

CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL – Controversias Contractuales – Definición

La caducidad, en la primera de sus manifestaciones, es un mecanismo de certidumbre y seguridad jurídica, pues con su advenimiento de pleno derecho y mediante su reconocimiento judicial obligatorio cuando el operador la halle configurada, se consolidan los derechos de los actores jurídicos que discuten alguna situación; sin embargo, en el anverso, la caducidad se entiende también como una limitación de carácter irrenunciable al ejercicio del derecho de acción, resultando como una sanción ipso iure que opera por la falta de actividad oportuna en la puesta en marcha del aparato judicial para hacer algún reclamo o requerir algún reconocimiento o protección de la justicia, cuya consecuencia, por demandar más allá del tiempo concedido por la ley procesal, significa la pérdida de la facultad potestativa de accionar.

CONTRATO ESTATAL – Liquidación Unilateral – Liquidación Bilateral del Contrato – Artículo 136, numeral 10, literal d – Ley 80 de 1993, Artículo 60

A este respecto, cabe señalar que el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, preveía que, en caso de que las partes no liquidaran el contrato bilateralmente, ni la Administración lo hiciera unilateralmente, “el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial”, de lo cual se desprende que al vencimiento del término para liquidar bilateral y unilateralmente el contrato, -cualquiera de los interesados- podía acudir ante el juez del contrato para solicitar el cruce final de cuentas por la vía judicial.

Bajo el anterior contexto, en el presente caso se estima que la acción contractual ejercida por el Invias es adecuada, por cuanto en la demanda se solicita la liquidación judicial del contrato, demanda que, por demás, fue presentado el 16 de diciembre de 2010, esto es, después de vencido el término para liquidar bilateral y unilateralmente el Contrato 1552 de 2005, de ahí que la entidad demandante estuviera facultada para acudir ante esta jurisdicción y solicitar vía judicial.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Patrimonio autónomo de remanentes y contingencias – Aseguradora en liquidación - Decreto 1049 de 2006

[...] se advierte que a Fiduagraria S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo de remanentes y contingencias Condor P.A.R. Condor Cóndor S.A., aseguradora que fungió como garante del cumplimiento del Contrato [...] está llamada a comparecer al proceso, con el fin de proteger y defender los bienes que conforman el patrimonio autónomo de remanentes cuya administración le fue transferida a título de fiducia, mediante el contrato FID-0087 de 201543, con el que esta se obligó a “[a]tender adecuada y diligentemente los procesos judiciales, arbitrales y administrativos o de otro tipo que se hayan iniciado contra la entidad en liquidación con anterioridad al cierre del proceso liquidatorio ya extinción de la misma”, teniendo en cuenta que el presente trámite inició el 16 de diciembre de 2010 y la liquidación forzosa de Condor S.A. fue ordenada por la Superintendencia Financiera mediante Resolución 2211 de 5 de diciembre de 2013, de conformidad con numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, reglamentado por el Decreto 1049 de 2006.

DEBERES DEL FIDUCIARIO - Decreto 1049 de 2006

Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1049 de 2006, que reglamentó los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio, sobre la separación de los bienes fideicomitidos y los deberes indelegables del fiduciario:

"Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legal y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.

En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia" (subrayado añadido).

GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO – Cumplimiento del objeto contratado – Indemnización de perjuicios – DECLARATORIA DE SINIESTRO – Acto administrativo

Con el propósito de asegurar el cumplimiento total y oportuno del objeto contratado y de proteger el patrimonio público, el legislador determinó que es deber de los contratistas, salvo las excepciones consagradas en la ley, constituir a favor de las entidades contratantes garantías de cumplimiento -pólizas, garantías bancarias etc.-, con el fin de trasladar a un tercero la obligación de concurrir al pago de la respectiva indemnización de perjuicios, en caso de que se produzca el incumplimiento de las prestaciones a cargo de aquellos.

[...] surge para la Administración la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro por medio de un acto administrativo debidamente motivado, con carácter ejecutivo y ejecutorio, que -por regla general- no tiene naturaleza sancionatoria de tal suerte que puede ser impugnado en sede administrativa o demandado judicialmente por el contratista o la aseguradora. Además de lo anterior, cabe agregar que dicha facultad igualmente conlleva la prerrogativa de cuantificar el perjuicio cuando haya lugar, con el fin de determinar el monto que deberá pagar la compañía de seguros y/o el contratista.

GARANTÍAS – Naturaleza indemnizatoria – Requisitos

[...] las garantías de cumplimiento con naturaleza indemnizatoria que se expiden a favor de las entidades contratistas comportan las siguientes características: (i) son una especie de seguro de daños; (ii) dada su naturaleza indemnizatoria no

basta la ocurrencia del siniestro sino que es indispensable que se haya causado un daño al patrimonio del acreedor; (iii) el monto a indemnizar no necesariamente corresponde al valor asegurado, sino al del perjuicio efectivamente ocasionado al patrimonio del acreedor; y (iv) la suma a indemnizar no puede ser mayor al valor asegurado en la póliza.

MULTAS Y CLÁUSULA PENAL – Ley 1150 de 2007 – Artículo 17 - Efectos retrospectivos - Acuerdo de voluntades aplicación de multas y cláusula penal

[...] el Contrato 1552 fue suscrito el 7 de septiembre de 2005 [...] cuando aún no había sido expedida la Ley 1150 de 2007 y, como lo ha precisado la jurisprudencia, para esa época procedía la imposición de multas y penas pecuniarias a través de actos contractuales, mas no actos administrativos. Sin embargo, “la Ley 1150 dispuso que el artículo 17 tendría efectos retrospectivos en cuanto permitió la imposición de la pena y de las multas aún en contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150, siempre que en ellos se hubiese consagrado ‘la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas’



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

Consejero Ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil veinticinco (2025)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicación: 50001-23-31-000-2010-00616-01 (67088)
Demandante: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS
Demandado: CONSORCIO VÍAS CARREÑO 2005 Y OTROS

TEMAS: PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – la fiduciaria que lo administra está obligada a comparecer en este proceso, para proteger y defender los bienes que conforman el patrimonio autónomo de remanentes cuya administración le fue transferida a título de fiducia. CADUCIDAD - ha sido regulada íntegramente en materia contencioso administrativa por lo que no se le aplican las normas sobre la prescripción. DECLARACIÓN DEL SINIESTRO – se produce mediante acto administrativo con fuerza vinculante que no puede ser desconocido. CARGA DE LA PRUEBA – incumbe a la parte probar el supuesto de hecho que pretende hacer valer. CONTRATO DE OBRA – la realización de un trabajo material sobre un inmueble es pues un elemento esencial – genera obligaciones de resultado. INTERVENTORÍA – es una especie de contrato de consultoría – no le corresponde concertar modificación del contrato. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA – se hace efectiva mediante acto administrativo en los contratos a los que se aplica el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DE CONTRATO – no justifica el incumplimiento, pues únicamente hace más gravosa, mas no imposible, su ejecución.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 20 de noviembre de 2020, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Arauca negó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El Instituto Nacional de Vías – INVIAS y el Consorcio Vías Carreño 2005 suscribieron el Contrato No. 1552 de 2005, que tenía por objeto el diseño, la reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 88, en el tramo 1 Puerto Carreño-Juriepe de K3+500 al K16+000. Después de que se cumpliera el plazo de ejecución contractual, el INVIAS expidió la Resolución No. 01694 del 9 de marzo de 2009, confirmada mediante Resolución No. 03853 del 27 de agosto de 2010, mediante la cual declaró el incumplimiento del contratista e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por \$117'636.667,50; y la Resolución No 01035 del 15 de marzo de 2010, confirmada mediante Resolución No. 03205 del 16 de julio de 2010,



mediante la cual declaró el siniestro cubierto con el amparo de buen manejo y correcta inversión de anticipo por \$1.844'594.557. El INVIAS pretende, en este contencioso, que el Contrato No. 1552 de 2005 sea liquidado, con la inclusión de las anteriores sumas a su favor.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. El 16 de diciembre de 2010¹, el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda² en contra del Consorcio Vías Carreño 2005, sus integrantes - *Alfredo Ortega Pulido, Lelis Alfonso Sotelo Sánchez y César Augusto Sotelo Ladino*- y la Compañía General de Seguros Condor S.A., cuyas pretensiones fueron las siguientes (*se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores*):

“PRIMERO- Que se liquide judicialmente el contrato de obra N° 1552 de 2005 en consonancia con lo probado en el proceso.

SEGUNDO- Que para la liquidación solicitada se tenga en cuenta la suma adeudada al INVIAS correspondiente al anticipo no amortizado por parte del CONSORCIO VÍAS CARREÑO 2005 NIT. 900.035.207-3, sus integrantes: ALFREDO ORTEGON PULIDO NIT 19.160.155-8, LELIS ALFONSO SOTELO SÁNCHEZ NIT. 17.131.747-7 Y CESAR AUGUSTO MORENO LADINO NIT. 11.450.028-6), y la Compañía de Seguros Generales CONDOR S.A., de acuerdo a lo declarado en la Resolución N° 01035 del 15 de marzo de 2010, por medio de la cual se declaró el siniestro de anticipo del Contrato de Obra No. 1552 de 2005 y la Resolución N° 03205 del 16 de Julio de 2010, por medio de la cual se resuelven el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N°. 01035 2010, en cuantía de MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$1.844'594.557) MONEDA CORRIENTE, más los intereses a que hubiere lugar.

TERCERO. Que de igual manera, para la liquidación solicitada se tenga en cuenta la suma adeudada al INVIAS por el contratista CONSORCIO VÍAS CARREÑO 2005 NIT. 900.035.207-3, sus integrantes: ALFREDO ORTEGON PULIDO NIT 19.160.155-8, LELIS ALFONSO SOTELO SÁNCHEZ NIT. 17.131.747-7 Y CESAR AUGUSTO MORENO LADINO NIT. 11.450.028-6), y la Compañía de Seguros Generales CONDOR S.A., compañía aseguradora garante, correspondiente a la cláusula penal por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de obra No 1552 de 2005, de acuerdo a lo dispuesto en la resolución N° 01694 del 09 de marzo de 2009, por medio de la cual se declaró el incumplimiento definitivo del contrato y la Resolución N° 03853 del 27 de Agosto de 2010 que confirmó en su totalidad la referida Resolución, por un valor de CIENTO CINCUENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON DIEZ CENTAVOS (\$153.806.445,10) MONEDA CORRIENTE, suma indexada más los intereses a que hubiere lugar.

¹ Fl. 359, C. 2.

² Fl. 1 a 13, C 1.



CUARTO. Se ordene, condene y disponga pagarle al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVIAS- todas las sumas que el contratista CONSORCIO VÍAS CARREÑO 2005 NIT. 900.035.207-3, sus integrantes: ALFREDO ORTEGON PULIDO NIT 19.160.155-8, LELIS ALFONSO SOTELO SÁNCHEZ NIT. 17.131.747-7 Y CESAR AUGUSTO MORENO LADINO NIT. 11.450.028-6), y la Compañía de Seguros Generales CONDOR S.A., compañía aseguradora garante del contrato de obra No. 1552 del 2005, le hubiere retenido o compensado ilegalmente, junto con los intereses a que haya lugar, de acuerdo con la ley, así como las demás sumas de dinero que resultaren probadas en el proceso.

QUINTO. Que las anteriores sumas sean pagadas debidamente actualizadas e incluyan los intereses corrientes y moratorios causados, de conformidad con la ley y la liquidación del contrato que se hiciera en el proceso.

SEXTO. Que se condene al contratista CONSORCIO VÍAS CARREÑO 2005 NIT. 900.035.207-3, sus integrantes: ALFREDO ORTEGON PULIDO NIT 19.160.155-8, LELIS ALFONSO SOTELO SÁNCHEZ NIT. 17.131.747-7 Y CESAR AUGUSTO MORENO LADINO NIT. 11.450.028-6), y la Compañía de Seguros Generales CONDOR S.A., compañía aseguradora garante del contrato de obra No. 1552 del 2005, el pago de las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en derecho, en la cantidad que determine esa Honorable Corporación.

SÉPTIMO. Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable, en los términos de los artículos 176 a 179 del Código Contencioso Administrativo.

OCTAVO. Que en el caso en que el contratista CONSORCIO VÍAS CARREÑO 2005 NIT 900.035.207-3, sus integrantes: ALFREDO ORTEGON PULIDO NIT 19.160.155-8, LELIS ALFONSO SOTELO SÁNCHEZ NIT. 17.131.747-7 Y CESAR AUGUSTO MORENO LADINO NIT. 11.450.028-6), y la Compañía de Seguros Generales CONDOR S.A., compañía aseguradora garante del contrato de obra No. 1552 del 2005, no dieran cumplimiento inmediato a la sentencia, que ponga fin al proceso que se inicia, se le condene al pago de los intereses sobre el monto de la condena líquida”.

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

1.2.1. Afirmó que el INVIAS y el Consocio Vías Carreño 2005 suscribieron el contrato de obra No. 1552 el 7 de septiembre de 2005 -en lo sucesivo Contrato 1552 de 2005- el cual tenía por objeto el diseño, la reconstrucción, la pavimentación y/o la repavimentación de la vía grupo 88 en el tramo 1 Puerto Carreño-Juriepe (Vichada) del K3+500 al K16-000, con una longitud de 15,50 kilómetros, un valor de \$5.613.333.584 y un plazo de 24 meses contados a partir de la suscripción de la orden de inicio, que se produjo el 18 de noviembre de 2005.

1.2.2. Manifestó que garantizó el cumplimiento del contrato con póliza expedida por la aseguradora Seguros Cóndor S.A., en lo sucesivo Condor S.A., tras lo cual el INVIAS le entregó al Consocio Vías Carreño 2005 un anticipo de \$2.472'940.700.



1.2.3. Expuso que el plazo de ejecución contractual, con las prórrogas suscritas, culminó el 31 de marzo de 2008, sin que el consorcio contratista hubiera cumplido cabalmente sus obligaciones, por lo cual la interventoría del Contrato 1552 de 2005 inició el procedimiento para declarar dicho incumplimiento, en el cual se pronunciaron la firma consultora de apoyo a la gestión contractual -*HMV Ingenieros Ltda.*, Condor S.A., el Consorcio Vías Carreño 2005 y el interventor del contrato.

1.2.4. Indicó que el INVIAS declaró el incumplimiento definitivo el Contrato 1552 de 2005, hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada por un monto de \$153'806.445,10 y ordenó hacer efectivo el amparo otorgado por Condor S.A., mediante la Resolución 01694 del 9 de marzo de 2009, la cual fue recurrida en reposición y confirmada parcialmente a través de la Resolución 3853 del 27 de agosto de 2010, que fijó el monto de la pena pecuniaria en \$117'636.667,50.

1.2.5. Afirmó que, con base en la relación de pagos expedida por el área de tesorería del INVIAS el 28 de mayo de 2009, en la que se determinó que el consorcio contratista no había amortizado \$1.844'594.557 del anticipo entregado, declaró la ocurrencia del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo por dicha suma mediante la Resolución No. 1035 del 15 de marzo de 2010, la cual fue confirmada en reposición con la Resolución No. 03205 de 16 del julio de 2010.

1.2.6. El 15 de marzo de 2010, representantes del Consorcio Vías Carreño 2005, la interventoría y el supervisor del Contrato 1552 de 2005 suscribieron el acta de entrega definitiva de obras.

2. Contestación y demanda de reconvención

2.1. A través de auto de auto de 20 de mayo de 2011³, el Tribunal **admitió** la demanda y ordenó la notificación personal a la parte demandada y al Ministerio Público. Después de que, mediante Resolución No. 3977 del 10 de agosto de 2011⁴, el INVIAS aprobara el pago de los gastos procesales, la entidad demandante allegó el 13 de enero de 2012 copia de la consignación realizada por concepto de gastos procesales, de cuyo recibo emitió constancia el *a quo* el 18 de enero siguiente⁵. El Tribunal libró despachos comisorios para que el auto admisorio fuera notificado a

³ Fl. 361-362, C. 2.

⁴ Fl. 363-365, C. 2.

⁵ Fl. 381-386, C. 2.



los demandados por un Juzgado Administrativo el Circuito de Bogotá⁶. Sin embargo, el Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante auto del 24 de julio de 2012⁷, devolvió el despacho comisorio argumentando que la diligencia de notificación no procedía, conforme al artículo 70 de la Ley 794 de 2003.

Después de que, el 2 de octubre de 2012, el INVIAS solicitará el impulso del proceso⁸, el Tribunal dictó auto del 23 de abril de 2013⁹, en el que refirió que el despacho comisorio para la notificación de la demanda procedía, conforme al artículo 87 del Código de Procedimiento Civil *-en adelante, CPC-*, en razón de lo cual libró un nuevo despacho comisorio para la notificación de la demanda el 20 de mayo de 2013¹⁰.

El 3 de julio de 2013, Seguros Condor S.A. formuló recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda¹¹, el cual fue confirmado en auto de 19 de febrero de 2014¹², y posteriormente notificado al demandado Alfredo Ortega Pulido el 5 de septiembre de 2013¹³ y a Cesar Augusto Moreno Ladino y Lelis Alfonso Sotelo Sánchez el 16 de enero de 2014¹⁴.

2.2. El 28 de abril de 2014, los demandados Alfredo Ortega Pulido, Cesar Augusto Moreno Ladino y Lelis Alfonso Sotelo Sánchez **contestaron la demanda**¹⁵, afirmando que el INVIAS había incumplido el Contrato No. 1552 de 2005, ya que terminó unilateralmente el contrato pese a que su plazo había sido prorrogado, y proponiendo, en síntesis, las siguientes excepciones:

2.2.1. Incumplimiento del contrato por parte de la demandante, ya que el consorcio contratista no habría incurrido en alguna causal de terminación unilateral del contrato, pese a lo cual el INVIAS lo dio por terminado, habiendo sido autorizada su prórroga por la interventoría y la consultoría de apoyo a la gestión.

⁶ Fl. 384 y 394, C. 2.

⁷ Fl. 398, C. 2.

⁸ Fl. 399, C. 2.

⁹ Fl. 402-403, C. 3.

¹⁰ Fl. 404, C. 3.

¹¹ Fl. 405 y 406, C. 3.

¹² Fl. 437, C. 3.

¹³ Fl. 431, C. 3.

¹⁴ Fl. 435-436, C. 3.

¹⁵ Fl. 442-457, C. 3.



2.2.2. Haberse presentado caso fortuito o fuerza mayor, por la temporada de lluvias que retrasó por cuatro meses la ejecución del Contrato 1552 de 2005.

2.2.3. Desequilibrio económico del contratista, porque en una obra contratada en un lugar cercano se habrían pagado precios mayores.

2.3. En la misma fecha, los demandados Alfredo Ortégón Pulido, Cesar Augusto Moreno Ladino y Lelis Alfonso Sotelo Sánchez, formularon **demanda de reconvención**¹⁶, con la que, en resumen, pretendieron que: **i)** se declarara la nulidad de la Resolución No. 01694 de 9 de marzo de 2009, con la que se declaró el incumplimiento del Contrato 1552 de 2005; y, en consecuencia, se condenara al INVIAS al pago de **ii)** \$949'384.414 por las obras reconocidas en las actas 7 y 7A, **iii)** \$325'250.000 por los materiales ubicados en el lugar de la obra, **iv)** \$57'000.000 por el *Geotextil NT Repav 450* que habría sido utilizado en la obra sin que fuera pagado; **v)** \$959'610.000 por *stand by* de maquinaria; **vi)** \$1.926'483.677 “*correspondientes al desequilibrio económico por precios ostensiblemente bajos de excavaciones, rellenos y materiales utilizados en la obra*”; y **vii)** \$160.000.000 por el pago de condenas impuestas en procesos laborales.

2.4. La demanda de reconvención fue admitida a través de auto del 6 de julio de 2016¹⁷, contra el cual Fiduagraria S.A. formuló recurso de reposición¹⁸, argumentando que, pese a ser la administradora y vocera del patrimonio autónomo constituido con los remanentes de la sociedad liquidada Seguros Condor S.A. para atender, entre otros, los procesos judiciales en los que este último fuera parte, no ostentaba la calidad de cesionario o subrogatario de las obligaciones de dicha firma. Por medio de auto del 25 de abril de 2018¹⁹, el Tribunal repuso el referido auto del 6 de julio de 2016, en cuanto ordenaba su notificación a Fiduagraria S.A., pero tuvo a esta última por notificada mediante conducta concluyente.

3. Alegatos de conclusión

Una vez concluyó el periodo probatorio, el Tribunal corrió traslado para alegar de conclusión²⁰.

¹⁶ Fl. 509-520, C. 3.

¹⁷ Fl. 550, C. 3.

¹⁸ Fl. 568 a 571, C. 3.

¹⁹ Fl. 641, C. Ppal.

²⁰ Fl. 681, C. Ppal.



3.1. Fiduagraria S.A. reiteró que no le correspondía la representación judicial de la extinta sociedad aseguradora Condor S.A.²¹.

3.2. El INVIAS, por su parte, afirmó²² haber probado los hechos en los que fundó sus pretensiones, además de haber presentado oportunamente reclamación en la liquidación de Seguros Condor S.A.

3.3. Alfredo Ortega Pulido, Cesar Augusto Moreno Ladino y Lelis Alfonso Sotelo Sánchez reiteraron²³ las razones en las que fundaron su defensa y las pretensiones de la demanda de reconvención.

4. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 20 de noviembre de 2020²⁴, el Tribunal Administrativo de Arauca resolvió (*se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores*):

“PRIMERO: LIQUIDAR el Contrato 1552 de 2005, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías -Invías y el Consorcio Vías Carreño 2005.

SEGUNDO: CONDENAR al Consorcio Vías Carreño 2005 y a sus integrantes Alfredo Ortega Pulido, Lelis Alfonso Sotelo Sánchez y César Augusto Moreno Ladino, a pagarle en forma solidaria al Instituto Nacional de Vías -Invías-, la suma de \$1.962.231.224.50, en el plazo y forma indicados en el acápite 4.6. de las consideraciones.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda; y las de la demanda de reconvención.

CUARTO. DECLARAR que no hay condena en costas. [...].”

Como fundamento de lo anterior, el *a quo* tomó en consideración las razones que, en resumen, pasan a exponerse:

4.1. Al tratar los “*aspectos procedimentales*”, el tribunal manifestó que la acción contractual fue ejercida oportunamente por el INVIAS, ya que el plazo de ejecución del contrato concluyó el 31 de marzo de 2008, teniendo en cuenta que el ente contratante suscribió únicamente una prórroga, y, tras esa fecha, las partes

²¹ Fl. 682 a 684, C. Ppal.

²² Fl. 688-694, C. Ppal.

²³ Fl. 711 a 720, C. 3.

²⁴ SAMAI, índice 001 de primera instancia, certificado 1B7FA569F6B4B634 C73A846691C0B210 36798C7F.



contaban con un plazo de cuatro meses para liquidar bilateralmente el contrato y el ente contratante con dos meses para liquidarlo unilateralmente, momento a partir del cual inició el cómputo del término de caducidad de dos años, que no se cumplió, porque la solicitud de conciliación fue presentada el 29 de septiembre de 2010, la audiencia se llevó a cabo el 15 de diciembre del mismo año y la demanda fue presentada el día siguiente.

Sin embargo, el *a quo* decidió que sí se configuró la caducidad de la acción sobre la demanda de reconvenición presentada por Alfredo Ortega Pulido, Cesar Augusto Moreno Ladino y Lelis Alfonso Sotelo Sánchez, ya que esta fue radicada el 28 de abril de 2014 y si, en gracia de discusión, se admitiera que el término de ejercicio oportuno de la acción debiera contarse a partir del momento en el que fue expedida la Resolución 01694 de 2009, también se configuraría la caducidad. Agregó que, en todo caso, en la demanda de reconvenición se pidió la nulidad de dicho acto administrativo, mas no de aquel con el cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra este. Además, ni el consorcio ni sus integrantes agotaron el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, requerido conforme al artículo 145 del Código Contencioso Administrativo -*en adelante, CCA*- y el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

4.2. Tras afirmar que la liquidación judicial del contrato procedía, el *a quo* puso de presente que, de acuerdo con la cláusula 8ª del Contrato 1552 de 2005, el anticipo, compuesto por fondos públicos que pertenecen a la Administración, debía ser amortizado con los abonos que se hicieran en cada acta de obra, así como con el acta de entrega y recibo definitivo de la obra, siendo necesaria la aceptación de su recepción por el consorcio contratista.

Agregó el tribunal que (*se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores*):

“el Consorcio Vías Carreño 2005 adujo en vía administrativa [...] y en este proceso [...], que el saldo debido por anticipo era menor, ya que había ejecutado la obra relacionada en las actas 7 y 7 A, con las que haría amortizaciones. No obstante, no demostró que dichas actas fueron aceptadas por Invías, entidad que al contrario, reiteró su no procedencia en los actos administrativos ya referidos, las resoluciones 01035 y 03205 de 2010. Y se constata que tales actas [...] solo tienen las firmas del contratista y del interventor, pero no las de H MV -Consultor-, ni la del Supervisor ni la de algún servidor público del Instituto. Se agrega que en el contrato se pactó que las actas de obra debían ser ‘refrendadas por EL CONTRATISTA, el Interventor, el Consultor de Apoyo a la Gestión y los funcionarios y/o contratistas del INSTITUTO’



(Cláusula séptima, Forma de pago, fl. 23-envés), y de ahí que al no haber sido aceptadas por la totalidad de quienes las debían aprobar, no tienen respaldo fáctico ni legal para acogerlas en esta instancia judicial”.

De acuerdo con lo anterior, concluyó que el Consorcio Vías Carreño 2005 y sus integrantes le debían reintegrar al INVIAS \$1.844'594.557 por concepto de anticipo no amortizado.

4.3. Al abordar la cláusula penal estipulada en el Contrato 1552 de 2005, que el INVIAS hizo efectiva con las Resoluciones Nos. 01694 de 2009 y 03853 de 2010 por un monto de \$117'636.667,50, el Tribunal aclaró que esta *“tenía naturaleza indemnizatoria y no conminatoria”*, siendo así válida su imposición tras agotar el procedimiento sancionatorio preceptivo, mediante resoluciones debidamente motivadas, *“las cuales se encuentran en firme y gozan de presunción de legalidad, [que] no están en discusión en este proceso ni se informó estarlo en otro”*.

Agregó que, en todo caso, con el acta de entrega y recibo definitivo de obra, suscrita el 20 de enero de 2010 por el consorcio contratista, el interventor y el supervisor del contrato se acreditó que el contratista no ejecutó obras contratadas por un valor de \$1.176.366.675, por lo cual la pena fue impuesta en un valor correspondiente al 10% de la cifra referida, lo que se ajusta así al principio de proporcionalidad.

Además, refirió el tribunal que *(se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores)*:

“a pesar de cuestionar el Consorcio la Resolución 01694 del 9 de marzo de 2009 con el recurso de reposición [...], aducir ejecución de obra en mayor cantidad a la registrada en el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de Obra del 20 de enero de 2010 que su propio representante legal suscribió [...] y haber presentado reclamación ante Invías por desequilibrio económico que después reiteró en su fallida demanda de reconvención [...], ello no puede asumirse en su favor pues no hubo recibido de las obras por parte de la entidad y sus solicitudes no fueron acogidas por la entidad, ni por la Interventoría, ni por la Consultoría de apoyo, ni por la Supervisión del convenio, y de ahí que no se incluyen en la liquidación que aquí se efectúa”.

4.4. El *a quo* denegó la pretensión que buscaba que en la liquidación se incluyeran las sumas que el contratista y la aseguradora garante en cumplimiento del Contrato 1552 de 2005 hubieran retenido ilegalmente, porque el INVIAS no demostró que aquellos hubieran retenido o compensado suma alguna.



4.5. De otro lado, el Tribunal manifestó que, si bien el consorcio demandado había afirmado que no se configuró una causal de terminación unilateral del contrato, este argumento es inválido, debido a que no fue declarada la terminación unilateral del Contrato 1552 de 2005, conforme a lo previsto en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, y, agregó, *“el hecho que el Invías no haya suscrito una nueva ampliación, no significa en modo alguno decisión de terminación unilateral, como sin respaldo jurídico lo plantean los demandados”*. Además, recordó que la petición de prórroga fue elevada por el consorcio contratista cuando restaba únicamente un día hábil para que concluyera el plazo de ejecución del contrato, siendo así insuficiente ese lapso para que el supervisor se pronunciara y su pronunciamiento fuera analizado por los funcionarios competentes para suscribir la prórroga.

4.6. Al tratar la *“excepción de desequilibrio económico del contratista”*, que el consorcio demandado fundó en la diferencia existente entre los precios del Contrato 1552 de 2005 y los que fueron pactados en otro contrato celebrado por el INVIAS, el Tribunal consideró que este hecho no generaba el desequilibrio aducido, puesto que con ello no se producía la ruptura grave de la equilibrio prestacional, que debía demostrarse con medios de convicción que dieran cuenta de las erogaciones del contratista, que no fueron aportados por los miembros del consorcio demandado, quienes se limitaron a anexar un cuadro sin documentos que respaldaran su contenido. Aparte, puso de presente que la diferencia en los precios puede responder a múltiples factores que hagan más gravosa la ejecución de las prestaciones contractuales y, al haber celebrado el Contrato 1552 de 2008 con los precios en este pactados, el hipotético desequilibrio aducido por el demandado sería imputable a sí mismo.

4.7. En lo atinente al caso fortuito esgrimido por los integrantes del Consorcio Vías Carreño 2005, el *a quo* manifestó que, si bien se acreditó que entre mayo y agosto de 2007 se presentaron lluvias en el lugar de ejecución del contrato, esta circunstancia dio lugar a su prórroga por tres meses adicionales. De esta forma, *“al haberse adoptado por los cocontratantes una medida sustancial, oportuna, idónea y directa para superar las dificultades que pudieron causar las lluvias en cuatro meses de 2007 para la ejecución de las obras, lo que implicó una corrección adecuada, razonable y proporcional a la situación dada, no es dable aceptar que el Consorcio reciba en el proceso, otra vez el beneficio que ya se le otorgó durante la ejecución del contrato, ya que al acoger entonces Invías la medida de ampliación*



del plazo por la misma razón que ahora alega en vía judicial y no volverse a presentar después el fenómeno meteorológico, con ello desaparecía la causa extraña que hasta agosto de 2007 le pudo afectar el cumplimiento de sus obligaciones”.

4.8. El Tribunal consideró finalmente que la suma de \$1.962'231.224,50 - *correspondiente a la adición del anticipo no amortizado y de la pena pecuniaria impuesta-* debía ser pagada por el Consorcio Vías Carreño 2005 y sus integrantes de manera solidaria, no por Seguros Cóndor o su vocera, puesto que el hecho de que el garante sea una compañía de seguros, en manera alguna exonera de responsabilidad al contratista frente a la administración o lo subroga en sus responsabilidades.

4.9. Finalmente, en el acápite 4.6. de la sentencia, el tribunal dio cuenta de la forma en la que la parte demandante debería proceder con el pago de la liquidación, particularmente lo atinente al plazo, la causación de intereses moratorios y la actualización del valor.

5. Recurso de apelación

El 26 de febrero de 2021, el Consorcio Vías Carreño 2005 interpuso recurso de apelación²⁵, que fue admitido²⁶, en el cual formuló los cargos contra la sentencia de primera instancia que se resumen a continuación.

5.1. Caducidad de la acción por falta de notificación dentro de los dos años siguientes una vez admitida la demanda, debido a que, según el demandante, la caducidad de la acción contractual operó, puesto que la demanda fue admitida el 20 de mayo de 2011 y fijada en estado del 24 de mayo de 2011, pero su admisión solo le fue notificada el 27 de mayo de 2013, por lo cual se habría notificado inoportunamente habiéndose configurado así la caducidad.

5.2. No haber valorado las excepciones de incumplimiento del contrato por parte de la demandante y como segunda excepción haberse presentado caso fortuito y fuerza mayor para celebrar el contrato y dar pleno cumplimiento al mismo, ya que

²⁵ SAMAI, índice 003 de primera instancia, certificado 5A5FC934E7AD2B6D E3F2A07548190B19 602B1772.

²⁶ Fl. 725, C. Ppal.



habría ejecutado cerca del 90% de las obras contratadas, *“pues la maquinaria, el personal y los materiales estaban en la obra, solo faltaba su aplicación, todo adquirido con dinero público del anticipo manejado con la interventoría y la empresa contratada por el INVIAS de apoyo a la gestión”*.

Agregó que sí amortizó el anticipo que le fue entregado, lo cual afirma que probó con las actas de obra núm. 7 y 7A, que no habrían sido tenidas en cuenta por el *quo* por no haber sido aceptadas por el INVIAS, pese a ser válidas, debido a que fueron suscritas por el *“interventor que es prácticamente el mandante del contratante, es el representante legal en la obra y en los actos jurídicos que se tengan controversia en la misma”*, estando consecuentemente obligado el INVIAS a *“validar la ampliación del contrato”*; entidad que se negó a ello con base en las objeciones infundadas del consultor HVM Ingenieros Ltda., dando así por terminado el Contrato 1552 de 2005. Además, según el recurrente, debió haberse decretado de oficio una inspección o prueba pericial con la que se determinara el porcentaje de las obras realmente ejecutadas.

Aparte, el consorcio recurrente reiteró que no pudo ejecutar el contrato por circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, y señaló *“no se ajusta a la realidad lo manifestado por el fallador de primera instancia cuando nos dice que se firmaron unas resoluciones donde se declaró el siniestro de anticipo por \$7.844.594.557, pues la mismas fueron hechas de forma unilateral por parte del demandante, sin que tuviese injerencia la contratista, pues no olvidemos que quien no se ajustó a la realidad de la contratación por las diferentes causas ajenas al contratista fue la hoy demandante en asoció con las dos interventorías, quienes verdaderamente obstruyeron la continuación de la obra, que había sido acordada y aprobada entre las partes”*.

5.3. En relación con la sanción penal, el Consorcio demandado afirma que esta no es válida, puesto que se fundó en un *“informe de la supervisión no de la interventoría”* y no fue válidamente probado en este proceso que el plazo de ejecución contractual hubiera concluido, ya que el interventor aceptó su prórroga. Añadió que no se realizó un análisis fáctico ni jurídico de las resoluciones núm. 01694 de 2009 y 03853 de 2010 para desestimar los argumentos de defensa, y que la pena le fue impuesta inoportunamente, teniendo en cuenta que esta *“est[á] concebida como mecanismos para compeler o conminar al contratista a que cumpla*



con sus obligaciones”, por lo que no procedía después de que concluyera el plazo de ejecución contractual.

Aparte, afirmó el apelante que el fallo recurrido resulta incoherente, debido a que en este se mencionó que *“el consorcio contratista VIAS CARREÑO 2005 ejecutó obras por \$3.769.514.725 y que el contratista palabras más palabras dejó de ejecutar la suma de \$1.176.366.675, sacando de dicha el valor a aplicar a la sanción, pero cuando impone la sanción a la pretensión segunda no toma ese valor, por el contrario toma como base de condena el pago del anticipo, lo cual no concuerda con lo arribado al proceso y con lo dicho en la misma providencia, pues existe una diferencia de más de ochocientos millones de pesos en la sanción, y tomando los parámetros jurisprudenciales, el Estado no se puede enriquecer con recursos de los contratistas como es el caso que se observa”*.

Añadió, en este sentido, *“que a folio 24 de la sentencia los valores indicados para establecer la liquidación del contrato 1552 de 205 [sic] celebrado entre INVIAS y el Consorcio Vías Carreño 2005 no es el verdadero, pues se no habla de un anticipo no amortizado de 1.844.594.557 lo cual de acuerdo a la misma parte motiva de la sentencia no corresponde, de igual forma se nos habla de un incumplimiento del contrato a título de clausula penal, lo cual como se ha dicho tampoco se ajusta a los lineamientos legales”*.

Recordó, por demás, que en respuesta a los hechos de la demanda manifestó que la firma consultora H MV no conoció el lugar de ejecución de las obras, *“como se denunció y está registrado en las grabaciones de las audiencias celebradas en las instalaciones del INVIAS”*, por lo cual los pronunciamientos del INVIAS desconocen *“la realidad contractual”*; y que se configuró una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, por las lluvias que habrían impedido la ejecución del contrato en tiempo.

6. Actuación en segunda instancia

6.1. Mediante providencia del 26 de julio de 2021²⁷ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto.

²⁷ Fl. 727, C. Ppal.



6.2. Fiduagraria S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo de remanentes y contingencias Condor – P.A.R. Condor, manifestó en sus alegatos²⁸ que, de acuerdo con lo estipulado en el contrato de fiducia mercantil de administración y pago de remanentes No. FID-0087 de 2015, a aquella le correspondía asumir únicamente los procesos judiciales en los que las reclamaciones se hubieran producido de forma oportuna en el procedimiento de liquidación de la aseguradora Condor S.A., por lo cual no actúa como sucesora ni subrogataria de esta compañía. Agregó que no se logró demostrar la configuración de retención o compensación alguna con base en el Contrato 1552 de 2005.

6.3. El INVIAS, por su parte, argumentó²⁹ que: *i)* no se configuró la caducidad de la acción, debido a que dicha entidad radicó su demanda oportunamente, sin que le corresponda al demandante la carga de realizar la notificación del auto admisorio, pues esta solo debe pagar los gastos que ello genere, los cuales fueron debidamente sufragados; *ii)* no es cierto que el Tribunal no hubiera analizado las excepciones de incumplimiento de la demandante de caso fortuito o fuerza mayor, y de debido cumplimiento de la contratista, habiéndose acreditado, por demás, el incumplimiento de la demandada; *iii)* de acuerdo con lo estipulado en el Contrato 1552 de 2005, el acta de recibo final es “*un documento que las partes utilizan para verificar la correcta ejecución del contrato y que sirve de insumo para hacer su liquidación*”, sin que este pueda ser eficazmente rebatido con las actas de obra 7 y 7A, que no fueron aprobadas por el INVIAS ni reunían, por lo tanto, los requisitos definidos en el negocio jurídico; y *iv)* que impuso una pena pecuniaria que, como tal, no tiene una función conminatoria, por lo que puede hacerse efectiva tras concluir el plazo de ejecución contractual.

6.4. El Ministerio Público formuló concepto³⁰ en el que solicitó la confirmación parcial de la sentencia impugnada, “*en el entendido que, aunque se comparte que en la liquidación del contrato se haya ordenado el pago de la cláusula penal pecuniaria por parte del Consorcio Vías Carreño 2005, que debe modificarse el valor que debe devolver dicho contratista por obras no ejecutadas*”.

²⁸ SAMAI, índice 14, certificado BD54633344AC80BB 82C72D31307EC8C8 187F38555A2791E3 A72DBBAB4302C691.

²⁹ SAMAI, índice 16, certificado 12D4353F95D0AF2C 0EB53C2CA03DC4D7 A477B44345296237 3679F9E07CEFEAE1.

³⁰ SAMAI, índice 18, certificado 552D33B1F8A9F739 884BCED6D9C72FBB A989F22F31D9AFC6 8743F4D73FCC8A83.



Tras afirmar que la liquidación judicial del Contrato 1552 de 2005 era procedente, pues esta no se había realizado de forma bilateral ni unilateral, el representante del Ministerio Público refirió que

“Aunque en la decisión de primera instancia el tribunal tomó en cuenta el acta de entrega y recibo definitivo de obra para calcular lo que el contratista habría dejado de amortizar y debería devolver, el Ministerio Público encuentra que dicha providencia olvidó qué, con posterioridad a la emisión del citado documento mediante Resolución 3853 del 27 de agosto de 2010, el Instituto Nacional de Vías, basado en informe de interventoría emitido frente al balance financiero de contrato, determinó que el valor dejado de ejecutar por parte de la firma contratista era de \$1.176.366.675, por lo cual no es lógico que se ordenara devolver un mayor valor por concepto de anticipo no amortizado”.

En línea con ello, afirmó que el contratista no debía reintegrar los \$1'844.594.557 ordenados por el *a quo*, sino \$1.776'366.675. Agregó, por demás, que el INVIAS no le impuso al contratista una *multa*, sino una pena pecuniaria, que puede hacerse efectiva incluso después de que concluya el plazo de ejecución contractual.

6.5. La parte demandada guardó silencio en esta oportunidad procesal³¹.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por los integrantes del Consorcio Vías Carreño 2005, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia; (2) medio de control procedente; (3) legitimación en la causa; (4) ejercicio oportuno del medio de control de controversias contractuales; (5) objeto de los recursos de apelación y problemas jurídicos a resolver; (6) hechos probados y pruebas adicionales relevantes; (7) solución al caso concreto; y (8) costas.

1. Jurisdicción y competencia

1.1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 82³² del CCA, vigente a la fecha de radicación de la demanda³³ y, por lo mismo, aplicable al presente proceso, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde el conocimiento del

³¹ SAMAI, índice 20, certificado 88B6DDEF0EA57C2 DCA0DF7CE080824E3 147C2067B85F2270 802B347039604A0F.

³² Modificado por el artículo 12 del Decreto 2304 de 1989, el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006. “La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley. || Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno”.

³³ 16 de diciembre de 2010



presente asunto, en tanto la controversia gira en torno a la liquidación del Contrato 1552 de 2005, que fue suscrito por el INVIAS, el cual es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio³⁴.

1.2. Por su parte, esta Sala del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2020 por el Tribunal Administrativo de Arauca, de conformidad con lo previsto en el artículo 129³⁵ y el numeral 5 del artículo 132³⁶ del CCA, dada la vocación de doble instancia del proceso, en razón a que la cuantía³⁷ de la demanda³⁸ excede los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de interposición del libelo introductorio³⁹.

2. Acción procedente

De acuerdo con el artículo 87⁴⁰ del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la acción contractual es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de

³⁴ Decreto 288 de 1995, por el cual se aprueba el Acuerdo número 089 del 17 de noviembre de 1994 que adopta los Estatutos Internos y la Estructura Interna del Instituto Nacional de Vías. Artículo 2.

³⁵ Artículo 129. Modificado por el artículo 1 del Decreto 2269 de 1987, el artículo 2 del Decreto 597 de 1988 y el artículo 38 de la Ley 446 de 1998. “*El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. [...]*”.

³⁶ Artículo 132. Modificado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988 y el artículo 40 de la Ley 446 de 1998. “*Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales*”.

³⁷ CCA. Artículo 134 E. Adicionado por el artículo 43 de la Ley 446 de 1998. “*Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda. [...]*”.

³⁸ “*La cuantía del presente procedimiento se estima en MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$1.844'594.557) MONEDA CORRIENTE por concepto de anticipo no amortizado y CIENTO DIECISIETE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$ 117'636.667,50) MONEDA CORRIENTE por concepto de cláusula penal no cancelada*”. Fl. 13, C. 1.

³⁹ A la fecha de presentación de la demanda principal (2010) 500 SMLMV equivalían a \$257'500.000, conforme al Decreto 5053 de 2009.

⁴⁰ Artículo 87. Modificado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989 y el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. “*De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas*”.



fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como, resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución y liquidación del contrato estatal, así como la legalidad de los actos administrativos proferidos dentro del desarrollo de éste. Por tanto, puede cualquiera de las partes solicitar, entre otros, que se hagan declaraciones y condenas, como la liquidación judicial del contrato.

A este respecto, cabe señalar que el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, preveía que, en caso de que las partes no liquidaran el contrato bilateralmente, ni la Administración lo hiciera unilateralmente, “*el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial*”, de lo cual se desprende que al vencimiento del término para liquidar bilateral y unilateralmente el contrato, -cualquiera de los interesados- podía acudir ante el juez del contrato para solicitar el cruce final de cuentas por la vía judicial.

Bajo el anterior contexto, en el presente caso se estima que la acción contractual ejercida por el Invias es adecuada, por cuanto en la demanda se solicita la liquidación judicial del contrato, demanda que, por demás, fue presentado el 16 de diciembre de 2010⁴¹, esto es, después de vencido el término para liquidar bilateral y unilateralmente el Contrato 1552 de 2005, de ahí que la entidad demandante estuviera facultada para acudir ante esta jurisdicción y solicitar vía judicial

3. Legitimación en la causa

3.1. De conformidad con lo previsto en el artículo 87 del CCA, cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, y, de acuerdo al literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, las partes, como interesadas que son en la liquidación del contrato, podrán acudir a la jurisdicción para obtener su liquidación en sede judicial.

3.2. De este modo, se advierte que el INVIAS y los miembros del Consorcio Vías Carreño 2005 poseen el interés jurídico que se debate en el presente caso y se encuentran legitimados en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, ya que

⁴¹ Fl. 359, C. 2.



son las partes de la relación contractual que suscitó la controversia bajo análisis en esta sede judicial (*hecho probado 7.1*).

3.3. Finalmente, se advierte que a Fiduagraria S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo de remanentes y contingencias Condor P.A.R. Condor - Cónдор S.A., aseguradora que fungió como garante del cumplimiento del Contrato 1552 de 2005-, está llamada a comparecer al proceso⁴², con el fin de proteger y defender los bienes que conforman el patrimonio autónomo de remanentes cuya administración le fue transferida a título de fiducia, mediante el contrato FID-0087 de 2015⁴³, con el que esta se obligó a “[a]tender adecuada y diligentemente los procesos judiciales, arbitrales y administrativos o de otro tipo que se hayan iniciado contra la entidad en liquidación con anterioridad al cierre del proceso liquidatario y la extinción de la misma”⁴⁴, teniendo en cuenta que el presente trámite inició el 16 de diciembre de 2010⁴⁵ y la liquidación forzosa de Condor S.A. fue ordenada por la Superintendencia Financiera mediante Resolución 2211 de 5 de diciembre de 2013⁴⁶, de conformidad con numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, reglamentado por el Decreto 1049 de 2006.

Al respecto, es pertinente señalar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional⁴⁷ reiterada por la Corte Suprema de Justicia⁴⁸, los patrimonios autónomos de remanentes pueden ser sujetos pasivos de acciones y responder por obligaciones de una entidad ya liquidada, cuando así lo dispongan las normas que regulen la liquidación de la entidad y la liquidación y administración de remanentes.

Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1049 de 2006, que reglamentó los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio, sobre la separación de los bienes fideicomitidos y los deberes indelegables del fiduciario:

⁴² Tras admitir la demanda de reconvenición presentada por los miembros del Consorcio Vías Murillo 2005, el tribunal ordenó notificar personalmente sobre la existencia de este proceso al liquidador de Seguros Condor S.A., ante lo cual Fiduagraria S.A. formuló recurso de reposición en el que adujo que, pese a ser la administradora y vocera del patrimonio autónomo constituido con los remanentes de la **sociedad liquidada** Condor S.A. para atender los procesos judiciales en los que fuera parte, no ostentaba la calidad de cesionario o subrogatario de las obligaciones de dicha firma. Por medio de auto del 25 de abril de 2018, el Tribunal repuso el referido auto del 6 de julio de 2016, en cuanto ordenaba su notificación a Fiduagraria S.A., pero a su vez a esta última la dio por notificada mediante conducta concluyente.

⁴³ Fl. 585 a 596, C. 3.

⁴⁴ Fl. 591, C. 3.

⁴⁵ Fl. 359, C. 2.

⁴⁶ Fl. 585 y 597 (reverso).

⁴⁷ Sentencia C-377 de 2004.

⁴⁸ Sala de Casación Laboral, sentencia de 3 de noviembre de 2015, rad. 62179.



“Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legal y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.

En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia” (subrayado añadido).

En sentido análogo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró, en sentencia de 3 de agosto de 2005⁴⁹ -reiterada por la Sección Tercera de esta Corporación⁵⁰-, que:

“El patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, y por tal circunstancia en los términos del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, en sentido técnico procesal, no tiene capacidad para ser parte en un proceso, pero cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes del cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario quien no obra ni a nombre propio porque su patrimonio permanece separado de los bienes fideicomitidos, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad”.

3.4. Con relación a la Compañía de Seguros Cóndor S.A., cabe señalar que, con ocasión de su liquidación, aquella perdió la capacidad para ser parte dentro de la presente controversia⁵¹.

⁴⁹ Exp. 0189-01.

⁵⁰ Auto de 16 de septiembre de 2021, exp. 66091.

⁵¹ Sobre este particular, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 4 de abril de 2019, Exp. 24006, precisó que, “[e]n esos términos, cabe entender que las sociedades en estado de liquidación pueden comparecer en juicios con observancia del límite de su capacidad, encaminada a su inmediata liquidación; pero, una vez se inscribe el acta de aceptación de la terminación de la liquidación en el registro mercantil, se liquida la sociedad, lo que conlleva la extinción de la personalidad jurídica. Una vez extinguida la personalidad jurídica de la sociedad, el liquidador de la sociedad liquidada pierde la competencia para representar y realizar todas aquellas gestiones encomendadas por la ley, de tal forma que carece de capacidad para conferir poder en nombre de la sociedad y para intervenir judicial y extrajudicialmente. Es decir que la sociedad no solo pierde la capacidad para ser parte, sino también la capacidad procesal, dado que no puede ser representada”.



4. Problemas jurídicos

Para desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala determinará, en primer lugar, si las pretensiones de la demanda principal se formularon en tiempo.

En caso de encontrar que la acción fue ejercida antes del vencimiento del término preclusivo, se deberá establecer, en segundo lugar, si en la liquidación del Contrato 1552 de 2005 debió computarse el valor correspondiente al anticipo no amortizado, cuyo reconocimiento fue ordenado por el INVIAS mediante la Resoluciones Nos. 01035 y 03205 de 2010.

Aunado a lo anterior y, en tercer lugar, es pertinente determinar si en la liquidación del Contrato 1552 de 2005 debió incluirse el monto de la cláusula penal pecuniaria, que el INVIAS hizo efectiva mediante las Resoluciones Nos. 01694 de 2009 y 03853 de 2010.

5. Solución a los problemas jurídicos

5.1. Caducidad

Con el propósito de otorgar seguridad jurídica, de evitar la parálisis del tráfico jurídico dejando situaciones indefinidas en el tiempo, el legislador, apuntando a la protección del interés general⁵², estableció unos plazos para poder ejercer oportunamente cada uno de los medios de control judicial. Estos plazos resultan ser razonables, perentorios, preclusivos, improrrogables, irrenunciables y de orden público, por lo que su vencimiento, sin que el interesado hubiese elevado la solicitud judicial, implica la extinción del derecho de accionar, así como la consolidación de las situaciones que se encontraban pendientes de solución.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 2002: “La caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. Como claramente se explicó en la sentencia C-832 de 2001 a que se ha hecho reiterada referencia, esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia”.



El establecimiento de dichas oportunidades legales pretende, además, la racionalización de la utilización del aparato judicial, lograr mayor eficiencia procesal, controlar la libertad del ejercicio del derecho de acción⁵³, ofrecer estabilidad del derecho de manera que las situaciones controversiales que requieran solución por los órganos judiciales adquieran firmeza, estabilidad y con ello seguridad, solidificando y concretando el concepto de derechos adquiridos.

Este fenómeno procesal, de carácter bifronte, en tanto se entiende como límite y garantía a la vez, se constituye en un valioso instrumento que busca la salvaguarda y estabilidad de las relaciones jurídicas, en la medida en que su ocurrencia impide que estas puedan ser discutidas indefinidamente.

La caducidad, en la primera de sus manifestaciones, es un mecanismo de certidumbre y seguridad jurídica, pues con su advenimiento de pleno derecho y mediante su reconocimiento judicial obligatorio cuando el operador la halle configurada, se consolidan los derechos de los actores jurídicos que discuten alguna situación; sin embargo, en el anverso, la caducidad se entiende también como una limitación de carácter irrenunciable al ejercicio del derecho de acción, resultando como una sanción *ipso iure*⁵⁴ que opera por la falta de actividad oportuna en la puesta en marcha del aparato judicial para hacer algún reclamo o requerir algún reconocimiento o protección de la justicia⁵⁵, cuya consecuencia, por demandar más

⁵³ Consejo de Estado. Sentencia del 23 de febrero de 2006. Exp. 6871-05 “...el derecho al acceso a la administración de justicia no es absoluto, pues puede ser condicionado legalmente a que la promoción de la demanda sea oportuna y las acciones se inicien dentro de los plazos que señala el legislador (...). El término de caducidad, tiene entonces como uno de sus objetivos, racionalizar el ejercicio del derecho de acción, y si bien limita o condiciona el acceso a la justicia, es una restricción necesaria para la estabilidad del derecho, lo que impone al interesado el empleo oportuno de las acciones, so pena de que las situaciones adquieran la firmeza necesaria a la seguridad jurídica, para solidificar el concepto de derechos adquiridos”.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 5 de marzo de 2015, Exp.49307: “Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho. Es así como el fenómeno procesal de la caducidad opera ipso iure o de pleno derecho, es decir que no admite renuncia, y el juez debe declararla de oficio cuando verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer determinada acción judicial”.

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1998: “... [s]i el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho, por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”.



allá del tiempo concedido por la ley procesal, significa la pérdida de la facultad potestativa de accionar.

Ahora bien, este presupuesto procesal, en los términos previstos en la Ley, se interrumpe con la presentación de la demanda⁵⁶, salvo que, como lo prevé el artículo 143 del CCA⁵⁷, aquella sea inadmitida porque carezca de los requisitos y formalidades establecidos, y el demandante no los corrija dentro del término perentorio fijado. De esta forma, y a partir de la norma referida, la jurisprudencia ha reiterado que⁵⁸, en materia contencioso administrativa, la caducidad se interrumpe únicamente con la presentación de la demanda que cumpla con los requisitos y formalidades, los cuales, en el presente caso, se cumplieron a cabalidad, por lo que la demanda fue admitida sin reparo alguno mediante auto del 20 de mayo de 2011⁵⁹.

No sobra aclarar que, si bien el artículo 90 del CPC⁶⁰ establecía que la presentación de la demanda interrumpía el término de **prescripción**, siempre que el auto admisorio de aquella se notificara al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, esta norma no aplica a la **caducidad**, ya que, como lo ha precisado la jurisprudencia, esta institución ha sido regulada íntegramente en la normatividad que regula los procesos contencioso administrativos, sin que haya *“existido en la normatividad contencioso administrativa disposición alguna que sujete la posibilidad de que se impida la consolidación de la caducidad de la acción, a la notificación en un plazo determinado del auto admisorio de la demanda; y mal podría traerse tal requisito del procedimiento civil cuando no existe vacío alguno en la reglamentación procedimental administrativa sobre este punto”*⁶¹.

⁵⁶ “La demanda en los procesos civiles es un acto de primordial importancia. Es el escrito mediante el cual se ejerce el derecho subjetivo público de acción, es decir, se formula a la rama judicial del Estado la petición de que administre justicia y con tal fin decida sobre las pretensiones contenidas en ella, a través de un proceso”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1069 de 2002.

⁵⁷ Artículo 143. Modificado por el artículo 26 del Decreto 2304 de 1989 y el artículo 45, Ley 446 de 1998. “Se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores y su presentación no interrumpe los términos para la caducidad de la acción. || No obstante, si la demanda se presenta dentro del término de caducidad, el ponente, por auto susceptible de reposición, expondrá los defectos simplemente formales para que el demandante los corrija en un plazo de cinco (5) días. Si así no lo hiciera, se rechazará la demanda. [...]”.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 2 de marzo de 2001, rad. núm. 08001-23-31-000-2000-1412-01(10909); Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 10 de noviembre de 2010, exp. 35756; del 13 de junio de 2013, exp. 2679; y del 21 de noviembre de 2022, exp. 60629, entre otras.

⁵⁹ Fl. 361-362, C. 2.

⁶⁰ Modificado por el Decreto 2282 de 1989.

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de noviembre de 2005, exp. 15745; sentencia de 23 de noviembre de 2017, exp. 49.937; sentencia de 31 de enero de 2019, exp. 49591;



Por tanto, el cargo de la apelación formulado en esta instancia, de acuerdo con el cual la caducidad habría operado, porque la admisión de la demanda le habría sido notificada tardíamente a los demandados, no tiene la vocación de prosperar.

Habiendo establecido lo anterior, la Sala procederá a examinar si en el presente caso se configura o no la caducidad de la acción:

5.1.1. Al efecto, en lo que respecta a la demanda principal, en el proceso se encuentra acreditado que el plazo de ejecución del Contrato 1552 de 2005, cuya liquidación se discute en el *sub lite*, se cumplió el 31 de marzo de 2008 (*hechos probados 7.7 y 7.10*); y su liquidación se sometió a lo establecido en la Ley 80 de 1993, estipulándose que el término para ello empezaría “[...] a contabilizarse a partir del Acta de Recibo Definitivo o Final de la Obra, que se suscribirá máximo dentro de los 45 días calendario siguientes al vencimiento del plazo de ejecución del contrato” (*hecho probado 7.1.6*). Como el acta de recibo definitivo de obra fue suscrita 711 días después del vencimiento del plazo de ejecución del contrato (*hechos probados 7.7 y 7.10*), el término de 6 meses para la liquidación del contrato bilateral y unilateral del contrato -previsto entonces en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993⁶² en concordancia con el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA⁶³- debe contarse a partir del 16 de mayo de 2008, esto es, cuando había transcurrido 45 días calendario desde el vencimiento del plazo de ejecución

sentencia de 14 de junio de 2019, exp. 45647; y sentencia de 2 de julio de 2021, exp. 66158, entre otras.

⁶² “Artículo 60. De su ocurrencia y contenido. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. [...] Artículo 61. De la liquidación unilateral. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición”.

⁶³ Artículo 136. Modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989 y el artículo 44 de la Ley 446 de 1998. “Caducidad de las acciones. [...] 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. || En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: [...] 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. || En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: [...] d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar; [...]”.



contractual, de ahí que término de caducidad de 2 años en el presente caso deba computarse a partir del 16 de noviembre de 2008 y hasta el 16 de noviembre de 2010.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que el derecho de accionar se ejerció en tiempo, como quiera que: **i)** la solicitud de conciliación prejudicial, que suspende la caducidad de la acción, fue radicada el 7 de octubre de 2010⁶⁴, cuando aún faltaba un mes y ocho días para el vencimiento del plazo preclusivo; **vi)** la audiencia de conciliación se declaró fallida el 15 de diciembre de 2015; **vii)** y la demanda fue radicada por el INVIAS el día siguiente, esto es, el 16 de diciembre de 2010⁶⁵.

En este sentido, y teniendo en cuenta que en el asunto *sub examine* no se configura la caducidad de la acción respecto de la demanda formulada por el INVIAS, se procederá al estudio de los demás cargos expuestos por la recurrente en su alzada.

6. Análisis de la Sala

6.1. La Sala, de entrada, estima necesaria precisar que el marco fundamental para la competencia del juez de segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la providencia recurrida.

En ese orden de ideas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 350 del CPC⁶⁶, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, para que el *ad quem* revoque o reforme la determinación cuestionada. De igual modo, ha de señalarse que, según lo prescrito en el artículo 357 del CPC⁶⁷, el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable para reformar puntos íntimamente relacionados con ella⁶⁸, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

⁶⁴ Fl. 332 a 347, C. 2

⁶⁵ Fl. 359, C. 2.

⁶⁶ “Artículo 350. Fines de la apelación e interés para interponerla. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme. [...]”.

⁶⁷ “Artículo 357. Competencia del superior. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. [...]” [énfasis añadido].

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 6 de abril de 2018, expediente No. 46.005.



Sobre la competencia del *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, cabe resaltar que la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, mediante la sentencia del 9 de febrero de 2012⁶⁹, unificó su jurisprudencia en el sentido de señalar que el mencionado recurso se encuentra sujeto o limitado a los argumentos planteados por el recurrente y que, por tal motivo, toda inconformidad con lo resuelto por el *a quo* que no se alegue en la impugnación, en definitiva, está llamada a excluirse del debate de segunda instancia en virtud del principio dispositivo y de congruencia. En concreto, se razonó en los siguientes términos [transcripción literal]:

*“[...] En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro - y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su jurisprudencia- que **por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: “tantum devolutum quantum appellatum” [...]” [énfasis añadido].***

En esa misma sentencia de unificación jurisprudencial que se acaba de citar, la Sala Plena de esta Sección reiteró que mediante el recurso de apelación se garantiza el derecho de impugnación contra una decisión judicial, de ahí que sea obligación del recurrente controvertir los argumentos del juez de primera instancia con sus propias consideraciones, con el propósito de solicitarle al superior que decida sobre el asunto que presenta ante la segunda instancia.

7. Hechos probados y pruebas adicionales

En el expediente reposan unos documentos en copia auténtica y otros en copia simple. Frente a estos últimos la Sala advierte que, en virtud de lo dispuesto por la jurisprudencia administrativa unificada⁷⁰, los documentos aportados en copia simple

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 9 de febrero de 2012, expediente No. 21.060.

⁷⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 30 de septiembre de 2014. Rad. 11001-03-15-000-2007-01081-00(REV).



serán analizados; además, se precisa que aquellos no fueron tachados de falsedad por alguna de las partes en la oportunidad procesal pertinente, y tampoco existe alguna disposición que haga exigible el requisito de las copias auténticas o de una determinada copia.

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

Sobre el Contrato 1552 de 2005

7.1. Está probado que el Instituto Nacional de Vías – INVIAS y el Consorcio Vías Carreño, representado por Alfredo Ortegón Pulido, celebraron el contrato No. 1552 de 7 de septiembre de 2005 -Contrato 1552 de 2005-, que tenía por objeto el diseño, la reconstrucción, la pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 88, en el tramo 1 Puerto Carreño-Juriepe de K3+500 al K16+000, con una longitud de 15,50 kilómetros, en el Vichada, con un valor de \$4.999.726.785 y un plazo de ejecución de 24 meses a partir de la orden de iniciación, según da cuenta copia auténtica del contrato⁷¹

7.1.1. Se acreditó que en la cláusula quinta del Contrato 1552 de 2005 se pactó que (*se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores*):

“El Instituto ejercerá el control y la vigilancia de la ejecución de los trabajos del Contratista por conducto de un Interventor contratado para tal fin. El Instituto contratará un Consultor de Apoyo a la Gestión, que ejercerá las funciones de supervisión en los términos establecidos en la respectiva contratación”.

7.1.2. A continuación, en la cláusula sexta del Contrato 1550 de 2005 se convino que (*se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores*):

“Durante la ejecución de la obra, EL INSTITUTO efectuará un seguimiento a los programas de estudios y diseños y de obra, como uno de los mecanismos de verificación del cumplimiento del contrato. Por tal motivo, EL CONTRATISTA deberá mantener los programas actualizados de manera que en todo momento representen la historia real de lo ejecutado para cada actividad, así como su programa de obra proyectado para la terminación de los trabajos dentro del plazo contractual. El CONTRATISTA y el Interventor evaluarán semanalmente la ejecución del contrato, revisando los programas de estudios y diseños y obra actualizados para establecer en qué condiciones avanzan los trabajos. De estas evaluaciones se levantará un acta, suscrita por los ingenieros residentes del CONTRATISTA y de la Interventoría, donde se consignará el estado real de los trabajos; en caso de presentarse algún atraso, se señalarán los motivos del mismo, dejando constancia de los correctivos

⁷¹ Fl. 22-28, C. 1.



que se tomarán para subsanar dicho atraso, los cuales se plasmarán en una modificación al programa de obra que no podrá contemplar la disminución de las cantidades de obra programadas para cada mes ni una prórroga del plazo inicialmente establecido. Cuando fuere necesario suscribir Actas de modificación de cantidades obra o modificar el valor o el plazo del contrato, EL CONTRATISTA deberá ajustar el programa de obra a dicha modificación, para lo cual deberá someter a aprobación del INSTITUTO, a través del Consultor de Apoyo a la Gestión y con el visto bueno de la Interventoría, el nuevo programa de obra, previo a la suscripción de documento mediante el cual las partes acuerden dicha modificación. Constituye causal de incumplimiento del contrato el hecho de que EL CONTRATISTA no ejecute, por lo menos, las cantidades de obra previstas en su programa de obra”.

7.1.3. Quedó demostrado que, en lo atinente al pago de las obras, en la cláusula séptima se estipuló (se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores):

“El INSTITUTO pagará al CONTRATISTA el valor de este contrato de la siguiente forma: a) Estudios y Diseños: Se pagará el cien por ciento (100%) al terminar el hito completo del tramo, teniendo en cuenta que se trata de un ítem de pago global, previa presentación de la respectiva acta de recibo final de Estudios y Diseños de cada tramo y debidamente aprobada la interventoría, la cual debe ser refrendada por EL CONTRATISTA, el Interventor, el Consultor de Apoyo a la Gestión y los funcionarios y/o contratistas del INSTITUTO que determinen las resoluciones internas de la Entidad; dicha acta debe estar acompañada del programa de Trabajo para la Etapa de Construcción e Inversiones aprobado por EL INSTITUTO, del respectivo tramo b) Obra Ejecutada: El cien por ciento (100%) del valor de la etapa de construcción se pagará previa presentación de las respectivas Actas de obra por hito ejecutado y debidamente recibido por la Interventoría, que verificará como requisito de aprobación, la total ejecución del Plan de Manejo Ambiental; las Actas deben ser refrendadas por EL CONTRATISTA, el Interventor, el Consultor de Apoyo a la Gestión y los funcionarios y/o contratistas del INSTITUTO QUE determinen las resoluciones internas de la Entidad, y acompañadas del programa de Trabajo versiones aprobado por EL INSTITUTO. Las Actas se pagarán de acuerdo a la construcción de los hitos. PARÁGRAFO PRIMERO. El pago correspondiente a la última acta de obra se efectuará previa presentación del acta de recibo de obra debidamente firmada por las partes. [...] PARÁGRAFO QUINTO: ACTAS DE OBRA POR HITO.- Es el documento en el que EL CONTRATISTA y el Interventor dejarán sentadas las cantidades de obra realmente ejecutadas durante la construcción completa de cada hito. Los ingenieros residentes del CONTRATISTA y de la Interventoría deberán elaborar el acta por hito finalizado dentro de los cinco (5) días calendario del mes siguiente a la terminación del hito. El valor básico del acta será la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutada por los precios unitarios estipulados en el Formulario No. 4 de la propuesta del CONTRATISTA para cada Tramo o por los precios acordados para los nuevos ítem que resulten durante el desarrollo del contrato. Las Actas de obra por hito tendrán carácter provisional en lo que se refiere a la calidad de la obra, a las cantidades de obra y obras parciales. El Interventor podrá, en Actas posteriores, hacer correcciones o modificaciones a cualquiera de las Actas anteriores aprobadas por él y deberá indicar el valor correspondiente a la parte o partes de los trabajos que no se hayan ejecutado a su entera satisfacción a efecto de que EL INSTITUTO se abstenga de pagarlos al CONTRATISTA o realice los descuentos correspondientes, hasta que el Interventor dé el visto bueno. Ninguna constancia de parte del Interventor que no sea la de recibo definitivo de la totalidad o de parte de las obras, podrá considerarse constitutiva de aprobación de algún trabajo u obra. [...]”.



7.1.4. Se probó que el anticipo fue regulado en la cláusula octava del Contrato 1552 de 2005 de la siguiente manera (se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores):

“Una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, EL INSTITUTO concederá al CONTRATISTA previa solicitud, un anticipo del quince por ciento (15%) del valor básico del contrato, sujeto a la disponibilidad del Plan Anual de Caja PAC, para lo cual, el Secretario General Técnico del INSTITUTO debe autorizar el pago en el formato ‘Ordenación de Pago’ establecido para tales efectos, que se radicará para el trámite con sus respectivos anexos. Los dineros del anticipo no podrán invertirse sino en la ejecución del objeto del contrato y para los gastos propios del respectivo contrato. [...] Si durante la ejecución de contrato el INSTITUTO, considera procedente otorgar un porcentaje de anticipo mayor establecido en la presente cláusula, podrá autorizarlo previa solicitud del CONTRATISTA cumplimiento de los requisitos establecidos por la Entidad, incluida la modificación de la garantía correspondiente. PARAGRAFO PRIMERO: MANEJO DE LA CUENTA BANCARIA. Los recursos entregados al CONTRATISTA se manejarán en cuenta corriente conjunta separada a nombre del CONTRATISTA y de la Entidad de conformidad con lo establecido en el Artículo 7° del Decreto 2170 de 2002. PARAGRAFO SEGUNDO: AMORTIZACION. El valor de dicho anticipo se comenzará a amortizar en el doble del porcentaje del anticipo en cada Acta de Obra por hito, una vez se hayan entregado al menos la mitad de los hitos proyectados a ejecutarse. [...]”.

7.1.5. Se probó que las multas y la pena pecuniaria fueron reguladas en el Contrato 1552 de 2005 de la siguiente manera (se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores):

“CLAUSULA DECIMA CUARTA: MULTAS. EL INSTITUTO impondrá sanciones al CONTRATISTA a título de multa, por las causales y montos previstos en la Resolución No. 000227 del 26 de enero de 2004 expedida por EL INSTITUTO. Así mismo, el incumplimiento o la mora en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contenidas en este contrato, en el Pliego de Condiciones de la Licitación o en la propuesta del CONTRATISTA, diferentes a las expresamente señaladas en la citada Resolución, causará multas en contra del CONTRATISTA por el monto establecido en el artículo 8° de la misma Resolución 000227 de 2004, salvo que expresamente se haya pactado un monto superior. PARAGRAFO PRIMERO.- La demora u omisión del INSTITUTO en el ejercicio de alguno de los derechos que surjan del presente contrato en su favor, no afectará dichos derechos ni se interpretará como una renuncia de los mismos o como una aceptación del incumplimiento. PARAGRAFO SEGUNDO: El pago o la deducción de las multas previstas en esta cláusula no exonerará al CONTRATISTA del deber de cumplir la obligación por cuyo incumplimiento se causó la multa, ni de las demás responsabilidades y obligaciones que emanen de este contrato. CLÁUSULA DECIMA QUINTA: PENAL PECUNIARIA.- En caso de incumplimiento definitivo por parte del CONTRATISTA de cualquiera de las obligaciones contraídas con el contrato o de declaratoria de caducidad, EL CONTRATISTA conviene en pagar al INSTITUTO, a título de pena, una suma equivalente al diez por ciento (10%), del valor total del contrato para el incumplimiento y de forma proporcional al avance de la obra, suma que EL INSTITUTO hará efectiva mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento o, a su elección, de los saldos que adeude al CONTRATISTA, si los hubiere, para lo cual se entiende expresamente autorizado con la suscripción



del contrato; si esto no fuere posible, se cobrará/por vía judicial. La aplicación de la cláusula penal se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios que se causen al INSTITUTO”.

7.1.6. Sobre la liquidación, en la cláusula vigésima cuarta del Contrato 1552 de 2005 se pactó (*se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores*):

“LIQUIDACION. Se efectuará de acuerdo con lo establecido en la Ley 80 de 1993. El término para la liquidación del contrato empezará a contabilizarse a partir del Acta de Recibo Definitivo o Final de la Obra, que se suscribirá máximo dentro de los 45 días calendario siguientes al vencimiento del plazo de ejecución del contrato. Para la liquidación se exigirá al CONTRATISTA la ampliación de la garantía, si es del caso, a fin de avalar las obligaciones que éste deba cumplir con posterioridad a la extinción del presente contrato. Si EL CONTRATISTA no se presentare para efectos de la liquidación del contrato o las partes no llegan a ningún acuerdo, EL INSTITUTO procederá a su liquidación por medio de resolución motivada susceptible del recurso de reposición”.

7.2. Fue demostrado que el cumplimiento del Contrato 1552 de 2005 y de sus convenios modificatorios fue garantizado con pólizas expedidas por Condor S.A., según dan cuenta copias auténticas de las pólizas⁷².

7.3. Se probó que, con la Modificación No. 2 al Contrato 1552 de 2005⁷³, suscrita el 4 de septiembre de 2006, el valor del contrato fue modificado y el monto del anticipo se fijó de la siguiente manera (*se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores*):

“CLAUSULA PRIMERA: Para todos los efectos el valor de anticipo se aumenta en (\$486.093.995,00) CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE, con sustento en el Registro Presupuestal No. 2161 del 21 de Febrero de 2006, resultando un anticipo total sobre el valor básico del contrato de (\$1.483.764.420,00) MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE. CLAUSULA SEGUNDA: VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES. Continúan vigentes todas las estipulaciones del Contrato principal, que no se hallan modificado por lo acordado en este documento”.

7.4. Se acreditó que el 14 de septiembre de 2005, el INVIAS y la firma HMV Ingenieros Ltda. suscribieron el contrato núm. 1653⁷⁴, con el que está última se obligó *“a realizar la CONSULTORIA DE APOYO A LA GESTION PARA LA EJECUCION DEL PROGRAMA DE INFRAESTRUCTURA VIAL DE INTEGRACION Y DESARROLLO REGIONAL - PLAN 2500 - ZONA CUATRO (4) CENTRO*

⁷² Fl. 51 a 69, C. 1.

⁷³ Fl. 29, C. 1

⁷⁴ Fl. 33 a 39, C. 1.



ORIENTE, COMPRENDE LOS DEPARTAMENTOS DE AMAZONAS – ARAUCA – CASANARE – CUNDINAMARCA – GUAINÍA – META – VICHADA – ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, de conformidad con los términos de referencia y con la propuesta técnica y económica presentada por el CONSULTOR revisada y aprobada por el INSTITUTO”.

6.5. Se demostró que el INVIAS y el Consorcio Bil Ara celebraron el Contrato 1850 de 4 de octubre de 2005, que tenía por objeto la *“INTERVENTORÍA DE LOS ESTUDIOS Y DESEÑOS, PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LAS VÍAS INCLUIDAS DENTRO DEL PROGRAMA DE PAVIMENTACIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL DE INTEGRACIÓN Y DESARROLLO GRUPO 88 VÍA PUERTO CARREÑO – JURIEPE CON UNA LONGITUD DE 15,50 KILÓMETROS EN EL DEPARTAMENTO DE VICHADA”*, según da cuenta copia auténtica del contrato⁷⁵.

Sobre las actas y prórrogas suscritas

7.6. Está acreditado que la orden de iniciación del Contrato 1552 de 2005⁷⁶ fue firmada el 18 de noviembre de 2006.

7.7. Se probó que, mediante el convenio modificatorio suscrito el 31 de diciembre de 2007⁷⁷, el plazo de ejecución del Contrato 1552 de 2005 se prorrogó *“en tres (3) meses contados a partir del treinta y uno (31) de diciembre de 2007 hasta el treinta y uno (31) de marzo de 2008”*, tomando en consideración *(se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores)*:

“Que por medio de la comunicación P2500-88-411 del 19 de Diciembre de 2007 el Consorcio Vías Carreño 2005 solicitó a la Interventoría Consorcio Bil-Ara una prórroga de tres (3) meses a su contrato con fundamento en lo siguiente: ‘(...) 1. Las lluvias extraordinarias presentadas en la región desde el mes de marzo del presente año (...). A la fecha 31 de diciembre como se había previsto se finaliza en K7+000 con el asfalto terminado. Igualmente se presenta un Plan de Contingencia a 31 de marzo de 2008 fecha en la cual culminaríamos con los 4.4. kilómetros que restan para la meta física en la ejecución de este contrato. Contamos en este momento con materiales en obra que garantizan la ejecución hasta el K-000 y suministros de cemento, emulsión, asfalto, gravilla y arena, a partir del 15 de enero de 2008 con los cuales cumpliremos con la meta propuesta (...)’. 2) Que la firma Interventora CONSORCIO BIL ARA en comunicación C.BIL-Ara-452-1850 del 19 de Diciembre de 2007 remitida a la Consultoría de Apoyo a la Gestión manifiesta lo siguiente: ‘(...) Una vez analizados los argumentos expuestos por la Firma Contratista, esta

⁷⁵ Fl. 40 a 43, C. 1.

⁷⁶ Fl. 30, C. 1.

⁷⁷ Fl. 31, C. 1.



Interventoría considera que de acuerdo al estado actual del contrato y a las obras por ejecutar no se terminarían las metas físicas en el tiempo inicialmente propuesto (...). 3) Que la Consultoría de Apoyo a la Gestión, HMV INGENIEROS LTDA. por medio de comunicación 2080-04344 del 21 de Diciembre de 2007 conceptuó sobre la solicitud de prórroga diciendo: '(...) Esta Consultoría encuentra que, a pesar de los atrasos generados por los incumplimientos en que el Contratista ha incurrido durante la ejecución del contrato, es necesaria la prórroga al Contrato de Obra 1552 de 2005, basado en los principios de la economía, transparencia y del derecho que responsabilidad de la Ley que las obras públicas se terminen en beneficio de la comunidad, especialmente los contenidos en el Artículo 3 'De los fines de la Contratación Estatal', Artículo 14. 'De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual' y Artículo 18 'De la caducidad y sus efectos'. En consecuencia, nos permitimos ratificar nuestro aval a la solicitud de prórroga del Contratos 1552 de 2005 hasta el 31 de marzo de 2008, basados en los anteriores principios”.

7.8.1. Se estableció que, mediante oficio C. Bil-Ara-D-10-1850 de 28 de marzo de 2008⁷⁸, **la interventoría** del Contrato 1552 de 2005 manifestó que, habiendo recibido ese mismo día solicitud de prórroga del contrato del Consorcio Vías Carreño 2005, pese a que por los atrasos en la ejecución de las obras habían dado lugar a la solicitud de imposición de sanciones contractuales, encontraba que (se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores):

“[...] apoyándose en los principios establecidos en la Ley 80 de 1993, en cuanto a la economía, transparencia y la terminación de las obras públicas en beneficio de la comunidad, y su Artículo 3, 14 y 18, y teniendo en cuenta las dificultades que se han presentado por estar las obras en una región apartada, lo cual dificulta el transporte de materiales y la consecución de los respectivos permisos, esta Interventoría aprueba la prórroga por tres (3) meses al Contrato de Obra 1552 de 2005, contados a partir del 1 de abril de 2008, plazo estimado para que el Contratista concluya las obras objeto del Contrato”.

7.8.2. La consultoría de apoyo a la gestión, HMV Ingenieros Ltda., suscribió oficio 2080-04911⁷⁹, radicado a las 2:40 p.m. del 31 de mayo de 2008 en el INVIAS, en el que refirió que (se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores):

“[...] si bien es necesaria la prórroga al Contrato de Obra 1552 de 2005, basado en los principios de la economía, transparencia y responsabilidad de la Ley 80 de 1993 y los generales del derecho que propugnan la eficacia y celeridad, para que las obras públicas se terminen en beneficio de la comunidad, [...], nos permitimos anotar que el Contratista ha incurrido en incumplimientos en el desarrollo de las obras que han sido informados de manera continua al INVIAS, los cuales han sido la causa principal de los atrasos que presenta el Contrato y son de su entera responsabilidad, y que han generado la solicitud nuestra de imposición de sanciones e inclusive de la aplicación de la caducidad del Contrato de Obra 1552 de 2005. Anotamos que con la comunicación 2080-03846 con número de radicación INVIAS 70113 del 19 de octubre de 2007, se refrendó nuestra solicitud al INVIAS de aplicación de las sanciones pertinentes ante la existencia de los siguientes incumplimientos por parte del Contratista, los cuales ya habíamos indicado en nuestros oficios 2080-01927 del

⁷⁸ Fl. 125 y 126, Anexo 2.

⁷⁹ Fl. 125 a 130, Anexo 2.



22 de Diciembre de 2006, 2080-02294 del 12 de Marzo de 2007 y 2080-04630 del 12 de febrero de 2008, entre otros:

1. Incumplimiento del programa de Inversiones.
2. Por no acatar en los plazos las ordenes de la Interventoría.
3. Incumplimiento frente al sistema de Seguridad Social integral y pagos parafiscales.

Con base en todo lo anotado anteriormente, esta Consultoría de Apoyo a la Gestión da su aval a la prórroga solicitada, condicionando la misma al cumplimiento por parte del Contratista de los suministros para cada una de las actividades en la forma mostrada en el Programa de Obra que acompaña la presente solicitud, al cumplimiento de este Programa de Obra y al cumplimiento del Programa de Inversiones. En caso de observarse incumplimientos en alguno de los anteriores programas, esta Consultoría de Apoyo solicitará la caducidad administrativa del Contrato de Obra 1552 de 2005.

Bajo las consideraciones antes mencionadas, presentamos nuestro aval a la solicitud de prórroga de tres (3) meses al Contrato de Obra 1552 de 2005”.

7.9. Se demostró que, el 22 de diciembre de 2008, representantes del **Consorcio Vías Carreño 2005** y de la **interventoría** del Contrato 1552 de 2005 suscribieron: *i)* el acta de pago núm. 7⁸⁰ por un valor de \$837'065.203, correspondiente a obras de excavaciones, terraplenes, mejoramiento de subrasante, transporte de materiales, subbases, bases, pavimento flexible, pavimento rígido, obras de drenaje, señalización e imprevistos; y *ii)* el acta núm. 7A⁸¹ por un valor de \$112'319.211 correspondientes a ajustes causados. En dichos documentos, se dejó constancia de que tales actas tenían un “*carácter provisional en lo que se refiere a la calidad de las obras parciales*”, por lo que la interventoría podría “*en actas posteriores hacer correcciones o modificaciones, [...] indicando el valor correspondiente a la parte o partes de los trabajos que no se hayan ejecutado a su entera satisfacción a efectos de que el Instituto se abstenga de pagarlos al contratista o realice los descuentos correspondientes hasta que el Interventor dé el visto bueno*”.

7.10. Se probó que, el 15 de marzo de 2010, representantes de la interventoría, del Consorcio Vías Murillo 2005 y del INVIAS suscribieron el acta de entrega y recibo definitivo de obra, en la que consta que: *i)* el plazo de ejecución del Contrato 1552 de 2005 se venció el 31 de marzo de 2008; *ii)* el valor total de las obras contratadas (con IVA) ascendía a los \$5.613'333.584, de las cuales habían sido ejecutados

⁸⁰ Fl. 58 y 59, Anexo 1.

⁸¹ Fl. 62 y 63, Anexo 1.



obras por un valor total de \$3.815'831.364; *iii*) fueron facturadas obras por un precio total (con IVA) de \$2.698.853.050; *iv*) de acuerdo con lo consignado en las actas de obra 4B, 5, 5B y 6A, fueron amortizados \$628'346.143 del monto total del anticipo desembolsado al contratista que ascendía a \$2.472'940.700, **por lo que el saldo del anticipo por amortizar era de \$1.844.594.557.000**; *v*) *“el Acta de pago parcial de obra No. 7 por valor de \$837'065.203,00 y el Acta de Ajustes No. 7A por valor de \$112.319.211,00 no fueron facturadas oportunamente y no fueron suscritas por el Contratista, por lo tanto no pueden ser tenidas en cuenta para la amortización del anticipo hasta tanto no sean presentadas en debida forma ante el Instituto”*; y *vi*) en relación con dichas actas, se consignó que *“[a]dicional a las obra facturada, el contratista desarrolló actividades parcialmente en los sectores K 8+185 al K 11+400 sin llegar a completar la estructura de pavimento y las cuales son susceptibles de deterioro. Estas obras a pesar de haber sido ejecutadas técnicamente y con la aprobación de la Interventoría, deben continuarse a la mayor brevedad. La interventoría certifica que dichas obras cuentan con los soportes de calidad requeridos para su recibo. El INVIAS determinará si el recibo de dichas actividades será objeto de pago o no”*.

Finalmente, por parte del contratista se dejaron las siguientes anotaciones (se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores):

“El Contratista deja constancia de que firma la presenta Acta reservándose el derecho de reclamar el reconocimiento y pago de las cantidades de obra, materiales Stand Bye de la maquinaria consignados en el informe presentado en la audiencia pública tiene recibo debidamente que corresponde a:

- 1. Excavaciones, mejoramiento y adecuación de la Subrasante, terraplenes, base granular en el sector K8+185 al K11+400.*
- 2. Material para el terraplén depositado en su totalidad al borde de la vía en construcción, excavación, transporte y depósito realizado previendo la época invernal y que hoy en día está ya siendo parte del terraplén existente y en uso, cuyo costo fue cancelado con dinero del Anticipo.*
- 3. Material para la base granular igualmente depositado en la vía en las abscisas K8+185 al 11+400 cuyos costos fueron cancelados con dineros del anticipo y que igualmente hoy hacen parte de la estructura de la vía, material este que fue utilizado en la terminación de la estructura que está terminada sin estar cuantificada y cancelada.*
- 4. El material granular para la mezcla asfáltica arena y gravilla llevado de 1.200 Km comprado con los dineros del anticipo con el cual se termina la meta física de este ítem.*



5. *Asfalto depositado en los tanques de la Planta 48 toneladas que aún están en el sitio de la obra, así como emulsión asfáltica, materiales estos igualmente comprados con dineros del anticipo.*

6. *Stand Bye de la maquinaria que aún están en el sitio de la obra, pruebas de lo anterior que hemos solicitado que el INVIAS ordene establecerlas sin que se haya logrado.*

7. *Geomalla Repav instalada en el primer kilómetro K3+500 al K4+500.*

8. *Finalmente reiteramos estar en desacuerdo con la nota de que el Acta 7 y 7A no se presentaron a tiempo ya que se hizo y a pesar de la orden perentoria de la Dirección del Plan 2500 la empresa Consultora encargada de la Consultoría de Apoyo hizo caso omiso, de esto se tiene los documentos firmados por la Interventoría conjunto con el Contratista”.*

Sobre la imposición de la pena pecuniaria

7.11. Está probado que, mediante oficio C.Bil-Ara-D-017-1850 de 8 de abril de 2008⁸², la interventoría del Contrato 1552 de 2005 concluyó que era “*procedente y adecuada la iniciación del trámite de caducidad administrativa*”, al considerar que, a pesar de que el plazo de ejecución contractual había sido “*prorrogado en dos (2) ocasiones, buscando con ello la terminación de la ejecución de la meta física, en aras de preservar el interés general*”, el contratista “*no cumplió, debido a que no implementó el personal, equipos y recursos suficientes, [...] pese a los múltiples requerimientos efectuados por la Interventoría, afectando el desarrollo del contrato*”, y desconoció luego “*el plan de contingencia que él mismo había presentado para el otorgamiento de la segunda prórroga*”. Agregó que, “*al 28 de marzo de 2008, el avance de las obras programadas era del 100% y solo muestra una ejecución real del 65,76% (acorde con la programación aprobada), mostrando un atraso del 33,34%*”.

7.12. Se acredita que, a través de oficio 2080-04991 de 11 de abril de 2008, la consultora de apoyo a la gestión HVM Ingenieros Ltda. solicitó al INVIAS que diera “*inicio al proceso de sanción por incumplimiento parcial de Contrato de Obra 1552 de 2005*” y coadyuvó la solicitud de declarar la caducidad del contrato elevada por la interventoría, teniendo en cuenta que el consorcio contratista había presentado incumplimientos en el pago de salarios y prestaciones sociales, “*no aprovechó las épocas de verano en las cuales podía aumentar su avance de construcción e terraplén, pues el mal estado de su maquinaria y sus continuos daños no permitieron*

⁸² Fl. 70 a 73, C. 1.



esa actividad”, y presentó los siguientes atrasos en la ejecución de las obras, sin que los hubiera justificado con “pruebas contundentes”:

<i>Tramo de ejecución: K3+500 al 11+400. Longitud financiada: 7.9 km</i>			
<i>ACTIVIDADES</i>	<i>EJECUTADO (KM)</i>	<i>FALTANTE (KM)</i>	<i>% FALTANTE</i>
<i>Obras drenaje</i>	7.2	0.7	8%
<i>Terraplenes</i>	6.0	1.9	24%
<i>Base estabilizada</i>	5.5	2.4	30%
<i>Mezcla asfáltica</i>	4.5	3.4	43%

7.13. Quedó establecido que, teniendo en cuenta lo expresado por la interventoría y la consultoría de apoyo a la gestión en los documentos referidos anteriormente (*hechos probados 6.11 y 6.12*), el INVIAS convocó a Seguros Condor S.A. y al Consorcio Vías Carreño 2005 a rendir descargos⁸³, en los que este último le solicitó⁸⁴ al INVIAS que se abstuviera de declarar la caducidad del Contrato 1552 de 2005 y, en su lugar, declarara que dicho ente había incumplido el contrato, ordenando el pago de los perjuicios con ello ocasionados.

Como sustento de tal solicitud, el Consorcio Vías Carreño 2005 refirió, en resumen, que: **i)** el atraso en el 33% de la ejecución de las obras respondía a circunstancias que constituían hecho fortuito o fuerza mayor, “*en consideración [a] hechos como la inundación, el incidente diplomático con Venezuela, la mora en la aprobación de diseños, las temporadas de lluvias, la falta de suministro y el daño en los equipos*”; **ii)** no se había probado que tal retraso afectara la prestación del servicio; **iii)** el ente contratante había perdido la competencia temporal para declarar la caducidad; **iv)** debía agotarse un procedimiento previo en el que se garantizara el debido proceso; **v)** no sería válido atribuirle un retardo en la ejecución de los trabajos al contratista, pues no había sido constituido en mora con el requerimiento previo necesario para ello; **vi)** sí habría contado el consorcio contratista con el personal requerido, al que le habría pagado los salarios y prestaciones, sin que un juez laboral hubiera declarado lo contrario; y que **vii)** el INVIAS habría incumplido el Contrato 1552 de 2005, al firmar el acta de inicio tardíamente, violar “*el derecho del contratista a pedir el valor de su trabajo*”, poner intencionalmente al contratista en estado de incumplimiento y desequilibrio contractual, enriquecerse sin justa causa y declarar “*unilateralmente la terminación del contrato*”.

⁸³ Fl. 79 a 82, C. 1.

⁸⁴ Fl. 83 a 109, C. 1.



7.14. Se demostró que, mediante oficio 2080-05286 de 4 de junio de 2008⁸⁵, la consultora de apoyo a la gestión -*HMV Ingenieros Ltda.*- rindió concepto sobre los descargos formulados por el Consorcio Vías Carreño 2055, en los que concluyó que *“no se justifica el incumplimiento, y que a la fecha de presentación de este concepto el Contrato de Obra No. 1552 de 2005 ya terminó con incumplimiento del Contratista del 36.84% en la ejecución de las obras”*.

Como sustento de lo anterior, la firma consultora señaló, en síntesis, que: **i)** los incumplimientos del contratista se habían verificado en reuniones, en las que se le permitió recuperarse de sus atrasos; **ii)** con el traslado de las solicitudes de declaración de la caducidad al consorcio contratista se había garantizado su derecho de defensa; **iii)** los atrasos del contratista no habían sido ocasionados por las lluvias ni por las condiciones de la zona, sino por su *“indebida ejecución”* del contrato; **iv)** *“las inundaciones presentadas que afectaron directamente las obras fueron mínimas, y las mismas se verían suplidas con las prórrogas concedidas al Contratista”*; **v)** el incidente con Venezuela invocado por el contratista no incidiría en la ejecución de las obras, ya que, de acuerdo con lo relacionado por este en su plan de trabajo, los materiales serían comprados en Acacías (Meta) y la compra de materiales de Venezuela se produjo cuando ya existía un atraso del 50%; **vi)** la mora en la aprobación de diseños fue ocasionada por la ausencia de resultados de laboratorio del contratista; **vii)** *“[c]iertamente en la zona donde se ejecuta el Contrato 1552 de 2005 se han presentado lluvias previsibles para esta zona del país y no obstante que en algún momento han podido ser representativas, no constituyen una justificación, pues para que lo sean, los retrasos en la obra deben ser la causal directa de las lluvias, situación que no acontece en este caso, ya que la lluvia no ha sido la causante de los incumplimientos en el plan de inversión por parte del Contratista, sino la falta de materiales y equipos en la obra”*; **viii)** la falta de suministro de materiales y los daños en los equipos constituyen circunstancias imputables al contratista; y que **ix)** en auditoría realizada el 12 de octubre de 2006 por la interventoría, se detectó que no se había realizado una inducción al personal de obra, no se había capacitado al personal administrativo sobre el sistema de gestión de calidad, no había registros de control de actividades ejecutadas en obra ni de las cantidades de obra ejecutadas diariamente, los equipos de construcción no estaban debidamente seriados, los equipos de topografía no contaban con

⁸⁵ Fl. 11 a 126, C. 1.



certificados de calibración vigentes, no había equipos de laboratorio ni planes de toma de muestras, no existía un control de entradas y salidas del personal del campo, y no había un reporte de materiales entrantes y salientes, ni certificación de sus especificaciones.

7.15. Está probado que, mediante comunicación DJ-873/08 de 6 de junio de 2008⁸⁶, Seguros Condor S.A. rindió descargos, en los que adujo que los retrasos en las obras respondían a circunstancias de hecho fortuito o fuerza mayor, *“pues dichas patologías han tenido su origen en exceso de lluvias y el flujo de aguas que no depende de la voluntad de la firma CONSORCIO VÍAS CARREÑO 2005”*.

7.15.1. Se acreditó que, con oficio 2080-05403 de 23 de junio de 2008⁸⁷, la consultora para la gestión -*HMV Ingenieros Ltda.*- rindió concepto sobre los descargos presentados por Seguros Condor S.A., en el que concluyó que no se configuraba el hecho fortuito y la fuerza mayor alegados, siendo procedente la declaración de la caducidad y la exigibilidad de la póliza única de cumplimiento NC 133030, con fundamentos análogos a los expuestos en el concepto rendido sobre los descargos del consorcio contratista.

7.15.2. La interventoría del Contrato 1552 de 2005 se pronunció también sobre los descargos rendidos por Seguros Condor S.A., a través de oficio C.Bil-Ara-208-1850 de 23 de julio de 2008⁸⁸, en el que manifestó que los atrasos en la ejecución de las obras del Contrato 1552 de 2005 no obedecían a un hecho fortuito o fuerza mayor, sino a: **i)** el incumplimiento en el suministro de materiales imputable al contratista, quien *“tenía que conocer las fuentes de materiales que podría utilizar para la realización de las obras objeto del contrato”*; **ii)** el incumplimiento en el suministro de maquinaria y su pronta reparación, también a cargo del contratista, el cual debía estar preparado para afrontar estas situaciones; **iii)** que *“el contratista contaba con los recursos financieros para el desarrollo del Contrato, y que si bien se presentaron temporadas de lluvias como en todo el territorio colombiano estas no fueron de carácter continuo y permanente, sin embargo el INVIAS, otorga al Contratista Consorcio Vías Carreño 2005, dos prórrogas por un tiempo total de cuatro meses y medio, tiempo en el cual el Contratista se compromete a dar cumplimiento al Contrato, incumpliendo nuevamente con el objeto del contrato y su meta física”*.

⁸⁶ Fl. 427 y 128, C. 1.

⁸⁷ Fl. 130 a 133, C. 1.

⁸⁸ Fl. 134 a



7.16. Se probó que el INVIAS profirió la Resolución No. 01694 del 9 de marzo de 2009⁸⁹, en la que resolvió (*se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores*):

“ARTÍCULO PRIMERO. Declarar el incumplimiento definitivo del Contrato No. 1552 de 2005, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y el CONSORCIO VIAS CARREÑO 2005 INTEGRADO POR ALFREDO ORTEGON PULIDO; LELIS ALFONSO SOTELO SANCHEZ Y CESAR AUGUSTO MORENO LADINO, cuyo objeto fue El DISEÑO, LA RECONSTRUCCIÓN, LA PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LA VIA GRUPO 88, EN EL TRAMO 1 PUERTO CARREÑO JURIEPE DEL K3+500 AL K16+000, CON UNA LONGITUD DE 12.50 KILOMETROS EN EL DEPARTAMENTO DE VICHADA, por un valor de CINCO MIL SEISCIENTOS DOCE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$5.612.852.279.00) M/cte y un plazo total de ejecución de veintiocho (28) meses y trece (13) días, por incumplimiento definitivo de las obligaciones del contrato que condujeron al no cumplimiento del 100% del objeto contratado, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO. Imponer al contratista CONSORCIO VIAS CARREÑO 2005 como sanción a título de cláusula penal pecuniaria la suma de CIENTO CINCUENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON 10 CTVOS. (\$153.806.445.10) MDA CTE, correspondiente al diez por ciento (10%) de las cantidades totales de la obra por ejecutarse, de conformidad con estipulado en la cláusula Décimo Quinta del Contrato 1552 de 2005.

ARTÍCULO TERCERO. El contratista CONSORCIO VIAS CARREÑO 2005 deberá cancelar la sanción impuesta en la cuenta que para tal efecto señale el área de Tesorería del Instituto Nacional de Vías, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución y si no fuere posible se descontará de los saldos pendientes que el Instituto le adeude o haciendo efectiva la garantía única e cumplimiento [...]”.

Como fundamento de su decisión, el INVIAS hizo un recuento de las actuaciones que se surtieron en el procedimiento sancionatorio, las cuales fueron aquí referidas anteriormente, a lo que agregó que: *i)* en la audiencia pública realizada en dicho trámite, que fue celebrada el 1 y el 3 de septiembre de 2008, el representante del Consorcio Vías Carreño 2005 formuló propuesta para terminar la obra, que radicó por escrito en el INVIAS; *ii)* en la misma diligencia, la interventoría del contrato expresó que “*el contratista hace referencia a que no pudo ejecutar el objeto del contrato debido al fuerte invierno, situación que no tiene fundamento y de acuerdo a los registros del IDEAM, presentados por el mismo Consorcio Vías Carreño 2005 y tomados de la estación ubicada en el aeropuerto de Puerto Carreño, indican que*

⁸⁹ Fl. 145 C.1 a 224, C. 2.



las lluvias fuertes se presentaron en días puntuales y no fueron continuas a lo largo de los tres meses como lo afirma el contratista, por otra parte de acuerdo al registro del IDEAM, para los meses de Mayo y Junio el índice de precipitación en % hace referencia a lluvias moderadamente por encima de lo normal (mes muy lluvioso), situación que de ninguna manera impidió que se ejecutaran las obras objeto del contrato como lo afirma el contratista”; **iii)** el conflicto fronterizo con Venezuela no había impedido la ejecución del contrato, puesto que se dieron únicamente hechos puntuales de corta duración, y el consorcio “no presentó a la interventoría, la fórmula de trabajo, registro de importación del material que importaría de Venezuela”; **iv)** el contratista incumplió los planes de contingencia que él mismo formuló con las prórrogas que el INVIAS le concedió; **v)** en la audiencia, la consultora de apoyo a la gestión HMV Ingenieros Ltda. refirió que “a pesar de que el contratista diga lo contrario, la Interventoría y la Consultoría siempre estuvimos proactivos para la ejecución de la obra, tanto es así que dimos nuestro aval para que se le concediera un anticipo adicional”; **vi)** así mismo, la consultora manifestó que “el contratista en su formulario 4 sí ofertó esos precios y cuando legalizó el numeral 5.2 él presentó los análisis de precios que soportaban esos precios que es lo que ofertó, y nadie lo obligó a la presentación de los mismos, él los soportó con la firma de representante legal doctor Ortegón”; **vii)** en la audiencia, el funcionario del INVIAS a cargo de la supervisión del contrato expresó que “se efectuó visita de obra por parte del contratista Consorcio Vías Carreño 2005, Interventoría Consorcio Bil-Ara, Consultoría de Apoyo a la Gestión HMV Ingeniero Ltda. y Supervisor de Departamento de INVIAS, por el cual por medio del acta de comité técnico se plasmó el avance físico y presupuestal que el contratista ejecutó a 31 de marzo de 2008”; **viii)** que no había lugar a estudiar la propuesta para terminar la obra, porque el plazo de ejecución del contrato ya había concluido; **ix)** que el contratista presentó un incumplimiento definitivo de un 31,1% de las obras contratadas, pese a que el plazo fue prorrogado en dos oportunidades; **x)** que, no obstante, no procede la declaración de la caducidad, pues no se logró demostrar que dicho incumplimiento condujera a la paralización del servicio prestado por la entidad; **xi)** que el contratista no demostró que el incumplimiento obedeciera a causa ajenas a él; **xii)** que, por el contrario, los conceptos de la interventoría y la consultoría de apoyo a la gestión permiten determinar que el incumplimiento fue ocasionado exclusivamente por el consorcio contratista; **xiii)** que la jurisprudencia administrativa ha afirmado que el incumplimiento puede ser declarado tras el vencimiento del plazo contractual; y que



xiii) se había respetado el procedimiento establecido en el artículo 87 del Decreto 2474 de 2008.

7.17. Está establecido que Seguros Cóndor S.A. interpuso recurso de reposición⁹⁰ contra la Resolución No. 01694 de 2009, en sustento del cual adujo que: **i)** el monto de la pena impuesta debía reducirse en proporción al cumplimiento contractual, que había sido del 65,46%; **ii)** el INVIAS no tenía la facultad de cobrar simultáneamente la pena pecuniaria y hacer exigible la garantía de cumplimiento; y que **iii)** se había presentado un desequilibrio contractual, debido a que los costos de ejecución del contrato se habían incrementado.

7.18. El 27 de mayo de 2009, el Consorcio Vías Carreño 2005⁹¹, igualmente, recurrió en reposición la Resolución No. 01694 de 2009, argumentando que: **i)** había incurrido en falsa motivación y violación de la ley al hacer efectiva la cláusula penal, porque el INVIAS habría presentado en un déficit de planeación en lo atinente a la morfología del suelo, el régimen de lluvias, el sistema de transporte, el sistema de inversión y a la magnitud real de las obras, por lo que debería haber prorrogado el plazo de ejecución contractual y restablecido el equilibrio financiero del contrato; **ii)** la orden de inicio fue emitida tardíamente, por circunstancias imputables al ente contratante, por lo que el contrato debió ser ejecutado en la temporada de lluvias; **iii)** durante el primer semestre de 2006 se prohibió el transporte por el río Meta, lo que impidió que la maquinaria fuera entregada en tiempo e hizo necesarios 100 viajes de tractomula con un costo tres veces superior al del transporte fluvial; **iv)** debió realizar modificaciones en el pavimento, empleando malla geotextil, sin que sus costos fueran reconocidos por el ente contratante; **v)** entre mayo y diciembre de 2007 se produjo un pluviosidad extraordinaria que impidió la ejecución de las obras; **vi)** no pudo aprovechar los momentos en que la lluvia cesó, debido a que *“en esos momentos la tierra sigue igualmente entrampada, [...] dada la conformación arenosa de la capa superficial”*; **viii)** ante las anteriores circunstancias, el INVIAS tenía la *“obligación de suspender el plazo del contrato”*; **ix)** se produjo un desequilibrio económico del contrato de \$4.276'858.730, *“debido básicamente [...] al incremento desmedido de los costos de personal y de transporte de maquinaria y materiales, así como al stand by del maquinaria, producidos como consecuencia de la falta de suspensión del contrato por parte del INVIAS”*, que desconoció su

⁹⁰ Fl. 225 a 228, C. 2.

⁹¹ Fl. 525 a 537, C. 3.



obligación de restablecer el equilibrio contractual; y que **x)** el valor previsto inicialmente por el departamento del Vichada para las obras contratadas ascendía a \$12.500'000.000, pero fue disminuido en \$7.500'000.000 por el INVIAS.

7.19.1. Fue acreditado que la interventoría del Contrato 1552 de 2005 se pronunció sobre el recurso interpuesto por el Seguros Condor S.A., mediante oficio BIL-083-139 de 7 de junio de 2009⁹², en el que reiteró que el Consorcio Vías Carreño 2005 había incumplido el negocio jurídico, por lo que solicitó en repetidas ocasiones que fuera sancionado, presentándose al acaecimiento del plazo de ejecución un cumplimiento del 65,76%, con un atraso correlativo del 33,34%, sin que, además, fueran corregidos los defectos en las obras ordenados por la interventoría. Agregó que, en todo caso, se presentó una *“terminación intempestiva de actividades por finalización del plazo contractual”*, por lo que la ratificación de la sanción contractual sería una *“decisión exclusiva de la Dirección del Plan 2055 y la Consultoría de Apoyo”*.

7.19.2. Se demostró que el ingeniero supervisor del Contrato 1552 de 2005 suscribió oficio de 27 de agosto de 2009⁹³, en el que expresó que el contratista no había probado la existencia de un desequilibrio económico del contrato ni la ocurrencia de circunstancias de hecho fortuito o fuerza mayor. Pero, añadió, de acuerdo con un acta de obra suscrita por el contratista y la interventoría, que se habían ejecutado obras por un valor de \$3.432.306.5565 (sin IVA), que representaban el 69,4% del total, por lo cual el porcentaje de las obras no ejecutadas equivalía al 30,60%, debiendo consecuentemente revisarse el monto de la pena pecuniaria impuesta.

7.19.3. La consultoría de apoyo a la gestión HVM Ingenieros Ltda. se pronunció igualmente sobre el recurso presentado, a través de oficio 2080-06709 de 11 de agosto de 2009⁹⁴, en el que hizo referencia a las reuniones que sostuvo con representantes del Consorcio Vías Carreño 2005 y de la interventoría los días 26 de octubre y 18 de diciembre de 2007, así como el 15 y el 29 de enero de 2008, en las que fue evaluado el rendimiento en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, al que se le concedió un plazo adicional, así como un monto superior del anticipo, para que contara con el flujo de caja necesario para la ejecución del

⁹² Fl. 231 a 233, C. 2.

⁹³ Fl. 234 a 237, C. 2.

⁹⁴ Fl. 238 a 249, C. 2.



contrato, pese a lo cual el contratista no ejecutó los trabajos a los que se había comprometido.

Agregó que el 12 de febrero de 2008 se desarrolló otra reunión, en la que se verificó que no se habían presentado avances en las obras de base estabilizada desde la última reunión celebrada, y, si bien se presentaron adelantos para el 26 de febrero siguientes, persistían los incumplimientos del consorcio, puesto que el terraplén tenía 5,7 kilómetros frente a la meta de 6,9 kilómetros, se había construido una base estabilizada de 4,5 kilómetros de los 5,9 kilómetros que tenía por meta, y se habían pavimentado 4,0 kilómetros de la meta de 5,9.

Así las cosas, la consultora concluyó que *“era probable que los dos meses que aduce el Contratista en los cuales hubiese podido terminar las obras, hubiesen sido insuficientes por sus propios rendimientos”*, además de que, en las reuniones de seguimiento realizadas, *“se determinó que no se realizaría una nueva prórroga al Contrato de Obra a menos que el Contratista cumpliera los compromisos establecidos en cada una de las reuniones efectuadas, las cuales incluyen la colocación de la totalidad de los suministros en la obra y un alto avance en cuanto a las labores de pavimentación. Como se puede observar en los cuadros anteriores, los compromisos establecidos nunca fueron cumplidos por parte del Contratista. Por lo tanto la aprobación de la prórroga al Contrato de Obra 1552 de 2005 no se realizó por hechos únicamente imputables al Contratista”*.

Además, HVM Ingenieros Ltda. mencionó que, de acuerdo con lo manifestado en su propuesta, el Consorcio Vías Murillo 2005 debió prever las circunstancias que afectarían la ejecución contractual, sin que fuera válido afirmar que las precipitaciones en el lugar de las obras hubieran afectado el desarrollo del contrato por la suscripción tardía del acta de iniciación, ya que esta circunstancia era imputable al mismo contratista, quien tenía conocimiento de las lluvias que se presentaban en la zona y, no obstante, desaprovechó la época de *verano* para transportar los materiales requeridos.

A continuación, tras determinar que el eventual desequilibrio económico aducido por el contratista sería imputable a él mismo, concluyó que el Consorcio Vías Carreño 2005 había ejecutado obras por un valor de \$3.432'306.565 del total de \$4.945'881.400, correspondientes al 69,40% de los trabajos. En consecuencia,



determinó que, si bien era válida la imposición de la sanción contractual, debía revisarse su monto.

7.20. Se demostró que, posteriormente, el INVIAS emitió la Resolución No. 03853 del 27 de agosto de 2010⁹⁵, en la que resolvió principalmente (*se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores*):

“ARTICULO CUARTO: CONFIRMAR los artículos primero, tercero, cuarto y quinto del Resolución N° 01694 del 09 de Marzo de 2009, mediante la cual se declaró el incumplimiento definitivo del contrato No. 1552 de 2005, suscrito entre el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS y el CONSORCIO VIAS CARREÑO 2005, integrado por ALFREDO ORTEGON PULIDO, LELIS ALFONSO SOTELO SANCHEZ Y CESAR AUGUSTO MORENO LADINO, NIT: 900 035 207-3, representado por ALFREDO ORTEGON PULIDO, identificado con cedula de ciudadanía 19.160.155 de Bogotá o quien haga sus veces, de conformidad con la parte motiva del presente acto.

ARTICULO QUINTO: MODIFICAR el artículo segundo de la Resolución N° 01694 del 09 de Marzo de 2009, mediante la cual se declaró el incumplimiento definitivo del contrato No. 1552 de 2005, suscrito entre el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS y el CONSORCIO VÍAS CARREÑO 2005, el cual quedará así:

*IMPONER al contratista CONSORCIO VÍAS CARREÑO 2005 como sanción a título de cláusula penal pecuniaria la suma de CIENTO DIECISIETE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$117*636.667,50), correspondiente al diez por ciento (10%) de las cantidades totales de la obra dejadas de ejecutarse de conformidad con la cláusula Décimo Quinta del contrato y con la parte considerativa de esta providencia”.*

6.20.1. Como fundamento de esta decisión, después de hacer referencia a los conceptos rendidos por la interventoría y la consultoría de apoyo a la gestión, la entidad contratante consideró que: **i)** de acuerdo con el pliego de condiciones, con la suscripción de su propuesta y del Contrato 1552 de 2005, el Consorcio Vías Carreño 2005 reconoció que tenía “*conocimiento previo del sitio del proyecto, sus características y las condiciones que pudieran afectar el desarrollo de su ejecución*”; **ii)** la falsa motivación y violación de la ley alegadas por el consorcio no tenían fundamento probatorio alguno y suponían trasladar a la entidad contratantes cargas propias del contratista, pues el ente tenía la facultad de suscribir, o no, las prórrogas al contrato; **iii)** la suscripción de la orden de inicio se tardó porque el contratista no entregó la póliza única de cumplimiento requerida; **iv)** el contratista no probó que se hubiera presentado una pluviosidad extraordinaria, ni que esta hubiera influido determinadamente en la ejecución de las prestaciones a su cargo, ni solicitó la

⁹⁵ Fl. 306 a 330, C. 2.



suspensión del contrato por tales hechos; **v)** el ente contratante concedió dos prórrogas de 43 días y 3 meses, cada una, pese a lo cual el contratista no ejecutó las obras a su cargo; **vi)** la configuración del desequilibrio financiero argüida resultaba impertinente; y que **vii)** sí procedía el cobro simultáneo de la devolución del anticipo no amortizado y la pena pecuniaria.

7.20.2. Se probó que la Resolución No. 03853 del 2010 fue notificada personalmente al representante del Consorcio Vías Carreño 2005, Alfredo Ortegón Pulido⁹⁶, y por edicto fijado entre el 28 de septiembre y el 11 de octubre de 2010⁹⁷

Sobre la devolución del anticipo

7.21. Fue demostrado que, con oficio 27653 de 18 de julio de 2008⁹⁸, el INVIAS le solicitó al Consorcio Vías Carreño 2005 la devolución del anticipo entregado y no amortizado, por un monto de \$1.844'594.556, en un término de cinco (5) días.

7.22. Se probó que, mediante escrito radicado el 28 de julio de 2008⁹⁹, el Consorcio Vías Carreño 2005 le manifestó al INVIAS que no le adeudaba los \$1.844'594.556 solicitados, ya que *“el acta de recibo final de obra es por valor aproximado de \$1.000.000.000,00, dinero que se amortizará al valor del anticipo; actualmente esta acta se encuentra pendiente de firma del interventor”*, y afirmó la existencia de un desequilibrio contractual, por *“varios hechos del príncipe, teoría de la imprevisión y circunstancias materiales de ejecución”*.

7.23. Está acreditado que, a través de oficio 2080-05880 de 17 de septiembre de 2008¹⁰⁰, el consultor de apoyo a la gestión HVM Ingenieros Ltda. expresó que no son válidas las razones dadas por el Consorcio Vías Carreño 2005 anteriormente, puesto que: **i)** *“ciertamente existen unas obras que no han sido canceladas que ascienden a un valor aproximado de \$840.000.000.00, sin embargo no hay certeza si éste monto se aplicará a la amortización del anticipo o al pago de las sanciones a que pueda ser acreedor el contratista”*; **ii)** *“con los dinero que por obra se deben reconocer en un futuro al contratista no se alcanza a cubrir o amortizar en su totalidad el anticipo, razón por la cual es claro que el contratista debe responder”*; y

⁹⁶ Fl. 542 y 543, C. 3.

⁹⁷ Fl. 540 y 541, C. 2.

⁹⁸ Fl. 129, C. 1.

⁹⁹ Fl. 136 y 137, C. 1.

¹⁰⁰ Fl. 143 y 1443, C. 2.



que **iii)** en oportunidades previas ya se había pronunciado sobre la inexistencia de las circunstancias generadoras del desequilibrio contractual aducidas por el consorcio contratista.

7.24. Se demostró que el INVIAS expidió la Resolución 01035 de 15 de marzo de 2010¹⁰¹, en la que resolvió (*se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores*):

“ARTÍCULO PRIMERO. Declarar ocurrido el siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo del Contrato de Obra No. 1552 el 7 de septiembre de 2005, celebrado con el CONSORCIO VÍAS CARREÑO 2005 NIT. 900.035.207-3 (INTEGRADO POR ALFREDO ORTEGON PULIDO, LELIS ALFONSO SOTELO SÁNCHEZ Y CESAR AUGUSTO MORENO LADINO), representado en aquella época por ALFREDO ORTEGON PULIDO, cuyo objeto fue DISEÑO, RECONSTRUCCION, PAVIMENTACION Y/O REPAVIMENTACION DE LA VIA GRUPO 88, EN EL TRAMO 1 PUERTO CARREÑO-JURIEPE DEL K3+500 AL K16+000, CON UNA LONGITUD DE 12,50 KILÓMETROS, EN EL DEPARTAMENTO DE VICHADA, de conformidad con la parte motiva del presente Acto Administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. El contratista deberá pagar el valor de MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$1.844'594.557) MONEDA CORRIENTE, en la cuenta que para tal efecto ordene el Área de Tesorería del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente Resolución y si no fuere posible la descontará de los saldos pendientes que el INSTITUTO le adeude al contratista o haciendo efectiva la Garantía Única de Cumplimiento No. 250133030 y sus anexos modificatorios expedida por Seguros Cóndor S.A. a través del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, como respaldo del cumplimiento del contrato estatal en cuestión.

ARTÍCULO TERCERO. Ordenar al CONSORCIO VÍAS CARREÑO 2005 NIT. 900.035.207-3 representado por ALFREDO ORTEGON PULIDO o quien haga sus veces, la entrega a favor del INVIAS de los rendimientos financieros sobre la suma de dinero entregada como anticipo”.

Como fundamento de lo así decidido, el INVIAS expuso, en síntesis, que: **i)** le otorgó al consorcio contratista un anticipo de \$2.472.940.700, cuyo buen manejo y correcta inversión fueron garantizados con la póliza única de cumplimiento núm. 250133030 de Seguros Condor S.A.; **ii)** mediante oficio SGT-a 27653 de 18 de julio de 2008 le solicitó al consorcio contratista la devolución del anticipo no amortizado, por un total de \$1.844'594.556; **iii)** el Consorcio Vías Carreño 2005 adujo que en la última acta amortizaría \$1.000'000.000; **iv)** en oficio 54086 de 29 de agosto de 2008, la interventoría del Contrato 1552 de 2005 presentó una relación de los valores del anticipo no amortizados por el contratista, por un total de \$1.844'594.557, lo cual

¹⁰¹ Fl. 258 a 263, C. 2.



fue ratificado por la consultora de apoyo a la gestión HVM Ingenieros Ltda., en oficio 2080-05880 de 17 de septiembre de 2008; **v)** de acuerdo con la relación de pagos expedida por la tesorería¹⁰², existe un saldo pendiente de anticipo por amortizar que asciende a \$1.874'594.557; y que **vi)** según la jurisprudencia, la entidad contratante tiene la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo.

7.25. Se estableció que Seguros Cóndor S.A. interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 01035 de 2010¹⁰³, argumentando que el INVIAS no tenía competencia temporal para declarar el siniestro, la acción de seguros había prescrito, la Administración había obrado con desviación de poder, se había violado el debido proceso y que la culpa del asegurado no estaba amparada.

7.26. El Consorcio Vías Carreño 2005 presentó asimismo recurso de reposición contra la Resolución No. 01035 de 2010¹⁰⁴, en cuyo sustento sostuvo que, de acuerdo con el acta de entrega y recibo definitivo de obras, se habrían ejecutado trabajos por un valor de \$3.815'831.364, de los que habían sido facturados \$2.866'446.950, existiendo así una diferencia de \$949'384.414, correspondiente al valor de las actas 7 y 7A, que *“si bien es cierto que fueron facturadas oportunamente y no fueron suscritas por la Consultoría de apoyo”*, deberían ser tenidas en cuenta al cuantificar el monto del anticipo no amortizado, que ascendería así a \$894'210.143; suma a la deberían restarse rubros correspondientes a Geotextil NT REPAV 450, así como la diferencia entre el valor real de los ítems y el definido en el contrato, los materiales ubicados en obra y el *stand by* de maquinaria, por un total de \$8.027'099.404.

7.27. Fue acreditado que, con oficio C.Bil-Ara-029-ADM de 3 de junio de 2010¹⁰⁵, la interventoría del Contrato 1552 de 2005 se pronunció sobre el recurso presentado por Seguros Cóndor S.A. y el consorcio contratista, manifestando que si bien *“[...] es cierto que existen las actas 7 y 7A, y que ellas deben ser amortizadas como lo calculó la interventoría en su informe final. No es cierto que esas actas se hallan facturado oportunamente, ya que por desacuerdo entre la Consultoría de Apoyo no fueron aprobadas las cantidades ejecutadas por el Contratista en los sectores en los cuales no se colocó carpeta asfáltica [...] También es claro que persiste un valor*

¹⁰² Fl. 229 a 230, C. 2.

¹⁰³ Fl. 272 a 279, C. 2.

¹⁰⁴ Fl. 280 a 287, C. 2.

¹⁰⁵ Fl. 288 a 290, C. 2.



señalado en el informe final de Interventoría que de todas formas queda pendiente de amortizar una vez se tramiten como corresponde las dos actas pendientes [...] Las obras finalmente ejecutadas con y sin carpeta asfáltica tienen un valor de \$3.815'831.364. tal cual como se discrimina en el informe de Interventoría".

7.28. Quedó establecido que el INVIAS expidió la Resolución No. 03205 de 16 de julio de 2010¹⁰⁶, con la que resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución No. 01035 de 2010, considerando fundamentalmente que, al no haber sido facturadas oportunamente las obras referidas en las actas 7 y 7A, que no fueron suscritas por el contratista, estas no fueron tenidas en cuenta para cuantificar la amortización del anticipo, sin que la obligación de formalizar las actas pueda ser desconocida por el contratista. Agregó que “[e]s el acta de entrega y recibo definitivo de la obra, la que establece claramente los valores no amortizados del anticipo y las razones por las cuales no fueron tenidas en cuenta las actas 7 y 7A, actas suscrita [sic] por el contratista quien la reconoce y no ha tachado por ningún medio”, y que el contratista debía amortizar el anticipo a medida que fuera ejecutando la obra con la suscripción de las actas, y la entrega de “*facturas y conciliaciones bancarias, comprobantes de egreso contable y tributariamente soportados, cosa que hasta la fecha no ha ocurrido*”. Además, puso de presente que en el acta de entrega y recibo definitivo fueron relacionadas obras ejecutadas que no fueron recibidas, porque no cumplían con los requerimientos técnicos.

Testimonio

7.29. El 31 de mayo de 2019 se practicó audiencia en la que rindió testimonio la señora Claudia Estrada Charris¹⁰⁷, quien en resumen declaró que: **i)** es ingeniera civil, especialista en gerencia de proyectos; **ii)** el Contrato 1552 de 2005 tenía por objeto la pavimentación del tramo Puerto Carreño-Jariepe; **iii)** fue secretaria del Consorcio Vías Carreño 2005 desde la fase de licitación en la que fue adjudicado dicho contrato hasta su finalización, cuando la “*empresa entró en decadencia*”; **iv)** como secretaria, estaba a cargo del enlace entre la interventoría, la consultoría de apoyo, el INVIAS y el consorcio contratista, en razón de lo cual asistió a varias reuniones y coordinaba las actas de obra; **v)** la ejecución del contrato inició normalmente, pero luego tuvieron inconvenientes por el cierre de la frontera con

¹⁰⁶ Fl. 294 a 305, C. 2.

¹⁰⁷ Fl. 678 y 679, C. 3.



Venezuela, por lo que no podían adquirir fácilmente materiales granulares, cemento y asfalto, los cuales tenían que ser llevados desde Villavicencio hasta Puerto López, donde eran embarcados hasta el lugar de las obras; **vi)** la pluviosidad extraordinaria que se presentó impidió también la ejecución oportuna de las obras; **vii)** no fue concedida una última prórroga, por lo que el contrato no llegó a buen fin; **viii)** el consorcio hizo todo lo posible por tener los materiales en el lugar de las obras, que allí se encontraban cuando terminó el plazo estipulado, donde permanecieron por los altos costos del transporte; **ix)** los miembros del Consorcio Vías Carreño 2005 hicieron lo posible y presentaron los documentos necesarios para que el INVIAS prorrogara el plazo de ejecución del contrato; **x)** acudió a varias reuniones con la consultoría de apoyo y la interventoría del contrato, con el propósito de que se prorrogara el plazo; y que **xi)** no recordaba con claridad el porcentaje del contrato que no fue ejecutado.

La Sala le dará credibilidad al dicho de la testigo Claudia Estrada Charris y procederá a su valoración, dado que conoció de primera mano las circunstancias que rodearon la ejecución del contrato, aunado a que lo afirmado en su declaración se acompasa con las restantes pruebas del plenario, particularmente con las documentales.

Ahora bien, comoquiera que el testimonio de Claudia Estrada Charris proviene de una persona que tuvo un vínculo laboral con la parte demandada, a juicio de la Sala sus declaraciones resultan sospechosas, por lo cual serán valoradas con la especial severidad que se requiere¹⁰⁸. Al respecto, vale reiterar que conforme lo ha manifestado esta Corporación, los testimonios que resulten sospechosos no pueden desecharse de plano, sino que deben ser examinados y valorados con mayor rigurosidad, de cara a las demás pruebas que reposen en el expediente y de acuerdo con las circunstancias propias de cada asunto litigioso¹⁰⁹.

8. Solución al caso concreto

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

¹⁰⁸ "Artículo 217. Testigos Sospechosos. Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas".

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 28 de febrero de 2011, exp. 20.262



8.1. Segundo problema jurídico: determinar si en la liquidación del Contrato 1552 de 2005 no debió computarse el valor correspondiente al anticipo no amortizado

En el escrito de contestación de la demanda (*antecedentes 2.2 a 2.2.3*), los miembros del Consorcio Vías Carreño 2005 adujeron que el INVIAS incumplió el Contrato 1552 de 2005, puesto que lo terminó unilateralmente pese a que su plazo había sido prorrogado, de acuerdo con lo cual propusieron la excepción de “*incumplimiento del contrato por parte de la demandante*”, porque no habría incurrido en alguna causal de terminación unilateral del contrato y, pese a que la interventoría y la consultoría de apoyo a la gestión contractual habían autorizado su prórroga, el INVIAS lo dio por terminado. Plantearon, adicionalmente, la excepción de caso fortuito o fuerza mayor, por la temporada de lluvias que habría retrasado por cuatro meses la ejecución del contrato.

Como fundamento de la estimación de las pretensiones del INVIAS, el tribunal consideró que, como las actas de obra 7 y 7A no fueron aceptadas por el ente contratante, los integrantes del Consorcio Vías Carreño 2005 le debían reintegrar al INVIAS la suma de \$1.844'594.557 por concepto de anticipo no amortizado. Agregó que, si bien el consorcio demandado había afirmado que no se configuró una causal de terminación unilateral del contrato, este argumento es inválido, debido a que no fue declarada la terminación unilateral del Contrato 1552 de 2005, conforme a lo previsto en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 (*antecedente 4.5*). Por último, refirió que los atrasos en la ejecución de las obras contratadas por las lluvias que se presentaron fueron sorteados con la suscripción de una prórroga de tres meses, de forma tal que “*al haberse adoptado por los cocontratantes una medida sustancial, oportuna, idónea y directa para superar las dificultades que pudieron causar las lluvias en cuatro meses de 2007 para la ejecución de las obras, lo que implicó una corrección adecuada, razonable y proporcional a la situación dada*” (*antecedente 4.7*).

Luego, en sustento de la apelación (*antecedente 5.2*), los miembros del Consorcio Vías Murillo 2005 afirmaron haber probado la amortización del anticipo con las actas de obra 7 y 7A, que no habrían sido tenidas en cuenta por el *a quo*, pese a que fueron suscritas por el interventor “*que es prácticamente el mandante del*



contratante”, estando consecuentemente obligado el INVIAS a “*validar la ampliación del contrato*”. Añadieron que, al disponer de la maquinaria, el personal y los materiales necesarios para la ejecución total del Contrato 1552 de 2005, consorcio habría ejecutado cerca del 90% de su objeto. Además, esgrimió que las circunstancias de fuerza mayor por lluvias extraordinarias, referidas en la contestación de la demanda, habrían impedido la ejecución total del contrato y que las resoluciones con las que el INVIAS declaró el siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo no tenían validez, puesto que “ *fueron hechas de forma unilateral por parte del demandante, sin que tuviese injerencia la contratista*”.

Con el propósito de asegurar el cumplimiento total y oportuno del objeto contratado y de proteger el patrimonio público¹¹⁰, el legislador determinó que es deber de los contratistas, salvo las excepciones consagradas en la ley, constituir a favor de las entidades contratantes garantías de cumplimiento -pólizas, garantías bancarias etc.-, con el fin de trasladar a un tercero la obligación de concurrir al pago de la respectiva indemnización de perjuicios, en caso de que se produzca el incumplimiento de las prestaciones a cargo de aquellos¹¹¹.

Así, en el numeral 19¹¹² del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, vigente al momento de la celebración del contrato cuya liquidación se pretende en la presente litis, que establece el principio de economía, preveía lo siguiente:

“19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.

Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14667.

¹¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de noviembre de 2019, exp. 36600

¹¹² Reglamentado por medio del Decreto 679 de 1994 -artículos 16 a 19-.



garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada”.

La norma referida fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que en su artículo 7⁰¹¹³, vigente en la actualidad, determina que:

“ARTÍCULO 7o. DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento”.

Al amparo de estas normas y a diferencia de los particulares y/o beneficiarios del seguro¹¹⁴, surge para la Administración¹¹⁵ la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro por medio de un acto administrativo debidamente motivado, con carácter

¹¹³ Reglamentado por medio del Decreto 4828 de 2008, que fue derogado por el Decreto 734 de 2012, el cual a su vez fue derogado por el Decreto 1510 de 2013 (compilado en el Decreto 1082 de 2015)

¹¹⁴ De conformidad con lo establecido en los artículos 1072, 1075 y 1077 del Código de Comercio, los particulares y/o beneficiarios del seguro, ocurrido el siniestro, deben presentar una reclamación ante la aseguradora, que presta mérito ejecutivo, salvo en los casos previstos en el artículo 1053 ibídem, entre ellos, cuando la aseguradora objete la reclamación, caso en el cual el interesado deberá demandar. En la reclamación le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

¹¹⁵ La facultad deviene de lo establecido en los numerales 4 y 5 del artículo 68 del CCA -vigente para la época de los hechos-, hoy artículo 99 del CPACA.



ejecutivo y ejecutorio, que -por regla general¹¹⁶- no tiene naturaleza sancionatoria¹¹⁷ de tal suerte que puede ser impugnado en sede administrativa o demandado judicialmente por el contratista o la aseguradora¹¹⁸. Además de lo anterior, cabe agregar que dicha facultad igualmente conlleva la prerrogativa de cuantificar el perjuicio¹¹⁹ cuando haya lugar¹²⁰, con el fin de determinar el monto que deberá pagar la compañía de seguros y/o el contratista.

En suma, las garantías de cumplimiento con naturaleza indemnizatoria que se expiden a favor de las entidades contratistas comportan las siguientes características: (i) son una especie de seguro de daños; (ii) dada su naturaleza indemnizatoria no basta la ocurrencia del siniestro sino que es indispensable que se haya causado un daño al patrimonio del acreedor; (iii) el monto a indemnizar no necesariamente corresponde al valor asegurado, sino al del perjuicio efectivamente ocasionado al patrimonio del acreedor; y (iv) la suma a indemnizar no puede ser mayor al valor asegurado en la póliza¹²¹.

Ahora, en este proceso se demostró que la configuración del siniestro cubierto con el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, cuantificado en \$1.844'594.557, y su cobro al Consorcio Vías Carreño 2005, fueron declarados y

¹¹⁶ Al efecto, cabe señalar que la declaratoria de la ocurrencia del siniestro correspondiente a la seriedad de la propuesta tiene carácter sancionatorio, de conformidad con lo establecido en el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor literal “[si] *el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía*”. De ahí que para adoptar la decisión es menester que la entidad pública adelante la correspondiente actuación administrativa sancionatoria.

¹¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 14 de octubre de 2021, exp. 50623.

¹¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 29587.

¹¹⁹ En sentencia del 11 de julio de 2012, esta Sección precisó que, “[e]n lo que atañe a la cuantificación de la pérdida, la Sala reitera, en esta oportunidad, el criterio que de años atrás ha consolidado la jurisprudencia de la Sección, en el sentido de que, además de la prerrogativa de declarar la ocurrencia de los siniestros, la administración tiene la facultad de cuantificar el perjuicio, a través del acto administrativo que hace exigible la garantía constituida a su favor. No de otra forma podría integrarse el título de recaudo ejecutivo (con características de ser claro, expreso y exigible), para efectuar el cobro del siniestro [...] No obstante, precisa la Sala que, cuando se hacen exigibles las garantías que amparan los riesgos derivados del cumplimiento de contratos estatales, no es aplicable el procedimiento previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio -como lo sugiere el recurrente-, concernientes a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción que puede formularle el asegurador. Precisamente, la expedición del acto administrativo suple la reclamación que debe efectuar el asegurado [...]”. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de julio de 2012, exp. 19519, reiterada en sentencia del 28 de noviembre de 2019, exp: 36600.

¹²⁰ Tal y como lo ha precisado esta Subsección, no siempre es necesario demostrar la cuantía del perjuicio, como, por ejemplo, ocurre en los seguros de vida. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 16494.

¹²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009., exp. 14667.



ordenados mediante la Resolución No. 01035 de 15 de marzo de 2010, la cual fue confirmada, a instancias de dicho consorcio, con la expedición de la Resolución No. 03205 de 16 de julio de 2010 (*hechos probados 6.24, 6.26 y 6.28*). La ocurrencia de este siniestro y su cuantía fueron así declarados mediante acto administrativo con carácter ejecutivo y ejecutorio, el cual forma parte del ordenamiento jurídico y se encuentra amparado por la presunción de legalidad, por lo que debe ser acatado por la Administración, los destinatarios del acto y esta judicatura, puesto que su nulidad no ha sido declarada ni pretendida siquiera en este proceso.

Se acreditó así mismo en este contencioso, que en el procedimiento adelantado para la adopción de dicho acto administrativo fueron evaluadas las circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, así como el cumplimiento del Contrato 1552 de 2005 por parte del Consorcio Vías Carreño 2005 y el incumplimiento del INVIAS, que los miembros de dicho consorcio han argüido a lo largo de este proceso, para oponerse al cobro del anticipo no amortizado en la liquidación del referido contrato.

Así, en un primer momento, cuando el INVIAS le solicitó al Consorcio Vías Carreño 2005 la devolución del anticipo entregado y no amortizado, por un monto de \$1.844'594.556, este se opuso, afirmando que en el acta de recibo definitivo amortizaría el anticipo por un monto aproximado de \$1.000'000.000 (*hechos probados 7.21 y 7.22*).

El siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo fue, sin embargo, declarado con la Resolución No. 01035 de 15 de marzo de 2010, al considerar, entre otros aspectos que, en oficio 54086 de 29 de agosto de 2008, la interventoría del Contrato 1552 de 2005 presentó una relación de los valores del anticipo no amortizados por el contratista, por un total de \$1.844'594.557, lo cual fue ratificado por la consultora de apoyo a la gestión -*HMV Ingenieros Ltda.*- en oficio 2080-05880 de 17 de septiembre de 2008; y que, de acuerdo con la relación de pagos expedida por la tesorería, existía un saldo pendiente de anticipo por amortizar que ascendía a \$1.874'594.557 (*hecho probado 7.24*).

El Consorcio Vías Carreño 2005 se opuso a dicha decisión, mediante recurso de reposición, como fundamento del cual adujo que, de acuerdo con el acta de entrega y recibo definitivo de obras, se habrían ejecutado trabajos por un valor de \$3.815'831.364, de los que habían sido facturados \$2.866'446.950, existiendo así



una diferencia de \$949'384.414, correspondiente al valor de las actas 7 y 7A, que *“si bien es cierto que fueron facturadas oportunamente y no fueron suscritas por la Consultoría de apoyo”*, deberían ser tenidas en cuenta al cuantificar el monto del anticipo no amortizado, que ascendería así a \$894'210.143; suma a la deberían restarse rubros correspondientes a Geotextil NT REPAV 450, así como la diferencia entre el valor real de los ítems y el definido en el contrato, los materiales en obra y el *stand by* de maquinaria, por un total de \$8.027'099.404 (*hecho probado 7.26*).

De esta forma, el Consorcio Vías Carreño 2005 planteó, en el proceso administrativo de declaración del siniestro, que habría cumplido el Contrato 1552 de 2005 conforme a lo consignado en las actas 7 y 7A y al acta definitiva de entrega de obra, y por disponer de los materiales y la maquinaria necesarias para su ejecución, pese a lo cual el INVIAS habría terminado unilateralmente el contrato, incurriendo así en incumplimiento, como lo manifestó también en la contestación de la demanda, para oponerse a las pretensiones (*antecedentes 2.2 y 2.2.1*).

En el procedimiento administrativo adelantado, el INVIAS desestimó estos argumentos, previo concepto de la interventoría, al confirmar íntegramente la Resolución No. 01035 de 15 de marzo de 2010, por medio de la Resolución 03205 de 16 de julio de 2010 (*hechos probados 7.27 y 7.28*), considerando fundamentalmente que, al no haber sido facturadas oportunamente las obras referidas en las actas 7 y 7A, que no suscribió el contratista, estas no fueron tenidas en cuenta para cuantificar la amortización del anticipo, sin que la obligación de formalizar las actas pueda ser desconocida por el contratista. Agregó que *“[e]s el acta de entrega y recibo definitivo de la obra, la que establece claramente los valores no amortizados del anticipo y las razones por las cuales no fueron tenidas en cuenta las actas 7 y 7A, actas suscrita [sic] por el contratista quien la reconoce y no ha tachado por ningún medio”*, y que el contratista debía amortizar el anticipo a medida que fuera ejecutando las obras con la suscripción de las actas, y la entrega de *“facturas y conciliaciones bancarias, comprobantes de egreso contable y tributariamente soportados, cosa que hasta la fecha no ha ocurrido”*. Además, puso de presente que en el acta de entrega y recibo definitivo fueron relacionadas obras ejecutadas que no fueron recibidas, porque no cumplían con los requerimientos técnicos.



De esta forma, al haberse determinado en un acto administrativo con carácter ejecutivo y ejecutorio, que el Consorcio Vías Carreño 2005 no amortizó la suma \$1.844'594.557, no resulta válido adoptar, en este contencioso, una decisión contraria a lo así definido en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, al sustentarse en un acto administrativo en firme el cobro del anticipo no amortizado, no cabe excluir esta suma de la liquidación del Contrato 1552 de 2005, pues para tal efecto es menester desvirtuar la presunción de legalidad del acto que declaró la ocurrencia del siniestro, lo que no ocurre en el presente caso, todo lo cual conduce a concluir que la respuesta al segundo problema jurídico es negativa.

8.2. Tercer problema jurídico: Determinar si no debió incluirse el monto de la cláusula penal que el INVIAS hizo efectiva mediante las Resoluciones Nos. 01694 de 2009 y 03853 de 2010.

Al incluir la cláusula penal por un monto de \$117.636.667,50 en la liquidación del Contrato 1552 de 2005, el tribunal *a quo* aclaró que esta tenía un carácter indemnizatorio, no conminatorio, por lo que podría declararse después de que concluyera la ejecución del contrato, y que su cuantía era proporcional al incumplimiento, conforme a lo consignado en el acta de entrega y recibo definitivo de obra, suscrita por el propio contratista. Agregó que dicho contrato no había sido terminado unilateralmente por el INVIAS, pues esta entidad simplemente se abstuvo válidamente de suscribir un convenio modificatorio con el que el plazo de ejecución fuera prorrogado, lo cual fue además solicitado tardíamente. Adicionalmente, puso de presente que no se acreditó el rompimiento del equilibrio económico del contrato ni las circunstancias de hecho fortuito y fuerza mayor esgrimidas por los miembros del Consorcio Vías Carreño 2005.

Como fundamento del recurso de apelación, en lo concerniente a la inclusión de la pena pecuniaria impuesta al Consorcio Vías Carreño 2005 dentro de la liquidación del Contrato 1552 de 2005, los demandados aducen, en primer lugar, que la imposición de dicha sanción contractual, mediante las Resoluciones 01694 de 2009 y 03853 de 2010, no es válido, puesto que se fundaron en un informe de supervisión, no de la interventoría, y por haberse impuesto inoportunamente, ya que la cláusula penal tenía una sanción conminatoria, por lo que no procedía después de que concluyera el plazo de ejecución contractual (*antecedente 5.3*).



De entrada, se advierte que lo argumentado como fundamento de la apelación por los miembros del Consorcio Vías Carreño 2005 constituyen cargos dirigidos a la anulación de las Resoluciones Nos 01694 de 2009 y 03853 de 2010, por medio de las cuales fue declarado el incumplimiento definitivo del Contrato 1552 de 2005 y, como consecuencia de ello, fue impuesta la cláusula penal pecuniaria por un monto de \$117'636.667,50, que fue cobrado al consorcio contratista (*hechos probados 6.16 y 6.20*).

Pues bien, el Contrato 1552 fue suscrito el 7 de septiembre de 2005 (*hecho probado 7.1*), cuando aún no había sido expedida la Ley 1150 de 2007 y, como lo ha precisado la jurisprudencia¹²², para esa época procedía la imposición de multas y penas pecuniarias a través de actos contractuales, mas no actos administrativos. Sin embargo, *“la Ley 1150 dispuso que el artículo 17 tendría efectos retrospectivos en cuanto permitió la imposición de la pena y de las multas aún en contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150, siempre que en ellos se hubiese consagrado ‘la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas’¹²³⁻¹²⁴”*.

Ahora, el plazo de ejecución del Contrato 1552 de 2005 se cumplió el 31 de marzo de 2008 (*hechos probados 7.7 y 7.10*), cuando ya había entrado en vigor el mencionado artículo 17 de la Ley 1150 de 2007¹²⁵, la cual fue promulgada el 16 de julio de 2007¹²⁶; y en dicho contrato se pactó (*se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores*):

“DECIMA QUINTA: PENAL PECUNIARIA.- En caso de incumplimiento definitivo por parte del CONTRATISTA de cualquiera de las obligaciones contraídas con el contrato o de declaratoria de caducidad, EL CONTRATISTA conviene en pagar al INSTITUTO, a título de pena, una suma equivalente al diez por ciento (10%), del valor total del contrato para el incumplimiento y de forma proporcional al avance de la obra, suma que EL INSTITUTO hará efectiva mediante el cobro de la garantía”

¹²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2017, exp. 56562. Reiterada en sentencias de 5 de agosto de 2020, exp. 45183; y de 24 de marzo de 2023, exp. 41336.

¹²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 21574.

¹²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 24 de marzo de 2023, exp. 41336.

¹²⁵ Ley 1150 de 2007. *“Artículo 33. Vigencia. La presente ley empieza a regir seis (6) meses después de su promulgación, con excepción del artículo 6° que entrará a regir a los dieciocho (18) meses de su promulgación. || Parágrafo 1°. En tanto no entre en vigor el artículo 6° de la presente ley las entidades podrán verificar la información de los proponentes a que se refiere el numeral 1 del artículo 5° de la presente ley. || Parágrafo 2°. Los artículos 9° y 17 entrarán a regir una vez se promulgue la presente ley”* (subrayado añadido).

¹²⁶ Diario Oficial. Año CXLIII. No. 46.691. Bogotá, 16 de julio de 2007.



única de cumplimiento o, a su elección, de los saldos que adeude al CONTRATISTA, si los hubiere, para lo cual se entiende expresamente autorizado con la suscripción del contrato; si esto no fuere posible, se cobrará/por vía judicial. La aplicación de la cláusula penal se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios que se causen al INSTITUTO” (hecho probado 7.1.5, énfasis añadido).

De esta forma, en el Contrato 1552 de 2005 fue pactada la facultad de imponer y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, por lo que a este negocio jurídico se aplica retrospectivamente el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007¹²⁷, de acuerdo con el cual las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración tienen la prerrogativa de imponer unilateralmente multas y penas pecuniarias a través de un acto administrativo, ejecutorio y ejecutable¹²⁸.

Por lo tanto, las Resoluciones Nos. 01694 de 2009 y 03853 de 2010 constituyen actos administrativos en firme, que, como se explicó en el acápite anterior, forman parte del ordenamiento jurídico y se encuentran amparados por la presunción de legalidad, por lo que deben ser acatados por la Administración, sus destinatarios y esta judicatura, dado que su nulidad no ha sido declarada y las pretensiones contra la Resolución No. 01694 de 2009 fueron presentadas en este contencioso después de que concluyera el término de caducidad, en la inepta demanda de reconvenición planteada por los integrantes del Consorcio Vías Carreño 2005, por no haber pretendido la nulidad de la Resolución No. 03853 de 2010, con la que fue confirmada aquella resolución, y sin agotar además el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial (*fundamento jurídico 5.2.1.*). Así las cosas, la respuesta al tercer y último problema jurídico de esa instancia es negativa, por lo que el cargo alegado no tiene la vocación de prosperar.

¹²⁷ “Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. || En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. || Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva. || Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.

¹²⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 5 de agosto de 2020, exp. 45183. Reiterada en la sentencia de 24 de marzo de 2023, exp. 41336.



En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia del 20 de noviembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativa de Arauca, que liquidó el contrato el Contrato 1552 de 2005 y condenó a pagar al Consorcio Vías Carrero 2005 y a sus integrantes Alfredo Ortegón Pulido, Lelis Alfonso Sotelo Sánchez y César Augusto Moreno Ladino, a pagarle en forma solidaria al Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, la suma de \$1.962.231.224.50, en el plazo y forma indicados en el acápite 4.6. de las consideraciones expuestas en el fallo de primera instancia.

8. Condena en costas

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia, debido a que no se evidencia una actuación temeraria de alguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que ésta proceda.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca el 20 de noviembre de 2020, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO: Por intermedio de la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación, en firme la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente de este proceso al Tribunal de origen para lo de su cargo y, acto seguido, **FINALIZAR** y



ARCHIVAR esta actuación en la plataforma tecnológica SAMAI del Consejo de Estado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Presidente

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Consejera de Estado

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Consejero de Estado

VF/AC1