente haber dictado la decisión sancionatoria en el marco de una audiencia sin la comparecencia del contratista y su apoderada, omitir notificar personalmente el acto administrativo e incumplir los requisitos establecidos en la ley para la citación a la audiencia; y **(iv)** las circunstancias imputables a la entidad contratante que afectaron el plazo de ejecución del contrato.

**6.3.1.** Frente a la falta de competencia del Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio, manifestó que dicho servidor no era competente para iniciar la actuación administrativa, pues no fue delegado por el Alcalde para tal efecto. Sobre esta materia, agregó que en el proceso obra un acto administrativo de

<sup>16</sup> Fl. 906 a 910, C. Ppal.

<sup>17</sup> Fl. 911, C. Ppal.

<sup>18</sup> Fl. 917, C. Ppal.



delegación del 20 de mayo de 2013, pero la actuación administrativa tuvo inicio con anterioridad a esta fecha.

**6.3.2.** Con relación a la incompetencia temporal, puso de presente que la entidad pública demandada no podía declarar el incumplimiento del contrato, pues para el momento en el que se adoptó la medida ya había expirado el término de ejecución del acuerdo de voluntades, frente a lo cual recalcó que *“el contrato había perdido vigencia desde el mes de febrero de 2013 y la sanción se impuso el 27 de junio del mismo año”*.

**6.3.3.** En cuanto a las irregularidades en el trámite administrativo, reiteró que la entidad pública vulneró su derecho al debido proceso, pues dictó la medida sancionatoria en audiencia, sin la presencia del Representante Legal de la sociedad contratista y su apoderada. Igualmente, preció que el acto administrativo cuestionado se notificó de forma indebida. Asimismo, refirió que la entidad pública demandada no cumplió con las exigencias previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pues en la citación a la audiencia de incumplimiento no se indicaron las posibles consecuencias que recaerían sobre el contratista con ocasión de la actuación adelantada en su contra.

**6.3.4.** Finalmente, adujo que *“se presentaron obstáculos por hechos imputables a la entidad estatal, no imputables al querer y voluntad del contratista”*, tales como: (i) la invasión a los predios; y (ii) la ausencia de autorización por parte de Corpocesar, que condujo a que se modificara el objeto del contrato para que el contratista rediseñara la obra, circunstancia que, a su juicio, afectó *“los plazos estipulados inicialmente”* para ejecutar las labores a su cargo.

A este efecto, manifestó que *“no es admisible que a pesar de los inconvenientes que tuvo el contrato desde el inicio, por la mala planeación del mismo por parte del Municipio y las probadas circunstancias que impidieron que se adelantara la obra como es el caso de la invasión de los lotes y la falta de permisos de Corpocesar se afirme que el contratista tuvo 119 días para ejecutar el contrato [...] el objeto del*



*contrato suscrito entre las partes era realizar una calibración y revisión a los diseños entregados, pero NUNCA contractualmente, la sociedad tenía la obligación de REDISEÑAR las obras por existir unas líneas de alcantarillado existentes y por los retiros exigidos por CORPOCESAR”.*

## **7. Actuación en segunda instancia**

**7.1.** Mediante providencia del 24 de febrero de 2016<sup>19</sup>, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

**7.2.** La parte demandante<sup>20</sup> solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

**7.3.** El municipio de San Martín y el Ministerio Público guardaron silencio.

## **III. CONSIDERACIONES**

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia; (2) medio de control procedente; (3) legitimación en la causa; (4) caducidad; (5) problema jurídico; (6) análisis de la Sala; (6.1.) régimen del contrato sometido a juicio; (6.2.) hechos probados y pruebas relevantes; (6.3.) el caso concreto; (6.4.) examen de validez del acto acusado; y (7) costas.

### **1. Jurisdicción y competencia**

---

<sup>19</sup> Fl. 919, C. Ppal.

<sup>20</sup> Fl. 920 a 927, C. Ppal.



Con fundamento en el artículo 104 del CPACA<sup>21</sup>, se advierte la facultad de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del asunto, el cual versa sobre la nulidad de la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato de obra n.º 039 del 21 de noviembre de 2011, proferida por el municipio de San Martín, el cual ostenta la calidad de ente territorial<sup>22</sup>, de donde se desprende claramente su naturaleza pública.

Por su parte, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 8 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, dada la vocación de doble instancia del proceso, teniendo en cuenta que la cuantía para el año 2014<sup>23</sup> supera los 500 SMLMV, de conformidad con lo establecido en los artículos 150<sup>24</sup> y 152-5<sup>25</sup> del CPACA, vigentes a la fecha de la presentación de la demanda.

## 2. Del medio de control procedente

<sup>21</sup> "Artículo 104. De la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. //Igualmente conocerá de los siguientes procesos: (...) 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado."

<sup>22</sup> Constitución Política. "ARTICULO 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas".

<sup>23</sup> Para el año 2014 el valor del salario mínimo legal mensual vigente era de \$616.000. Información obtenida de la página oficial del Banco de la República de Colombia <https://www.banrep.gov.co/es/salarios>. Para este año, el tope correspondiente a los 500 SMLMV equivalía a \$308.000.000. En este caso, la cuantía de la demanda se estimó en un monto de \$4.236.706.000.

<sup>24</sup> "ARTÍCULO 150. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia".

<sup>25</sup> "ARTÍCULO 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes".



De acuerdo con el artículo 141<sup>26</sup> del CPACA, el medio de control de controversias contractuales es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como, resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución y liquidación del contrato estatal, así como la legalidad de los actos administrativos proferidos en desarrollo de éste. Así, puede cualquiera de las partes solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (iv) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (v) que se hagan otras declaraciones y condenas. De igual manera, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato.

A este efecto, aunque la parte actora acudió al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala estima pertinente proceder a su adecuación, de conformidad con lo establecido en el artículo 171<sup>27</sup> del CPACA, según el cual es deber del juez estudiar las pretensiones de la demanda aun cuando el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada, y en este último caso habrá de surtirse el trámite correspondiente.

<sup>26</sup> “ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.”

<sup>27</sup> “ARTÍCULO 171. ADMISIÓN DE LA DEMANDA. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y le dará el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada [...]”.



En tal sentido, se estima que en el asunto *sub judice* el medio de control apropiado resulta ser el de controversias contractuales, y al amparo del mismo se examinarán las pretensiones de la demanda, dado que en el libelo se pretende la nulidad de la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, por medio de la cual el municipio de San Martín declaró el incumplimiento del contrato de obra n.º 039 del 21 de noviembre de 2011, y se solicita el consecuente restablecimiento del derecho.

### 3. Legitimación en la causa

De conformidad con lo establecido en el artículo 141<sup>28</sup> del CPACA, según el cual la legitimación en las acciones contractuales se encuentra, en principio<sup>29</sup>, en cabeza de las partes, la Sala concluye que la sociedad Chamat Ingenieros y el municipio de San Martín están legitimados en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, toda vez que son los extremos de la relación contractual que suscitó la expedición de la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013 (hecho probado 6.3.1.1.4.).

### 4. Caducidad

Comoquiera que la parte demandante pretende la nulidad de la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, por medio de la cual el municipio de San Martín declaró el

---

<sup>28</sup> “ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.”

<sup>29</sup> Es menester señalar que además de las partes del contrato, tanto el Ministerio Público como los terceros que acrediten un interés directo podrán acudir al medio de control de controversias contractuales para solicitar la nulidad absoluta del contrato.



incumplimiento del contrato de obra n.º 039 del 21 de noviembre de 2011, la Sala abordará el examen de caducidad teniendo en cuenta para ello el plazo previsto en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, aplicable al caso concreto en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887<sup>30</sup>, según el cual el medio de control de controversias contractuales caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

De acuerdo con lo anterior, en el *sub judice* se advierte que el derecho de accionar se ejerció en tiempo, esto es, dentro de los dos (2) años contados a partir de la ocurrencia de los motivos de derecho aducidos por la parte actora en su demanda, teniendo en cuenta: **(i)** que el 27 de junio de 2013 el municipio de San Martín dictó la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, decisión que quedó notificada en estrados y frente a la cual, tal y como expresamente se indicó, tan solo procedía el recurso de reposición que debía presentarse y sustentarse en la audiencia (hechos probados 6.3.1.1.33. y 6.3.1.1.34.); **(ii)** que mediante correo electrónico allegado el 2 de julio de 2013, la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. tuvo conocimiento acerca de la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013 (hecho probado 6.3.1.1.35.), de manera que el término para demandar transcurrió entre el 3 de julio de 2013 y el 3 de julio de 2015; **(iii)** que el 1º de noviembre de 2013 se radicó la solicitud de

<sup>30</sup> Según el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que fue modificado por el artículo 624 del CGP, los términos que hubieren empezado a correr se deben regir por las normas vigentes para el momento en que estos iniciaron a correr. Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera en auto del 24 de abril de 2017 dentro del expediente Rad.: 50602, indicó lo siguiente:

*“En punto de la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para la determinación de la regla de caducidad cuando se presentan conflictos entre normas que, en principio, regulan la misma situación, esta Corporación puntualizó [...] la Sala considera que el 40 debe aplicarse para definir el conflicto en el tiempo respecto de la aplicación de normas sobre caducidad, en tanto se trate de términos que ya hubieren empezado a correr sin que haya iniciado el respectivo proceso. En efecto, cuando el artículo 40 ibídem se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, está haciendo mención a las normas procesales, entre otras, a las normas de caducidad que, tal y como lo indica dicha norma, son de aplicación inmediata. Teniendo en cuenta lo anterior, se modifica lo dicho por la Sala en la providencia del 27 de mayo de 2005, en los términos de este proveído, de manera que, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo cuando se trate de leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del mismo, entre las cuales se consideran incluidas las normas que establecen términos de caducidad para el ejercicio de las acciones, que por ser de carácter procesal, son de aplicación inmediata. En este orden de ideas, se tiene que la norma de caducidad aplicable deberá ser la vigente al momento en que ya hubieren empezado a correr los términos contemplados en normas legales anteriores, las cuales se aplicarán de manera preferente”.*



conciliación extrajudicial<sup>31-32</sup>, trámite que fue declarado fallido el 27 de enero de 2014<sup>33</sup>; y (iv) que el 3 de febrero de 2014 se radicó la demanda<sup>34</sup>.

## 5. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si, de conformidad con lo hechos probados, el acto administrativo demandando adolece de los vicios alegados por la recurrente y si, con fundamento en ello, hay lugar a declarar su nulidad y a reconocer el restablecimiento solicitado en la demanda.

## 6. Solución al problema jurídico.

Antes de resolver el problema jurídico planteado, conviene referirse brevemente acerca del régimen del contrato sometido a juicio y la declaratoria de incumplimiento.

### 6.1. Régimen del contrato de obra n.º 039 del 21 de noviembre de 2011

A este efecto, teniendo en cuenta que el contrato de obra n.º 039 del 21 de noviembre de 2011, en marco del cual se expidió el acto administrativo cuestionado, fue suscrito por el municipio de San Martín con el objeto de realizar la “CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE REDES DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO PARA LA SEGUNDA FASE DEL LOTEJO DE LOS PREDIOS DONDE SE CONSTRUIRÁN LAS URBANIZACIONES VILLA LUCY Y VILLA MARCELA ZONA URBANA DEL MUNICIPIO DE SAN MARTÍN, CESAR”, se colige que el régimen aplicable al negocio jurídico es el previsto en la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de la remisión al derecho privado prevista en el artículo 13 *ibídem*, estatuto

<sup>31</sup> Fl. 35, C. 1.

<sup>32</sup> Ley 640 de 2001. “Artículo 21. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”.

<sup>33</sup> Fl. 35, C. 1.

<sup>34</sup> Fl. 37 a 63, C. 1.



vigente al tiempo de su celebración<sup>35</sup>, de modo que este será el marco normativo bajo el cual se abordará el análisis de las pretensiones de la demanda.

Cabe añadir que el artículo 32-1 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de obra como aquel que “*celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago*”. De igual manera, en cuanto a su contenido, es de resaltar que el estatuto general de contratación de la administración pública establece que las estipulaciones contractuales han de ajustarse a las disposiciones legales que correspondan a la naturaleza y la esencia del negocio jurídico de que se trate, pudiendo la partes acordar libremente, en el marco de su autonomía de la voluntad, las cláusulas que consideren convenientes o necesarias y que no contraríen el ordenamiento jurídico<sup>36</sup>.

## **6.2. De la facultad para declarar el incumplimiento contractual e imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal**

De conformidad con la Ley 1150 de 2007<sup>37</sup>, las entidades públicas se encuentran facultadas para declarar el incumplimiento del contrato estatal, con el fin de imponer

<sup>35</sup> Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 “*En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*”.

<sup>36</sup> El artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en efecto dispone: “*Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. / Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. / En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.*”

<sup>37</sup> “**ARTÍCULO 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



Radicado: 20001-23-33-000-2014-00035-01  
(56031)

Demandante: CHAMAT INGENIEROS LTDA.

multas y hacer efectiva la cláusula penal, procedimiento en marco del cual, según lo previsto en el artículo 86<sup>38</sup> de la Ley 1474 de 2011, en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política, se debe respetar el derecho debido proceso.

A partir de lo indicado por esta Corporación, la cláusula penal de apremio o multa constituye una sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la Administración para constreñir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual<sup>39</sup>, en tanto que la cláusula penal compensatoria o resarcitoria se entiende como aquella tasación anticipada de los perjuicios que se pueden derivar de la inejecución de una obligación, de su ejecución defectuosa o del retardo en su cumplimiento, de tal suerte que se libera a la parte afectada de la carga de acreditar su ocurrencia y cuantía<sup>40</sup>.

Atendiendo la anterior diferenciación, la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva la cláusula penal como mecanismo resarcitorio o indemnizatorio podrá realizarse luego de expirado el plazo contractual, a diferencia de la imposición de multas, la cual solamente<sup>41</sup> tiene cabida mientras se encuentre vigente el plazo de ejecución contractual, pues, se itera, su finalidad no es indemnizatoria sino conminatoria, en tanto procura inducir o apremiar al contratista al cumplimiento de las obligaciones contraídas<sup>42</sup>.

---

*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”.*

*<sup>38</sup> “ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento [...]”.*

*<sup>39</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 2014. Rad.: 28875.*

*<sup>40</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 8 de octubre de 2022. Rad.: 53195.*

*<sup>41</sup> Lo anterior, sin perjuicio del análisis que deberá efectuar el juez respecto de algún condicionamiento establecido por las partes para la imposición de multas; aquellas en el marco de la autonomía privada pueden acordar fórmulas o condiciones para aplicar la multa, las cuales deberán ser acatadas por la Administración al momento de proceder a la adopción de las medidas respectivas. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1° de junio de 2020. Rad.: 48945.*

*<sup>42</sup> Ibíd. En el mismo sentido Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2020. Rad.: 64154.*



Cabe señalar que según lo indicado por esta Subsección, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, antes de que entrara a regir la Ley 1150 de 2007, puntualmente en vigencia de la Ley 80 de 1993, se encontraban habilitadas para pactar e imponer cláusulas penales y multas contractuales, bajo el entendido de que su imposición, atendiendo a su naturaleza convencional y al amparo de la remisión al derecho privado prevista en el artículo 13 *ibídem*, no comportaba la expedición de un acto administrativo, sino que, por el contrario, constituía un acto contractual propio del derecho privado<sup>43</sup>.

### 6.3. El caso concreto

En el recurso de apelación presentado por la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. contra la sentencia del 8 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, la recurrente centra su reproche en afirmar que el *a quo* no examinó en su integridad todos los cargos de nulidad invocados en la demanda. En tal sentido, reiteró que el acto administrativo demandado adolece de **falta de competencia**, puesto: (i) que al inicio de la actuación el Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio no contaba con un acto administrativo en el que se le delegara la facultad de adelantar la diligencia; y (ii) que para el momento en el que se declaró el incumplimiento del contrato su plazo de ejecución había expirado, de tal suerte que la entidad pública carecía de competencia temporal para adoptar la decisión. De otro lado, adujo que el acto administrativo fue proferido con **infracción de la Constitución y la Ley**, comoquiera: (i) que la medida fue adoptada en audiencia sin la presencia del contratista y de su apoderada, (ii) que el acto administrativo fue notificado de forma indebida, y (iii) que en la citación a la audiencia no se le indicaron al contratista las consecuencias que podrían derivarse de la actuación adelantada en su contra. Finalmente, estimó que durante la ejecución del contrato se presentaron “**obstáculos**” **imputables a la entidad contratante**, que afectaron “los

<sup>43</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 5 de agosto de 2020. Rad.: 45183



*plazos estipulados inicialmente*”, tales como la invasión a los predios y la falta de permisos.

Por tanto, comoquiera que solo la parte demandante presentó recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 320<sup>44</sup> y 328<sup>45</sup> del C.G.P.<sup>46</sup>, se resolverá el asunto *sub lite* únicamente en relación con los reparos expuestos por la recurrente.

Sobre la competencia del *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, cabe resaltar que la Sala Plena de esta Sección, mediante sentencia del 9 de febrero de 2012<sup>47</sup>, unificó su jurisprudencia refiriendo que el mencionado recurso se encuentra sujeto o limitado a los argumentos planteados por el recurrente y que, por tal motivo, toda inconformidad con lo resuelto por el *a quo* que no se alegue en la alzada, está llamada a excluirse del debate de segunda instancia en virtud del principio dispositivo y de congruencia. Así lo refirió esta Sección en aquella oportunidad:

*“(…) En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro – y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que*

<sup>44</sup> “Artículos 320: “El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]”.

<sup>45</sup> “Artículo 328. Competencia del Superior. 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”.

<sup>46</sup>La aplicación del Código General del Proceso en el caso concreto se fundamenta en lo resuelto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto del 5 de junio de 2014, mediante el cual se unificó la jurisprudencia para señalar que el Código General del Proceso en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo entró a regir a partir del 1º de enero de 2014 y que “en los eventos de remisión al Código de Procedimiento Civil, se entenderá que las normas aplicables serán las dispuestas en la nueva legislación procesal”, sin perjuicio del régimen de transición previsto en el artículo 624 del Código General del Proceso, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 25 de junio de 2014. Rad.:49299.

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2012, Rad.: 21060.



Radicado: 20001-23-33-000-2014-00035-01  
(56031)  
Demandante: CHAMAT INGENIEROS LTDA.

*“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’.”*

En esa misma sentencia de unificación, la Sala Plena reiteró que mediante el recurso de apelación se garantiza el derecho de impugnación contra una decisión judicial, y por ende es obligación del recurrente controvertir los argumentos del juez de primera instancia con sus propias consideraciones, en aras de solicitarle al superior que decida sobre el asunto que presenta ante la segunda instancia.

Así las cosas, en el presente caso la Sala entrará a pronunciarse respecto de los cargos y reparos que fueron objeto de apelación, entre ellos, los aspectos reclamados en la demanda, que según la actora no fueron objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal en la sentencia de primera instancia - principio de congruencia<sup>48</sup>-, tales como la incompetencia temporal de la entidad para declarar el incumplimiento del contrato y la violación del derecho al debido proceso por proferir la decisión sin la presencia del contratista y su apoderada, pues así se reclamó en la apelación.

Bajo esta óptica, se procederá a establecer cuáles son los hechos probados que resultan relevantes para decidir la controversia sometida a juicio en esta instancia. De igual manera, se relacionarán las pruebas adicionales para resolver el caso *sub judice*.

### **6.3.1. Hechos probados y pruebas adicionales**

En el caso concreto la Sala analizará los documentos aportados al proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 246<sup>49</sup> del C.G.P.

<sup>48</sup> Al respecto, es pertinente anotar que de conformidad con lo establecido en el artículo 281 del CGP, que consagra el principio de congruencia, debe existir consonancia o coherencia correlativa entre la providencia judicial y las pretensiones y los hechos que se aducen en la demanda, así como las excepciones propuestas - . De este modo, si se resuelven aspectos no pretendidos en la demanda se estaría dictando un fallo extra petita; si se condena más allá de lo pedido se trataría de una providencia ultra petita; y si no se resuelven todas las pretensiones o las excepciones, la decisión sería infra o citra petita.

<sup>49</sup> “Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una



### 6.3.1.1. Hechos probados

6.3.1.1.1. Está acreditado que mediante Resolución n.º 1212 del 19 de octubre de 2011, el municipio de San Martín ordenó la apertura de la Licitación Pública n.º LP-021-2011, cuyo objeto consistió en la construcción del sistema de redes de acueducto y alcantarillado para la segunda fase de loteo de los predios donde se construirían las urbanizaciones Villa Lucy y Villa Marcela Zona Urbana del municipio de San Martín, según da cuenta copia simple del acto administrativo<sup>50</sup>, del pliego de condiciones<sup>51</sup> y de sus anexos<sup>52</sup>.

Según lo previsto en el numeral 4.17 del pliego de condiciones, correspondiente a la cláusula penal pecuniaria, la entidad dispuso que *“en caso de incumplimiento definitivo por parte del Contratista de cualquiera de las obligaciones contraídas con el Contrato o de declaratoria de caducidad, el contratista conviene pagar al Municipio de SAN MARTÍN – CESAR, a título de pena, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del Contrato, suma que el Municipio de San Martín hará efectiva mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento o, a su elección, de los saldos que adeude al Contratista, si los hubiere, para la cual se entiende expresamente autorizado con la suscripción del Contrato”*.

En punto de la calibración de los diseños, en el anexo n.º 6. del pliego de condiciones quedó establecido que *“la calibración del diseño consistirá en realizar, por cuenta y riesgo del contratista, la actualización del mismo, para lo cual podrá modificar las cantidades de obra pactadas inicialmente, sin variar las especificaciones, (Previa autorización del interventor externo contratado y con el visto bueno del secretario de planeación) variación que, en todo caso, no podrá ser superior al 20% del valor del contrato en relación con el alcance físico esperado. Sin embargo, de ser necesario pactar nuevas obligaciones o ítems con el fin de*

---

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

<sup>50</sup> Fl. 223 a 225, C. 1.

<sup>51</sup> Fl. 226 a 237, C. 1.

<sup>52</sup> Fl. 237 a 241, C. 1.



*asegurar la estructura y estabilidad de la obra, las partes, en consideración al principio de autonomía de la voluntad podrán llegar a un consenso sobre estos aspectos, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Como consecuencia de la calibración del diseño, el contratista adquiere plena responsabilidad por la calidad de las obras ejecutadas y recibidas a satisfacción por el interventor”.*

6.3.1.1.2. Se probó que al proceso licitatorio se presentó la sociedad Chamat Ingenieros Ltda., según da cuenta copia simple de la carta de prestación de la propuesta y de sus anexos<sup>53</sup>.

6.3.1.1.3. Consta que el 18 de noviembre de 2011, el municipio de San Martín adjudicó la Licitación Pública n.º LP-021-2011 a la sociedad Chamat Ingenieros Ltda., según da cuenta copia simple del acta de la audiencia de adjudicación<sup>54</sup>.

6.3.1.1.4. Está probado que el 21 de noviembre de 2011, el municipio de San Martín y la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. suscribieron el contrato de obra n.º 039, cuyo objeto, al tenor de su cláusula primera, consistió en la “**CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE REDES DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO PARA LA SEGUNDA FASE DE LOTEOS DE LOS PREDIOS DONDE SE CONSTRUIRÁN LAS URBANIZACIONES VILLA LUCY Y VILLA MARCELA ZONA URBANA DEL MUNICIPIO DE SAN MARTÍN, CESAR**, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el Estudios Previos (sic), Pliego de Condiciones, la propuesta presentada, los cuales hacen parte integral de este contrato”, según da cuenta copia simple del contrato<sup>55</sup>.

En cuanto al alcance del objeto, en la cláusula primera quedó establecido que el contratista realizaría la calibración de los diseños, frente a lo cual expresamente se estableció que “*la calibración del diseño consistirá en realizar, por cuenta y riesgo del contratista, la actualización del mismo, para lo cual podrá modificar las cantidades de obra pactadas inicialmente, sin variar las especificaciones, (Previa*

<sup>53</sup> Fl. 243 a 282, C. 1.

<sup>54</sup> Fl. 283 a 287, C. 1.

<sup>55</sup> Fl. 2 a 18 y 289 a 302, C. 1.



*autorización de la interventoría externa contratada por el Municipio) Variación que, en todo caso, no podrá ser superior al 20% del valor del contrato en relación con el alcance físico esperado”.*

De acuerdo con la cláusula segunda, el valor del contrato fue de \$1.303.996.406 y el tenor de la cláusula sexta se estipuló un plazo de ejecución de tres (3) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio.

Con relación a las obligaciones del contratista, en la cláusula octava se estableció que la sociedad Chamat Ingenieros Ltda., entre otras, ejecutaría el contrato de conformidad con lo previsto en el pliego de condiciones, llevaría a cabo todas las labores necesarias para alcanzar el objeto del proyecto y cumpliría con el cronograma.

Por su parte, frente a las obligaciones a cargo del Municipio, en la cláusula novena se estableció que este le suministraría al contratista la información y documentación necesarios para el cumplimiento del contrato, pagaría el valor del contrato y suscribiría las actas de ejecución contractual de forma oportuna.

Con relación a las garantías, en la cláusula décima tercera se acordó que el contratista debería, entre otras, constituir garantía de cumplimiento equivalente al 10% del valor del contrato, la cual debería estar vigente durante el plazo de ejecución del contrato y cuatro (4) meses más.

En la cláusula décima quinta del contrato se acordaron las multas a imponer al contratista en caso de incumplimiento frente: a la legalización, a la constitución de garantías, a la disposición de elementos, equipos, materiales y personal, al cronograma de obra, a las especificaciones técnicas de la obra, a la terminación de la obra, a las obligaciones ambientales, de gestión social, a la entrega de documentos y al pago de seguridad social integral y parafiscales.

Finalmente, en la cláusula décima octava, se estableció que harían parte del contrato *“las cláusulas comunes del contrato del documento adjunto, referidas a: intereses moratorios, procedimiento para el cobro de multas, cláusulas exorbitantes,*



*cláusula penal pecuniaria, cesión del contrato y subcontratación, inexistencia de relación laboral, indemnidad, interpretación, solución de controversias contractuales, impuestos, requisitos de perfeccionamiento y legalización y entendimiento integral de las condiciones del contrato. Así mismo hacen parte integral del contrato los pliegos de condiciones o términos de referencia sus anexos, apéndices y la propuesta presentada por el contratista”.*

6.3.1.1.5. Está probado que el 22 de diciembre de 2011 las partes suscribieron el acta de inicio, según da cuenta copia simple del documento<sup>56</sup>.

6.3.1.1.6. Consta que el 19 de enero de 2012 las partes acordaron suspender el contrato “*por un término de aproximadamente de Cincuenta (50) días*”, con el fin de recalcular y ajustar el proyecto, porque se encontraron líneas nuevas de alcantarillado y, además, porque no se tuvieron en cuenta unas exigencias de Corpocesar, según da cuenta copia simple del acta de suspensión n.º 1<sup>57</sup>.

6.3.1.1.7. Se probó que el 29 de marzo de 2012 las partes reanudaron la ejecución del contrato, según da cuenta copia simple del acta de reinicio n.º 1<sup>58</sup>.

6.3.1.1.8. Está acreditado que el 9 de abril de 2012 las partes acordaron suspender nuevamente la ejecución del contrato “*hasta tanto no se solucione el inconveniente de las áreas invadidas por la comunidad*”, según consta en copia simple del acta de suspensión n.º 2<sup>59</sup>.

6.3.1.1.9. Consta que el 9 de julio de 2012 las partes reanudaron la ejecución del contrato, según da cuenta copia simple del acta de reinicio n.º 2<sup>60</sup>.

6.3.1.1.10. Se probó que el 27 de agosto de agosto de 2012, la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. solicitó al Municipio prorrogar el plazo de ejecución del contrato por un término de sesenta (60) días, según da cuenta copia simple del oficio CO-12-12

<sup>56</sup> Fl. 310, C. 1.

<sup>57</sup> Fl. 316, C. 1.

<sup>58</sup> Fl. 331, C. 1.

<sup>59</sup> Fl. 330, C. 1.

<sup>60</sup> Fl. 335, C. 1.



suscrito por el Representante Legal de la sociedad<sup>61</sup>. Lo anterior, con fundamento en los problemas que se presentaron en la ejecución del contrato por la falta de permisos ante lo exigido por Corpocesar y la invasión al lugar de la obra.

6.3.1.1.11. Está acreditado que el 28 de agosto de 2012 se desarrolló el comité de obra n.º 3, en el que el contratista reiteró su solicitud en el sentido de prorrogar el plazo de ejecución del contrato por un término de sesenta (60) días, según da cuenta copia simple del acta de comité de obra n.º 3<sup>62</sup>. En el comité se hizo referencia a la fecha en la que se firmó el acta de inicio y los motivos que llevaron a suspender el contrato -suspensiones n.º 1 y 2-.

6.3.1.1.12. Está probado que el 28 de agosto de 2012 las partes suscribieron el contrato adicional n.º 1, en el que acordaron, entre otros, modificar la cláusula sexta del contrato en el sentido de establecer que su plazo de ejecución sería de cinco (5) meses contados a partir de la firma del acta de inicio, según da cuenta copia simple del acuerdo modificatorio<sup>63</sup>.

6.3.1.1.13. Se acreditó que el 29 de octubre de 2012 se desarrolló una audiencia en la que el contratista solicitó prorrogar el contrato por un término de cuarenta (45) días, con el fin de definir las obras a ejecutar en la urbanización Villa Marcela, según da cuenta copia simple del acta de comité de obra<sup>64</sup>

6.3.1.1.14. Consta que el 29 de octubre de 2012 las partes celebraron el otrosí n.º 2, con el fin de introducir el párrafo tercero a la cláusula sexta del contrato, en el que se estipuló que “[e]l presente Contrato se prorrogará en un término de cuarenta y cinco días contados a partir del día veintinueve (29) de Octubre de 2012”. Lo anterior, según da cuenta copia simple del acuerdo modificatorio<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> Fl. 336, C. 1.

<sup>62</sup> Fl. 337, C. 1.

<sup>63</sup> Fl. 340 y 341, C. 2.

<sup>64</sup> Fl. 366 a 369, C. 2

<sup>65</sup> Fl. 370 a 372, C. 2.



6.3.1.1.15. Está probado que el 5 de diciembre de 2012 las partes suspendieron la ejecución del contrato, según dan cuenta copia simple de los informes de interventoría con corte a febrero<sup>66</sup> y marzo<sup>67</sup> de 2013.

6.3.1.1.16. Se acreditó que el 14 de diciembre de 2012 se reanudó la ejecución del contrato, según dan cuenta copia simple de los informes de interventoría con corte a febrero<sup>68</sup> y marzo<sup>69</sup> de 2013.

6.3.1.1.17. Consta que el 17 de diciembre de 2012 las partes prorrogaron el plazo de ejecución del contrato hasta el 28 de febrero de 2013, según dan cuenta copia simple de los informes de interventoría con corte a febrero<sup>70</sup> y marzo<sup>71</sup> de 2013.

6.3.1.1.18. Se acreditó que por medio del Decreto n.º 032 del 13 de febrero de 2013, el Alcalde del municipio de San Martín delegó en el Secretario de Planeación e Infraestructura *“el ejercicio de iniciar los trámites de citación e instalación de la audiencia pública de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 -Estatuto Anticorrupción-, dentro de aquellos procesos de Obra pública en los cuales sea parte contratante el municipio de San Martín”*, según da cuenta copia simple del acto administrativo<sup>72</sup>.

6.3.1.1.19. Quedó probado que en el mes de febrero de 2013 la interventoría presentó informe en el que concluyó que el contratista tan solo ejecutó *“un 12.40%, razón por la cual esta interventoría recomienda a la Administración aplicar el conducto regular”*, según da cuenta copia simple del informe de interventoría de la fecha<sup>73</sup>.

6.3.1.1.20. Se demostró que, en el informe de interventoría de marzo de 2013, esta última reiteró que el contratista tan solo ejecutó *“un 12.40%”* y, por tanto, recomendó

<sup>66</sup> Fl. 425 a 435, C. 2.

<sup>67</sup> Fl. 446 a 461, C. 2.

<sup>68</sup> Fl. 425 a 435, C. 2.

<sup>69</sup> Fl. 446 a 461, C. 2.

<sup>70</sup> Fl. 425 a 435, C. 2.

<sup>71</sup> Fl. 446 a 461, C. 2.

<sup>72</sup> Fl. 418 a 421, C. 2.

<sup>73</sup> Fl. 425 a 435, C. 2.



“a la Administración aplicar el conducto regular”, según da cuenta copia simple del informe de interventoría de la fecha<sup>74</sup>.

6.3.1.1.21. Consta que el 15 de abril de 2013 el Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio, “*de conformidad a lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011*”, citó al contratista a audiencia, que se llevaría a cabo el 24 de abril de 2013, tal y como consta en copia simple de oficio de la fecha<sup>75</sup>. En la misiva quedaron expuestos los argumentos que la entidad tuvo en cuenta para citar a audiencia de incumplimiento.

6.3.1.1.22. Se probó que el 24 de abril de 2013 el Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio, por segunda ocasión, “*de conformidad a lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011*”, citó al contratista a audiencia, la cual se llevaría a cabo el 2 de mayo de 2013, según da cuenta copia simple de oficio de la fecha<sup>76</sup>. En la misiva se retiraron los argumentos expuestos en la citación del 15 de abril de 2013.

6.3.1.1.23. Consta que el 30 de abril de 2013 el contratista solicitó al Municipio el aplazamiento de la audiencia, porque, según adujo, la interventoría no le había entregado la información necesaria para validar las cantidades de obra, según da cuenta copia simple de oficio de la fecha<sup>77</sup>.

6.3.1.1.24. Está acreditado que el 7 de mayo de 2013 el Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio, por tercera ocasión, “*de conformidad a lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011*”, citó al contratista a audiencia, la cual se llevaría a cabo el 15 de mayo de 2013, según da cuenta copia simple de oficio de la fecha<sup>78</sup>. En la misiva se retiraron los argumentos expuestos en la citación del 15 de abril de 2013.

---

<sup>74</sup> Fl. 425 a 435, C. 2.

<sup>75</sup> Fl. 472 a 476, C. 2.

<sup>76</sup> Fl. 495 a 499, C. 2.

<sup>77</sup> Fl. 507, C. 2.

<sup>78</sup> Fl. 525 a 529, C. 2.



6.3.1.1.25. Se probó que el 14 de mayo de 2013 el Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio, por cuarta ocasión, “*de conformidad a lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011*”, citó al contratista a audiencia, la cual se llevaría a cabo el 20 de mayo de 2013, según da cuenta copia simple de oficio de la fecha<sup>79</sup>. En la misiva se retiraron los argumentos expuestos en la citación del 15 de abril de 2013.

6.3.1.1.26. Consta que por medio del Decreto n.º 091 del 20 de mayo de 2013, el Alcalde del municipio de San Martín delegó en el Secretario de Planeación e Infraestructura la facultad de “*iniciar, tramitar y culminar las actuaciones administrativas inherentes a la actividad contractual, que comprende, entre otras, la de expedir los actos administrativos pre-contractuales, contractuales y post-contractuales*”, según da cuenta copia simple del acto administrativo<sup>80</sup>.

6.3.1.1.27. Está probado que el 20 de mayo de 2013 se dio inicio a la audiencia convocada por el Municipio, a la que asistieron el Secretario de Planeación e Infraestructura, un asesor jurídico del Municipio, el Representante Legal de la sociedad contratista, su apoderada, la interventoría y la aseguradora, diligencia que se suspendió con el fin de realizar un “*informe actualizado del estado actual del sitio objeto del contrato*”, según da cuenta copia simple del acta de la audiencia<sup>81</sup>.

6.3.1.1.28. Se probó que el 14 de junio de 2013 continuó la audiencia convocada por el Municipio, a la que asistieron el Secretario de Planeación e Infraestructura, una asesora de la Oficina de Control Interno, un asesor jurídico del Municipio, el Representante Legal de la sociedad contratista, su apoderada, la interventoría y la aseguradora, actuación que se suspendió con el fin de realizar una visita al lugar de la obra, según da cuenta copia simple del acta de la audiencia<sup>82</sup>.

6.3.1.1.29. Consta que el 18 de junio de 2013 continuó la audiencia convocada por el Municipio, a la que asistieron el Secretario de Planeación e Infraestructura, una asesora de la Oficina de Control Interno, un asesor jurídico del Municipio, el

<sup>79</sup> Fl. 536 a 540, C. 2.

<sup>80</sup> Fl. 646 a 649, C. 3.

<sup>81</sup> Fl. 561 a 572, C. 2.

<sup>82</sup> Fl. 573 a 583, C. 2.



Representante Legal de la sociedad contratista, su apoderada y la interventoría, según da cuenta copia simple del acta de la audiencia<sup>83</sup>. En el marco de la audiencia, la sociedad contratista rindió descargos y aportó pruebas, razón por la cual la entidad determinó suspender la diligencia, con el fin de analizar las pruebas aportadas e indicó que la misma se reanudaría el 26 de junio de 2013 para tomar la decisión definitiva.

6.3.1.1.30. Consta que el 25 de junio de 2013, el Representante Legal de la sociedad contratista solicitó “reprogramar” la audiencia “por motivos de incapacidad médica”, según da cuenta copia simple del oficio CO-28-13<sup>84</sup> y de la incapacidad médica<sup>85</sup>.

6.3.1.1.31. Está acreditado que el 25 de junio de 2013, el Municipio ofició al contratista y su apoderada para informales que no estimaba procedente el aplazamiento de la audiencia y que, por tanto, la misma continuaría el 27 de junio de 2013, según dan cuenta copia simple de comunicaciones de la fecha suscritas por el Secretario de Planeación e Infraestructura del ente territorial<sup>86</sup>.

6.3.1.1.32. Se probó que el 26 de junio de 2013, la apoderada de la sociedad contratista allegó al Municipio la renuncia al poder conferido por el Representante Legal de la sociedad Chamat Ingenieros Ltda., según da cuenta copia simple del correo electrónico de la fecha<sup>87</sup>, así como también del escrito de renuncia al poder<sup>88</sup>. Esta manifestación estuvo acompañada de la comunicación remitida por la apoderada al Representante Legal de la sociedad, en el que le informó acerca de la renuncia irrevocable al poder.

6.3.1.1.33. Consta que el 27 de junio de 2013 se reanudó la audiencia convocada por el Municipio, a la que asistieron el Secretario de Planeación e Infraestructura, una asesora de la Oficina de Control Interno, un asesor jurídico del Municipio, la

<sup>83</sup> Fl. 674 a 718, C. 3.

<sup>84</sup> Fl. 743, C. 3.

<sup>85</sup> Fl. 731, C. 3.

<sup>86</sup> Fl. 721 y 724, C. 3.

<sup>87</sup> Fl. 724 Rev. y 725, C. 3.

<sup>88</sup> Fl. 728 a 730, C. 3.



interventoría y el Personero Municipal, según da cuenta copia simple del acta de la audiencia<sup>89</sup>. En el marco de la diligencia la entidad pública profirió la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013.

6.3.1.1.34. Está acreditado que por medio de la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, el municipio de San Martín: (i) declaró el incumplimiento del contrato de obra n.º 039 del 21 de noviembre de 2011; (ii) ordenó reducir del anticipo la suma de \$289.200.346 y, por tanto, estimó que el valor que el contratista le adeudaba al ente territorial por este concepto ascendía a la suma de \$507.722.470; (iii) ordenó liquidar el contrato; (iv) declaró el siniestro e hizo efectiva la garantía de cumplimiento por valor de \$130.399.641 y la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo por valor de \$507.722.470; (v) dispuso oficiar a la Cámara de Comercio y a la Procuraduría General de la Nación para los fines pertinentes, decisión que quedó notificada en estrados y frente a la cual, tal y como expresamente se indicó en el acto administrativo, sólo procedía el recurso de reposición, que debía interponerse y sustentarse en audiencia, según da cuenta copia simple del acto<sup>90</sup>.

Como sustento de lo anterior, la Administración consideró que el contratista no entregó la obra contratada en su totalidad; tan solo realizó labores en el sector correspondiente a Villa Lucy por valor de \$289.200.346, las cuales, a juicio del Municipio, se realizaron sin la supervisión o vigilancia de la interventoría y sin el cumplimiento de las especificaciones técnicas requeridas.

6.3.1.1.35. Consta que el 2 de julio de 2013, el Municipio remitió a la sociedad contratista, vía correo electrónico, la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, según da cuenta copia simple del pantallazo del correo electrónico<sup>91</sup>.

### **6.3.1.2. Pruebas adicionales**

<sup>89</sup> Fl. 630, C. 2.

<sup>90</sup> Fl. 732 a 742 y 744 a 755, C. 3.

<sup>91</sup> Fl. 32, C. 1.



Radicado: 20001-23-33-000-2014-00035-01  
(56031)

Demandante: CHAMAT INGENIEROS LTDA.

6.3.1.2.1. Obra el testimonio rendido por la señora Girlesa María Moreno Ortiz, quien se desempeñó como asesora de la Oficina de Control Interno del municipio de San Martín. En su relato, afirmó que el proceso contractual fue objeto de auditorías y que no se advirtió irregularidad alguna. Indicó que el contratista conocía las condiciones del contrato. Manifestó haber participado en la audiencia de incumplimiento para evitar que se violará el derecho al debido proceso del contratista. Refirió no tener mayor conocimiento en torno a la ejecución del contrato.

En tal sentido, la Sala estima que el testimonio referido carece de eficacia probatoria, dado que el dicho de la testigo no brinda detalle respecto del objeto de la presente litis. Como expresamente lo manifestó la declarante, esta no tuvo conocimiento de las condiciones que rodearon la ejecución del contrato y mucho menos de los aspectos que llevaron a que el Municipio declarara su incumplimiento. Además, tampoco brindó mayor detalle respecto del desarrollo de la audiencia de incumplimiento.

6.3.1.2.2. De otro lado, reposa el testimonio del señor Alonso Abuara Noriega, quien se desempeñó como director de interventoría del contrato de obra n.º 039 del 21 de noviembre de 2011. En su relato afirmó que el contrato se empezó a ejecutar a finales de diciembre de 2011. Indicó que el contratista no realizó mayor ejecución. Preciso que al contratista se le otorgaron mayores plazos para ejecutar las labores y que siempre manifestaba alguna excusa. Señaló que el contratista nunca le informó a la interventoría acerca de alguna inconformidad respecto a los diseños. Manifestó que el Municipio obró de buena accediendo a las prórrogas del contrato. Preciso que el contratista no contrataba con el personal necesario para adelantar las labores. Adujo que el contratista siempre presentó excusas frente a su demora en la ejecución, tales como la calibración de los diseños y la invasión a los predios.

Preciso que estas circunstancias no incidieron en la ejecución del contrato, pues la entidad le otorgó más tiempo al contratista para ejecutar las obras. Afirmó que la entidad fue “laxa” con el contratista, pues debió declarar el incumplimiento con anterioridad. Manifestó que el objeto del contrato no varió. Recalcó que, si bien se presentó la invasión a los predios, la situación se solucionó por parte del Municipio. Indicó que, comoquiera que el proyecto se debía desarrollar en dos zonas, el



contratista pudo haber adelantado las actividades contratadas en todo momento, bien en una zona o bien en la otra. Señaló que el contrato contemplaba la solución para 302 predios, de conformidad con los diseños iniciales, pero se redujeron con ocasión del cambio de diseños por cuenta de la falta de autorización de Corpocesar. Finalmente, recalcó que el objeto del contrato se centró en instalar líneas de acueducto y alcantarillado y que dicho objeto no varió.

La Sala le dará credibilidad al dicho del testigo y se procederá a su valoración, dado que, al desempeñarse como director de interventoría del contrato de obra n.º 039 del 21 de noviembre de 2011, conoció de primera mano las circunstancias que rodearon su ejecución y que llevaron a la entidad demandada a declarar su incumplimiento. Además, se aprecia que su declaración contiene un hilo conductor coherente y preciso frente a la ejecución del contrato y las razones que llevaron a declarar su incumplimiento, aunado a que lo afirmado por el testigo se acompasa con las restantes pruebas del plenario.

6.3.1.2.3. Reposa el certificado de existencia y representación de la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. en el que se certifica: (i) que Carlos Alexis Chamat García fue designado como gerente de la sociedad mediante escritura pública n.º 2543 del 11 de noviembre de 1987; y (ii) que Dolly Teresa Cujia Daza fue designada como suplente mediante escritura pública n.º 2543 del 11 de noviembre de 1987, teniendo como función la de remplazar al gerente “*en sus faltas absolutas, temporales o accidentales*”.

#### **6.4. Del examen de validez del acto acusado**

La recurrente acusa la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, porque, a su juicio, fue proferida con falta de competencia e infringe la Constitución y la Ley. Además, considera que durante la ejecución del contrato se presentaron “*obstáculos*” imputables a la entidad contratante, que afectaron “*los plazos estipulados inicialmente*”.

En este orden de ideas, a continuación, la Sala abordará de forma independiente el examen de los cargos formulados en el recurso de alzada.



#### 6.4.1. De la falta de competencia

**6.4.1.1.** La sociedad Chamat Ingenieros Ltda. considera que el Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio no era competente para iniciar la actuación administrativa en su contra, porque no estaba delegado para tal efecto.

Según lo manifestado por esta Subsección, la competencia, como expresión del principio de legalidad<sup>92</sup>, es la facultad que, en virtud de la Constitución, la Ley o el Reglamento, tiene un órgano o entidad pública para ejercer determinada función en una materia y dentro de cierto tiempo y ámbito territorial<sup>93</sup>. Bajo este entendido, los actos administrativos se ajustarán al ordenamiento cuando hayan sido proferidos por una autoridad en el marco de las facultades otorgadas en la Constitución, la Ley o el Reglamento. Por el contrario, aquellos estarán viciados de nulidad cuando la autoridad los hubiese dictado, *“por fuera de la esfera de atribuciones que el ordenamiento jurídico le ha otorgado”*<sup>94</sup>.

De otra parte, cabe señalar que de conformidad con el artículo 314<sup>95</sup> de la Constitución Política, en cada municipio habrá un alcalde, que será el jefe de la administración local y representante legal del municipio. Por su parte, el artículo 11.3-b<sup>96</sup> de la Ley 80 de 1993 establece que los alcaldes de los municipios tienen la

<sup>92</sup> Al respecto, la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia del 22 de julio de 2021, manifestó que *“el mentado factor de validez [se refiere a la competencia] necesariamente se relaciona con el principio de legalidad, en tanto el hecho de delimitar qué autoridad debe resolver un asunto específico, se constituye en una restricción indispensable en el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, habida cuenta de que propende por garantizar la uniformidad en el actuar de su agentes, precaver el ejercicio arbitrario del poder público, dar prevalencia a la igualdad material ante la administración y consolidar el rango jerárquico de los entes públicos en razón de la relevancia de los asuntos a resolver y su necesidad de legitimidad, discusión democrática y nivel de responsabilidad”*. Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 22 de julio de 2021. Rad.: 4789-18.

<sup>93</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia aprobada en Sala 7 del 23 de septiembre de 2021. Rad.: 34773.

<sup>94</sup> Rodríguez Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Temis, Bogotá, 2013. Pág. 322.

<sup>95</sup> *“ARTICULO 314. En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente [...]”*.

<sup>96</sup> *“ARTÍCULO 11. DE LA COMPETENCIA PARA DIRIGIR LICITACIONES O CONCURSOS Y PARA CELEBRAR CONTRATOS ESTATALES [...] b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en*



competencia para celebrar contratos. A su turno, el artículo 12<sup>97</sup> *ibídem* prevé que los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos.

Descendiendo al caso concreto, examinadas en conjunto las pruebas que obran en el expediente, en lo que se refiere a la competencia del Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio para iniciar la actuación administrativa en contra de la sociedad demandante, la Sala encuentra acreditado: (i) que el 21 de noviembre de 2011, el municipio de San Martín, por intermedio de su Alcalde, y la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. suscribieron el contrato de obra n.º 039 (hecho probado 6.3.1.1.4.); (ii) que mediante Decreto n.º 032 del 13 de febrero de 2013, el Alcalde del Municipio delegó en el Secretario de Planeación e Infraestructura la facultad para iniciar los trámites de citación e instalación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en todos los contratos de obra en los que fuera parte contratante el ente territorial (hecho probado 6.3.1.1.18.); (iii) que el 15 de abril de 2013, el Secretario de Planeación e Infraestructura citó a la sociedad contratista a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (hecho probado 6.3.1.1.21.); (iv) que mediante Decreto n.º 091 del 20 de mayo de 2013, el Alcalde del Municipio delegó en el Secretario de Planeación e Infraestructura la facultad para iniciar, tramitar y culminar las actuaciones administrativas inherentes a la actividad contractual (hecho probado 6.3.1.1.26.); y (v) que mediante Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, el municipio de San Martín declaró el incumplimiento del contrato de obra n.º 039 del 21 de noviembre de 2011 (hecho probado 6.3.1.1.34.).

Bajo el anterior contexto probatorio, contrario a lo afirmado por la recurrente, en el presente caso la Sala advierte que el Secretario de Planeación e Infraestructura del municipio de San Martín se encontraba debidamente facultado para iniciar la

---

*los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades”.*

<sup>97</sup> “ARTÍCULO 12. DE LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> <Ver Notas del Editor> Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos [...]”



actuación administrativa adelantada en contra de la sociedad contratista, la cual a la postre culminó con la decisión sancionatoria que aquí se cuestiona.

En efecto, tal y como quedó acreditado, se aprecia que el Alcalde del municipio de San Martín, quien tiene a cargo la representación legal del ente territorial y está facultado en virtud de la ley para suscribir contratos y para delegar dicha atribución, por medio del Decreto n.º 032 del 13 de febrero de 2013 delegó en el Secretario de Planeación e Infraestructura *“el ejercicio de iniciar los trámites de citación e instalación de la audiencia pública de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 -Estatuto Anticorrupción-, dentro de aquellos procesos de Obra pública en los cuales sea parte contratante el municipio de San Martín”* (hecho probado 6.3.1.1.18.).

A partir de lo anterior, resulta claro que, para el 15 de abril de 2013, fecha en la que el Secretario de Planeación e Infraestructura convocó a la sociedad Chamat e Ingenieros Ltda. a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 - que culminó con la expedición de la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013-, el servidor público referido se encontraba facultado para tal efecto, es decir, para adelantar los trámites tendientes a citar al contratista a la actuación administrativa por el presunto incumplimiento del contrato, pues el Alcalde del Municipio, mediante Decreto n.º 032 del 13 de febrero de 2013, le había delegado esta función (hecho probado 6.3.1.1.18.).

En este orden, la Sala colige que el Secretario de Planeación e Infraestructura del municipio de San Martín, contrario a lo indicado por la recurrente, sí era competente para citar al contratista a la audiencia de incumplimiento, pues el Alcalde, mediante acto administrativo -Reglamento-, previamente le había delegado dicha atribución. Por tanto, el cargo invocado será despacho de forma negativa.

**6.4.1.2.** De otro lado, la recurrente aduce que, para el momento en el que se declaró el incumplimiento del contrato, su plazo de ejecución había expirado, de tal suerte que la entidad pública había perdido competencia para adoptar la decisión.

Según quedó visto (F.J. 6.2.), la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva la cláusula penal como mecanismo resarcitorio o indemnizatorio podrá



Radicado: 20001-23-33-000-2014-00035-01  
(56031)  
Demandante: CHAMAT INGENIEROS LTDA.

realizarse luego de expirado el plazo contractual, a diferencia de la imposición de multas, que procede mientras se encuentre vigente el plazo de ejecución contractual, pues su finalidad no es indemnizatoria sino conminatoria<sup>98</sup>.

Al efecto, esta Sección en sentencia del 24 de abril de 2020 manifestó que:

*“[...] en lo que atañe a la cláusula penal como mecanismo indemnizatorio de perjuicios, esta Subsección ha discurrido que la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva aquella podrá realizarse luego de vencerse el plazo contractual, autorización que, como se anotará en el acápite siguiente, no debería hacerse extensiva en el evento en que esa declaratoria se produzca con miras a imponer una multa”<sup>99</sup>.*

En el mismo sentido, en sentencia del 13 de marzo de 2013 se precisó que:

*“[...] la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que se haya vencido el plazo contractual, sin que éste hubiere ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, únicamente como medida para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria”<sup>100</sup>.*

A partir del marco jurisprudencial referido, resulta claro que las entidades públicas están facultadas para declarar el incumplimiento del contrato, una vez vencido su plazo de ejecución, siempre y cuando la medida se adopte para hacer efectiva la cláusula penal compensatoria o resarcitoria, mas no para imponer multas.

Descendiendo al caso concreto, en lo que se refiere a la declaratoria de incumplimiento proferida por el Municipio, se encuentra acreditado: (i) que dentro de las reglas previstas en el pliego de condiciones, se estableció que en caso de incumplimiento definitivo del contratista, este debería pagar a la entidad contratante, a título de pena, una suma equivalente al 10% del valor del contrato, que se haría efectiva a través de la garantía de cumplimiento (hecho probado 6.3.1.1.1.); (ii) que el 21 de noviembre de 2011, el municipio de San Martín y la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. suscribieron el contrato de obra n.º 039 (hecho probado 6.3.1.1.4.);

<sup>98</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 8 de octubre de 2021. Rad.: 53195. En esta providencia se indicó que *“la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria podrá realizarse luego de expirar el plazo contractual, cuando el contratista no hubiere ejecutado la totalidad de las prestaciones a su cargo, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la entidad contratante puede exigir y evaluar su cumplimiento, definir si éste es satisfactorio y puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista”*.

<sup>99</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2020. Rad.: 64154.

<sup>100</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de marzo de 2013. Rad.: 20628.



(iii) que el contrato finalizó por vencimiento de su plazo el 28 de febrero de 2013 (hecho probado 6.3.1.1.17.); y (vi) que por medio de la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, el Municipio declaró el incumplimiento del contrato de obra n.º 039 del 21 de noviembre de 2011 y, en tal sentido, entre otros, declaró el siniestro e hizo efectiva la garantía única de cumplimiento por valor de \$130.399.641 (hecho probado 6.3.1.1.34.).

Bajo el anterior contexto, en los términos señalados en el recurso de apelación, la Sala no encuentra demostrado que el municipio de San Martín no estuviese facultado temporalmente para declarar el incumplimiento del contrato y que, por tanto, el acto administrativo cuestionado adolezca de falta de competencia temporal, como pasa a exponerse.

En efecto, al tenor de las reglas contenidas en el pliego de condiciones, que hacen parte integral del contrato, puntualmente la prevista en el numeral 4.17, atinente a la cláusula penal, se aprecia que la entidad pública demandada dispuso que, en caso de incumplimiento definitivo del contratista este debería pagarle al Municipio, a título de pena, una suma correspondiente al 10% del valor total del contrato, la cual se haría efectiva a través del cobro de la garantía única de cumplimiento o de los saldos adeudados al contratista.

Sobre este particular, en la regla referida expresamente se estableció que:

*“[E]n caso de incumplimiento definitivo por parte del Contratista de cualquiera de las obligaciones contraídas con el Contrato o de declaratoria de caducidad, el contratista convierte pagar al Municipio de SAN MARTÍN – CESAR, a título de pena, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del Contrato, suma que el Municipio de San Martín hará efectiva mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento o, a su elección, de los saldos que adeude al Contratista, si los hubiere, para la cual se entiende expresamente autorizado con la suscripción del Contrato”.*

En concordancia con lo anterior, al examinar la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, se observa que el municipio de San Martín, además de disponer el incumplimiento del contrato de obra n.º 039 del 21 de noviembre de 2011, declaró el siniestro e hizo efectiva la garantía única de cumplimiento, entre otros (hecho probado 6.3.1.1.34.).



Radicado: 20001-23-33-000-2014-00035-01  
(56031)

Demandante: CHAMAT INGENIEROS LTDA.

En tal sentido, a juicio de la Sala, el actuar de la Administración al declarar el siniestro para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento, se orientó a la imposición de la sanción prevista en el numeral 4.17 del pliego de condiciones, esto es, a hacer efectiva la cláusula penal, en la que, se itera, se estableció que el contratista debería pagarle a la entidad a título de pena una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, la cual se haría efectiva mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento o los saldos que adeudara el contratista. De hecho, según se aprecia, el Municipio, en los términos previstos en el pliego de condiciones, tras declarar el incumplimiento del contrato y con el propósito de imponer la pena, declaró la ocurrencia del siniestro e hizo efectiva la garantía única de cumplimiento por valor de \$130.399.640, suma que en estricto sentido corresponde al 10% del valor del total del contrato, el cual ascendía a \$1.303.996.406 (hechos probados 6.3.1.1.4 y 6.3.1.1.33.).

En este punto, conviene recordar que el pliego de condiciones ostenta una doble naturaleza jurídica: por un lado, antes de la adjudicación del contrato se considera como un acto administrativo de carácter general que rige el desarrollo del proceso de selección y, por otro, una vez celebrado el contrato, integra la relación contractual, convirtiéndose en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico. Dicho documento regula el contrato estatal en su integridad y se convierte en un marco jurídico de obligatorio cumplimiento para la Administración y el contratista a lo largo de iter contractual, de ahí que sus reglas forman parte esencial del contrato y en presente caso así lo estipularon las partes en la cláusula decima octava del mismo.

De este modo, aun cuando el plazo de ejecución del contrato de obra n.º 039 del 21 de noviembre de 2011 había expirado el 28 de febrero de 2013, en el presente caso se estima que dicha circunstancia no afecta la validez de la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013 ni invalida las actuaciones desplegadas por el Municipio, comoquiera que a través del acto administrativo se buscó sancionar el incumplimiento definitivo de la sociedad contratista a través de la imposición de la cláusula penal dispuesta en el pliego de condiciones, de tal suerte que la entidad pública era competente para aplicar en ese momento la sanción.



En este orden, resulta forzoso concluir que no está probado el vicio alegado por la recurrente, pues la entidad pública demandada, a pesar de haber fenecido el plazo de ejecución del contrato, estaba facultada para declarar su incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal, como en efecto ocurrió, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar.

#### **6.4.2. De la infracción a la Constitución y la Ley**

El artículo 29 de la Constitución Política describe el debido proceso como un derecho fundamental, que se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, incluidas, por su puesto, aquellas relativas a la actividad contractual del Estado. Esta prerrogativa constitucional comporta una serie de garantías mínimas a favor de quien acude ante los jueces o la administración pública, entre otras: (i) ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente a la conducta que se le imputa; (ii) ser condenado por hechos que estén consagrados como delito o infracción al momento de su comisión y ser castigado conforme a las sanciones consagradas en la ley; (iii) ser juzgado con arreglo al procedimiento y formas propias de cada juicio y ante la autoridad judicial o administrativa competente; (iv) que se presuma su inocencia; (v) no ser juzgado dos veces por el mismo hecho; (vi) aplicar la norma más favorable; (vii) obtener la resolución de las cuestiones sin dilaciones injustificadas; (viii) ser oído antes de que se tome la decisión; (ix) participar efectivamente en el proceso desde su inicio y hasta su terminación; (x) ofrecer y producir pruebas; (xi) obtener decisiones fundadas o motivadas; (xii) recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; (xiii) tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; (xiv) controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; (xv) obtener asesoría legal; y (xvi) tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas -interponer recursos-<sup>101</sup>.

Ahora bien, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 establece que el debido proceso será un principio rector de la contratación estatal y fija unas garantías que deben respetarse en todas las actuaciones contractuales<sup>102</sup>. Según la norma, en este tipo

<sup>101</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010. Rad.: 18394.

<sup>102</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Rad.: 16367.



de actuaciones la decisión de la Administración debe estar precedida de la audiencia del afectado *“que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso”*.

Al efecto, frente al contenido y desarrollo de esta norma, esta Sección ha manifestado que:

*“Para empezar, se destaca la introducción positiva, en el art. 17 de la ley 1.150 de 2007, del debido proceso como principio rector de la contratación estatal. Su propósito fue el de afirmar lo que constitucionalmente es indiscutible*

*[...]*

*Se trata de un impulso que reafirma –no crea- el canon constitucional que impone la razón y el juicio en las actuaciones administrativas. Visto así, surge para la contratación pública la necesidad de incrementar las garantías del debido proceso, tratando de evolucionar hacia los procedimientos más progresistas en este campo.*

*[...]*

*Para la Sala no cabe duda que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no. Esta clasificación tiene incidencia para otros efectos, por ejemplo para determinar los derechos del debido proceso que rigen en unas y en otras actuaciones, como quiera que es indiscutible que las garantías se potencializan en las primeras y se reducen en las segundas, por razones obvias”<sup>103</sup>.*

Por su parte, en lo que concierne a la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, vigente para el momento en que el Municipio adelantó la actuación administrativa que culminó con expedición del acto administrativo demandado, establece que las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración *“podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal”*, con observancia del siguiente procedimiento:

*“a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las*

<sup>103</sup> Ibidem.



*obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;*

*b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;*

*c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;*

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

A su turno, el artículo 8.1.10. del Decreto 734 de 2012, igualmente vigente para el momento en que el Municipio adelantó la actuación administrativa que culminó con expedición del acto administrativo demandado, reitera que para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, se debe, por un lado, respetar el derecho al debido proceso establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y, por el otro, observar el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a saber:

*“Artículo 8.1.10. Procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, así como para la estimación de los perjuicios sufridos por la entidad contratante, y a efecto de respetar el debido proceso al afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad observará el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Para tal efecto, las entidades estatales señalarán en su manual de contratación los trámites internos y las competencias para aplicar dicho procedimiento.*



*En todo caso, no se podrá imponer multa alguna sin que se surta el procedimiento señalado, o con posterioridad a que el contratista haya ejecutado la obligación pendiente si esta aún era requerida por la entidad.*

*Parágrafo 1°. Al procedimiento indicado en el presente artículo deberá vincularse también a la aseguradora cuando el cumplimiento del contrato se encuentre amparado mediante un contrato de seguro.*

*Parágrafo 2°. La comunicación a que se refiere el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se enviará a la dirección de correspondencia informada por el contratista en el contrato”.*

A partir del claro tenor de las normas referidas, en el marco de las actuaciones administrativas contractuales tendientes a la declaratoria de incumplimiento, es menester que la Administración observe el procedimiento establecido en la Ley y que garantice el derecho al debido proceso, permitiéndole al contratista: (i) conocer los hechos que motivaron la actuación, así como las normas y cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista; (ii) presentar descargos; (iii) aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad; e (iv) interponer los recursos procedentes.

**6.4.2.1.** La sociedad recurrente considera que se vulneró su derecho al debido proceso, porque la Administración profirió la decisión cuestionada en el marco de una audiencia, a la que no pudo asistir el contratista. A este efecto, agregó que el Representante Legal de la sociedad no compareció a la diligencia dado que se encontraba incapacitado, sumado al hecho de que su apoderada, previo a la celebración de la misma, renunció al poder otorgado, no obstante lo cual el ente territorial prosiguió con la actuación y expidió el acto administrativo cuya nulidad se demanda.

Descendiendo al caso en concreto, examinadas en conjunto las pruebas que obran en el expediente, la Sala encuentra acreditado: (i) que el 20 de mayo de 2013 se dio inicio a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la cual se suspendió (hecho probado 6.3.1.1.27.); (ii) que el 14 de junio de 2013 se reanudó la audiencia, trámite que se suspendió (hecho probado 6.3.1.1.28.); (iii) que el 18 de junio de 2013 se reanudó la audiencia, la cual se suspendió, fijándose como fecha para su continuación el 26 de junio de 2013 (hecho probado 6.3.1.1.29.); (iv)



que el 25 de junio de 2013, el Representante Legal de la sociedad contratista solicitó reprogramar la audiencia porque se encontraba incapacitado (hecho probado 6.3.1.1.30.); (v) que el 25 de junio de 2013 el Municipio ofició al contratista y a su apoderada para informarles que no estimaba procedente la solicitud de aplazamiento y determinó que la audiencia se reanudaría el 27 de junio de 2013; (hecho probado 6.3.1.1.31.); (vi) que el 26 de junio de 2013 la apoderada de la sociedad contratista presentó renuncia al poder otorgado por la sociedad contratista (hecho probado 6.3.1.1.32.); y (vii) que el 27 de junio de 2013 se reanudó la audiencia, diligencia en la que el ente territorial profirió la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013 (hechos probados 6.3.1.1.33. y 6.3.1.1.34.).

Bajo el anterior contexto probatorio, en el presente caso la Sala no advierte que se hubiese vulnerado el derecho al debido proceso de la parte demandante, como pasa a explicarse.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se aprecia que el 20 de mayo de 2013 inició la audiencia de incumplimiento convocada por el Municipio, a la que asistieron el Secretario de Planeación e Infraestructura, un asesor jurídico del ente territorial, el Representante Legal de la sociedad contratista, su apoderada, la interventoría y la aseguradora, diligencia que se suspendió para realizar un informe del estado de la obra (hecho probado 6.3.1.1.27.).

Igualmente, se observa que los días 14 y 18 de junio de 2013 continuo la audiencia, a la que asistieron el Secretario de Planeación e Infraestructura, una asesora de la Oficina de Control Interno, un asesor jurídico del Municipio, el Representante Legal de la sociedad contratista, su apoderada, la interventoría y la aseguradora. En esta última fecha se acordó suspender la diligencia para analizar los descargos presentados por la sociedad y se determinó que la misma se reanudaría el 26 de junio de 2013, con el propósito de tomar la decisión definitiva (hechos probados 6.3.1.1.28. y 6.3.1.1.29.).

Continuando con el examen del cargo, se advierte que el 25 de junio de 2013, el Representante Legal de la sociedad contratista envió una comunicación al Municipio con el fin de solicitar la reprogramación de la diligencia, “*por motivos de incapacidad*



*médica*”, para lo cual allegó una incapacidad expedida en la misma fecha por el médico Rubén Quintero Calderón, documento a partir del cual se aprecia que en efecto el Representante Legal se encontraba incapacitado por el término de cinco (5) días, con ocasión de una “*bronquitis aguda*” (hecho probado 6.3.1.1.29), prueba frente a la cual, por demás, cabe resaltar que la parte demandada, quien la aportó al proceso, no formuló reparo alguno ni cuestionó su veracidad.

Ahora bien, según lo manifestado por el Municipio al dar respuesta a la solicitud elevada por el Representante Legal de la sociedad Chamat Ingenieros Ltda., la reprogramación de la audiencia no era procedente, porque al contratista se le había garantizado el derecho de defensa y, además, porque aquel estaba representado por su abogada. En tal sentido, el ente territorial determinó que la actuación continuaría el 27 de junio de 2013 y así se lo hizo saber al contratista y a su apoderada mediante comunicación del 25 de junio de 2013 (hecho probado 6.3.1.1.31.), en la que expresamente señaló que:

*“[...] me permito citarlo a las instalaciones de mi Despacho, ubicado en la Carrera 7 N° 13 – 56, Barrio El Socorro, segundo piso, San Martín (Cesar), el próximo jueves veintisiete (27) de junio de los presente a la hora de las dieciséis (16:00) horas en punto con la finalidad de reanudar la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.*

*En cuanto a la solicitud de aplazamiento presentada por el contratista, considera el Despacho que la misma no es procedente ya que ha contado con los medios de defensa pertinentes, además de contar con su apoderada quien está llevando a cabo su defensa técnica.*

*Sin embargo, el Municipio garantizará el debido proceso de los intervinientes”.*

Con ocasión de esta comunicación, el 26 de junio de 2013 la apoderada de la sociedad contratista presentó al ente territorial renuncia al poder, la cual estuvo acompañada del aviso enviado a su poderdante (hecho probado 6.3.1.1.32.). Según el contenido del documento, la renuncia al mandato se sustentó en la imposibilidad de asistir a la audiencia para el 27 de junio de 2016, frente a lo cual la profesional del derecho recalcó que previamente había programado y adelantado las gestiones necesarias para acudir personalmente a la diligencia en la fecha inicialmente dispuesta, esto es, para el 26 de junio de 2013, y refirió que, en todo caso, para una correcta defensa técnica, era menester que el Representante Legal de la sociedad compareciera a la audiencia.



Al respecto, en la renuncia al poder se afirmó lo siguiente:

*“[...] me permito manifestar que presento RENUNCIA IRREVOCABLE al poder a mi conferido por el ingeniero CARLOS ALEXIS CHAMAT GARCÍA, quien me lo otorgó en nombre propio y en representación de Ingenieros Chamat Ltda., toda vez que por las distancias es imposible viajar para asistir a la diligencia programada para el día de mañana, igualmente porque debo viajar al Municipio de San Pedro de los Milagros a las 9 y 30 am y el día viernes es el grado de mi hijo en la Universidad Eafit, compromisos a los cuales no puedo dejar de asistir.*

*Para las anteriores audiencias, con gran antelación pude comprar el tiquete, pernoctar en Girón y viajar tres horas a San Martín, pero para el día de mañana me es imposible físicamente.*

*Además de lo anterior, mi RENUNCIA IRREVOCABLE, obedece a que considero una grave violación al debido proceso no contar con la presencia del ingeniero CARLOS ALEXIS CHAMAT quien es el único que puede argumentar desde el punto de vista técnico cualquier defensa que pudiera presentar”.*

Finalmente, se aprecia que el 27 de junio de 2013 el municipio de San Martín continuó con la actuación y en el marco de la misma dictó la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, decisión que quedó notificada en estrados y frente a la cual, tal y como expresamente se indicó, tan solo procedía el recurso de reposición que debía presentarse y sustentarse en la audiencia (hechos probados 6.3.1.1.33. y 6.3.1.1.34.). Sobre el particular, en el acto administrativo se lee:

*“el señor Contratista no se hará presente en esta audiencia en razón a que solicitó el aplazamiento de la audiencia en un escrito en el que manifestó que está enfermo, tampoco se hará presente su apoderada quien renunció a defenderlo; entonces, como en ésta audiencia no es obligatorio estar representado por abogado, y al señor Chamat se le han otorgado todas las garantías posibles y lo que ha querido es dilatar la audiencia, procederemos a continuarla pues el asunto que aquí se trata es de suma importancia y no merece que injustificadamente sea aplazada.[...]”.*

A partir del anterior derrotero, y aun cuando el 27 de junio de 2013 el ente territorial avanzó en la audiencia que dio lugar a la expedición de la Resolución n.º 1146 de la misma fecha sin la comparecencia del Representante Legal de la sociedad contratista y de su apoderada, a juicio de la Sala dicha circunstancia no da cuenta de la afectación del derecho al debido proceso de la parte actora, toda vez que si la sociedad contratista no asistió a la audiencia y, por tanto, no interpuso recurso de reposición contra el acto administrativo referido fue debido a su actuar y el de su apoderada, pero no porque el Municipio le hubiese limitado dicha posibilidad.



Al respecto, la Sala encuentra que, si bien el Representa Legal de la sociedad contratista presentó una incapacidad médica por 5 días, contados a partir del 25 de junio de 2013, documento que daba cuenta acerca de su imposibilidad de asistir a la audiencia programada por el Municipio para el 27 de junio de 2013, también es cierto que, ante dicha coyuntura, la sociedad pudo verse representada en la diligencia a través de la representante legal suplente, Dolly Teresa Cujia Daza, designada por la sociedad demandante desde 1987, pues en efecto, según se desprende del certificado de existencia y representación obrante en el expediente (prueba adicional 6.3.1.2.3.), justamente tenía como función la de remplazar al principal en sus faltas absolutas, temporales o accidentales, como acontece en un evento de incapacidad o de calamidad.

De otro lado, frente a la renuncia al poder formulada por la apoderada de la sociedad contratista el 26 de junio de 2013, es menester precisar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 76<sup>104</sup> del CGP -aplicable a las actuaciones administrativas contractuales-, la sola presentación de la renuncia no pone fin al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial. De ahí que la profesional del derecho debió asistir a la audiencia celebrada el 27 de junio de 2013 o adelantar las gestiones pertinentes para que su poderdante estuviese representando en la diligencia, dado que para el momento en el que se llevó a cabo la misma no se había aceptado la renuncia y tampoco había transcurrido el tiempo señalado en el artículo *ibídem* para darlo por terminado, todo lo cual permite concluir que para esa fecha la abogada continuaba representando jurídicamente a la sociedad Chamat

<sup>104</sup> “ARTÍCULO 76. TERMINACIÓN DEL PODER. El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso.

El auto que admite la revocación no tendrá recursos. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de dicha providencia, el apoderado a quien se le haya revocado el poder podrá pedir al juez que se regulen sus honorarios mediante incidente que se tramitará con independencia del proceso o de la actuación posterior. Para la determinación del monto de los honorarios el juez tendrá como base el respectivo contrato y los criterios señalados en este código para la fijación de las agencias en derecho. Vencido el término indicado, la regulación de los honorarios podrá demandarse ante el juez laboral.

Igual derecho tienen los herederos y el cónyuge sobreviviente del apoderado fallecido.

La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañada de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido.

La muerte del mandante o la extinción de las personas jurídicas no ponen fin al mandato judicial si ya se ha presentado la demanda, pero el poder podrá ser revocado por los herederos o sucesores. Tampoco termina el poder por la cesación de las funciones de quien lo confirió como representante de una persona natural o jurídica, mientras no sea revocado por quien corresponda”.



Ingenieros Ltda. dentro de la actuación administrativa contractual cuyo estudio nos ocupa.

En suma, la Sala estima que si la sociedad demandante no compareció a la audiencia llevada a cabo el 27 de junio de 2013 y si, por tanto, no presentó recurso de reposición contra la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013 que fue proferida en el curso de la misma, ello en modo alguno ocurrió porque la entidad pública demandada se lo hubiese impedido; dicha circunstancia obedeció al actuar de la sociedad contratista y de su apoderada. De hecho, el contratista bien pudo comparecer a la diligencia por conducto de la suplente y, en lo que respecta a su apoderada, hasta tanto no se terminara el poder le correspondía adelantar todas las gestiones necesarias para defender los intereses de su poderdante en el marco de la actuación administrativa contractual, particularmente en la diligencia desarrollada el 27 de junio de 2013, lo que no ocurrió, máxime si se tiene en cuenta que la decisión sancionatoria, en los términos establecidos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debía dictarse y notificarse en audiencia, como en efecto ocurrió (hecho probado 6.3.1.1.34.)

A partir de lo anterior, en el presente caso se concluye que el Municipio no privó a la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. de la oportunidad de interponer el recurso de reposición contra la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, es decir, no quebrantó su derecho al debido proceso, previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual, al tenor de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, debe respetarse en todas las actuaciones administrativas contractuales, razón por la cual el cargo no prospera.

**6.4.2.2.** De otra parte, la recurrente alega que el acto administrativo fue notificado de forma indebida, de tal suerte que adolece de nulidad.

Como quedó visto, el literal c del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que regula el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, establece que la administración deberá adoptar su decisión en audiencia y que la misma quedará notificada en estrados. Además, prevé que frente



Radicado: 20001-23-33-000-2014-00035-01  
(56031)

Demandante: CHAMAT INGENIEROS LTDA.

a ella únicamente procederá el recurso de reposición, que deberá interponerse, sustentarse y decidirse en la misma audiencia.

Descendiendo al caso concreto, en lo que se refiere a la notificación del acto acusado, examinadas en conjunto las pruebas que obran en el expediente la Sala encuentra acreditado: (i) que el 27 de junio se reanudó la audiencia convocada por el Municipio a la que no asistió la sociedad contratista ni su apoderada (hecho probado 6.3.1.1.33.); (ii) que, en desarrollo de la audiencia, el municipio de San Martín profirió la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, mediante la cual declaró el incumplimiento del contrato de obra n.º 039 del 21 de noviembre de 2011, decisión que quedó notificada en estrados (hecho probado 6.3.1.1.34.); y (iii) que mediante correo electrónico del 2 de julio de 2013, el Municipio remitió a la sociedad contratista la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013 (hecho probado 6.3.1.1.35.).

Bajo el anterior contexto probatorio, no se observa que en el presente caso la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013 se hubiese notificado de forma indebida. De hecho, según se aprecia, tal y como lo dispone el artículo 86 Ley 1484 de 2011, el municipio de San Carlos, tras proferir su decisión en audiencia, la notificó en estrados (hecho probado 6.3.1.1.34.) como en efecto le correspondía, sin que la misma hubiese sido objeto de recurso alguno, pues la sociedad contratista y su apoderada no comparecieron a la diligencia.

Para la Sala no resulta de recibo lo argumentado por la recurrente, quien, alegando su propia culpa y pretendiendo sacar provecho de esta, afirma que el acto administrativo cuestionado se notificó de forma indebida; si en el curso de la diligencia la sociedad contratista y su apoderada no se enteraron de la decisión cuestionada fue porque no asistieron a la audiencia, sin que ello signifique que el acto administrativo no se haya notificado adecuadamente.

Con todo, y en gracia de discusión, cabe resaltar que la entidad pública demandada, mediante correo electrónico del 2 de julio de 2013, remitió a la sociedad contratista la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, (hecho probado 6.3.1.1.35.), circunstancia que fue confirmada por la parte actora en el libelo introductorio, en el



que expresamente se indicó que la decisión “*fue notificada al contratista vía correo electrónico el pasado 2 de julio de 2013*”, de donde puede sustraerse que la actora conoció del acto administrativo proferido en su contra, aspecto que, de igual modo, desvirtúa su alegación.

Finalmente, es menester precisar que la circunstancia alegada por la actora, esto es, la indebida notificación de la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, no constituye una circunstancia que invalide el acto administrativo; la indebida notificación del acto administrativo afecta su eficacia, pero en manera alguna su validez.

En suma, comoquiera que en el presente caso no quedó acreditado que se hayan presentado omisiones o irregularidades en la notificación de la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013, las cuales, de haberse presentado, no hubiesen generado la invalidez del acto administrativo, la Sala estima que el cargo alegado no tiene la vocación de prosperar.

**6.4.2.3.** Finalmente, la recurrente aduce que en la citación a la audiencia no se le indicó al contratista las consecuencias que podrían derivarse de la actuación adelantada en su contra, aspecto que, a su juicio, afecta la validez del acto administrativo acusado.

De conformidad con lo establecido en el literal a del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la citación a la audiencia de incumplimiento deberá enunciar, entre otros, “*las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación*”.

En el presente caso se encuentra acreditado que el 15 de abril de 2013, el Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio citó al contratista a audiencia de incumplimiento, citación que fue reiterada el 24 de abril y el 7 y 14 de mayo de 2013 (hechos probados 6.3.1.1.21., 6.3.1.1.22., 6.3.1.1.24. y 6.3.1.1.25.).

Ahora bien, tras examinar el contenido de las citaciones realizadas por el Municipio al contratista, se aprecia que en aquellas se anunciaron los hechos relacionados



con el objeto del contrato y su plazo de ejecución, se hizo referencia al informe de interventoría, a partir de lo cual se indicó que la sociedad contratista no entregó las obras contratadas, incumpliendo de esta manera con las obligaciones establecidas en la cláusula octava del contrato, puntualmente aquellas referentes a la ejecución del contrato, los elementos, equipos, materiales y personal, y las de seguridad social y parafiscales. Acto seguido, se indicó que en la audiencia se analizaría lo atinente a la imposición de las multas establecidas en la cláusula quinta del contrato, además de las sanciones contempladas en el ordenamiento jurídico para tal efecto

En este orden, ajuicio de Sala la citación realizada por el municipio de San Carlos a la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. a la audiencia de incumplimiento, cumplió con los requisitos establecidos en la Ley, pues en que aquella se mencionaron los hechos relevantes, se trajo al caso el informe de interventoría, se enunció la cláusula posiblemente violada y también -aunque de forma escueta- se señalaron las consecuencias derivadas de encontrar demostrado el presunto incumplimiento. De hecho, frente a este último aspecto, la entidad pública le indicó al contratista que en el marco de la audiencia y de conformidad con lo estipulado en el contrato, se examinarían las multas a imponer y se analizarían las demás sanciones establecidas en el ordenamiento jurídico, de lo cual se desprende que el contratista sí tenía conocimiento de los resultados que podrían derivarse de la actuación administrativa adelantada en su contra.

Con todo, en el hipotético evento en el que se concluyera que el Municipio no dio a conocer al contratista las consecuencias que podrían derivarse en desarrollo de la actuación, cabe señalar que, según la jurisprudencia de esta Sección, para que dicha circunstancia afecta la validez del acto administrativo no basta con que la parte demandante acredite la comprobación del vicio, sino que debe demostrar la consecuencia que este acarreó sobre la decisión que demanda, es decir, probar la afectación material de sus derechos, circunstancia que en el presente caso tampoco se encuentra acreditada.

Al respecto, en sentencia del 23 de noviembre de 2017 esta Sección indicó lo siguiente:



*“[...] con idéntico fundamento en el principio constitucional del debido proceso y en la garantía del derecho de defensa, se tiene que advertir que el afectado que impugna un acto administrativo invocando una irregularidad procedimental debe demostrar que la misma se produjo aparejada de una decisión que afectó materialmente sus derechos, para que esa irregularidad pueda ser considerada como constitutiva de la vulneración al debido proceso.*

*En otras palabras, de la misma manera que el Estado debe observar el debido proceso tanto en los aspectos formales con los materiales de la actuación administrativa, el administrado que pretende la anulación del respectivo acto administrativo debe desplegar la prueba, en dos sentidos: i) identificar la violación del procedimiento y ii) demostrar la consecuencia de la irregularidad sobre la decisión contenida en el acto administrativo”<sup>105</sup>.*

En suma, como la parte demandante no probó que la entidad pública demandada hubiese omitido indicarle en la citación a la audiencia las consecuencias que podrían derivarse de la actuación adelantada en su contra, la Sala estima que el presente cargo no está llamado a prosperar.

#### **6.4.3. De los “obstáculos” imputables al municipio de San Carlos**

La parte recurrente afirma que se presentaron “obstáculos” en desarrollo del contrato, atribuibles a la entidad demandada, que afectaron “*los plazos estipulados inicialmente*”, tales como: (i) la invasión a los predios y (ii) la ausencia de requerimientos exigidos por Corpocesar -lo que llevó a modificar el objeto del contrato para que el contratista rediseñara la obra-.

Sobre este particular, en lo que se refiere al proceso contractual y a la celebración del contrato, la Sala encuentra acreditado que: (i) el contratista se obligó a realizar la calibración del diseño -anexo n.º 6 del pliego de condiciones- (6.3.1.1.1.); y (ii) que el 21 de diciembre de 2011 las partes suscribieron el contrato de obra n.º 039, del cual hacen parte el pliego de condiciones y sus anexos (hecho probado 6.3.1.1.4.).

A su turno, en lo que guarda relación con los hechos sucedidos con posterioridad a la firma del contrato y del acta de inicio, se probó que: (i) que el 22 de diciembre de 2011 se suscribió el acta de inicio (hecho probado 6.3.1.1.5); (ii) que el 19 de enero

<sup>105</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 23 de noviembre de 2017. Rad.: 53861.



de 2012 se suspendió el contrato para recalcular y ajustar el proyecto (hecho probado 6.3.1.1.6.); (iii) que el 29 de marzo de 2012 se reanudó el contrato (hecho probado 6.3.1.1.7.); (iv) que el 9 de abril de 2012 se suspendió nuevamente el contrato con ocasión de una invasión a los predios (hecho probado 6.3.1.1.8.); que el 9 de julio de 2012 se reanudó el contrato (hecho probado 6.3.1.1.9.); (v) que el 27 de agosto de 2012, por cuenta de las suspensiones referidas, el contratista solicitó prorrogar el plazo de ejecución del contrato por 60 días (hecho probado 6.3.1.1.10); (vi) que el 28 de agosto las partes modificaron el plazo de ejecución (hecho probado (6.3.1.1.12.); (vii) que el 29 de octubre de 2012 las partes prorrogaron el contrato por 45 días; (viii) que el 5 de diciembre de 2012 se suspendió el contrato (hecho probado 6.3.1.1.15.); (ix) que el 14 de diciembre de 2012 se reanudó el contrato (hecho probado 6.3.1.1.16.); (x) que el 17 de diciembre de 2013 las partes prorrogaron el contrato hasta el 2º de febrero de 2013 (hecho probado 6.3.1.1.17.).

Bajo el anterior contexto probatorio, en los términos señalados en el recurso de apelación, la Sala no encuentra demostrado que el plazo de ejecución del contrato se hubiese afectado por cuenta de la invasión a los predios y por la ausencia de requerimientos exigidos por Corpocesar, según pasa a exponerse.

Al respecto, según se observa en la cláusula sexta del contrato, el contratista se comprometió a realizar las labores encomendadas en un plazo máximo de tres (3) meses (hecho probado 6.3.1.1.4.), contados a partir de la suscripción del acta de inicio, la cual se firmó el 22 de diciembre de 2011 (hecho probado 6.3.1.1.6.)

Asimismo, se advierte que el 19 de enero de 2012 las partes acordaron suspender la ejecución del contrato, porque era necesario recalcular y ajustar el proyecto debido a unos lineamientos exigidos por Corpocesar. En efecto, en el acta de suspensión n.º 1 se indicó que:

*““Teniendo en cuenta que se tiene pendiente la calibración de los diseños de los proyecto[s] de VILLAMARCELA y VILLA LUCY, y que una vez estudiado el sitio de cada proyecto nos encontramos con unas líneas de alcantarillado existentes, y además, una normatividad y lineamientos exigidos por parte de la entidad ambiental CORPOCESAR, lo cual determina que estas condiciones no se tuvieron en cuenta en los diseños y se hace necesario hacer un recálculo y ajustes a todo el proyecto.*



*Todo lo anterior conlleva a replantear una solución y hacer un reacomodamiento de tal forma que se pueda satisfacer el mayor número de soluciones de viviendas. Es conocido que la entidad ambiental CORPOCESAR ha emitido un concepto frente a unas líneas de paramento que definirían hacer unas soluciones de viviendas demasiados costosos lo cual determina un replanteamiento de todo el proyecto”.*

De igual forma, se aprecia que el 9 de diciembre de 2012 las partes convinieron suspender nuevamente la ejecución del contrato por cuenta de una invasión en el lugar de las obras. A este respecto, en el acta de suspensión n.º 2 se precisó que:

*“El contratista manifiesta el notorio inconveniente que se ha presentado en las urbanizaciones Villa Lucy y Villa Marcela donde actualmente se ejecuta ese proyecto, pues ha sufrido gran invasión por parte de personas desplazadas o de escasos recursos que carecen de vivienda, imposibilitando el desarrollo normal de la obra ubicándose en áreas donde se deben instalar las líneas de acueducto y alcantarillado. Además es sumamente riesgoso laborar en presencia de niños permanentemente en la obra, más aun cuando los próximos trabajos a ejecutar requieren de la utilización de maquinaria pesada”.*

En este orden, aunque las pruebas referidas demuestran que en desarrollo del contrato de obra n.º 039 del 21 de noviembre de 2011 se presentó una invasión al lugar en el que se adelantaban las obras y que, en efecto, el Municipio al elaborar los diseños no tuvo en cuenta unas exigencias de Corpocesar, lo que llevó a que se tuviera que recalcular y ajustar el proyecto, a juicio de la Sala dichas circunstancias -por sí solas- no dan cuenta que el plazo de ejecución del contrato se hubiese visto afectado, como lo afirma la actora.

En efecto, según se aprecia el contrato se suspendió en dos ocasiones para solucionar los obstáculos referidos, tiempo durante el cual, desde luego, no transcurrió el plazo de ejecución, así: desde 19 de enero de 2012 hasta el 29 de marzo de 2012, con el fin de adelantar las labores tendientes a recalcular y ajustar el proyecto (hechos probados 6.3.1.1.6., 6.3.1.1.7.) y entre el 9 de abril y el 9 de julio de 2012, para solucionar lo atinente a la invasión del área (hechos probados 6.3.1.1.8., 6.3.1.1.9.), de tal suerte que durante estas suspensiones al contratista se le garantizó y respetó el tiempo que originalmente le fue otorgado para ejecutar las labores a su cargo.

Sumado a lo anterior, se observa que, con posterioridad a las suspensiones, el contratista solicitó prorrogar el plazo de ejecución del contrato por 60 días, con



fundamento, precisamente, en las dificultades que a su modo de ver se presentaron por la invasión a los predios y la ausencia de los requerimientos de Corpocesar (hecho probado 6.3.1.1.10.), solicitud a la que accedió la Administración, pues en efecto el 28 de agosto de 2012 las partes suscribieron el contrato adicional n.º 1 en el que acordaron modificar el plazo de ejecución originalmente previsto, que pasó de 3 a 5 meses (hecho probado 6.3.1.1.12.).

Así, de conformidad con el artículo 1618 del Código Civil, para la Sala no existe duda de que la intención de las partes, que se vio reflejada al suscribir el contrato adicional n.º 1 del 28 de agosto de 2012, tuvo como único propósito prorrogar el plazo de ejecución del contrato por cuenta de la invasión a los predios y de la ausencia de los requerimientos solicitados por Corpocesar, de tal suerte que cualquier afectación en el plazo de ejecución del contrato, ocasionado por estos “obstáculos”, fue superado por las partes al convenir libre y voluntariamente un tiempo adicional para que el contratista ejecutara todas las labores contratadas, aspecto que, por demás, fue corroborado por el director de la Interventoría Alonso Abuara Noriega, quien en la declaración rendida en el proceso fue enfático en afirmar que la invasión a los predios y la calibración a los diseños no incidieron en la ejecución del contrato, porque la entidad pública le otorgó al contratista más tiempo para ejecutar las labores (prueba adicional 6.3.1.2.2.).

Así las cosas, a juicio de Sala, si la parte recurrente contó con un plazo adicional para ejecutar la obra, porque se presentó una invasión a los predios y porque el Municipio no tuvo en cuenta unas exigencias de Corpocesar al elaborar los diseños, no resulta comprensible que, habiendo convenido con la Administración un mayor plazo para culminar las labores a su cargo por cuenta de estas circunstancias, ahora acuda a esta sede judicial a cuestionar la legalidad del acto acusado, cuando el propio contratista, que es un experto en la materia, solicitó y fijó un plazo adicional de 60 días para culminar la obra.

Sumado a lo anterior, cabe señalar que en el presente caso no se encuentra acreditado que, en los términos referidos por la parte recurrente, el objeto del contrato se hubiese modificado y mucho menos que se le haya impuesto al contratista la obligación de rediseñar la obra. Por el contrario, las pruebas que



reposan en el expediente dan cuenta que el contratista, desde un principio, se obligó a calibrar -actualizar- los diseños. A este efecto, en el anexo n.º 6. del pliego de condiciones justamente quedó previsto lo siguiente:

*“la calibración del diseño consistirá en realizar, por cuenta y riesgo del contratista, la actualización del mismo, para lo cual podrá modificar las cantidades de obra pactadas inicialmente, sin variar las especificaciones, (Previa autorización del interventor externo contratado y con el visto bueno del secretario de planeación) variación que, en todo caso, no podrá ser superior al 20% del valor del contrato en relación con el alcance físico esperado. Sin embargo, de ser necesario pactar nuevas obligaciones o ítems con el fin de asegurar la estructura y estabilidad de la obra, las partes, en consideración al principio de autonomía de la voluntad podrán llegar a un consenso sobre estos aspectos, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Como consecuencia de la calibración del diseño, el contratista adquiere plena responsabilidad por la calidad de las obras ejecutadas y recibidas a satisfacción por el interventor”.*

En este orden de ideas, la Sala negará el cargo invocado por la recurrente, porque no se probó que la invasión a los predios y que la ausencia de las exigencias advertidas por Corpocesar hubiesen afectado el plazo de ejecución del contrato y tampoco que el objeto del contrato se haya modificado.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala confirmará la sentencia del 8 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que declaró probada la excepción de legalidad del acto acusado, negó las pretensiones de la demanda, ordenó oficiar a la Superintendencia de Sociedades acerca de la intervención de la sociedad Chamat Ingenieros Ltda. en el proceso y condenó en costas a la parte actora, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, esto es, al constatar que la Resolución n.º 1146 del 27 de junio de 2013 no adolece de los vicios alegados.

## **7. Condena en costas**

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 establece que, “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en



*costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.*

Al punto, el artículo 365 del Código General del Proceso, vigente para el momento en el que se interpuso la demanda, establece las siguientes reglas para proceder a la condena en costas, a saber:

*“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*[...]*

*2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

*3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

*4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*

*5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

*[...]*

*8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.*

Bajo este entendido, se condenará en costas en segunda instancia a la parte demandante, pues interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y aquel no prosperó, y su liquidación la hará de manera concentrada el *a quo*, en los términos en los artículos 365.8 y 366 del Código General del Proceso. Para tal efecto, el Tribunal *a quo* deberá tener en cuenta que en esta instancia no se fijarán agencias en derecho, dado que la parte demandada no intervino en segunda instancia<sup>106</sup>, de tal manera que aquellas no se entienden causadas<sup>107</sup>.

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

<sup>106</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2021. Rad.: 51034

<sup>107</sup> Cfr. Art. 365 y ss. CGP.



## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 8 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas en segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y tomando en consideración lo dispuesto en los artículos 365.8 y 366 del Código General del Proceso.

**TERCERO: ABSTENERSE** de pronunciarse respecto de la renuncia al poder, visible en el índice 32 del Sistema de Gestión Judicial SAMAI, presentada por el abogado Jhonny José Sánchez Carrasca, identificado con C.C. n.º 13.175.931 y T.P. n.º 181.991, como apoderado del municipio de San Martín, comoquiera que revisado el expediente no se evidencia que al profesional del derecho se le haya conferido poder para actuar en el proceso.

**CUARTO: RECONOCER** personería a la abogada Martha Liliana Rincón Núñez, identificada con C.C. n.º 37.182.969 y T.P. n.º 183.689, como apoderada del municipio de San Martín, en los términos y para los fines del poder conferido, visible en el índice 34 del Sistema de Gestión Judicial SAMAI.

**QUINTO:** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría REMITIR el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**



---

Radicado: 20001-23-33-000-2014-00035-01  
(56031)  
Demandante: CHAMAT INGENIEROS LTDA.

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**NICOLÁS YEPES CORRALES**  
Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**  
Magistrado

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**  
Magistrado (E)  
Aclaración de voto

VF