

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Declaratoria – Entidad Pública – Artículo 86 – Ley 1474 de 2011 – Alcance

[...] artículo 86 de la Ley 1474 de 2011: Imposición de multas, sanciones y declaratorias 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. [...].

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Obligación de vincular afectado – Derechos del afectado

[...] el debido proceso administrativo en materia sancionatoria contractual entraña la obligación de vincular efectivamente al particular afectado con la decisión al trámite que la precede, y garantizar que éste, como mínimo: i) sea oído antes de que la entidad resuelva en forma definitiva; ii) participe en el proceso desde su inicio hasta su terminación; iii) tenga la oportunidad de presentar y solicitar pruebas; iv) obtenga decisiones fundadas o motivadas; v) reciba notificaciones oportunas y que éstas se practiquen en legal forma; vi) acceda a la información y documentación relativa a la actuación; vii) controvierta las pruebas aducidas en su contra, antes de la decisión; viii) obtenga asesoría legal, y ix) pueda interponer los recursos y demás mecanismos procedentes contra las decisiones administrativas.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Oportunidad para solicitar pruebas – Procedimiento sancionatorio

[...] el Tribunal de primera instancia tuvo por cierto que la EDU negó, por extemporaneidad, “pruebas fundamentales” en el procedimiento sancionatorio, y pese a “haber dejado constancia” de que en sede administrativa se solicitó el testimonio del señor Francisco Poulete -ajustador de la aseguradora- para que declarara sobre las obras que fueron ordenadas 12 días antes del vencimiento del contrato, el a quo tuvo por bien denegada dicha probanza, lo que resulta contrario a derecho, ya que a la luz de la ley, el administrado puede solicitar pruebas hasta antes de la decisión definitiva, por lo que no fue extemporánea, según su dicho, la prueba solicitada al interponerse recurso de reposición contra la Resolución GG0213 de 2012.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Falta de notificación de Actos Administrativos – Alcance

[...] en relación con la pretendida falta de notificación de las decisiones administrativas, cabe anotar que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la falta de notificación de los actos administrativos no constituye causal de nulidad de los mismos, pues tal hecho sólo afectaría su oponibilidad y eficacia, más no su validez. En ese sentido, esta Corporación ha considerado:

[E]l único efecto que produce la indebida notificación es la inoponibilidad, pero en ningún momento esa irregularidad acarrea la nulidad. Las causales de anulación son las del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y todas se refieren a irregularidades que son propias del acto y que están presentes desde en el momento mismo de su expedición. Es decir, para que se configure una causal

de nulidad, el acto debe estar viciado desde su aparición en el tráfico jurídico. // En contraste, los problemas que se presentan con la ausencia de notificación, o con las notificaciones defectuosas del acto, son obviamente posteriores a este y, lejos de producir su anulación, solo dan lugar a su inoponibilidad, comoquiera que la publicidad es un elemento ajeno del acto y la anulación de estos se da solo por elementos que le son propios.

CLAUSULA PENAL PECUNIARIA – Alcance – Ley 1150 de 2007

“[...] Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato” (Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007).

Así, lo que dispone la norma es que las entidades estatales están facultadas tanto para imponer multas como para hacer efectiva la cláusula penal, siempre que se respeten los elementos mínimos del debido proceso allí señalados. Distinto es que, además, para el caso específico de las multas, el legislador haya previsto que éstas proceden concretamente para conminar al contratista a cumplir con el contrato aún en ejecución, previsión ésta que no hizo para la cláusula penal, a la que no se le atribuyó, en forma expresa ni tácita, ese carácter netamente conminatorio que pretende darle la actora, ya que el conector “así mismo” se refiere es a la doble facultad conferida a la Administración, pero no a que una y otra sanción sólo procedan para un único objetivo establecido en el citado artículo.

Acerca de la cláusula penal y de los argumentos que en este punto expone la parte apelante, es del caso anotar que, tanto para la Ley 1150 como para el Código Civil, tal institución encierra un propósito preponderantemente indemnizatorio derivado del incumplimiento, y no se desprende de esas normas, como tampoco de los actos proferidos por la EDU, que el objeto de dicha pena sea simplemente el de conminar al contratista a entregar las obras atrasadas o sin ejecutar.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación número: 050012333000201300511 01 (55476)

Demandante: CONSTRUCCIONES MACRO S.A.S. Y OTRO

Demandado: EMPRESA DE DESARROLLO URBANO

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: DEBIDO PROCESO EN MATERIA SANCIONATORIA – Elementos – garantías mínimas – no toda irregularidad comporta su vulneración / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA – Presupuestos – elementos / DESVIACIÓN DE PODER – Alcance del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 con respecto a la cláusula penal – vicio no demostrado por los apelantes / INCUMPLIMIENTO ATRIBUIDO AL CONTRATISTA EN LOS ACTOS ACUSADOS – No se desvirtuaron las imputaciones hechas por la EDU y ratificadas en el fallo apelado / OBRAS EJECUTADAS Y NO PAGADAS – Apelación no refutó todo el análisis que al respecto se hizo en la providencia apelada – No acreditación de bases para su reconocimiento.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 26 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y en la cual se dispuso:

(...) SEGUNDO¹: Se NIEGA la pretensión de nulidad del acto administrativo Nro. GG0213 del 14 de mayo de 2012 y GG0445 del 24 de septiembre de 2012, mediante las cuales se declara el incumplimiento del contrato y se impone la cláusula penal al contratista (...).

SEGUNDO (sic): Se DECLARA que la EDU debe al consorcio MACRO-MONCADA la suma de quinientos setenta y ocho millones trescientos cincuenta y dos mil trescientos ochenta y un pesos (\$578'352.381) a título de obras extras por acta Nro. 17 y de reajuste, obtenida luego de deducir el valor de la multa, suma que deberá actualizarse y pagar intereses de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO (sic): Se NIEGAN las demás pretensiones de la demanda.

¹ En el ordinal primero del fallo apelado se aceptó el impedimento de uno de los magistrados integrantes de la Sala decisoria de primera instancia.



I. SÍNTESIS DEL CASO

Los integrantes del consorcio Macro-Moncada demandaron la nulidad de las Resoluciones GG0213 del 14 de mayo de 2012 y GG0445 del 24 de septiembre del mismo año, por las cuales la Empresa de Desarrollo Urbano declaró el incumplimiento parcial del contrato de obra N° 737 de 2010 y le impuso al contratista la cláusula penal pactada por las partes. Los cargos de nulidad se centran, fundamentalmente, en la supuesta violación al debido proceso, el desvío de poder de la EDU y la no imputabilidad al contratista, de los hechos constitutivos de incumplimiento.

Adicionalmente, se reclama el pago de varias obras contractuales y obras extra que, según los demandantes, fueron ejecutadas por el consorcio, pero no pagadas por la EDU, incluyendo el valor de los reajustes igualmente convenidos en el contrato.

El Tribunal de primera instancia negó las pretensiones de nulidad y concedió parcialmente las reclamaciones económicas de los consorciados, por lo cual la parte actora interpuso el recurso de apelación que le corresponde resolver a la Sala.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 22 de marzo de 2013, el señor Wilmar José Moncada Arcila y la sociedad Construcciones Macro S.A.S., como exintegrantes del consorcio Macro-Moncada y obrando a través de apoderado judicial, instauraron demanda de controversias contractuales contra la Empresa de Desarrollo Urbano -EDU-, a efectos de que se declarara la nulidad de los “*actos administrativos contractuales sancionatorios*” GG0213 del 14 de mayo de 2012 y GG0445 del 24 de septiembre de ese mismo año, expedidos por la entidad demandada en el marco del contrato de obra N° 737 de 2010.

Asimismo, como consecuencia de tal declaratoria de nulidad, solicitaron que se declarara la responsabilidad contractual de la EDU “*por los perjuicios morales y materiales*” ocasionados a los miembros del consorcio Macro-Moncada (pretensión segunda), y se le condenara al pago de \$4.293'401.592,27, o la suma mayor que



resultara demostrada en el proceso, por concepto de los indicados perjuicios (pretensión tercera).

Por último, formuló la pretensión cuarta en los siguientes términos:

Independientemente de la primera pretensión, ordenar a la Empresa de Desarrollo Urbano EDU pagar a los demandantes la suma equivalente a \$1.979'761.349, correspondientes a los (...) rubros de actividades ejecutadas en virtud del contrato 737 y debidas al contratista².

En la fundamentación fáctica de la demanda la parte actora relató, en síntesis, el proceso de selección y la subsiguiente celebración del contrato de obra N° 737 del 19 de agosto de 2010, suscrito para la “*construcción del proyecto espacio público centralidad Doce de Octubre y obras complementarias, Comuna 6, Municipio de Medellín*”, por un valor de \$4.051'885.547 y por un plazo de 300 días calendario. Tanto el contrato mismo como el pliego de condiciones establecían que la EDU estaba obligada a entregar al contratista, por conducto de la interventoría, los planos y especificaciones del proyecto, lo que no fue cumplido oportunamente por la entidad.

Resaltó el contenido de la cláusula penal pactada en el contrato, especialmente, en cuanto a los requisitos previos que debían seguirse para su imposición.

Afirmó que, dentro del término contractual inicial, la EDU ordenó la ejecución de 42 obras adicionales a los 212 ítems pactados en el contrato, para lo cual se suscribieron cuatro actas de convenio de precios -descritas en el libelo-, y determinó cambios en la obra en siete oportunidades, lo que quedó consignado en sendas “*actas de cambio de obra*” firmadas entre el 3 de septiembre de 2010 y el 7 de marzo de 2011. Agregó que tales modificaciones y nuevos ítems afectaron la planeación y programación de la obra por causas no imputables al contratista.

Refirió las prórrogas del plazo contractual y las adiciones y cambios de obra acordados en esos interregnos adicionales, así como las distintas situaciones climáticas y de orden público que, según su dicho, causaron traumatismos y retrasos en el proyecto. Recalcó que, faltando 12 días para la expiración del plazo

² Actividades que enunció y detalló en la misma pretensión (fl. 4, c.1), y a las cuales se referirá la Sala en el análisis respectivo.



final del contrato -24 de diciembre de 2011-, la entidad ordenó ejecutar “53”³ nuevos ítems, sin prorrogar el término contractual, lo que ocasionó que la obra no estuviera culminada al vencer el plazo pactado.

Expuso que el 23 de enero de 2012, el consorcio y la interventoría suscribieron un acta de recibo parcial de obra, señalándose como faltantes algunas actividades en 14 frentes que, en realidad, correspondían a correcciones, observaciones, mantenimiento de lo ya ejecutado y “*obras extras definidas por la interventoría*”; y manifestó que, pese a tal recibo parcial de la obra, se le llegaron a imputar al contratista incumplimientos consistentes en “*no entregar los productos pactados*”, no atender los requerimientos de la entidad ni la interventora y no comprometerse con las fechas de entrega.

Reseñó el procedimiento sancionatorio adelantado por la EDU, así como lo acontecido en las audiencias, recalcando que si bien el consorcio solicitó la revisión de los documentos del proceso licitatorio por parte de dos órganos especializados⁴ y la práctica de varias pruebas técnicas y testimoniales para establecer con claridad el grado de cumplimiento del contrato, la entidad negó arbitrariamente tales probanzas y profirió las resoluciones acusadas en el juicio, las cuales, según los demandantes, están viciadas de nulidad por haber violado los derechos de defensa y contradicción del contratista, no sólo en virtud de la denegación de pruebas sino también por no haber respetado los requisitos establecidos en la cláusula penal. Igualmente, cuestionó que la entidad confirmara en el acto de cierre la declaratoria de incumplimiento, pese a que días antes recibió a satisfacción la totalidad de la obra.

Por otro lado, adujo que tanto el pliego de cargos como la Resolución GG0213 de 2012 se notificaron únicamente “*al consorcio Macro-Moncada*”, lo que ocasionó que únicamente el representante, es decir, el consorciado Wilmar Moncada, hubiera podido ejercer su defensa, pero no la sociedad Construcciones Macro S.A.S.

En cuanto a las “*obras ejecutadas y no pagadas*”, manifestó que la EDU no había pagado ninguna de las actas de reajuste de precios, y que por otro lado, de las

³ En algunas partes de la demanda y demás actuaciones durante el proceso, la actora refirió 53 nuevas obras, y en otras señaló que eran 52. Según las pruebas aportadas al expediente, fueron 54 nuevos ítems enlistados en acta del 12 de diciembre de 2011.

⁴ La Sociedad de Arquitectos e Ingenieros y la Cámara Colombiana de Infraestructura.



obras contenidas en el “Acta N° 17” del contrato, adeudaba la suma de \$734'307.070, pues había descontado indebidamente algunas “*actividades ordenadas*”, que equivalían a \$43'308.003.

-. Al plantear los cargos de nulidad de las resoluciones expedidas por la EDU, la parte actora señaló como normas violadas la Ley 1474 de 2011 y los artículos 3, 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, 17 de la Ley 1150 de 2007 y 1592 al 1602 del Código Civil. De igual manera adujo como infringidas las cláusulas novena y décima del contrato de obra N° 737 de 2010 y acusó a las resoluciones demandadas de haberse expedido con vulneración del debido proceso, desviación de poder y falsa motivación -esto último en tanto, en palabras de los demandantes, los retardos de la obra obedecieron a causas no imputables al contratista y no a los incumplimientos aducidos por la entidad en los actos enjuiciados-.

Finalmente, alegó el incumplimiento contractual del EDU por entrega tardía de los planos y diseños, retrasos en la obtención de licencias y no pago oportuno de las actas de obra, entre otras imputaciones que se detallarán, en lo pertinente, en el análisis de la apelación.

2. Trámite de primera instancia

2.1. El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda el 10 de mayo de 2013 (fl. 1.219, c.1), y el 11 de julio de la misma anualidad, denegó la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados (fls. 27-31, c.2).

2.2. La EDU contestó la demanda oportunamente y si bien aceptó como cierta y/o parcialmente cierta la mayoría de los hechos en que se fundó, expuso amplias aclaraciones sobre éstos, negó haber incumplido sus obligaciones contractuales, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de “*buena fe*”, “*inexistencia de la obligación a indemnizar*”, “*presunción de legalidad de los actos administrativos*”, “*mala fe del demandante*” -por cuanto a juicio de la entidad no se debieron demandar las resoluciones sancionatorias bajo argumentos y pruebas que fueron objeto de exhaustivo examen y clara solución en sede administrativa- y “*compensación*”.

Expuso las razones que llevaron a las partes a celebrar los acuerdos adicionales del contrato y a suscribir las actas de cambio de obra, recalcando las obligaciones



que el contratista asumió al firmar dichos instrumentos, así como las solicitudes que él mismo elevó para que se pactaran varios de tales cambios. Por otro lado, precisó que los faltantes reportados en el acta de recibo parcial del 23 de enero de 2012 no obedecieron a simples garantías ni a meras actividades de mantenimiento, como lo adujo la parte actora, sino que se trataba de obras centrales pactadas en el contrato, que debían ser entregadas a satisfacción en el mes de diciembre anterior a dicha acta, lo que no aconteció, dado que las obras sólo culminaron en septiembre de 2012.

Recalcó que la denegatoria de pruebas en el proceso sancionatorio se fundamentó en la extemporaneidad de la solicitud y en la inconducencia de algunos de los medios solicitados, lo que en manera alguna podría constituir violación del derecho de defensa. Por lo demás, desestimó los cargos de nulidad formulados en la demanda.

2.3. En audiencia inicial realizada el 1 de noviembre de 2013⁵, el Tribunal Administrativo de Antioquia fijó el litigio determinando que el primer problema jurídico que debía resolverse en la causa consistía en establecer si eran nulas las Resoluciones GG213 y GG445 de 2012, para lo cual debía examinarse: i) las causas que dieron lugar al retraso de las obras e impidieron que éstas fueran entregadas en el plazo contractual; ii) si tales causas fueron o no ajenas al consorcio Macro-Moncada, imprevisibles e irresistibles, y iii) si en el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado por la EDU fueron vulnerados o no los derechos de defensa y contradicción del contratista, *"por presumiblemente no seguirse el procedimiento estudiado por las partes, por haberse negado unas pruebas y por no notificarse los actos de pliego de cargos y Resolución GG0213 de 2013 a todos los miembros del consorcio individualmente considerados"*.

Seguidamente, estableció como segundo problema jurídico la ejecución o no de las obras aducidas como no pagadas por la EDU, así como la de los ítems que, según la actora, no se pactaron en el contrato, pero eran necesarios para su cabal ejecución, aunque no fueron reconocidos por la entidad estatal⁶.

⁵ El magnético con la grabación de la audiencia obra en el folio 1358 del cuaderno N° 1.

⁶ En torno a esa segunda cuestión litigiosa, el Tribunal de primer grado planteó los siguientes interrogantes: *"¿están debidamente probadas las obras requeridas y aquellas necesarias?, ii) ¿cuáles fueron los antecedentes que dieron lugar a las supuestas reparaciones de la iglesia 12 de Octubre y de la cancha sintética?; iii) ¿qué motivos llevaron a la EDU a no firmar el acta 17 y hacerle observaciones al acta de reajuste?"* (fl. 1356).



2.4. La audiencia de pruebas fue celebrada en varias sesiones, entre el 28 de noviembre de 2013 y el 20 de febrero de 2014, fecha ésta en la cual, cerrada la fase pertinente, el *a quo* prescindió de la audiencia de alegaciones y ordenó correr el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para la rendición de su concepto (fl. 1.427, c.1).

2.5. En dicha etapa procesal, las partes reiteraron lo manifestado en la demanda y en su contestación, mientras que el Ministerio Público guardó silencio.

3. La sentencia impugnada

Fue proferida el 26 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en los términos anteriormente señalados.

Luego de reiterar la delimitación de los problemas jurídicos hecha en la fijación del litigio, y en orden a abordar el primero de ellos -relativo a la legalidad de los actos demandados-, el *a quo* reseñó el contenido de varias pruebas del proceso, entre éstas, dos adiciones del plazo y el valor del contrato, siete actas de comité de obra, un informe de seguimiento y tres comunicaciones de requerimiento al contratista, instrumentos todos suscritos en 2011 y de los cuales coligió el Tribunal el reiterado incumplimiento del consorcio Macro-Moncada, así como que ello derivó en que la obra no estuviera finalizada en la fecha de vencimiento del último plazo contractual, es decir -de conformidad con la sentencia-, el 24 de diciembre de 2011.

Seguidamente, procedió a establecer si las razones de los retrasos e incumplimientos se originaron por la negligencia del contratista o si le eran imputables a la entidad contratante, como lo había planteado la parte actora. En punto de ello y, previo examen del caudal probatorio, determinó que si bien la EDU entregó tardíamente los diseños echados de menos por el consorcio, dicha circunstancia no tuvo relación causal con las demoras en que incurrió el contratista, menos cuando algunas de las actividades que presentaron fallas y atrasos fueron ejecutadas con errores, desatendiendo advertencias técnicas previamente hechas por la interventoría. De igual manera, desestimó que el estado del clima y la situación de orden público registrada en la zona hubieran incidido en que la obra no se completara ni culminara oportunamente.



En particular, frente al estado del tiempo y su pretendida incidencia en la obra, el Tribunal consideró que no era de recibo la alegación que al respecto hacían los demandantes, ya que durante la ejecución de las obras no hubo informe ni reclamación alguna del contratista por esa contingencia, sino que sólo vino a aducirse durante la rendición de los descargos, no presentándose, además, prueba alguna de que la ola invernal afectara de manera específica ni grave la zona de la obra, sino que sólo se presentó un informe sobre las precipitaciones registradas en todo el territorio nacional.

Igualmente rechazó los argumentos alusivos al orden público por considerar que si bien pudieron presentarse incidentes de violencia en áreas cercanas a la de la obra, no se demostró su carácter extraordinario ni la forma específica en la que esos eventos atrasaron el desarrollo de los trabajos, sino que la actora se limitó a aportar informes oficiales que sólo revelan la ocurrencia de incidentes en zonas apartadas del lugar de ejecución del contrato, y durante días feriados, en los que naturalmente no se habrían desarrollado actividades en la obra.

Estudiadas probatoriamente todas esas eventualidades, refirió el *a quo*:

De lo anterior se tiene que si bien algunos testigos afirman que el retraso se debió a la no entrega oportuna de diseños, a muchas obras extras y adicionales, a la inseguridad, a problemas con los APU, la ola invernal, al no pago oportuno de actas de obra y reajustes, aunque las mismas pueda considerárseles ciertas, al no especificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que las mismas efectivamente implicaron la suspensión de la obra y en consecuencia fueron la causa del retraso en la entrega final de la misma, no puede dárseles el efecto exonerativo (sic) que pretende la parte demandante, sobre todo cuando se tienen otras pruebas testimoniales y documentales en sentido contrario.

En cuanto a la alegada violación del debido proceso, el juzgador de primer grado estableció que la EDU no había cometido irregularidad alguna en el procedimiento sancionatorio que culminó con la expedición de los actos censurados, mientras que sí fueron respetados los derechos de defensa y contradicción, incluso en el trámite de notificación de las resoluciones de incumplimiento. En particular, sobre el cuestionamiento de no haberse observado ninguno de los requisitos pactados en el contrato para la imposición de la cláusula penal, el *a quo* constató que, con todo, se siguió con estrictez el procedimiento previsto en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, norma ésta que, si bien era posterior al contrato, era de aplicación inmediata desde su entrada en vigencia, operó cuando la EDU le



impuso la sanción al contratista y prevalecía sobre lo pactado en el contrato en materia de procedimiento.

Con respecto a las pruebas denegadas por la EDU, señaló que le asistía a la entidad estatal la facultad legal de decretar o no determinados elementos de convicción, de suerte que no se daba ninguna base para cuestionar a la contratante por denegar, en particular, la revisión de documentos licitatorios por parte de la Cámara Colombiana de Infraestructura y la Sociedad Colombiana de Arquitectos e Ingenieros, cuando lo que se debía establecer en sede administrativa era si el contratista había cumplido o no con la entrega oportuna de la obra, cuestión que no podría dilucidar con la aludida probanza, lo que en sentir del Tribunal se hacía más palmario por el hecho de no haberse solicitado la misma en el juicio.

Como último punto de análisis, examinó el *a quo* la pretensión cuarta de la demanda, correspondiente a la reclamación económica de las obras supuestamente ejecutadas por el contratista y no pagadas por la EDU, con fundamento en el acta N° 17 -relativa a la ejecución de ítems no pactados en el contrato inicial-, actas de reajuste de precios, labores adelantadas por la firma Vinikol en la cancha del barrio Doce de Octubre y labores ejecutadas directamente por el consorcio en ese mismo sitio de la obra.

A ese respecto, el Tribunal señaló que no podía concederse por concepto de reajustes la suma específica de \$1.063'210.525 pretendida por los demandantes, cuando por ese rubro el consorcio había solicitado ante la EDU un monto muy inferior -\$65'926.188,86-, sin justificarse tal cambio, mientras que sí se evidenciaba que, en esa pretensión, la parte actora confundía el reajuste con el anticipo y su amortización, ya que estos últimos conceptos sí ascendían a los \$1.603'210.525.

Agregó que, en su momento, la entidad negó el reajuste de precios solicitado en sede administrativa al evidenciar que muchas de las obras respectivas registraban atrasos de más del 5%, evento que estaba señalado en el contrato como causal de improcedencia de dicha medida; y frente a otras obras no afectadas por ese atraso consideró que, aun cuando la entidad alegó la indebida aplicación de la fórmula de reajuste, la parte actora no aportó prueba que refutara tal objeción ni los presupuestos fácticos ajenos al contrato que justificaran la variación de los precios pactados respecto de los ítems en cuestión, por lo que sólo se reconocería a título de reajuste la suma de \$34'551.868, aceptada por la EDU.



En cuanto a las obras extras, señaló que existía prueba de fallas en la ejecución de algunas de ellas -en particular, las reparaciones de la iglesia del barrio Doce de Octubre⁷ y adecuaciones a la cancha efectuadas parcialmente por la firma Vinicol-, lo que daba soporte a los descuentos anunciados por la entidad al responder a la reclamación administrativa; mientras que otras actividades no podían reputarse extras por haber sido pactadas en el contrato.

Previo el análisis probatorio del aludido punto, concluyó:

Es así que le asiste razón a la entidad demandada al deducir del monto de las obras extras del acta N° 17 las sumas de \$54'784.623 por reparación de la iglesia, \$55'573.961 por las adecuaciones de la cancha efectuadas por Vinicol (sic) y por valor de \$126'669.793 por adecuaciones de la cancha realizadas por el contratista (...), de esta forma queda un saldo a favor del contratista por valor de \$711'276.675, que se obtiene de la suma de obras extras reconocidas en acta N° 17 por valor de \$676'724.807 y \$34'551.868 por reajustes, para un total de \$711'276.675, suma a la que se le debe compensar o restar el valor de la multa, \$132'924.294, quedando un saldo a favor del contratista de \$578'352.381.

Subrayó el Tribunal que la indicada suma debió pagarse al contratista a más tardar en la fecha en que debió liquidarse el contrato -es decir, según sus conclusiones, el 23 de julio de 2012-, de suerte que debía actualizarse el saldo “de conformidad con la fórmula usada por la jurisprudencia”, siendo el valor histórico el correspondiente al 23 de julio de 2012 y el valor final, el de la “fecha de la (...) providencia”. Asimismo, señaló que el monto reconocido generaba intereses moratorios equivalentes al 6% anual no actualizado, a partir del 21 de septiembre de 2012 -cuando la obra fue recibida a satisfacción- hasta la fecha de la sentencia.

4. El recurso de apelación

La parte demandante apeló el fallo referido y expuso, en síntesis y en su orden, los siguientes puntos de inconformidad:

1) No se ajustó a derecho la denegación de la prueba consistente en la revisión de los documentos licitatorios por parte de la Cámara Colombiana de Infraestructura, y el Tribunal debió analizar ese punto con mayor detenimiento.

⁷ Cuyo análisis en la sentencia apelada será detallado por la Sala más adelante.



2) La EDU no debió negar por extemporaneidad un testimonio encaminado a establecer que 12 días antes de la fecha de finalización del contrato se ordenó la ejecución de 52 obras extra sin conceder plazo adicional para ello. Si bien se aduce que la petición sólo vino a formularse cuando se interpuso en audiencia el recurso de reposición contra el acto sancionatorio, ello estaba legalmente permitido, dada la posibilidad de decretar pruebas incluso hasta antes de la decisión administrativa definitiva. El Tribunal no abordó, en realidad, el punto relativo a esa prueba.

3) La EDU incumplió el contrato al entregar en forma tardía los planos, diseños y especificaciones del proyecto; *“el fallo equivocadamente dice que no se probó, lo que no es cierto”*.

4) Al margen de que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 fuera de orden público y de aplicación inmediata, debió respetarse lo pactado en la cláusula décima contractual, que estableció requisitos y procedimiento especial para la imposición de la pena pecuniaria allí pactada por eventual incumplimiento.

5) La actuación administrativa debió culminar anticipadamente, porque en la fecha de confirmación de la sanción -24 de septiembre de 2011- habían desaparecido las circunstancias que dieron origen al proceso sancionatorio, ya que previamente la obra había sido recibida en su totalidad por la EDU, por lo cual debió aplicarse lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en cuanto a que la Administración puede dar por terminado el procedimiento en cualquier tiempo, si conoce que cesó la situación de incumplimiento. Pese a que el Tribunal encontró probada esa entrega de la obra, no aplicó la norma referida ni dio a ese punto de la controversia la solución adecuada.

6) Contrario a lo que concluyó el sentenciador *a quo*, la EDU incurrió en violación del debido proceso por haber notificado el pliego de cargos y el acto sancionatorio únicamente al representante del consorcio -William Moncada- y no al otro integrante, individualmente considerado -sociedad Construcciones Macro S.A.S.-, el que no pudo, por consiguiente, ejercer su derecho de defensa.

7) Las fallas que presentaron las obras extras de la iglesia -cuya reclamación fue desestimada por la EDU y por el Tribunal- no se originaron en una mala construcción ni en decisiones equivocadas del consorcio sino en los defectos que traían los diseños a cargo de la entidad.



8) Aunque el contratista asumió los riesgos de invierno y de orden público, la forma como se presentaron en la obra fue desproporcionada y súbita, por lo que desde ese punto de vista era justificable la tardanza de los trabajos sin que ello le fuera imputable al consorcio. En este punto, recalcó que no se solicitaban pagos por la concreción de los riesgos, y señaló que *“no [podía] ejecutarse obra cuando se prende una balacera en el sector, sean éstas en la obra, a media cuadra o a dos cuadras”*, como tampoco *“podían vaciarse los andenes cuando llueve (...) la obra se ejecutó en todo un barrio y a cielo abierto en una comuna difícil de Medellín”*.

9) Contrario a lo afirmado por el Tribunal y, siguiendo la línea anterior, los retrasos de la obra no le son imputables al contratista, pues las causas de esa anomalía fueron: i) la alta inseguridad en el lugar de ejecución, ii) la alta temporada de lluvias, iii) la orden de ejecutar “52” obras extras 12 días antes de finalizar el contrato, sin prórroga del mismo.

10) Se le deben reconocer al contratista los siguientes conceptos: i) *“inversión ambiental”*, es decir, todas las obras ambientales, pactadas y extras, ejecutadas por el consorcio. Según la parte apelante, todas fueron ordenadas por la EDU, pero la entidad omitió su pago después de recibirlas; ii) actividad de voladura en roca en túneles: se trató de una obra extra y se recibió como tal, pero la EDU pretendió pagarla como ítem contractual, al confundirla con la voladura en roca a cielo abierto, cuyas características y costos son sustancialmente diferentes a los de la actividad en túnel; y iii) reajuste de precios, cuyos valores constan en las actas suscritas por las partes, pese a lo cual, según su dicho, tales instrumentos no fueron analizados por el Tribunal de primer grado.

11) La sentencia de primera instancia no desarrolló en absoluto el cargo de nulidad relativo al desvío de poder, pese a haberse planteado que en las resoluciones enjuiciadas se impuso la cláusula penal sin respetar los fines y procedimientos previstos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y en los artículos 1594 a 1602 del Código Civil, y además, en oposición a los actos propios de la entidad contratante y luego de darse la circunstancia de exigir 52 actividades nuevas cuando faltaban 12 días para terminar el plazo contractual.

Los argumentos esgrimidos por el apelante en desarrollo de cada uno de estos puntos serán expuestos por la Sala, naturalmente, al resolver sobre ellos en el análisis del caso.



5. Trámite en segunda instancia

5.1. El recurso de apelación fue concedido el 25 de agosto de 2015 y admitido por esta Corporación el 29 de octubre del mismo año (fl.1598).

5.2. En proveído del 19 de noviembre de 2015, se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 1601).

5.3. En esta oportunidad procesal, la parte actora se ratificó en los planteamientos del recurso de apelación, mientras que los demás sujetos procesales guardaron silencio.

II.- CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

1.1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente proceso puesto que el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –en vigor para la fecha de interposición de la demanda- estableció que a esta jurisdicción le corresponde decidir las controversias originadas en actos, contratos, omisiones, operaciones y hechos sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas entidades públicas. En efecto, en esta oportunidad se somete a consideración de la Sala la alegada nulidad de las Resoluciones GG0213 del 14 de mayo de 2012 y GG0445 del 24 de septiembre del mismo año, expedidas por la Empresa de Desarrollo Urbano -EDU-, cuya naturaleza es la de una empresa industrial y comercial del Estado, creada por el Concejo de Medellín mediante Acuerdo N° 43 de 1993 y transformada mediante Decreto 158 de 2002⁸.

En cuanto a la vocación del proceso para ser tramitado en segunda instancia, en el *sub judice* se cumplen los presupuestos de ley puesto que la cuantía fijada en la

⁸ Véase el enlace

https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/pccdesign/SubportaldelCiudadano_2/PlandeDesarrollo_0_15/Publicaciones/Shared%20Content/GACETA%20OFICIAL/2015/Gaceta%204320/RESOLUCION%20NUMERO%20JD%20002%20DE%202015.pdf (última consulta: 10 de octubre de 2023).



demanda es superior a los 500 S.M.L.M.V. (\$294'750.000⁹), establecidos en el artículo 152, numeral 5 del C.P.A.C.A., vigente en la fecha en que fue incoado este proceso¹⁰. En efecto, la pretensión económica de mayor valor en el proceso fue formulada por la suma de \$1.922'818.643, que se alega como valor del lucro cesante causado al ingeniero Wilmar Moncada, como integrante del consorcio Macro-Moncada, con ocasión de las obras ejecutadas y no pagadas por la EDU.

1.2. Oportunidad para demandar

En lo atinente al ejercicio oportuno de la acción, de conformidad con el artículo 164, numeral 2 – literal j) del CPACA, las demandas relativas a contratos deben interponerse, por regla general, en el término de dos (2) años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En el presente caso, como ya se anotó, se demanda la declaratoria de nulidad de las Resoluciones GG0213 y GG0445 de 2012, en las cuales la demandada EDU declaró el incumplimiento parcial del contrato N° 737 de 2010 y le impuso al consorcio Macro-Moncada, como contratista, la cláusula penal pecuniaria pactada en el negocio jurídico. El acto de cierre se notificó en audiencia de fecha 24 de septiembre de 2012 (fls. 200-205, c.1), de suerte que el término de caducidad señalado comenzaba a correr el 25 de septiembre de 2012 y finalizaba el 25 de septiembre de 2014.

Dado que el medio de control fue incoado el 22 de marzo de 2013, huelga concluir que no se configuró la caducidad.

⁹ El salario mínimo legal mensual que rigió en 2013 era de \$589.500 (Decreto 2738 del 28 de diciembre de 2012).

¹⁰ Norma posteriormente modificada por la Ley 2080 del 25 de enero de 2021, cuyas disposiciones relativas a la competencia entraron a regir un año después, es decir, el 25 de enero de 2022. El texto del artículo 152 del CPACA, vigente en el momento de presentación de la demanda, establecía: “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”. En virtud de la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, hoy este texto corresponde al numeral 4 del artículo 152 del CPACA, aunque el límite de la cuantía se mantuvo en el equivalente a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.



2. Caso concreto

2.1. Problema jurídico

De acuerdo a lo planteado en el recurso de apelación, le corresponde a la Sala establecer si en el juicio debieron declararse nulas las Resoluciones GG0213 del 14 de mayo de 2012 y GG0445 del 24 de septiembre del mismo año, por violación al debido proceso, por desviación de poder y por no ser imputables al consorcio Macro-Moncada los incumplimientos que en tales actos adujo la entidad demandada, como fundamento para aplicar la cláusula penal.

De igual manera se deberá determinar si, bajo las alegaciones del apelante y por los conceptos solicitados en el recurso, deben hacerse los reconocimientos reclamados a título de “*obras ejecutadas y no pagadas*” por la EDU.

2.2. Hechos Probados

Los medios de prueba que obran en el proceso fueron aportados en legal forma por ambas partes y acreditan, en general, los siguientes hechos:

- En mayo de 2010, la EDU adelantó la Licitación Pública N° 2, con el objeto de contratar la construcción del proyecto de espacio público “*Centralidad Doce de Octubre y obras complementarias*”, en la Comuna 6 de Medellín, todo ello bajo el régimen jurídico establecido en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007 (fls. 206-235, c.1).

En el capítulo 5 de los pliegos de condiciones se señalaron los aspectos centrales para la celebración del contrato, y se estableció (fl. 219):

Programa de trabajo e inversión en la obra. El adjudicatario deberá realizar la representación gráfica (...) de la forma en que él ejecutará las obras (...), teniendo en cuenta las condiciones climáticas y topográficas del sitio y la evaluación de las condiciones de producción, suministro y adquisición de los materiales, de tal manera que el avance físico de las obras tenga un desarrollo armónico y homogéneo, en concordancia con el plazo establecido (...). En dicho programa se indicará claramente el orden de los trabajos y el valor total de las inversiones periódicas dentro de la unidad de tiempo seleccionada (...).



Se advirtió igualmente que la EDU, a través del interventor, efectuaría periódicamente la revisión del programa de trabajo e inversión, el cual debía contener las partidas o ítems de pago, la inversión mensual para cada uno, la inversión mensual acumulada para todos los ítems y el porcentaje que ello representaría respecto del valor total, así como la planeación de una “*ruta crítica*”. Durante la realización del proyecto podría requerirse la actualización o reprogramación del cronograma establecido, de acuerdo con las necesidades que fuera presentando el objeto contractual.

Por otra parte, se subrayó que la obtención de permisos, autorizaciones, licencias, servidumbres y concesiones por el uso y aprovechamiento de determinadas zonas serían responsabilidad del contratista, en tanto que el tiempo requerido para tramitar tales requisitos debía incluirse en el aludido programa.

- Como resultado de la aludida licitación, el 19 de agosto de 2010, la EDU celebró con el consorcio Macro-Moncada el contrato de obra N° 737, con el objeto de adelantar la “*construcción del proyecto Espacio Público Centralidad Doce de Octubre y obras complementarias, municipio de Medellín*”¹¹ (fls. 235-254, c.1). Las partes reiteraron que el contrato se ceñiría a lo previsto en el EGCAP¹².

El plazo del contrato sería de 300 días- contados a partir del acta de inicio-, 270 de los cuales se destinarían a la ejecución de la obra, y los 30 restantes, a la legalización final y a la entrega “*a las entidades competentes*”.

- En la cláusula segunda se establecieron las obligaciones del contratista, entre éstas, seguir las especificaciones señaladas en el pliego de condiciones respectivo, cumplir en general con las obligaciones señaladas en ese instrumento, sugerir a la interventoría los cambios requeridos para la correcta ejecución de la obra y atender los requerimientos técnicos de la contratante y de la propia firma interventora¹³.

A continuación, en el párrafo primero se indicó el alcance de los trabajos¹⁴ y se señaló que la caracterización del sitio de ejecución de la obra comprendía las

¹¹ Ello, con cargo al convenio interadministrativo N° 4600011193 de 2008, suscrito a su vez entre la EDU y la indicada entidad territorial, con el fin de ejecutar el proyecto mencionado en las Comunas 5 y 6 de Medellín.

¹² Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

¹³ De acuerdo con el párrafo de la cláusula primera, la interventoría de la obra sería ejercida por la sociedad Consultoría Interventoría Técnicas Civiles -Conintec- Ltda.

¹⁴ “*Las principales actividades por ejecutar consisten, entre otros, en:*



alteraciones ocasionales del orden público, el alto flujo vehicular registrado en la zona intervenida, la delimitación del lugar como zona escolar y la característica de ser un área *“con pendiente pronunciada en sentido occidente-oriente”* (fl. 238, c.1).

De acuerdo con la cláusula tercera, el consorcio debía ejecutar las obras bajo la modalidad de *“precios unitarios reajustables”*, bajo lo detallado en el Formulario de Cantidades de Obra adjunto a la propuesta presentada durante la licitación, y cuyas cantidades de obra serían aproximadas, por lo cual la EDU podría, a su juicio, *“ordenar la ejecución de obras no previstas pero comprendidas dentro del objeto contractual”*, o suscribir contratos adicionales cuando las modificaciones implicaran la variación del plazo o del valor convenido.

Bajo tal previsión, se pactó en la cláusula cuarta que el valor del contrato sería de \$4.051'885.547, de los cuales, \$3.544'035.084 corresponderían a la obra misma y los restantes \$507'850.463 se destinarían al *“pago de reajustes”*. El pago del contrato se haría mediante abonos mensuales, *“por el sistema de precios reajustables, previa presentación de las respectivas Actas de Obra (...) aprobadas por el interventor (...)”*.

Con respecto a los eventuales incumplimientos del contratista, se estipuló en la cláusula octava la imposición de multas por mora o inobservancia parcial de las obligaciones, bajo las causales y por los montos allí especificados.

A su vez, la cláusula novena dispuso lo relativo a la cláusula penal pecuniaria, la cual equivaldría al 10% del valor del contrato, sería impuesta *“en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento”* y se consideraría como pago parcial de los perjuicios irrogados a la EDU.

-
- Retiros y demoliciones de estructuras en concreto
 - Tala, trasplante y siembra de árboles
 - Excavaciones
 - Llenos
 - Subestructuras
 - Estructuras en concreto
 - Muros de contención
 - Construcción de puentes peatonales metálicos
 - Mampostería
 - Construcción y reposición de redes hidráulicas y redes eléctricas
 - Construcción de andenes en adoquín
 - Construcción de pisos en concreto pigmentado
 - Construcción de cancha sintética
 - Construcción de filtros
 - Mobiliario urbano
 - Obras de urbanismo y paisajismo



Respecto de la aplicación de dicha pena, las partes pactaron en la cláusula décima:

De presentarse hechos constitutivos de incumplimiento por parte del CONTRATISTA, que implicaran hacer efectiva la cláusula penal, el interventor del contrato deberá requerir por una sola vez a EL CONTRATISTA, para que éste explique las razones de su incumplimiento y haga uso del derecho de defensa, requerimiento que se dará a conocer inmediatamente a la compañía aseguradora (...). El CONTRATISTA dispondrá de cinco (5) días hábiles a partir del momento del requerimiento para dar respuesta al mismo. En el evento [en] que LA CONTRATANTE considere que la respuesta no es satisfactoria o hay ausencia de la misma, procederá mediante resolución motivada (expedida por el gerente de la Empresa de Desarrollo Urbano) y con base en las pruebas aportadas por el Interventor respecto del incumplimiento del contratista a hacer efectivo el pago de la cláusula penal, a que se refiere la cláusula anterior, conforme a lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993 (...).

Por otro lado, la cláusula décima tercera estableció que le correspondería a la EDU la entrega de los diseños, planos y especificaciones del proyecto por conducto de la interventoría, la cual podría ordenar, durante la ejecución del contrato, los cambios que fueran necesarios, *“previa consulta con los proyectistas”*. A su vez, el consorcio también tendría la posibilidad de variar los planos o las especificaciones, siempre que se sometiera el asunto a consideración del interventor y del diseñador.

- El acta de inicio de actividades fue suscrita el 1 de septiembre de 2010, por lo que el plazo inicial pactado expiraría el 28 de junio de 2011 (fl. 255, c1). Con todo, el contrato tuvo las siguientes adiciones y modificaciones:

TIPO Y NÚMERO DE ACTO	FECHA	DECISIÓN	CAUSAS	NUEVO PLAZO DE ENTREGA DE LAS OBRAS SEGÚN ACTA	NUEVA FECHA DE TERMINACIÓN
Acta de convenio de precios N° 01 de obra extra	29 de diciembre de 2010	Convenir el valor unitario de 17 obras extra de excavación, que se habrían de ejecutar <i>“de acuerdo a las indicaciones de la interventoría”</i> , lo que fue advertido en las demás actas de esa misma naturaleza.	Sin indicación	N/a	N/a
Acta de convenio de precios N° 02 de obra extra	4 de marzo de 2011	Convenir el valor unitario de 9 obras extra.	Sin indicación	N/a	N/a



Acta de convenio de precios N° 03 de obra extra	26 de abril de 2011	Convenir el valor unitario de 4 obras extra.	Sin indicación	N/a	N/a
Acta de convenio de precios N° 04 de obra extra	11 de mayo de 2011	Convenir el valor unitario de 12 obras extra.	Sin indicación	N/a	N/a
Adición N° 1	25 de mayo de 2011	Adición del plazo en 150 días calendario y adición del valor en \$1.003'005.059.	El contratista solicitó adiciones dada la necesidad de obras adicionales y extras (" <i>tales como excavaciones, demoliciones, voladuras de roca, entre otras</i> ") para la ejecución cabal del proyecto. Interventoría aprobó la solicitud.	25 de octubre de 2011	25 de noviembre de 2011
Acta de convenio de precios N° 05 de obra extra	1 de julio de 2011	Convenir el valor unitario de 1 obra extra.	Sin indicación	N/a	N/a
Acta de convenio de precios N° 06 de obra extra	21 de septiembre de 2011	Convenir el valor unitario de 13 obras extra.	Sin indicación	N/a	N/a
Adición N° 2	24 de octubre de 2011	Adición del plazo en 60 días calendario y adición del valor en \$799'874.339 ¹⁵ .	"El contratista (...) solicita a la interventoría aprobar la adición (...) con el fin de realizar las obras adicionales y extras requeridas para cumplir con el objeto del contrato (...). // Se determinó la necesidad de proveer recursos adicionales (...) que cubra(n) las obras extras requeridas inicialmente, así como las nuevas obras extras para la terminación de camerinos, ajustes en los diseños de los	24 de diciembre de 2011	24 de enero de 2012

¹⁵ De esta manera, el valor total del contrato y sus adiciones alcanzó la suma de \$5.854'764.945.



			<i>filtros de la cancha, nuevo gimnasio urbano (...) y nueva cancha de tejo".</i>		
Acta de convenio de precios N° 07 de obra extra	11 de octubre de 2011	Convenir el valor unitario de 1 obra extra.	Sin indicación	N/a	N/a
Acta de convenio de precios N° 08 de obra extra	12 de diciembre de 2011	Convenir el valor unitario de 54 obras extra.	Sin indicación	N/a	N/a

Asimismo, entre el 3 de septiembre de 2011 y el 24 de septiembre de 2012, las partes suscribieron 17 actas de cambio de obra en las que acordaron eliminar determinadas actividades que ya no se ejecutarían, adicionar la cantidad de otras previamente pactadas e incluir algunas obras extra, estableciendo los saldos arrojados en cada caso. En todas las actas se indicó que se respetaban y mantenían las ventajas económicas otorgadas al contratista, así como el equilibrio financiero del negocio jurídico (fls. 282-362, c.1).

-. En comunicaciones de fechas 9, 15, 22 y 25 de noviembre de 2011, la interventoría requirió al consorcio para que adelantara distintas actividades que presentaban retrasos, al tiempo que le solicitó incrementar el personal por evidenciarse que las zonas objeto de intervención estaban desocupadas, no hallándose ninguna persona laborando en ellas (fls. 463-470, expediente sancionatorio -e.s.- tomo 2).

-. El mismo 25 de noviembre de 2011, la EDU le solicitó al contratista ponerse al día con las obras previstas en la reprogramación por él presentada, so pena de multa, dado que el atraso registrado para ese momento superaba el 20%, y se presentaba en 14 ítems allí especificados (fl. 480, c.2.).



- El 13 de enero de 2012, la interventoría presentó un Informe del Contrato de Obra Pública 737 de 2010, en el cual reseñó las bitácoras de obra, las visitas y 15 de los otros informes de obra, concluyendo con base en todos esos instrumentos que, durante el lapso comprendido entre el 24 de octubre y el 19 de diciembre de 2011, el consorcio había incrementado los porcentajes de atraso hasta acumular el 75.44% de las obras previstas en ese período, lo que se traducía en un déficit de ejecución superior al 60% del presupuesto del contrato (fls. 532-553, t.2, e.s.).

Agregó:

Como se observa en el cuadro anterior y en la gráfica adjunta, el contratista acumuló sin ejecutar desde el 24 de octubre al 19 de diciembre [de 2011], \$1.160'811.337, de \$1.883'948.500, lo que significa más de un 60% de déficit.

- El indicado informe fue remitido por la EDU al consorcio contratista el 23 de enero de 2012, a efectos de que expusiera los pormenores técnicos consolidados sobre la situación descrita por la interventoría y “ratificara o desvirtuara” lo señalado por ésta, acompañando los respectivos soportes (fl. 403, t.2, e.s.).

- En oficios suscritos entre el 25 de enero y el 6 de febrero de 2012, la interventoría le solicitó al consorcio retirarse de la zona de la obra, por haber terminado el plazo del contrato y por ser necesario evaluar el estado de la misma, así como los perjuicios derivados de la inactividad parcial del contratista durante el término de ejecución (fls. 569-572, t.2, e.s.). El 3 de febrero de 2012, el contratista señaló la necesidad de culminar óptimamente la obra pactada y la irresponsabilidad que, en su sentir, representaría el hecho de retirarse de la zona intervenida sin culminar las actividades pertinentes (fl. 579 e.s.).

- El 5 de marzo de 2012, la EDU formuló pliego de cargos contra el consorcio Macro-Moncada, con fundamento en el informe general presentado por la firma interventora Conintec Ltda. el 13 de enero de ese año.

Luego de reseñar los otrosíes y adiciones del contrato, la entidad señaló que el contratista había incurrido en continuos retrasos e incumplimientos que llevaron a la interventora a hacerle varios requerimientos para que se pusiera al día con las actividades programadas, especialmente en lo relativo a la reprogramación N° 4 presentada por el consorcio.



En el mismo pliego de cargos y en comunicaciones adicionales de la misma fecha, la EDU convocó al consorcio y a la aseguradora garante del contrato a audiencia de descargos que se realizaría el 12 de marzo de 2012. Con todo, a solicitud del contratista, la audiencia fue aplazada para el 22 de marzo de ese mismo año (fls. 605-607, t.2, e.s.).

-. En la rendición de los descargos, el 22 de marzo de 2012, el consorcio Macro-Moncada aportó varias pruebas documentales, entre éstas, las actas de comité de obra suscritas en desarrollo del contrato, y que adujo para señalar la falta de licencias, permisos, planos y diseños de la obra, entre otras fallas que pretendió atribuir a la EDU (fls. 648, t. 2, e.s.). Con posterioridad a la audiencia de descargos, el contratista solicitó pruebas adicionales, que la entidad denegó por extemporaneidad.

-. En Resolución GG 0213 del 14 de mayo de 2012, la EDU declaró el incumplimiento contractual del consorcio Macro-Moncada y ordenó hacer efectiva la cláusula penal por la suma de \$132'924.294.

Señaló que los cargos imputados al contratista con base en los informes de interventoría, consistieron en *“no entregar los productos pactados dentro del plazo contractual”, “no atender a los requerimientos por parte del equipo técnico de la interventoría ni de la EDU, con el fin de que se proveyera lo necesario para terminar las obras en el tiempo pactado”* y *“comprometerse con las fechas de entrega y no cumplir con las mismas”* (fl. 112, c.1).

La entidad hizo mención de las cuatro reprogramaciones entregadas por el contratista, correspondiendo la última al período transcurrido entre el 24 de octubre y el 24 de diciembre de 2011, y a la Adición N° 2 del contrato. Al respecto, recalco que si bien el consorcio alegó una inadecuada valoración del porcentaje de atraso en la obra, lo cierto era que el 75.44% referido por la interventora no aludía al proyecto general sino sólo a los ítems de la cuarta reprogramación, ya que si el indicado porcentaje se refiriera a toda la obra, el escenario jurídico sería más desfavorable.



A continuación, y en referencia al atraso calculado frente a la reprogramación N° 4, señaló:

Es así que, con el fin de determinar el atraso en las actividades desarrolladas por el Consorcio Macro-Moncada, se tomó como referencia (...) la reprogramación entregada por el contratista en el período comprendido entre el 24 de octubre y 24 de diciembre de 2011, fecha en que se debían realizar actividades por un valor total que asciende a la suma de \$2.052'44.199, sin embargo, para el 19 de diciembre de 2011 (...) sólo se había ejecutado actividades por un valor cercano a los \$500'000.000.

Subrayó que el porcentaje del valor fijado en la aludida reprogramación, ejecutado por el contratista a 19 de diciembre de 2011, era del 24.56%, por lo que el atraso reportado para el correspondiente interregno fue del 75.44%, y reiteró que *“el análisis del atraso se efectuó exclusivamente para el período comprendido entre el 24 de octubre y el 24 de diciembre de 2011”* (fl. 124, c.1).

La EDU desestimó los descargos del consorcio, relativos esencialmente a la no entrega oportuna de los diseños, deficiencias de éstos, obras extras, temporada de lluvias, seguridad y orden público, y sobre esa base impuso la sanción pecuniaria ya referida.

-. El consorcio contratista interpuso recurso de reposición contra el acto de declaratoria de incumplimiento y solicitó la práctica de varias pruebas documentales, dos testimonios -uno de ellos por parte del ingeniero Hugo Grajales Roldán, previamente decretado de oficio como interrogatorio, por la EDU- y dos pruebas periciales (fls. 196-197, t.1 e.s.).

-. El 24 de septiembre de 2012, la EDU profirió la Resolución GG0445, para confirmar el acto administrativo recurrido. En el análisis de la impugnación, negó el decreto de las pruebas no documentales solicitadas por el consorcio, por considerar que los hechos que pretendían ser demostrados con ellas ya habían sido examinados y estudiados durante el procedimiento sancionatorio, de suerte que *“no aportarían nuevos elementos de juicio a la contratante, diferentes a los ya debatidos y los cuales constan ampliamente en todo el material documental”*.

Por lo demás, se pronunció en forma desfavorable frente a los argumentos de defensa del contratista.



- Otras pruebas obrantes en el proceso aluden a hechos específicos de los que la Sala hará mención, en lo pertinente, en el momento de resolver cada uno de los puntos expuestos en el recurso de alzada, en los cuales, de igual manera, se referirá con más detalle el contenido de las resoluciones enjuiciadas.

2.3. Análisis de la Sala

2.3.1. Sobre las resoluciones demandadas

La Sala procederá a abordar en primer lugar lo señalado en la apelación respecto de las garantías del debido proceso y los derechos de audiencia y defensa, que según el censor fueron vulnerados por la EDU; y de no prosperar tales cargos de nulidad, se abordará el debate sobre si los incumplimientos que la entidad le imputó al consorcio en los actos acusados le eran o no atribuibles a éste.

2.3.1.1. El debido proceso

Ahora bien, en torno a la alegada violación de los derechos al debido proceso, audiencia y defensa, se estudiarán en el siguiente orden los argumentos que al respecto formuló el apelante: **a)** si los indicados derechos fueron violados en lo relacionado con el procedimiento previsto en el contrato para imponer la cláusula penal; **b)** si no debió tenerse por extemporánea la prueba que el consorcio solicitó al interponer recurso de reposición contra la Resolución GG0213 de 2012; **c)** si no debió denegarse la prueba de revisión de los documentos licitatorios; **d)** si deben declararse nulos los actos administrativos por no haberse notificado a uno de los integrantes del consorcio; **e)** si la EDU debió terminar anticipadamente el procedimiento sancionatorio por cesación de las causas que habían dado lugar a su apertura y, **f)** si la EDU aplicó indebidamente las reglas relativas a la cláusula penal pecuniaria.

a) Si los derechos de audiencia y defensa fueron vulnerados en lo relacionado con el procedimiento pactado por las partes para imponer la cláusula penal.

La parte actora señaló en la demanda que los actos administrativos enjuiciados eran violatorios del debido proceso por haberse expedido sin cumplir previamente con lo previsto en la cláusula décima del contrato, relativa al procedimiento para la imposición de la cláusula penal. Al respecto, el *a quo* señaló que la EDU obró



correctamente al imponer la sanción siguiendo las pautas del artículo 86¹⁶ de la Ley 1474 de 2011, por ser norma de orden público de inmediata aplicación que prevalecía sobre lo pactado en el contrato, conclusión que fue rechazada por los apelantes al señalar que el régimen de transición previsto en el artículo 96 de la mencionada ley hacía inaplicable el artículo 86 *ejusdem*, y que de cualquier manera, independientemente de que la Ley 1474 de 2011 estuviera o no en vigor, la EDU debió observar lo estipulado en la cláusula décima contractual para imponer la pena pecuniaria pactada por eventual incumplimiento.

En punto de ello cabe recordar que, como lo ha subrayado la jurisprudencia, el debido proceso administrativo en materia sancionatoria contractual entraña la obligación de vincular efectivamente al particular afectado con la decisión al trámite que la precede, y garantizar que éste, como mínimo: i) sea oído antes de que la entidad resuelva en forma definitiva; ii) participe en el proceso desde su inicio hasta su terminación; iii) tenga la oportunidad de presentar y solicitar pruebas; iv) obtenga decisiones fundadas o motivadas; v) reciba notificaciones oportunas y que éstas se practiquen en legal forma; vi) acceda a la información y documentación relativa a la actuación; vii) controvierta las pruebas aducidas en su contra, antes de la

¹⁶ *“Imposición de multas, sanciones y declaratorias 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:*

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 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”.



decisión; viii) obtenga asesoría legal, y ix) pueda interponer los recursos y demás mecanismos procedentes contra las decisiones administrativas¹⁷.

En cuanto a las reglas de procedimiento que en el presente caso fueron puestas en entredicho por la apelante, la Sala precisa que, si bien por regla general las normas procesales son de aplicación inmediata¹⁸, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 está comprendido en el capítulo VII¹⁹ de esa codificación, y para el mismo se dispuso un régimen de transición en el artículo 96²⁰, conforme al cual, los procesos de contratación estatal en curso a la fecha de entrada en vigor de esa ley continuarían sujetos al ordenamiento vigente cuando iniciaron. Sin embargo, aun considerándose plenamente procedente la aplicación de la aludida norma al contrato bajo estudio, ello no reñía con el procedimiento establecido por las partes en la cláusula décima, pues las garantías antes señaladas, protegidas por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 -norma igualmente aducida en los actos acusados y en la sentencia de primer grado-, son mínimas, lo que implica la posibilidad de que las partes puedan ampliar el rango de protección de esos derechos estableciendo otras ritualidades, respetando aquellas, para adelantar procedimientos sancionatorios en el marco del contrato estatal.

Ahora, dicho esto, se tiene que en el presente caso se cubrieron esas garantías mínimas del debido proceso y los derechos de audiencia y defensa del contratista, no sólo porque fueron varios los requerimientos de la interventoría acerca de las obligaciones incumplidas por el consorcio, sino también porque la propia EDU

¹⁷ Ver, entre otras, las sentencias dictadas por el Consejo de Estado – Sección Tercera, el 22 de mayo de 2013 -exp. N° 23518, M.P. Enrique Gil Botero-; el 18 de marzo de 2015 -exp. N° 31618, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa-; el 18 de febrero de 2022 -exp. N° 53318, C.P. José Roberto Sáchica Méndez- y 20 de abril de 2022 -exp. N° 49561, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas-. En ésta última providencia, no obstante, se subrayó: *“Las garantías del debido proceso, aplicables a todos los procedimientos administrativos conforme al artículo 29 constitucional, cobijan la fase previa o de formación de los actos administrativos sancionatorios (...). No obstante, (...) no toda irregularidad procedimental deriva necesariamente en la anulación de la decisión administrativa atacada judicialmente, ya que es necesario que la parte demandante demuestre la incidencia de la anomalía en el sentido del acto administrativo (...).”*

¹⁸ Por cuanto los artículos 38 y 40 de la Ley 153 de 1887 establecen lo siguiente:

“Artículo 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición: // 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y // 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”.

“Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir (...).”

¹⁹ *“Disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública”.*

²⁰ *“Los procesos de contratación estatal en curso, a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación”.*



reiteró esas observaciones y otorgó plazo para que fueran contestadas o refutadas por aquel, incluso antes de dar apertura al procedimiento sancionatorio.

Es así que, examinados los distintos requerimientos hechos por la firma interventora -especialmente durante noviembre de 2011-, se advierte que si bien ésta no se dirigió al consorcio bajo el apremio expreso de procedimiento administrativo para declaratoria de incumplimiento, demostró haber puesto de presente, por escrito y en varias oportunidades, los atrasos y obras faltantes. En todo caso, además de esos requerimientos, el informe general de la propia interventoría le fue trasladado al consorcio antes de la formulación del pliego de cargos, por parte de la EDU, que le confirió término para contradecirlo. Por si fuera poco, una vez abierto el procedimiento respectivo, se le otorgó nuevamente la oportunidad para formular descargos frente a los requerimientos de la interventoría y el informe general que ésta presentó el 13 de enero de 2012. Ahora, el plazo inicialmente otorgado en el pliego de cargos no correspondió a los cinco días hábiles estipulados en la cláusula décima del contrato, sino a cuatro, pero ese término fue ampliado con posterioridad a la primera citación, de manera que con ello se le garantizó materialmente toda oportunidad de defensa.

Evidenciado lo anterior, es claro que no prospera el cargo de nulidad, concretado en este primer punto de la apelación abordado por la Sala.

b) Si no debió tenerse por extemporánea la prueba que el consorcio solicitó al interponer recurso de reposición contra la Resolución GG0213 de 2012

Para el censor, el Tribunal de primera instancia tuvo por cierto que la EDU negó, por extemporaneidad, "*pruebas fundamentales*" en el procedimiento sancionatorio, y pese a "*haber dejado constancia*" de que en sede administrativa se solicitó el testimonio del señor Francisco Poulete -ajustador de la aseguradora- para que declarara sobre las obras que fueron ordenadas 12 días antes del vencimiento del contrato, el *a quo* tuvo por bien denegada dicha probanza, lo que resulta contrario a derecho, ya que a la luz de la ley, el administrado puede solicitar pruebas hasta antes de la decisión definitiva, por lo que no fue extemporánea, según su dicho, la prueba solicitada al interponerse recurso de reposición contra la Resolución GG0213 de 2012.



Está demostrado en el proceso que, en efecto, el consorcio Macro-Moncada interpuso recurso contra el acto en que la EDU declaró el incumplimiento del contrato e impuso la cláusula penal, y que al sustentar dicha impugnación, solicitó varias pruebas. Con todo, no se evidencia que en el recurso se hubiera solicitado el testimonio del señor Francisco Poulete, ni que se pidiera recibir ninguna declaración que específicamente señalara lo relativo a las obras extras que se ordenaron 12 días antes de vencer el término para la entrega del proyecto. En todo caso, aunque también quedó acreditado que la EDU denegó en el acto de cierre las pruebas que sí fueron solicitadas por el contratista en el recurso de reposición, no lo hizo por razón de su extemporaneidad, sino por estimar que tales probanzas eran inconducentes, puesto que los hechos aducidos para solicitar tales medios ya habían sido examinados a la luz del restante material probatorio, allegado durante el procedimiento administrativo.

Al respecto, debe recalarse que no por razón del debido proceso las entidades estatales están impedidas o desprovistas de toda facultad para denegar pruebas que consideren inconducentes, en los procedimientos administrativos. El ejercicio probatorio en esos casos también debe estar sujeto a criterios de verdad y de razonabilidad, por lo que la decisión negativa de la entidad pública en materia de pruebas bien puede ser ajustada a derecho y garantista con los derechos del administrado, de suerte que sólo podría ser anulada por violación del debido proceso si se evidencia que con ella se despojó indebidamente al administrado de contradecir los elementos allegados en su contra o de ejercer su defensa técnica, lo que no se advierte en el presente caso frente a las pruebas denegadas por la EDU en el acto de cierre, y menos frente al alegado testimonio del señor Francisco Poulete, referido en la apelación, pues su declaración no fue incluida en la solicitud probatoria elevada con el recurso de reposición que el consorcio interpuso durante el procedimiento sancionatorio. Por lo demás, el punto relativo a las 54 obras adicionales 12 días antes de la finalización del contrato no tuvo incidencia en los hechos de incumplimiento reprochados por la EDU, como más adelante lo señalará la Sala.

c) Si no debió denegarse la prueba de revisión de los procesos licitatorios

Reprocha el recurrente que en el fallo de primer grado se hubieran denegado las pretensiones de nulidad pese a haberse demostrado que la EDU denegó la citación de la Cámara Colombiana de Infraestructura, prueba que se había solicitado, según



su dicho, para que ese estamento *“confirmara que un estudio efectuado a la licitación que dio origen al contrato en cuestión no contaba con los diseños, planos y predios para poder iniciar la misma”*.

Encuentra la Sala que la prueba mencionada por la parte apelante fue, en efecto, solicitada por escrito con posterioridad a la audiencia de descargos celebrada el 22 de marzo de 2012, pidiéndose no sólo la intervención de la Cámara Colombiana de Infraestructura sino también la de la Sociedad Colombiana de Arquitectos e Ingenieros (fl. 651, c.2 p.s.). Se advierte igualmente que, en esa solicitud, el consorcio Macro-Moncada no indicó el objeto específico de tal probanza, aunque en el mismo escrito pidió que se practicaran seis testimonios que señalaran lo acontecido con la obra, por considerar que los conceptos de la interventoría no eran imparciales en el caso adelantado por la EDU.

En audiencia del 12 de abril de 2012, la EDU denegó tales medios de prueba solicitados por el contratista después de rendir los descargos, por considerar que tal petición era extemporánea y no se acompasaba con lo reglado en la Ley 1474 de 2011, que propendía por la celeridad del procedimiento.

Al respecto, se precisa en primer término que el *a quo* sí abordó en la sentencia apelada lo relativo a la denegación de la prueba consistente en la revisión de los documentos licitatorios por la Cámara Colombiana de Infraestructura, señalando que ese elemento probatorio era inconducente, ya que lo debatido en la actuación sancionatoria era la entrega o no de la obra en forma oportuna, lo que no era pasible de establecerse con el examen de los instrumentos del proceso de selección. Este razonamiento puntual no fue atacado por el apelante, por lo que en este punto ningún reproche puede formularse contra el fallo de primer grado, en orden a revocar decisión alguna fundada en el indicado análisis del Tribunal.

Ahora, en lo referente a la denegación de las pruebas por no solicitarse en determinados plazos, ciertamente, como se señaló con anterioridad, una de las garantías mínimas del debido proceso y el derecho de defensa es la posibilidad que debe tener el administrado, de solicitar y aportar pruebas sin requisitos ni términos no previstos en la Constitución o la ley²¹. En esa medida, no es admisible en

²¹ De conformidad con el artículo 34 del C.C.A., bajo cuya vigencia se tramitó el procedimiento sancionatorio adelantado por la EDU, “[d]urante la actuación administrativa se podrán pedir y



principio la denegación de una prueba por razón de su supuesta extemporaneidad, cuando el ordenamiento establece que en el procedimiento administrativo se pueden solicitar y/o decretar medios de convicción, de oficio o a petición de parte, sin plazos especiales.

Sin embargo, en el presente caso y, frente a la prueba que invoca la parte actora en el recurso de apelación, no se advierte que el consorcio no hubiera sido oído frente al punto específico que, según sus palabras, pretendía defender con la prueba denegada, y que aludía a la supuesta falta de diseños y planos del proyecto como causa del retraso de las obras.

Ahora, si bien la EDU denegó por extemporaneidad la aludida probanza, al decidir de fondo en la Resolución GG0213 de 2012 abordó lo relativo a la alegada falta de planos y diseños y a su no entrega oportuna por parte del EDU, refutando lo que al respecto alegó el contratista con base en las actas de comité de obra invocadas por él mismo, así como en otros elementos probatorios allegados a la actuación (fl. 125, c.1).

Adicionalmente, no está de más resaltar que, en el recurso de reposición, el consorcio guardó silencio sobre la negativa de la EDU a decretar la revisión de los documentos licitatorios por los organismos antes mencionados, decisión ésta que no fue reprochada ni impugnada por el afectado, quien tampoco insistió en la práctica de dicha prueba al solicitar las demás en el recurso de reposición, ni en el presente juicio.

Por último se reitera que, al solicitar la referida revisión de los instrumentos del proceso de selección, el consorcio no señaló, en realidad, el objeto específico de dicha prueba, por lo que mal puede concluirse que la denegación de la misma hubiera conllevado a que no se abordara en el procedimiento sancionatorio la cuestión relativa a si los diseños y planos del proyecto habían sido oportunamente incorporados a la contratación desde la apertura de la licitación pública y si el evento en que no hubiera sido así acarrearía la responsabilidad de la EDU por los retrasos en las obras.

decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado”.



Por todo lo anterior, este argumento de la apelación carece de vocación para prosperar.

d) Si deben declararse nulos los actos administrativos por no haberse notificado el pliego de cargos ni las resoluciones enjuiciadas, a uno de los integrantes del consorcio.

Tanto en la demanda como en el recurso de alzada, la parte actora cuestionó que tanto el pliego de cargos como los actos acusados sólo se le hubieran notificado a Wilmar Moncada Arcila, como miembro y representante del consorcio Macro-Moncada, pero no a la sociedad Construcciones Macro S.A.S., la cual, según su dicho, no pudo ejercer su derecho de defensa a pesar de ser destinataria de la sanción.

Dijo en el recurso:

Para nadie es un secreto, además lo establece la misma Ley 80 de 1993, que el representante convencional de los consorcios está facultado para representar el consorcio (sic) en todas las situaciones del contrato, firmarlo, etc., pero no está facultado para ejercer la representación legal individual de cada uno de los consorciados (...).

Así, la actora concluye que al no haberse notificado directamente los aludidos instrumentos, a la sociedad consorciada, se vulneró el derecho de defensa. Sin embargo, tal argumentación no resulta de recibo para la Sala, por las razones que se pasa a exponer:

En primer lugar, y en relación con la pretendida falta de notificación de las decisiones administrativas, cabe anotar que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado²², la falta de notificación de los actos administrativos no constituye causal de nulidad de los mismos, pues tal hecho sólo afectaría su

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 09 de diciembre de 2013, expediente 47783, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido: Sección Primera, sentencia del 09 de septiembre de 2004, expediente 2002-90012, C.P. Rafael E. Oustau de Lafont Pianeta; Sección Quinta, Sentencia del 26 de julio de 2018, Radicado 25000-23-24-000-2008-00310-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.



oponibilidad y eficacia, más no su validez. En ese sentido, esta Corporación ha considerado:

[E]l único efecto que produce la indebida notificación es la inoponibilidad, pero en ningún momento esa irregularidad acarrea la nulidad. Las causales de anulación son las del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y todas se refieren a irregularidades que son propias del acto y que están presentes desde en el momento mismo de su expedición. Es decir, para que se configure una causal de nulidad, el acto debe estar viciado desde su aparición en el tráfico jurídico. // En contraste, los problemas que se presentan con la ausencia de notificación, o con las notificaciones defectuosas del acto, son obviamente posteriores a este y, lejos de producir su anulación, solo dan lugar a su inoponibilidad, comoquiera que la publicidad es un elemento ajeno del acto y la anulación de estos se da solo por elementos que le son propios²³.

Ahora bien, en segundo lugar, respecto de la notificación del pliego de cargos y la imposición misma de la cláusula penal prevista en el contrato N° 737 de 2010, se tiene que ambos actos recayeron sobre el consorcio Macro-Moncada, en calidad de contratista, y no sobre cada uno de sus integrantes individualmente considerados. En este punto es claro que, como bien lo reconoce el apelante, el representante del consorcio vincula a éste para “todas las situaciones del contrato”, lo cual, lejos de excluir lo relativo a la imposición de sanciones pecuniarias por incumplimiento del negocio jurídico, incluye ese tipo de decisiones, pues éstas se enmarcan precisamente en la relación contractual y en lo acontecido durante su vigencia.

No es otro el alcance que al respecto se le debe dar al artículo 7 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que para las fechas de celebración del contrato y de imposición de la cláusula penal, señalaba respecto de los consorcios:

Para los efectos de esta ley se entiende por:

1.- Consorcio. Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman (...).

Parágrafo 1: Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de julio de 2018, exp. 39920, M.P.: Ramiro Pazos Guerrero.



*Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, **para todos los efectos**, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.*

El pliego de cargos y las dos resoluciones demandadas se le notificaron al señor William Moncada, no en calidad de consorciado ni de persona natural destinataria de la sanción económica, sino como representante del consorcio contratista cuyo incumplimiento le fue atribuido en el indicado instrumento de apertura del procedimiento sancionatorio y en los actos administrativos que lo resolvieron definitivamente. Tal circunstancia le dio pleno alcance y efecto a la norma en cita, pues el señor William Moncada representó al consorcio en el proceso sancionatorio seguido en su contra, y ejerció tal representación tanto al recibir el pliego de cargos y beneficiarse con la oportunidad de contradecirlo, como en el resto de la actuación y en la notificación de las resoluciones que le dieron cierre definitivo.

Por consiguiente, no existe mérito para acoger el planteamiento que sobre la notificación del pliego de cargos y de los actos enjuiciados formuló la apelante en su recurso y en la demanda.

e) Si la EDU debió terminar anticipadamente el procedimiento sancionatorio por cesación de las causas que habían dado lugar a su apertura

Sostiene el censor que para el 24 de septiembre de 2012, fecha en que fue confirmado el acto administrativo sancionatorio, ya habían desaparecido las causas que le habían dado origen, toda vez que la EDU recibió a satisfacción la totalidad de la obra el 21 de septiembre de 2012, de suerte que, al haber cesado toda situación de incumplimiento que pudiera existir, a la luz del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el procedimiento debió terminar anticipadamente y no con la confirmación de la declaratoria de incumplimiento y la imposición definitiva de la cláusula penal²⁴.

En efecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al establecer la facultad de las entidades sometidas al EGCAP para declarar el incumplimiento de sus contratistas

²⁴ La apelante esboza ese argumento a pesar de haber señalado en la demanda que la Ley 1474 de 2011 no le resultaba aplicable al contrato por cuanto, de conformidad con el régimen de transición previsto en el artículo 96 de esa normativa (anteriormente citado), negocios jurídicos aún en ejecución a la entrada en vigencia de esa ley continuarían rigiéndose por las normas que estaban vigentes cuando se celebraron.



y cuantificar los perjuicios subsecuentes, señala que debe seguirse el procedimiento allí descrito, y añade:

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

Como se anotó con anterioridad, la parte apelante cuestionó la aplicación en el tiempo del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al recalcar que el artículo 96 de esa misma ley estableció un régimen de transición consistente en que los procesos de contratación en curso a la fecha de entrada en vigencia de esa codificación continuarían sujetos al régimen vigente en el momento de su inicio²⁵. De ahí que resulte refutable que, en este punto de la controversia, invoque la misma norma que en el mismo recurso adujo como no aplicable al procedimiento sancionatorio adelantado por la EDU.

En todo caso, y aun al margen de que la norma referida por el censor fuera o no aplicable al contrato y a la indicada actuación administrativa, es claro que la anotada disposición no contenía una orden imperativa para las entidades estatales, sino que confería una facultad que la Administración podría ejercer o no, de suerte que, incluso concluyendo que la norma sí operaba en el caso *sub judice*, no le resultaba reprochable a la EDU que se abstuviera de terminar anticipadamente el procedimiento sancionatorio, ya que la ley misma le otorgaba esa posibilidad.

Ahora, la declaratoria de incumplimiento contractual -hecha y confirmada por la EDU- se encaminó a la imposición de la cláusula penal, sanción ésta que opera de manera primordial para cubrir en todo o en parte los perjuicios derivados de esa inobservancia de las obligaciones contractuales²⁶. En tal sentido se tiene que, cumplido el último plazo pactado para la entrega de las obras sin que dicho compromiso se hiciera efectivo, se configuraba la situación de incumplimiento que la entidad declaró en los actos acusados, y por tanto, la causal de procedencia de la cláusula penal, lo que no podía corregirse con la entrega tardía del proyecto

²⁵ Cuestión que, por cierto, fue alegada por los apelantes en el primer cargo, para señalar que el procedimiento sancionatorio no podía regirse por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 sino sólo por la Ley 1150 de 2007 y la cláusula décima del contrato; pese a ello, invocan después aquella misma norma para sostener que la EDU debió terminar anticipadamente la actuación al recibir la totalidad de las obras.

²⁶ De conformidad con el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal “es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.



porque, aun verificado esto último, permanecían incólumes los perjuicios irrogados con la mora del contratista, como lo precisará la Sala en el análisis del siguiente cargo.

f) Si la EDU aplicó indebidamente las reglas relativas a la imposición de la cláusula penal pecuniaria

Reclama la parte censora que en la sentencia de primer grado no exista pronunciamiento sobre la causal de nulidad referente al desvío de poder, expuesta en la demanda sobre la base de que la EDU impuso la cláusula penal sin cumplir lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y en los artículos 1594 a 1602 del Código Civil. Asimismo reprochó, bajo dicha causal, que la entidad contratante exigiera más de 50 actividades nuevas cuando faltaban sólo 12 días para que finalizara el término de ejecución de las obras, sin otorgar un plazo adicional para completar aquellas.

Con respecto al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la parte apelante sostuvo que dicha norma sólo podía interpretarse en el sentido de que la cláusula penal únicamente era procedente para conminar al contratista a ejecutar las obras pendientes durante el término de ejecución, dado que así se desprendía del conector “así mismo”, en el que la disposición normativa pasaba de regular las multas a fijar las condiciones para la indicada cláusula penal.

En este punto tampoco le asiste razón al censor, puesto que no es correcta la inferencia que hace del contenido de la norma que invoca.

En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 es del siguiente tenor:

El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre



otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Así, lo que dispone la norma es que las entidades estatales están facultadas tanto para imponer multas como para hacer efectiva la cláusula penal, siempre que se respeten los elementos mínimos del debido proceso allí señalados. Distinto es que, además, para el caso específico de las multas, el legislador haya previsto que éstas proceden concretamente para conminar al contratista a cumplir con el contrato aún en ejecución, previsión ésta que no hizo para la cláusula penal, a la que no se le atribuyó, en forma expresa ni tácita, ese carácter netamente conminatorio que pretende darle la actora, ya que el conector *“así mismo”* se refiere es a la doble facultad conferida a la Administración, pero no a que una y otra sanción sólo procedan para un único objetivo establecido en el citado artículo.

Acerca de la cláusula penal y de los argumentos que en este punto expone la parte apelante, es del caso anotar que, tanto para la Ley 1150 como para el Código Civil, tal institución encierra un propósito preponderantemente indemnizatorio derivado del incumplimiento, y no se desprende de esas normas, como tampoco de los actos proferidos por la EDU, que el objeto de dicha pena sea simplemente el de conminar al contratista a entregar las obras atrasadas o sin ejecutar.

Ciertamente, el artículo 1592 del Código Civil establece que la cláusula penal es la que se estipula para que una de las partes se sujete a una pena, *“en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*; y en armonía con ello, el artículo 1594 *ibídem* señala que, *“[a]ntes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena”*, sino sólo la obligación principal, como tampoco puede el acreedor, una vez constituido el deudor en mora, *“pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio”* salvo cuando se haya estipulado la pena por el simple retardo, lo que no aconteció en el caso concreto.

El Código Civil también precisa que el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal (art. 1595). Y en concordancia con ello, el art. 1608, numeral 1 de la misma normativa indica que el deudor está en mora, entre otros eventos, *“cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado”*, presupuesto que se cumplió en el *sub judice* al finalizar el plazo de ejecución de las



obras -el 24 de diciembre de 2011- sin que el consorcio hubiera entregado el proyecto a satisfacción de la entidad.

Así las cosas, es claro que se cumplieron todos los supuestos legales y procedimentales que habilitaban a la entidad estatal para imponer la cláusula penal, pues además de haberse respetado y garantizado el derecho de defensa del contratista, se estableció el incumplimiento de éste por no haber entregado la totalidad de la obra al finalizar el plazo para ello; inobservancia cuyos perjuicios, como antes se anotó, fueron tasados con la cláusula penal y no tenían la virtualidad de ser corregidos o enmendados con la entrega tardía de las obras, la cual, dicho sea de paso, se efectuó a pesar de que la EDU le ordenó al consorcio cesar los trabajos después del vencimiento del término respectivo, para poder evaluar, efectivamente, la magnitud de los perjuicios.

Se concluye, entonces, que la entidad demandada no incurrió en desviación de poder, pues no infringió lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 ni desatendió las finalidades de las sanciones allí referidas, sino que, por el contrario, impuso la cláusula penal bajo las pautas de dicha norma y habiéndose dado las bases establecidas para ello en los artículos 1592, 1594, 1595 y 1608, numeral 1, del Código Civil.

Por otro lado, en lo relativo a la aprobación de precios de 54 nuevas obras a 12 días de finalizar el plazo contractual, no se advierte que esa circunstancia constituya una desviación de poder, por cuanto no se demostró que, con ese pacto entre las partes, a instancia de la EDU, dicha entidad se hubiera encaminado a objetivos distintos al servicio público objeto del contrato, o a los fines estatales que debían buscarse con la contratación. Por lo demás, y como se detallará más adelante, el incumplimiento que la EDU le reprochó al contratista y que motivó la sanción pecuniaria no consistió en la falta de entrega de las aludidas obras adicionales, sino en los retrasos registrados con anterioridad al 19 de noviembre de 2011.

2.3.1.2. La imputabilidad del incumplimiento al consorcio contratista

A efectos de analizar las razones de inconformidad que en este segundo tema de controversia formuló la parte apelante, es preciso establecer, concreta y puntualmente, las fallas que la entidad sancionó en las resoluciones enjuiciadas.



Como se anotó, en la Resolución GG 0213 del 14 de mayo de 2012, el EDU declaró el incumplimiento contractual con fundamento en los informes de interventoría, especialmente el que fue entregado el 13 de enero de 2012. La EDU resumió los hechos constitutivos de incumplimiento señalando que los mismos consistieron en *“no entregar los productos pactados dentro del plazo contractual”, “no atender a los requerimientos por parte del equipo técnico de la interventoría ni de la EDU, con el fin de que se proveyera lo necesario para terminar las obras en el tiempo pactado”* y *“comprometerse con las fechas de entrega y no cumplir con las mismas”*.

Las falencias señaladas no se establecieron frente a la totalidad de la obra sino a una parte de la misma, de manera que la cláusula penal impuesta no equivalió, en realidad, al 10% del valor total del contrato, sino que se estimó en proporción al porcentaje de retraso que le fue reprochado al contratista en un período determinado, y que derivó en que la sanción ascendiera a la suma de \$132'924.294, inferior al porcentaje pactado en el negocio jurídico.

En efecto, en el informe del 13 de enero de 2012, la interventoría señaló que, entre el 24 de octubre y el 19 de diciembre de 2011, el consorcio Macro-Moncada había incrementado los porcentajes de atraso hasta acumular el 75.44%, lo que se traducía en un déficit de ejecución superior al 60% del presupuesto respectivo. En consonancia con ello, la EDU recalcó el contenido de los requerimientos de la firma interventora, suscritos durante el mes de noviembre de 2011, es decir, dentro del período evaluado en el aludido informe de interventoría, presentado en enero siguiente.

En ese instrumento, la interventoría había reseñado catorce informes parciales del contrato, en los que periódicamente se evaluó el avance del proyecto entre el 1 de octubre de 2010 y el 23 de noviembre de 2011. En ellos se hizo una relación entre las proyecciones de obra que debían cumplirse en los distintos plazos -tanto el inicial como en los adicionales convenidos, según el caso-, y el porcentaje de avance que la obra fue presentando respecto de cada reprogramación²⁷. La firma interventora

²⁷ Así, v.gr., el informe N° 7, correspondiente al mes de marzo de 2011, la interventoría anotó: *“Aun cuando realmente el contratista ha generado 7 actas por valor de \$1.369'188.578, equivalentes al total del contrato, a la fecha de este informe sólo ha facturado un 16% (\$648'115.957), esto muestra un desfase económico de un 17.79% de la inversión total realizada y un desfase de aproximadamente un 10% en relación con la cifra proyectada (\$1.773'048.455). En las dos gráficas anteriores se observa claramente cómo a pesar del crecimiento en cuanto al valor de las actas causadas, la rata de crecimiento no es lo suficientemente alta como para absorber el retraso considerable de la obra, que al día de hoy, comparativamente con el plazo contractual, es de*



concluyó que, *“a pesar que con (sic) las reprogramaciones se ajustaba el rendimiento de la obra, el contratista seguía presentando atrasos en cada una de éstas”* (fl. 1388, c.1).

En el análisis de esa información, en la Resolución GG0213 de 2012, la EDU reseñó las cuatro reprogramaciones hechas por el contratista y precisó que la número 4 correspondía a la Adición N° 2 (fl. 123, c.1), y que *“con el fin de determinar el atraso en las actividades desarrolladas por el consorcio Macro-Moncada se tomó como referencia (...) la reprogramación entregada por el contratista en el período comprendido entre el 24 de octubre y el 24 de diciembre de 2011”* (fl. 124).

En punto de ello, recalcó que si bien se proyectó para dicha reprogramación N° 4 la ejecución de actividades por la suma de \$2.052'444.199, el contratista sólo cumplió con un margen aproximado de \$500'000.000, lo cual significaba que sólo había ejecutado el 24.56% de las obras previstas en dicha reprogramación, generando, en contrapartida, el mencionado retraso del 75.44%.

Si bien no obra en el plenario el documento contentivo de la aludida reprogramación N° 4, se cuenta con la Adición N° 2, suscrita el 24 de octubre de 2011, en la que se recalcó que el contratista la había solicitado en el mismo mes de octubre, con el fin de realizar obras adicionales y extras requeridas para el objeto contractual. Se agregó que el interventor recomendaba aprobar dicha adición, *“para los trabajos del cerramiento de la cancha de fútbol, acabados internos de camerinos, construcción de la cancha de tejo, mobiliario como bancas y basureras metálicas”*.

A su vez, según el mismo instrumento, la primera adición del contrato se encaminó a la culminación de trabajos de la cancha en grama sintética, graderías y camerinos, construcción de puente peatonal, parque entre Carreras 77B y 76^a, y algunos andenes, frente a lo cual se agregó (fl. 260, c.1):

Al tiempo de vencerse el plazo adicional solicitado y luego de realizada la proyección física y financiera (...) se determinó la necesidad de proveer recursos adicionales (...) que cubra[n] el valor total de las obras extras requeridas inicialmente, así como las nuevas obras extras para la terminación de camerinos, ajustes en los diseños de los filtros de la cancha, nuevo gimnasio urbano (...) y nueva cancha de tejo (...).

aproximadamente 57% (...). En otras palabras, el contrato ha requerido un 79% del plazo total (270 días) para ejecutar un 34% del valor del contrato”.



En el oficio de fecha 25 de noviembre de 2011 -dirigido al contratista- la EDU señaló 14 ítems atrasados, que comprendieron actividades como el suministro, transporte y colocación de divisiones en acero inoxidable, el suministro, transporte y colocación de puertas en acero inoxidable, basureras, colocación de estuco acrílico profesional en muros revocados, aplicaciones de pintura en distintos frentes, suministro e instalación de unidades sanitarias en distintos frentes, griferías, nivelación de recebo en gravilla limpia, emulsión asfáltica catiónica de rompimiento lento en frío, material granular y cerramiento de nylon.

Adicionalmente, en acta de reunión de obra del 23 de diciembre de 2011 se señalaron varias obras faltantes, tales como la señalización de piso, la instalación de tres basureras en el parque, instalación de grama en un tramo de obra -que sólo se estaba iniciando en esa fecha-, arreglo de jardines, instalación de bancas en plazoleta, instalación de tubería eléctrica en un cruce de puente, pavimentación de seis cruces eléctricos, instalación de pasamanos en gradería, algunas tuberías de desagüe, aplicación de estuco acrílico y pintura exterior y perfilación de talud en zona verde²⁸.

Señalados, a grandes rasgos, los anteriores datos, pasa la Sala a pronunciarse sobre los reproches de la parte apelante, como sigue.

a) Si los hechos reprochados en las resoluciones materia de juicio le fueron imputables al contratista, u obedecieron a la concreción exacerbada de los riesgos asumidos por el consorcio -invierno y orden público-

-. El juzgador de primera instancia estimó que no eran atendibles los argumentos de la parte actora sobre la alegada incidencia del estado del clima en los atrasos de la obra, ya que en ningún momento, durante el desarrollo de la misma, se presentó queja, solicitud o informe alguno del consorcio que se encaminara a solventar dicha contingencia, sino que ésta sólo fue aducida por el contratista en el curso del procedimiento sancionatorio, y pretendió soportarse con pruebas insuficientes que sólo evidenciaban el incremento de lluvias en el país entre 2010 y 2011, pero no

²⁸ A la par con ello, encuentra la Sala que la interventoría le remitió a la EDU, en oficio EP 404 del 14 de diciembre de 2011, las actividades “*más representativas*” que en ese momento presentaban atrasos y señaló que, en particular, la instalación de grama sintética sería una actividad que definitivamente no se alcanzaría a cumplir dentro del plazo de ejecución, mientras que las demás dependían de “*la voluntad del contratista*” (fl. 508, c.2, p.s.). Estos ítems consistieron, en general, en el suministro y colocación de unidades hidrosanitarias, divisiones y elementos de acabados, así como en la aplicación de pintura y otros materiales en varias dependencias de la obra.



revelaban el carácter imprevisible del fenómeno en la zona de las obras, como tampoco que su incidencia en la ejecución de éstas hubiera sido anormal o extraordinaria. Asimismo, desestimó lo referente a la situación de orden público, por no haberse demostrado, a su juicio, su carácter imprevisible ni el grado de afectación de los eventuales hechos violentos en el avance de la obra contratada, además de advertirse que las pruebas allegadas a la actuación administrativa sólo referían la ocurrencia de situaciones anormales por fuera de las inmediaciones del área intervenida, y durante días no laborables.

A su turno, el censor expuso que, si bien el consorcio asumió los riesgos relacionados con el estado del tiempo y el orden público en la zona de obra, tales contingencias se materializaron de manera desproporcionada e imprevista, por lo que la tardanza derivada de dichos riesgos no podía ser tenida como incumplimiento reprochable al contratista. Según sus palabras, *“no [podía] ejecutarse obra cuando se prende una balacera en el sector, sean éstas en la obra, a media cuadra o a dos cuadras”,* como tampoco *“podían vaciarse los andenes cuando llueve (...) la obra se ejecutó en todo un barrio y a cielo abierto en una comuna difícil de Medellín”.*

En lo relacionado con la ola invernal manifestó que, de conformidad con el pliego de condiciones, le correspondía a la EDU exigir al contratista la protección de los espacios con telas, invernaderos u otros elementos especiales, lo que no hizo, mucho menos incluyó esos costos en el AIU del contrato, y por otro lado, el contratista implementó lo que estaba a su alcance para amortiguar los efectos de las lluvias, lo que no fue suficiente, tal como lo corroboraban, según su dicho, los testimonios rendidos en el proceso. Bajo esa línea insistió en que, para la época de ejecución del contrato, el invierno superó los promedios históricos mensuales, lo cual debió tenerse en cuenta para no inculpar al consorcio por el atraso de las obras. Por otro lado, con respecto a la situación de orden público señaló que, contrario a lo afirmado por el Tribunal de primera instancia, sí se demostró la ocurrencia de hechos imprevisibles e insuperables para el contratista, que afectaron el oportuno y normal desarrollo de la obra, todo lo cual, según su dicho, lo demostraban las pruebas testimoniales y los recortes de prensa obrantes en el proceso.



- La distribución de los riesgos en contratos estatales se encuentra prevista en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007²⁹. En desarrollo de ella, el Decreto 2747 de 2008 -vigente en la época de celebración del contrato y de ocurrencia de los hechos- estableció en su artículo 88:

Determinación de los riesgos previsibles. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que, de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales.

La entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo. Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego, o en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

*La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo. **La presentación de las ofertas implica la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en dicho pliego.***

Se desprende de lo anterior que la regulación legal de la distribución de los riesgos en contratos estatales se encamina a evitar, en lo posible, alteraciones en el normal desarrollo de los mismos, procurando fijar por anticipado las responsabilidades asumidas por cada parte frente a los eventos riesgosos, a fin de salvaguardar la continuidad y oportunidad de la obra, bien o servicio objeto del contrato estatal.

En armonía con lo anterior, y frente a circunstancias imprevistas -entre éstas, las que superan el riesgo asumido por cada una de las partes- que puedan afectar la equivalencia de las obligaciones surgidas al contratar, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece:

En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a

²⁹ “Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. //En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.



quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

Así, es cierto que las previsiones del legislador en materia de distribución de riesgos no garantizan que en los contratos no se presenten hechos imprevistos o insuperables que fracturen la equivalencia obligacional y prestacional fijada por las partes; pero justamente por esa razón permanecen incólumes las obligaciones encaminadas al restablecimiento del equilibrio alterado, señaladas en el artículo 27 del EGCAP no sólo a cargo de la Administración sino también del contratista, cuando tal alteración ocurra por hechos que sobrepasen los riesgos previamente asumidos.

Tal disposición normativa implica, por consiguiente, que al asumir determinados riesgos en el contrato estatal, el contratista no puede alegar la ocurrencia de los mismos como causal justificante de su incumplimiento; y aduciendo que los hechos acontecidos eran irresistibles e insuperables, la propia ley establece obligaciones cuando eventos de esa naturaleza alteren la carga obligacional asumida por el contratista al celebrar el negocio jurídico.

-. En el presente caso, y frente al período contractual que a juicio de la EDU fue incumplido por el consorcio -24 de octubre a 19 de diciembre de 2011-, se evidencia que no se dieron los supuestos alegados en la apelación para establecer que el alegado carácter imprevisible de la temporada invernal y de la situación de orden público tuviera la virtualidad de eximir al contratista de las consecuencias que le acarrearán los atrasos de las obras.

El numeral 2.16.2 del pliego de condiciones estableció como riesgos previsibles, entre otros, los “*atrasos y sobrecostos en la ejecución por temporadas invernales y en general por circunstancias climáticas*”, el “*hurto*”, los “*daños ocasionados por grupos al margen de la ley*” y los “*atrasos y sobrecostos en la ejecución por fuerza mayor y caso fortuito*”.



- En torno al riesgo por razón del clima, se advirtió que la ocurrencia de retrasos por ese motivo sería asumida por el contratista, en un 100%, siempre que la temporada fuera previsible con fundamento en los registros históricos reportados por autoridades como el IDEAM o quien hiciera sus veces. Sin embargo, también se previó (fl. 212, c.1):

En los casos de comportamiento extraordinario del clima (...), los costos por el atraso de la obra serán asumidos proporcionalmente entre el contratista y la entidad (...), de acuerdo a los porcentajes que den como resultado el evento en concreto.

A su vez, el numeral 27, literal c), del mismo instrumento, estableció que el contratista estaría *“en la obligación de tomar todas las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de retrasos por dicho tema, dado el clima tan variable del país”*; y a renglón seguido, precisó que la EDU podría exigir que, durante el desarrollo de los trabajos, los espacios intervenidos fueran protegidos con *“telas, invernaderos y/o elementos de protección de la construcción del proyecto en los respectivos espacios públicos como consecuencia de las lluvias”*. Por último, advirtió que los costos respectivos debían incluirse en el A.I.U. del contrato (fl. 229, c.1).

Ahora bien, durante el período que fue evaluado por la EDU para declarar el incumplimiento, se registró un incremento de las precipitaciones en todo el país. Así, en boletín informativo de octubre de 2011, el IDEAM reportó que, durante ese mes, las precipitaciones más fuertes se concentraron en el norte del país y en la Cordillera Occidental, destacándose *“excesos mayores al 120% por encima del promedio en amplios sectores de los departamentos del Magdalena, Atlántico, (...) Antioquia (...), y el archipiélago de San Andrés y Providencia”*. El siguiente boletín, correspondiente a noviembre del mismo año, indicó que la mayor fuerza de precipitaciones se presentó en el bajo Magdalena, el Eje Cafetero y la Sabana de Bogotá, y que en general, con respecto a octubre, los excesos de lluvia fueron mayores al 100%.

No obstante, la fuerza de las lluvias y el aumento de su magnitud ya habían tenido registros previos desde diciembre 2010, como expresamente lo alegó la actora en su apelación y lo registró el IDEAM en los respectivos boletines mensuales, aportados al proceso, en los cuales anunció, además, que el fenómeno de la Niña se presentaría durante el año 2011 (fls. 1024-1035, c.1). A la par con ello, el consorcio Macro-Moncada asumió riesgos no sólo derivados de las lluvias sino aquellos relacionados con su variación -como se advierte con la lectura del numeral



27, literal c), atrás comentado-, para lo cual aceptó obligarse a adoptar medidas para mitigar los posibles efectos de tales eventos; y aunque en la apelación se adujo que dichas medidas se adoptaron, ello no se demostró, como tampoco el hecho de que, aún en cumplimiento de esa obligación, las lluvias hubieran imposibilitado el normal desarrollo de la obra -incluso en cualquiera de los demás períodos de ejecución- y que de ello fuera informada la EDU, bajo lo previsto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 y en el numeral 27 del pliego de condiciones.

Si bien el censor acude al testimonio de la señora Lucidia Arboleda Torres para señalar que el recrudecimiento del invierno imposibilitó que el contrato se cumpliera oportunamente, lo cierto es que la indicada prueba no puede acogerse, pues la testigo señaló que la cobertura o protección de las áreas de trabajo no estaba prevista en el contrato y que por ello no se implementó, cuando lo cierto, conforme a la prueba documental antes señalada, es que esa obligación estaba incluida en el negocio jurídico por haberse consignado en el pliego de condiciones. Por su parte, el testigo Edwin Galarzo Guzmán -igualmente referido en la apelación- señaló que el invierno afectó el avance de la obra porque era difícil adelantar actividades como la construcción de andenes y la compactación de arenas; sin embargo, también afirmó que no se instalaron invernaderos por no estar previstos en los “*items*”.

Luego, de los testimonios invocados en la alzada no se desprende que el contratista hubiera cumplido con la obligación de proteger la obra, como lo previó el pliego de condiciones; por el contrario, tales declaraciones corroboran -en lugar de desvirtuarlo señalado por la EDU en la Resolución N° GG0213 de 2012, en cuanto a que “*el contratista no tuvo los controles y medidas de mitigación para el manejo de las lluvias que se presentaron en varios períodos del contrato, afectándose con ello taludes, andenes y senderos, como consta en la bitácora (...) (fl. 139, c.1).*”

La circunstancia así evidenciada impide concluir que el atraso de la obra obedeció al aumento de la ola invernal sin serle imputable al consorcio, más cuando, en todo caso, tampoco se advierte en el plenario que el contratista hubiera informado a la EDU sobre las dificultades derivadas de las lluvias ni solicitado que se revisara la distribución del riesgo para establecer los porcentajes en que cada parte cubriría los costos de los atrasos, como lo disponía el documento licitatorio.

Por tanto, dado que el consorcio omitió adoptar las medidas de mitigación previstas en el instrumento precontractual (numerales 2.16.2 y 27 literal c) del pliego de



condiciones) -además de no haber informado a la entidad sobre la incidencia de las lluvias en el cabal avance de la obra, todo ello bajo lo previsto en los artículos 4° de la Ley 1150 de 2007, 88 del Decreto 2474 de 2008 y 27 de la Ley 80 de 1993-, no existe mérito para señalar que el fenómeno climático hubiera impedido la ejecución de la obra bajo las indicaciones de la ley y del contrato, no siéndole dable al contratista simplemente abandonar la obra con ocasión del invierno, sin dar noticia alguna a la Administración sobre la imposibilidad de ejecutar el contrato.

-. Por otro lado, en lo que atañe a la situación de orden público, la actora aportó cuatro comunicaciones dirigidas a la EDU entre diciembre de 2010 y enero de 2011, en las que el consorcio Macro-Moncada solicitó la adopción de medidas de seguridad debido a varios hechos de violencia presentados en la zona de la obra. Adujo el posible desequilibrio financiero del contrato y, en particular, el 14 de enero de 2011, solicitó considerar su terminación anticipada (fls. 846-855, c.1).

No obstante, después de tales misivas las partes guardaron silencio al respecto y, por el contrario, suscribieron periódicamente las distintas actas de Comité de Obra en las que se fueron registrando no sólo los faltantes del proyecto y los llamados de atención de la interventoría, sino las solicitudes del contratista para ejecutar cabalmente la obra y los compromisos que iba asumiendo para cumplir con los ítems materia de requerimiento. Las indicadas actas de Comité de Obra también evidencian que, aunque durante marzo y junio de 2011 se hizo referencia a atrasos en la obra y a la ausencia de personal en el sitio de los trabajos, en acta N° 43 del 18 de agosto de 2011 se estableció que, para ese momento, el contratista se había puesto al día con la obra en general (fls. 862-892, c-1), lo que significó que los eventuales incrementos de los hechos violentos que el contratista informó durante diciembre de 2010 y enero de 2011 no impidieron que lograra avanzar en la ejecución del objeto contractual correspondiente a esa época, hasta ponerlo en situación de cumplimiento de la programación parcial para agosto de ese año, en el que culminó un período que, en todo caso, estuvo por fuera del interregno evaluado y reprochado por la EDU en las resoluciones hoy demandadas.

Esto último resulta relevante igualmente frente las copias de varias notas de prensa aportadas por la parte actora, y alusivas a distintos homicidios y enfrentamientos entre bandas, ocurridos en el barrio Doce de Octubre de Medellín, lugar de las obras (fls. 1015-1024, c.1), pues tales documentos periodísticos datan de enero, julio y agosto de 2011 pero no al período transcurrido entre octubre y diciembre de 2011,



que fue el período contractual que la EDU tuvo por incumplido. En todo caso, como lo ha anotado la jurisprudencia³⁰, las noticias registradas por la prensa no son demostrativas de los hechos a los que aluden sino sólo de la existencia de la información, y además, los eventos referidos en los aludidos recortes de periódico no demostrarían el incremento imprevisto del riesgo que en esa materia asumió el contratista, no sólo en virtud del pliego de condiciones, como ya se anotó, sino también en virtud del parágrafo uno de la cláusula segunda del contrato, que señaló que la caracterización del sitio de ejecución de la obra comprendía, entre otros factores, las alteraciones del orden público (fl. 238, c.1).

Agréguese a lo anterior que en el proceso no se demostró que, entre octubre y diciembre de 2011, el contratista hubiera informado a la EDU sobre situaciones extraordinarias de orden público en la zona de los trabajos, que ameritaran la paralización de las obras o incidieran en la ejecución de los ítems que la entidad reputó faltantes en los actos enjuiciados, por todo lo cual, en este punto tampoco prosperan los argumentos planteados en el recurso de apelación.

b) Si los hechos de incumplimiento reprochados por la EDU le fueron imputables a ésta y no al consorcio, por la falta de entrega oportuna de los diseños y la programación de 54 obras extras 12 días antes de finalizar el término de ejecución

-. En lo que respecta a la falta de entrega oportuna de los diseños, la parte apelante señaló que *“los planos, diseños, predios y licencias no estaban completos al momento de firmarse el contrato”*, y que el Tribunal equivocadamente señaló que eso no estaba demostrado.

Debe precisarse que, en lo relativo a la supuesta demora en la entrega de los diseños a cargo de la EDU, las conclusiones del *a quo* refirieron únicamente la inexistencia de relación causal entre la mora de la entidad -que el Tribunal sí tuvo por demostrada en el proceso- y el incumplimiento del contratista, sancionado en las resoluciones enjuiciadas; lo que significa que, en este punto, el apelante no refutó ni atacó, en realidad, las razones consignadas en el fallo impugnado.

³⁰ Al respecto ver, entre otras, las sentencias dictadas por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera el 22 de octubre de 2021 -Subsección A, exp. N° 68001-23-31-000-2002-02841-01 (45830)- y el 18 de noviembre del mismo año -Subsección B, exp. N° 20001-23-31-000-2011-00472-01(46388), C.P. Alberto Montaña Plata-.



Sin perjuicio de ello, cabe agregar que la ausencia de algunos diseños y planos fue materia de reclamación del contratista durante los primeros meses de ejecución del contrato, es decir, entre enero y marzo de 2011, y que, en dos actas de obra de ese último mes, se señaló que faltaban algunos diseños hidrosanitarios³¹. Sin embargo, en las siguientes actas de obra aportadas al proceso -las que se suscribieron hasta septiembre de 2011- dejó de señalarse ese faltante (la actora reconoció en su demanda que los diseños hidrosanitarios fueron entregados el 27 de agosto de 2011³²), y en todo caso, se reitera que las obras sobre las que la EDU declaró el incumplimiento fueron objeto de la adición N° 2 solicitada por el contratista, como atrás se anotó, sin evidenciarse que el consorcio hubiera solicitado tal adición para ejecutar las mencionadas obras insistiendo en la entrega de sus diseños, como tampoco que hubiera aducido la falta de los mismos cuando fue requerido durante el mes de noviembre de 2011 para que entregara los ítems pendientes³³.

- Por otro lado, frente a las 54 obras extras referidas por las partes en el Acta de Convenio de Precios N° 08 del 12 de diciembre de 2011, no está demostrado en el proceso que la aprobación de tales actividades guardara relación con el incumplimiento declarado por la EDU, pues como ya se ha precisado, la entidad estimó el daño únicamente con base en los porcentajes de atraso registrados semanalmente por el consorcio desde el 24 de octubre de 2011 -es decir, desde antes de la firma del acta mencionada-. En la cuantificación del perjuicio se estableció que, para esa fecha, el acumulado faltante por ejecutar era del 36.63%, mientras que la semana siguiente, correspondiente al 30 de octubre de 2011, el porcentaje faltante fue del 35.72%, el cual continuó disminuyendo hasta que en la semana del 19 de diciembre de 2011 registró un porcentaje del 24.86%. Con fundamento en ello, la EDU partió por señalar que el 10% del valor del contrato equivalía a “\$534'691.448”³⁴, pero que, en proporción al porcentaje final acumulado de incumplimiento, que fue del 24.86%, se reduciría la pena a la cuantía de \$132'924.294.

Es cierto que el Acta de Convenio de Precios de Obra Extra N° 08 se firmó el 12 de diciembre de 2011, sin embargo, las obras que la EDU señaló como faltantes y que

³¹ Una de las actividades señaladas como no concluidas en los requerimientos hechos por la EDU y la interventoría en noviembre de 2011 se relacionó con la instalación de unidades hidrosanitarias.

³² Folio 43, cuaderno N° 1.

³³ Cuaderno N° 2 del procedimiento sancionatorio.

³⁴ Cifra señalada por la EDU en las resoluciones de declaratoria de incumplimiento. Cabe precisar que el valor total del contrato y sus dos adiciones fue de \$5.854'764.945, por lo que el 10% correspondiente a la cláusula penal correspondería a \$585'476.494.



fueron motivo de sanción estaban relacionadas con el *“cerramiento de la cancha de fútbol, acabados internos de camerinos, construcción de la cancha de tejo, mobiliario como bancas y basureras metálicas”*, lo cual hacía parte de la Adición N° 2, y cuyos ítems le fueron solicitados al contratista en oficios del 25 de noviembre de 2011, que señalaron como actividades sin concluir, *“grama, graderías, puertas, ventanas, aparatos en camerinos, piso, lámina micro perforada y pasamanos”*, además de *“instalación de mallas de cerramiento en cancha y cancha de tejo, corrección de cárcamo, corrección de muros de contención”* (fl. 1003, c.1).

En ese sentido, no le asiste razón al censor en cuanto sostiene que la aprobación de las indicadas 54 obras extras le impidió culminar el objeto contractual en lo cuestionado por la EDU, pues como se anotó, tales obras extras no guardaron relación con los ítems que la entidad echó de menos al declarar el incumplimiento del consorcio, ítems que, además, habían sido previstas y pactadas expresamente en la reprogramación N° 4 y la Adición N° 2 del contrato, de ahí que el Convenio de Precios de Obra Extra en el que se relacionaron las 54 actividades mencionadas por los apelantes no tuviera la virtualidad de impedir que el consorcio ejecutara lo establecido en la indicada Adición N° 2. A ello se agrega el hecho -demostrado en esta causa- de que el contratista había sido requerido por la EDU y por la interventoría durante todo el año 2011 por los distintos incumplimientos que fue registrando en cada período revisado, además de lo cual, en los informes de la firma interventora se recalcaron los retrasos de cada reprogramación, con los subsiguientes porcentajes acumulados de incumplimiento, cuestión esa que, en sentir de la entidad, también repercutió en los hechos concretamente sancionados por la Resolución GG0213 de 2012 y su confirmatoria, lo que no fue desvirtuado en este juicio por la parte hoy apelante.

Por razón de todo lo anterior, carecen de vocación para prosperar las censuras que al respecto formuló la actora en el recurso de apelación.

2.3.2. Las obras ejecutadas y no pagadas

A fin de dar un contexto claro a los reproches que en este punto formuló el censor, se harán a continuación algunas precisiones preliminares:

-. La pretensión cuarta de la demanda se encaminó al pago de los siguientes ítems, al margen de la pretendida nulidad de las resoluciones demandadas:



- Las actividades contenidas en el Acta 17 de Obra por un valor de \$734'307.070 (aquí se encuentran incluidas las actividades ejecutadas para [la] reparación de la Iglesia [Doce] de Octubre por un valor de \$43'308.003)
- Actas de reajustes: por un valor de \$1.063'210.525
- Las labores adelantadas por 'Vinikol Soluciones Arquitectónicas' para realizar labores de reparación y mejora de aspecto de la cancha [Doce] de Octubre por un valor de \$55'573.961
- Las labores de corrección sobre la misma cancha que el mismo contratista llevó a cabo por un valor de \$126'669.793.

- Tales reclamaciones incluidas en la pretensión cuarta de la demanda fueron parcialmente acogidas por el Tribunal de primera instancia, como atrás quedó señalado. En el recurso de apelación se refirieron únicamente: i) las reparaciones de la iglesia del barrio Doce de Octubre de Medellín (acta N° 17), ii) "inversión ambiental" (acta N° 17), iii) actividad de voladura en roca en túneles y iv), reajustes.

Resolverá la Sala cada uno de los indicados puntos de censura, como sigue:

i) Las obras de la iglesia.

En la denominada "Acta N° 17" del contrato -que obra sin fecha y aparece suscrita únicamente por el contratista-, se incluyó como obra extra la reparación de la "iglesia Doce de Octubre", por un valor de \$43'308.003 (fl. 1506, c.1).

Aunque en la demanda no se precisaron los pormenores de dicho ítem, la EDU señaló en la contestación que éste no se encaminó propiamente a reparar la estructura, sino a "apuntalar la iglesia" con el fin de que no se derrumbara, mientras se estudiaban las causas del deterioro que estaba presentando. Agregó que, si bien en inmediaciones del templo no sólo se desarrolló el contrato de obra materia del presente juicio sino uno adicional igualmente celebrado por la EDU, un estudio de la universidad EAFIT señaló que el deterioro de la iglesia surgió por un reacomodamiento del suelo que, a su vez, fue ocasionado por la actividad con explosivos, desarrollada en considerable magnitud en terrenos aledaños al inmueble. Con base en ello, la EDU señaló que el consorcio Macro-Moncada era el responsable de esos daños, ya que la otra obra no incluyó trabajos con explosivos, mientras que el consorcio, que sí tenía a su cargo actividades con dichos elementos,



permanentemente desatendió las solicitudes de la interventora y de la entidad para que mermara las cargas en cada operación, evitara las altas vibraciones y adoptara otras medidas que le fueron indicadas. Por ello concluyó que del Acta N° 17 invocada por la actora por un total de \$734'307070, sólo podría reconocerse a su favor un saldo de \$676'724.807, por tener que descontarse la suma solicitada por concepto de obras de la iglesia -además de otros ítems no analizados en la sentencia ni en la apelación-.

Al resolver este aspecto de la controversia, el *a quo* refirió el concepto técnico de la universidad EAFIT, en el que se especificaron los daños presentados en la estructura del templo y la circunstancia de haber sido ocasionados por las explosiones ejecutadas alrededor del respectivo predio. En ese sentido, concluyó que estaban demostrados los daños derivados de la actividad adelantada por el contratista, y que asimismo se había probado que tanto la EDU como la interventoría requirieron al consorcio para que hiciera un uso adecuado de la dinamita, con cargas menores y asignación de personal idóneo, y adoptara medidas para evitar daños en las construcciones aledañas, de suerte que, al haber desatendido tales requerimientos, era palmario que el deterioro de la estructura de la iglesia obedeció a las inobservancias del consorcio, que por tanto debía efectuar las consiguientes reparaciones, de conformidad con la cláusula 5.20 “*del contrato (sic)*”³⁵.

En el recurso de apelación, la actora manifestó que la inversión efectuada para la reparación de la iglesia Santa María del Carmen fue de \$43'308.003, previa orden impartida por la EDU y bajo la supervisión de la interventoría, que además recibió la estructura reparada. De igual manera, sostuvo que las fallas encontradas en la edificación no obedecían a decisiones del constructor sino del mismo diseño inicial de la obra, puesto que allí se dispuso “*voladura, encontrándose cerca una construcción antigua*”, lo que causó daños que, según su dicho, no se le podían imputar al consorcio.

Pues bien, de conformidad con las actas del contrato, el ítem de obra N° 3.1.2. consistió en la “*excavación manual en roca*”, que incluía la actividad de “*voladura*” en las pulgadas que fueran necesarias (fl. 388, c.1). Por otro lado, en el numeral 5.20 del pliego de condiciones respectivo, se señaló que el contratista asumiría

³⁵ Las responsabilidades del contratista por daños a terceros fueron establecidas en el numeral 5.20 del pliego de condiciones.



“toda la responsabilidad por los daños y perjuicios” causados a la EDU o a terceros, y que afectaran de cualquier modo, *“personas o propiedades durante la ejecución de la obra, por causa u omisión suya, por defectos o vicios de la obra o de los materiales empleados en ella”*. Por razón de lo anterior, según el instrumento, serían de exclusiva cuenta del contratista todos los costos de la reparación a que hubiera lugar (fl. 223, c.1).

El concepto técnico de la universidad EAFIT³⁶, rendido el 5 de septiembre de 2011 con base en visitas realizadas entre mayo y octubre de ese año, señaló entre otras cosas que, en la iglesia del barrio Doce de Octubre de Medellín, *“las vibraciones producidas por las explosiones motivaron a que se presentara un reacomodamiento del suelo (...), ocasionando un asentamiento de la cimentación”* y que *“las explosiones cercanas a la iglesia actuaron como detonante de los deterioros ocurridos en 2011”*. Reiteró que el estudio de patología estructural evidenciaba que los daños en ese componente se asociaban a movimientos en masa de terreno que podían obedecer a eventos vibratorios importantes como *“las explosiones cercanas a la edificación”*.

Nuevamente, en aclaración del 6 de octubre de 2011, la universidad recalcó que si bien las detonaciones con dinamita en inmediaciones de la iglesia no afectaron directamente su estructura, *“las explosiones como tal (sic) generaron vibraciones en alta frecuencia que influyen en la densificación del suelo, y que producto de este efecto, se generaron asentamientos importantes en la columna extrema del cuerpo derecho, esto es, en la B-7. El efecto del asentamiento en esta zapata provocó una reacción que afectó especialmente el área comprendida entre los ejes B-3 a B7 y D3 a D7”* (fl. 891, t.2, e.s.).

Aunque el Tribunal de primera instancia fundó sus conclusiones en dichas pruebas, en conjunto con las de los requerimientos de la interventora y de la EDU para que el consorcio disminuyera las cargas de dinamita y adoptara otras medidas que, finalmente, se desatendieron³⁷, la parte apelante no refutó ni desvirtuó estas consideraciones del *a quo*, con prueba de que la forma de ejecución del ítem relativo a las explosiones en roca se había hecho en óptimas condiciones técnicas, o de que los daños causados por tales explosiones en roca eran previsibles desde el

³⁶ Obrante en medio magnético a folio 1335 del c1.

³⁷ Los requerimientos de la interventoría y la respuesta negativa del contratista para disminuir las cargas de dinamita, obran en los folios 908 al 917, tomo 2 del expediente sancionatorio.



momento en que éstas se incluyeron en los diseños de la obra objeto del contrato, no pudiendo evitarse con una determinada forma de ejecución ni con las medidas que le fueron solicitadas al contratista.

En suma, no está demostrado que las anotadas fallas en la estructura de la iglesia hubieran obedecido al diseño de la obra contratada, con la inclusión de la actividad de voladura, nexo causal que debió acreditarse con prueba técnica. Menos aparece ello probado cuando existen requerimientos de la interventora sobre el uso adecuado de la dinamita, sin evidencia de que hubieran sido atendidos por el consorcio.

Por tanto, no se acogerá en el *sub judice* el planteamiento que al respecto hizo el censor en el recurso de apelación.

ii) Inversión ambiental y, iii) actividad de voladura de roca.

En la aludida “Acta N° 17” también se incluyó como obra extra una “*inversión ambiental adicional*” por la suma de \$160’316.676, así como la “*demolición manual en roca confinada en pilas, zapatas y brechas*”, por un monto de \$190’403.509 (fl. 1506, c.1). Ninguno de estos dos ítems específicos fue controvertido directa ni expresamente por las partes a lo largo del proceso, pues sólo se reclamaron las obras del “Acta N° 17”, sin más exposiciones que las relacionadas con las obras de la iglesia y las de la cancha sintética (estas últimas no aludidas en la apelación).

Acerca del acta mencionada, el Tribunal de primer grado concluyó:

[L]e asiste razón a la entidad demandada al deducir del monto de las obras extras del acta N° 17 las sumas de \$54’784.623 por reparación de la iglesia, \$55’573.961 por las adecuaciones de la cancha efectuadas por Vinicol (sic) y por valor de \$126’669.793 por adecuaciones de la cancha realizadas por el contratista (...), de esta forma queda un saldo a favor del contratista por valor de \$711’276.675, que se obtiene de la suma de obras extras reconocidas en acta N° 17 por valor de \$676’724.807 y \$34’551.868 por reajustes, para un total de \$711’276.675, suma a la que se le debe compensar o restar el valor de la multa, \$132’924.294³⁸, quedando un saldo a favor del contratista de \$578’352.381.

³⁸ Sanción impuesta por la EDU por una actividad que no fue controvertida en el proceso ni desarrollada en la sentencia apelada.



La parte apelante manifestó:

Se debe reconocer todos los ítems correspondientes a las obras ambientales ejecutadas por el contratista (...), contractuales, adicionales y obras extras (...). Es de anotar que todas fueron mandadas a ejecutar por la Entidad y la Interventoría (...). La inversión contractual se estimó inicialmente en \$21'917.155,68, contra lo ejecutado real de \$182'234.032 aproximadamente. Después de ejecutadas las obras ambientales, pretenden no pagarlas (...).

Adicionalmente, adujo que la actividad de voladura de roca “en túneles” se pactó como extra, pero que después de haberse aprobado, la EDU “pretendió pagarla como ítem contractual”, siendo distinta la voladura en roca a cielo abierto -que sí hacía parte del contrato inicial- a aquella ejecutada con excavación de pilas a profundidades de 12 a 18 metros.

En primer término, se debe reiterar que el valor solicitado en la pretensión cuarta de la demanda por concepto de las obras contenidas en el Acta N° 17 fue de \$734'307.070, y que de esa suma sólo se hicieron, en la sentencia apelada, descuentos por los conceptos antes transcritos, a saber: las obras de la iglesia, las adecuaciones de la cancha sintética tanto a cargo de Vinikol como del consorcio y la multa impuesta a éste.

Significa lo anterior que en el fallo apelado no se efectuaron descuentos a las sumas solicitadas por los propios demandantes, por la inversión ambiental incluida en el Acta N° 17 ni por la actividad de demolición manual (voladura) en roca confinada, por lo que no se advierte la existencia de fundamento fáctico, jurídico ni financiero alguno para acoger en la presente instancia las reclamaciones que, al respecto, y sólo en el recurso de apelación, formula la parte demandante.

iv) Reajustes

El parágrafo 3 de la cláusula cuarta del contrato estableció la fórmula para el reajuste de precios acordado por las partes, y en él se advirtió que no serían objeto de dicho reajuste “aquellas actividades que presenten un atraso mayor o igual al CINCO POR CIENTO (5%) con relación al cronograma de obra aprobado por la EDU y según el informe mensual de la interventoría”.

En lo que respecta a los reajustes solicitados por la parte actora por la suma de \$1.063'210.525, el Tribunal Administrativo de Antioquia señaló que, por una parte,



en el plenario obraba una solicitud del contratista por ese concepto, por la suma de \$65'926.188,86, sin que los demandantes explicaran ni soportaran con pruebas el incremento del monto reclamado en sede de juicio, y por otro lado, la mencionada solicitud administrativa fue parcialmente denegada por la EDU, respecto de las obras que presentaban atrasos de más del 5%, circunstancia ésta que, conforme a las cláusulas del contrato, hacía improcedente el reajuste respectivo. Partiendo de lo anterior, el *a quo* concluyó que, al no haberse refutado con ninguna base probatoria ni argumentativa la negativa parcial de la EDU, sólo se reconocería la suma de \$34'551.868, aceptada por el ente demandado como saldo adeudado al contratista por el indicado concepto.

Frente a estas conclusiones, el censor señaló en su alzada, únicamente, que *“las actas de reajuste reales aprobadas por la interventoría, de acuerdo a la fórmula establecida en los términos de referencia y en el contrato, no corresponden en valor al definido por el Tribunal Administrativo de Antioquia en su fallo”*, por lo que solicitó que se revisaran las *“actas que fueron aprobadas por la interventoría”* (fl. 1554, c.1).

Así, se advierte que en este punto tampoco hubo pronunciamiento ni reparo del impugnante sobre los razonamientos concretos esbozados en la sentencia apelada, en la que se discurrió sobre la solicitud de pago de reajustes presentada por el contratista en sede administrativa por la suma de \$65'926.188 -reclamación contenida en el oficio de fecha 21 de marzo de 2013, obrante en el proceso³⁹-, la denegación parcial de ese valor por parte de la EDU, por encontrar que una parte de las obras cuyo reajuste se pidió presentaba atrasos superiores al 5%⁴⁰, y la previsión contractual de no beneficiar con el reajuste las actividades que presentaran el indicado porcentaje de demora.

Dado el silencio de los apelantes sobre los mencionados aspectos, pese a haber sido demostrados en el proceso y analizados expresamente por el *a quo*, sin que puedan resultar refutados con las distintas actas de reajuste que en el recurso se solicitó revisar -especialmente porque las mismas no evidencian su falta de pago, menos cuando éste fue reclamado administrativamente por el contratista, se reitera, sólo por la cuantía de \$65'926.188-, es palmario que el fallo apelado no podrá revocarse tampoco en este punto de la controversia.

³⁹ Folio 749, c.2 del procedimiento sancionatorio.

⁴⁰ Folios 1305-1307, c. principal.



En virtud de todo lo expuesto, la Sala confirmará íntegramente la sentencia apelada, al no haberse desvirtuado ninguno de los aspectos analizados y resueltos en ella.

3. Actualización de la condena impuesta en primera instancia

Como anteriormente fue señalado, el Tribunal de primer grado reconoció a favor de los demandantes la suma de \$578'352.381, como valor histórico de las obras extras relacionadas en el Acta N° 17, y recalcó que el indicado monto debía actualizarse con la fórmula establecida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, tomando como fecha inicial el 23 de julio de 2012, plazo máximo en el que, según el a quo, “debió efectuarse” la liquidación del contrato.

Dado que la condena así impuesta en la sentencia impugnada deberá confirmarse, se procederá a su actualización, en efecto, con la fórmula establecida por esta Corporación, tomando como índice inicial el correspondiente al mes de julio de 2012, indicado por el Tribunal de primera instancia -aspecto que no fue materia de apelación-.

Por consiguiente, se actualizará la condena impuesta, como sigue:

$$\text{Valor actualizado} = \text{Valor histórico} \times \frac{(\text{IPC final})}{(\text{IPC inicial})}$$

Donde,

$$VH = \$578'352.381$$

IPC inicial: El Índice de Precios al Consumidor reportado por el DANE para el mes de julio de 2012 (77,70).

IPC final: El IPC reportado por el DANE para la fecha de esta providencia (136,11).

Al reemplazar:

$$V.A = \$578'352.381 \frac{(136,11)}{(77,70)}$$

$$V.A = \$1.013'121.526$$



En cuanto a los intereses moratorios cabe señalar que, de acuerdo con el parágrafo 5 de la cláusula sexta contractual, una vez recibida la facturación correspondiente, la entidad debía efectuar el pago respectivo al consorcio dentro de los 30 días siguientes, so pena de incurrir en la causación de intereses moratorios por el 6% anual, “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993” (fl. 242, c.1).

Por tanto, y dado que este punto en concreto no fue materia de apelación ni de controversia alguna, se reiterará lo que en materia de intereses dispuso el juzgador de primer grado en los siguientes términos:

[E]l consorcio demandante tendrá derecho al pago de intereses moratorios a una tasa del 6% anual del valor no actualizado, esto es, de \$578'352.381, a partir del 21 de septiembre de 2012, fecha de recibo a satisfacción de la obra hasta la fecha de esta providencia.

4. Costas

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011⁴¹, en la sentencia debe disponerse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por el estatuto procesal civil. A su vez, el artículo 365 del Código General del Proceso⁴² establece que hay lugar a condenar en costas, entre otras, a la parte vencida en el juicio y a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya interpuesto, sin perjuicio de que, a la luz del numeral 5 de la misma norma, el juez pueda abstenerse de imponer las costas o hacerlo de manera parcial, si prospera una parte de las pretensiones de la demanda. Por tanto, en el presente caso se condenará en costas a la parte demandante, por cuanto no prosperó su recurso de apelación. En este punto debe señalarse que, bajo las reglas del Código en cita, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual ese concepto se determina con fundamento en un criterio puramente objetivo.

⁴¹ Por la fecha de interposición de la demanda – 30 de agosto de 2013- y del recurso de apelación – 22 de mayo de 2017-, no es aplicable al caso concreto la reforma incluida en el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021.

⁴² “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”.



Por otro lado, se advierte que las costas serán liquidadas de manera concentrada en la Secretaría del Tribunal de origen, de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del CGP.

En relación con las agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el artículo 366, numeral 4, del CGP, establece que en su fijación se deben aplicar las tarifas del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta, además, *“la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales”*, sin que pueda exceder el máximo de las indicadas tarifas.

Atendiendo a estos parámetros, se tiene que el presente caso corresponde a un proceso de controversias contractuales en la que el monto total de las pretensiones económicas fue de \$4.629'821.592 (incluyendo la pretensión de mayor valor, formulada por la suma de \$1.922'818.643, como valor del lucro cesante sufrido por el consorciado Wilmar Moncada con ocasión de las obras ejecutadas y no pagadas por la EDU), de las cuales sólo le fue reconocido el valor histórico de \$578'352.381, de suerte que las **pretensiones denegadas** en la causa ascienden a la suma de \$4.051'469.211.

Se aprecia además que, después de interpuesta y concedida la alzada, el proceso cursó ante esta Corporación por un término superior a un año. Con todo, es de anotar que en el curso de la segunda instancia, la parte demandada no ejerció ningún mecanismo de defensa, al guardar silencio especialmente durante el término para alegar de conclusión.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y en aplicación de lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo N° 1887 de 2003 -vigente para la fecha en que se presentó la demanda-, se estima procedente la fijación de agencias en derecho en veinte millones de pesos (\$20'000.000), a cargo de los demandantes y a favor de la Empresa de Desarrollo Urbano EDU.

Se dispone todo lo anterior, por cuanto el artículo 6 del indicado Acuerdo N° 1887 de 2003⁴³ establece como tarifa para las agencias en derecho, causadas en

⁴³ “Artículo. 6—Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho (...):
III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
(...)”



segunda instancia en asuntos de lo contencioso administrativo, *“hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”*, por lo que en el presente caso se impondrá la condena mencionada, en el equivalente al 0.5% de las pretensiones denegadas.

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

FALLA

MODIFÍCASE la sentencia de primera instancia, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 26 de junio de 2015, la cual quedará así:

PRIMERO: ACÉPTASE el impedimento manifestado por el Dr. Jorge Iván Duque Gutiérrez para conocer el presente asunto en primera instancia.

SEGUNDO: DENIÉGASE la pretensión de nulidad de las Resoluciones GG0213 del 14 de mayo de 2012 y GG0445 del 24 de septiembre de 2012, por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

TERCERO: DECLÁRASE que la EDU debe al consorcio MACRO-MONCADA la suma aquí actualizada de mil trece millones ciento veintiún mil quinientos veintiséis pesos (\$1.013'121.526), a título de reajuste y de valor de las obras extras relacionadas en el Acta Nro. 17.

CUARTO: DISPÓNGASE, en cuanto a intereses moratorios, lo señalado por el Tribunal Administrativo de Antioquia, es decir, que los demandantes tendrán derecho *“al pago de intereses moratorios a una tasa del 6% anual del valor no actualizado, esto es, de \$578'352.381, a partir del 21 de septiembre de 2012, fecha de recibo a satisfacción de la obra hasta la fecha de esta providencia.”*

3.1.2. Primera instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

3.1.3. Segunda instancia.

Sin cuantía: Hasta siete (7) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

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



QUINTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: CONDÉNASE EN COSTAS a la parte demandante. Se fija como valor de las agencias en derecho de la segunda instancia la suma de veinte millones de pesos (\$20'000.000). Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validado>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado Electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Aclaración de voto

Firmado Electrónicamente
NICOLÁS YEPES CORRALES (E)

VF