

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL / PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

[E]n vigencia de la Ley 80 de 1993 no resultaba aplicable la sentencia del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 1999, según la cual la declaratoria de caducidad procedía siempre y cuando no se hubiera extinguido el vínculo contractual, incluso en etapa de liquidación del contrato, teniendo en cuenta que: i) esa jurisprudencia no constituyó precedente obligatorio para casos como el que ahora se examina, por cuanto se refirió a un acto regido por el Decreto-ley 222 de 1983, en el cual se regulaba la caducidad bajo algunas causales que se referían al incumplimiento y además mencionaba los perjuicios derivados de este último dentro de la misma figura jurídica y ii) a partir del juicio de constitucionalidad de la sentencia C-949 de 2001, sobre el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional indicó que la caducidad era una herramienta excepcional cuya finalidad era evitar la paralización y afectación grave del servicio que se pretende satisfacer con el contrato -y no la causación de perjuicios- por lo cual no se podía ejercer respecto del contrato cuya ejecución había terminado, interpretación que reflejó la modificación de esta potestad excepcional, respecto de la legislación contenida el Decreto-ley 222 de 1983.

DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO

La Sala advierte que el Contrato [...] se celebró antes de expedirse la Ley 1150 de 2007, en vigencia de la Ley 80 de 1983, que inicialmente no reconoció competencia a la entidad estatal contratante para declarar el incumplimiento del contrato en forma unilateral, pero consagró la facultad exorbitante prevista en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 para declarar la caducidad del contrato [...]. [...] [A] expedirse la Ley 1150 de 2007 se estableció un procedimiento sancionatorio que permitió a la entidad contratante la declaratoria de incumplimiento del contrato para efectos de hacer efectiva la cláusula penal, el cual se aplicó incluso para los contratos celebrados con anterioridad [...].

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 18

DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / DEBIDO PROCESO SANCIONATORIO

La Ley 1150 de 2007 en su artículo 17 no se refirió de manera expresa al proceso sancionatorio previo a la decisión de caducidad del contrato; sin embargo, dado que ninguna sanción podía imponerse sin el proceso previo y siendo la caducidad la más drástica de ellas, basada precisamente en el incumplimiento grave, resulta claro que la Administración quedó sometida a dicho proceso previo, el cual también era exigible con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007, en aplicación del artículo 29 de la Constitución Política, como lo había reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 29 / LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 17

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la obligatoriedad de adelantar el proceso sancionatorio previo a la declaratoria de la caducidad del contrato, cita: Consejo de

Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, rad. 16367, C. P. Enrique Gil Botero.

PRECEDENTE JUDICIAL / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL / FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / CARENCIA DE FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL / RATIO DECIDENDI

Es cierto que el precedente jurisprudencial constituye una fuente que debe ser considerada en la sentencia, es decir una regla que es de obligatorio análisis para el juez que resuelve el caso, pero no todo precedente es de aplicación imperativa, dependiendo ello de las circunstancias fácticas y jurídicas, de si se encuentra la similitud con base en la cual puede o debe identificarse la equivalencia de las razones en que se funda la decisión, es decir que la fuerza del precedente depende de si la “ratio decidendi” resulta vinculante o no entre un caso y otro.

VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / PROCEDENCIA DE LA VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO

En su gran mayoría los documentos que obran en el expediente se aportaron en copias simples presentadas por las partes o remitidas en respuesta a los requerimientos ordenados por el Tribunal a quo, las cuales constituyen pruebas válidas en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil, en la medida en que no fueron desconocidas o tachadas por las partes, apreciación que se funda en la sentencia de unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2013.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 252 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 254

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el valor probatorio de las copias simples, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación jurisprudencial del 30 de septiembre de 2014, rad. 11001-03-15-000-2007-01081-00, C. P. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2013, rad. 25022, C. P. Enrique Gil Botero; y Corte Constitucional, sentencia de unificación SU-774 del 16 de octubre de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 15001-231-000-2009-00261-01(56349)

Actor: CONSORCIO GOMGON 24 Y OTROS

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Temas: CADUCIDAD DEL CONTRATO – en vigencia de la Ley 1150 de 2007 - análisis del precedente jurisprudencial sobre la competencia *pro tempore* - el análisis es susceptible de variaciones, teniendo en cuenta el régimen legal del contrato, la época en que se impuso la caducidad y las causas en que se fundó // PERJUICIOS DERIVADOS DE LA DECISIÓN DE CADUCIDAD – se deniegan por cuanto no se probó que la declaratoria de caducidad haya ocasionado un perjuicio cierto, ni la afectación de la contratación futura por causa de la declaratoria de caducidad // INCUMPLIMIENTO – demostrado el incumplimiento se encontró soportada la decisión de hacer efectiva la cláusula penal // CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA –la anulación de la declaratoria de caducidad no conlleva la nulidad de la decisión que hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, por cuanto ésta se pactó con carácter indemnizatorio y podía imponerse con fundamento en el incumplimiento que se demostró en el procedimiento sancionatorio y que no fue desvirtuado en este proceso.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el 22 de octubre de 2015, mediante la cual se dispuso (se transcribe de forma literal, la negrilla es del texto original):

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la **Resolución No. 01935 expedida el 28 de abril de 2008** por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS, por medio de la cual se declara la caducidad y ordena la liquidación del contrato No.1871 de 6 de octubre de 2005 celebrado entre el INVÍAS y el CONSORCIO GOMGON 24, y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, y **de la Resolución No. 06101 del 31 de octubre de 2008** proferida por la misma Entidad a través de la cual se confirma la anterior determinación y ordenó al sancionado publicar a cargo del contratista en medio de comunicación social escrita, comunicada a la Cámara de Comercio donde se encuentre inscrito el sancionado, publicada en el diario oficial, y comunicada a la Procuraduría General de la Nación, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

“SEGUNDO: DECLARAR PROBADA de oficio la **excepción de contrato no cumplido**, en contra del CONSORCIO GOMGON 24, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

“TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de acuerdo con lo previsto en la parte motiva de la providencia.

“CUARTO: Por Secretaria **COMPULSAR** copias de esta providencia y del expediente a la Procuraduría General de la Nación para que, de considerarlo pertinente, inicie las investigaciones disciplinarias conforme lo ordena el numeral 24 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, en contra de las personas que omitieron expedir oportunamente el acto de declaratoria de caducidad del contrato 1871 de 2005 suscrito entre el INVÍAS y el CONSORCIO GONGOM 24, según la causal prevista en el numeral 32 del

artículo 48 de la misma Ley 734, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

“**QUINTO:** Sin costas en esta instancia de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones anteriores.

“**SEXTO:** En firme esta providencia, archívese el expediente y déjense las constancias y anotaciones de rigor”¹.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

Entre el Instituto Nacional de Vías - Invías² y el consorcio Gomgon 24 se suscribió el contrato 1871 de 2005, cuyo objeto fue la elaboración de los estudios y diseños y la pavimentación y/o repavimentación de un tramo de la carretera Maripí – Santa Helena en el departamento de Boyacá. Con posterioridad a la iniciación del contrato, a solicitud del departamento y del municipio de Maripí, en un consejo comunal, el Presidente de la República accedió a la solicitud de que se ampliara el ancho de la vía y el departamento procedió a la contratación correspondiente, lo cual, según el contratista, lo colocó en imposibilidad de cumplir el contrato 1871.

Habiéndose vencido el plazo de ejecución del contrato, el Invías declaró la caducidad del contrato mediante Resoluciones 01935 y 0601 de 2008, con apoyo en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada, previo el procedimiento sancionatorio que adelantó con base en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

2. La demanda

Mediante demanda presentada el 16 de julio de 2009, el consorcio Gomgon 24 y sus integrantes, Miguel Édgar Alfonso González Franco y Luis Enrique Mayorga Aguirre, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo³, solicitaron las siguientes declaraciones y condenas contra el Instituto Nacional de Vías – Invías (se transcribe de forma literal, la negrilla es del texto original⁴):

¹ Folio 1067, cuaderno principal segunda instancia.

² En adelante se podrá denominar: el Invías.

³ En adelante CCA.

⁴ Las pretensiones se transcriben de acuerdo con el escrito mediante el cual se subsanó la demanda, folios 604 a 607 del cuaderno 1.

“**PRIMERA.** Que se declare la nulidad de la resolución números 01935 del 28 de Abril de 2008 expedidas por el **COORDINADOR DEL PROGRAMA DE PAVIMENTACIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL DE INTEGRACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL – PLAN 2500 DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS**, mediante la cual, se declara la caducidad y terminación del contrato No. 1871 de 6 de OCTUBRE DE 2005 y se ordena su liquidación y se imponen multas; contrato este celebrado entre la Entidad Demandada y mis representados; Contrato este que tenía como finalidad el diseño, la reconstrucción, la pavimentación y/o repavimentación de la Vía Grupo 24, Tramo 1 Vía Maripí – Santa Helena del K 0 + 000 al K 13 + 500, en el Departamento de Boyacá.

“**SEGUNDO:** Igualmente se declare la nulidad de la resolución número 006101 de 31 de octubre de 2008, expedida también por el **COORDINADOR DEL PROGRAMA DE PAVIMENTACIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL DE INTEGRACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL – PLAN 2500 DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS**, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto, contra la resolución que se enuncia en el numeral precedente, confirmándola en su integridad.

“**TERCERA;** Como consecuencia de lo anterior, se decrete el restablecimiento del derecho (Art. 85 C.C.A.), es decir, dejar sin efectos la declaratoria de caducidad y terminación del contrato 1871 del 6 de octubre de 2005, anteriormente mencionado.

“**CUARTA:** Consecuencialmente condenase al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS Y/O LA NACIÓN a pagar al CONSORCIO GOMGON 24 el valor de los perjuicios de orden material (o la reparación del daño causado) ocasionados con la declaratoria de caducidad y terminación del contrato, mencionado en el numeral primero de los hechos de la demanda, así.

Pliego de condiciones	2'575.125
Valor pólizas de seguros	49'215.468
Impuesto de timbre del contrato	43'146.000
Impuesto de timbre adicional	1'290.224
Valor publicación Diario Oficial	3'035.000
Valor publicación Adicional	26.900
Utilidades dejadas de percibir	278'923.000
Costos y gastos no reembolsados	151'842.361
Nóminas no reembolsadas	105'842.361
Prestaciones pagadas no reembolsadas	238'425.434
Costo Equipos cesantes	87'335.069
Honorarios	38'000000
SUBTOTAL	999'340.271

”Esta suma de dinero debe ser actualizada en virtud de la depreciación de la moneda (o pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano), desde la fecha de expedición de la aprobación de las garantías exigidas al contratista hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin a la demanda, conforme lo certifique el Banco de la República y/o EL DANE.

“4.2. LUCRO CESANTE: *Al no haber percibido el dinero total del contrato la demandante, procede un interés comercial sobre la suma no recibida, la cual debe resarcirse por la entidad contratante, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia (la tasa de interés será la del interés corriente bancario, certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia).*

“

“QUINTA: *A la sentencia que le ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A*

“SEXTA: *Condenar en costas a la entidad demandada, (Art. 55 Ley 446 de 1998, Art 171 CCA”⁵.*

3. Los hechos

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

3.1. El Invías dio apertura a la licitación pública DG-164-2004 para celebrar contratos con el objeto de adjudicar los diseños, la reconstrucción y/o repavimentación de 2.596 KM de vía, organizados en grupos de tramos incluidos en el programa de pavimentación de infraestructura vial de integración y desarrollo – “Plan 2500”-.

3.2. El consorcio Gomgon 24 obtuvo la adjudicación y procedió a suscribir el contrato 1871 de 2005, para realizar el diseño, la reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 24, tramo 1, Maripí – Santa Helena, con una longitud de 13.5 km, en el departamento de Boyacá.

En la demanda se advirtió que en ese momento el corredor vial adjudicado tenía un ancho promedio de 4.25 mts.

3.3. Según narró el demandante, en desarrollo del contrato se presentó “*una serie de hechos y anomalías*” que impidieron llevar a feliz término el objeto contratado; en su criterio, si bien el Invías, apoyado en la interventoría y en la consultoría del contrato, endilgó responsabilidad al consorcio, lo cierto es que esa entidad omitió la normativa contractual, permitió la intromisión de un tercero en el sector contratado y modificó el objeto contractual.

3.4. Esa situación se presentó a raíz de la petición del municipio de Maripí relacionada con la posibilidad de ampliar la vía a 6 metros de ancho. Sobre lo cual

⁵ Folios 522 a 524 del cuaderno 1.

solo se le envió un oficio ambiguo al consorcio, en el que se dijo que los contratos del “Plan Vial 2500” no permitían ampliaciones ni compra de predios, es decir que, en criterio del contratista, se indicó al municipio que no era posible tener en cuenta su solicitud.

3.5. Agregó el demandante que el 7 de abril de 2006 la alcaldía manifestó que el 18 de marzo de 2006 había expuesto su solicitud al Presidente de la República en un consejo comunal y que el interventor y el secretario técnico del Invías se comprometieron con permitir la ampliación de la vía a 6 mts, más 0,50 de cuneta a cada lado, circunstancia que nunca se oficializó dentro del contrato 1871 de 2005.

3.6. Narró que en abril de 2006 falló la vía en el sector de los Muches entre el K3 + 890 y K5 +220, teniéndose que utilizar la llamada variante ejecutada por la alcaldía y la gobernación de Boyacá.

3.7. El demandante anotó que las modificaciones causadas por los cambios introducidos a la vía ocasionaron el retraso en el inicio de obra, además de que se presentaron dificultades por el invierno que afectó la zona entre septiembre y diciembre de 2006.

3.8. En la demanda se afirmó que, al permitir la modificación de la sección transversal existente y la adecuación del nuevo ancho de la vía, se obró contra expresa prohibición del acta de estructuración técnica del “Plan Vial 2500” y además, para ello, el Invías “retomó” la vía que había sido entregada al consorcio Gomgon 24 y dividió en dos sectores el objeto de la vía, entregando el K0 al K3 al municipio de Maripí y del K5 + 220 al k 13 + 500 a la gobernación de Boyacá, esta última mediante el contrato 339 de septiembre 27 de 2006, celebrado por el departamento con un contratita distinto del consorcio.

3.9. Aseveró el demandante que los corredores afectados por el cambio nunca fueron devueltos al consorcio Gomgon 24, pese a las solicitudes escritas que presentó entre abril y agosto de 2007 y a que el asunto fue tratado en junio 23 de 2007 en el consejo comunal que se adelantó en Villa de Leyva y que el consorcio presentó petición escrita al Presidente de la República.

3.10. El demandante afirmó que careció de toda posibilidad para acceder a la vía y que esta se encontraba en poder del contratista Germán Ricardo Ochoa, como lo demuestra el acta de entrega de 4 de julio de 2007, suscrita por ese contratista y el departamento.

3.11. Según reseñó el demandante, el Invías declaró la caducidad del contrato ignorando de manera sistemática los hechos antes descritos.

Además, indicó que en la primera oportunidad en que fue citado, el contratista no fue informado de la intención de declarar la caducidad del contrato, lo cual solo se hizo en una segunda audiencia que no se encuentra contemplada ni amparada en norma alguna.

3.12. El consorcio indicó la ausencia de culpa en los hechos que se le imputaron y cuantificó el daño emergente en la suma de \$999'340.271, sobre la cual consideró que debía reconocerse el interés legal comercial, a título de lucro cesante.

4. Normas violadas y concepto de violación

El consorcio demandante afirmó que las resoluciones 1395 y 6101 de 2008 no pueden producir efectos, dado que se expedieron cuando el contrato ya había expirado por vencimiento del plazo y que *“no se podía terminar lo ya terminado”*.

Agregó que las citadas resoluciones contienen actos absolutamente nulos, por cuanto se profirieron en contra de las sentencias de 28 de junio de 1984 (exp. 4927), 25 de julio de 1985 (exp 2963), 14 de mayo de 1984 (exp 2864), todas del Consejo de Estado, *“según las cuales la declaratoria de caducidad debe ser dictada por el ente público dentro de la vigencia del término del contrato”*⁶.

El demandante afirmó que, al desconocer las condiciones contractuales, el Invías violó el artículo 871 del Código de Comercio que consagra el principio de la buena fe, y los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, en cuanto desconoció que el contrato es una ley para las partes y que en su ejecución se obligó no solo a lo se expresó, *“sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella”*, como se dispone en el artículo 1603 citado.

Observó que en su caso era totalmente válido invocar la *“EXCEPTIO NON ADIMPLENTI CONTRACTUS” -o excepción de contrato no cumplido consagrada en el artículo 1609 del Código Civil-*, apoyándose, además, en que el contrato es la fuente de las obligaciones, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1494 del mismo código.

⁶ Folio 558 del cuaderno 1.

5. Actuación procesal

5.1. El Tribunal Administrativo de Boyacá admitió la demanda, una vez corregida, mediante auto de 7 de julio de 2011, en el que también se denegó la solicitud de suspensión provisional de las resoluciones demandadas presentada por la parte actora.

5.2. El Tribunal Administrativo de Boyacá decretó las pruebas solicitadas por las partes, a través del auto de 14 de diciembre de 2011⁷.

5.3. Contestación de la demanda

El Invías, al contestar la demanda, observó que los hechos descritos por el consorcio no se correspondían con la realidad, por diversas razones:

Advirtió que, de conformidad con el pliego de condiciones, los estudios y diseños sí debían ajustarse, como estaba previsto en el numeral 1.5.3 del pliego de condiciones, y que el 20 de febrero de 2006, en comunicación MARIPI -133-040 06, la interventoría indicó al contratista la necesidad de revisar el ancho de la calzada, dado que los diseños presentaban anchos de 3.93 y 4.2 metros y en esa comunicación anotó: *“situación que es bastante preocupante porque en estas condiciones no sería conveniente efectuar trabajos de pavimentación”*.

Puntualizó que la interventoría no otorgó recibo a satisfacción de los estudios y diseños, como se advirtió de forma expresa en la comunicación de 12 de abril de 2006 y que, si bien la interventoría los recibió el 23 de mayo de 2006, hizo constar su precaria calidad, particularmente en lo que al diseño geométrico del corredor se refiere.

Relató que el contratista sí involucró dentro de los estudios y diseños las ampliaciones del corredor vial, sin manifestar inconformidad alguna. Reiteró que, no obstante lo anterior, los trabajos que ejecutó el consorcio presentaron serias deficiencias técnicas y atraso.

Citó en extenso los hechos que motivaron el procedimiento de sanción al contratista y los conceptos de la consultoría de apoyo y de la interventoría del contrato, en los cuales se fundó la decisión de imponer la caducidad del contrato.

⁷ Cuaderno 2-1, folios 662 y 663.

El Invías presentó las excepciones *–más propiamente establecidas como argumentos de fondo de la defensa–* así: **i)** legalidad de los actos demandados y **ii)** la inexistencia de incumplimiento por parte del Invías.

En la primera de ellas se refirió de manera detallada al concepto del “*plazo del contrato*” y explicó que su vencimiento sin que el contratista haya satisfecho sus prestaciones o las haya atendido en forma tardía o defectuosamente “*configura ipso jure o de pleno derecho el fenómeno del incumplimiento contractual*”, y destacó que frente al mismo opera automáticamente la mora, de acuerdo con el artículo 1608 del Código Civil.

En la segunda excepción expuso que el Invías cumplió con las obligaciones a su cargo y que ante las graves afectaciones que generó el incumplimiento tuvo que declarar la caducidad del contrato.

6.. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Boyacá profirió sentencia el 22 de octubre de 2015, en la cual declaró la nulidad de las resoluciones mediante las cuales se impuso la caducidad y se ordenó la liquidación del contrato No 1871 del 6 de octubre de 2005; no obstante, el *a quo* se abstuvo de condenar al pago de perjuicios a la entidad demandada.

El Tribunal *a quo* observó que la Resolución No. 01935 del 28 de abril de 2008 y la Resolución 006101 de 31 de octubre de 2008, por medio de las cuales se declaró la caducidad, se expidieron por fuera del término de duración del contrato 1871 de 2005, por lo que aceptó los argumentos del demandante y consideró que estaba viciada de “*ilegalidad*”.

Sin embargo, el Tribunal *a quo* advirtió que no podía pasar por alto que el consorcio demandante faltó a las obligaciones adquiridas con la suscripción del contrato, por cuanto (se transcribe de forma literal):

“i) Contrario a lo afirmado por los demandantes, no es cierto que los estudios y diseños se hayan entregado en término, por cuanto como ellos mismos afirman se entregaron en su totalidad, el día 14 de marzo de 2006, fecha para la cual ya había expirado el plazo para su entrega -28 de marzo de 2006-, en tanto así quedó pactado en el acta de inicio suscrita por las partes; ii) respecto a la ampliación del ancho de la vía objeto del contrato 1871 de 4.25 a 6 metros que dispuso el Gobierno Nacional

*a través del Invías y el municipio de Maripí, la Sala interpreta que lo echado de menos por los accionantes es un documento modificadorio del contrato en donde se hubiere especificado esas mayores cantidades de obra (...) requisito formal que a su juicio, era el único que lo autorizaba para ampliar el ancho (...) No obstante no se comparte tal planteamiento en la medida en que era suficiente que la Interventoría y/o la Consultoría quienes eran encargados de autorizar ‘mayores cantidades de obra’, les informaran sobre tal variación. Se precisa que se habla de **mayores cantidades de obra y no, de modificación al contrato a través de contrato adicional (...)**. Por ello no era dable a los demandantes condicionar la ejecución del contrato a la exigencia de un requisito formal que carece de fundamento, dado que como quedó consignado en el numeral 5.16. del pliego de condiciones, el contratista estaba obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten (...) salvo circunstancias imprevisibles que afecten el equilibrio económico del contrato, aspecto que no se vislumbra en el plenario”.*

El Tribunal *a quo* desechó, igualmente, el argumento del contratista de que no pudo ejecutar la obra debido a otra contratación simultánea que se realizó sobre el 82% de la misma vía.

En la sentencia se observó que, tal como lo indicó el Invías, esa circunstancia -de la coexistencia con los otros contratistas- estaba prevista en el numeral 5.23. del pliego de condiciones, bajo el acápite titulado “RELACIÓN CON OTROS CONTRATISTAS”, por lo que no era válido para el consorcio Gomgon 24 suspender ni disminuir el ritmo de ejecución del contrato 1871 de 2005, además de que se evidenció que el demandante no demostró sus esfuerzos para tratar de cumplir con el 100% de lo contratado.

Así las cosas, el Tribunal *a quo* concluyó que en este proceso se “*encuentra más que demostrado el incumplimiento por parte del contratista*”, por lo que no resultó procedente el reconocimiento del perjuicio reclamado, correspondiente a la utilidad esperada en la contratación.

Agregó que en este caso el demandante no demostró que hubiera publicado la resolución que le impuso la sanción consistente en declararle la caducidad del contrato, por lo cual consideró que en este proceso no se probó el perjuicio supuestamente derivado de la inhabilidad que conllevaría la referida sanción.

En el análisis del marco normativo y jurisprudencial sobre la caducidad del contrato, instituida como potestad exorbitante de la administración pública, el Tribunal Administrativo de Boyacá presentó un recuento de las distintas posiciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, destacó las sentencias del 13 de

septiembre de 1999⁸ y de 20 de noviembre de 2008⁹ y advirtió que la caducidad solo puede imponerse en vigencia del plazo de ejecución del contrato, como se dispuso en la última sentencia citada, por cuanto la ley establece la caducidad para el caso del incumplimiento que es de tal magnitud y gravedad que conlleva la paralización del contrato, por lo que fenecido el plazo pactado se extingue la referida potestad exorbitante y la competencia para declarar la caducidad.

El Tribunal *a quo* concluyó que, atendiendo el precedente jurisprudencial adoptado en noviembre de 2008, procedía anular los actos demandados por falta de competencia temporal del Invías, teniendo en cuenta que el plazo contractual estuvo vigente entre el 30 de noviembre de 2005 y el 29 de agosto de 2007 y solo al expedirse la Resolución No. 01935 de 28 de abril de 2008, confirmada por la Resolución No. 006101 de 31 de octubre de 2008, se declaró la caducidad del contrato, con posterioridad a la terminación del plazo de su ejecución.

Sin embargo, el citado Tribunal entró a analizar uno a uno los cargos de la demanda y los argumentos presentados por la entidad demandada y concluyó que las pruebas se correspondían con los argumentos de la contestación de la demanda, en cuanto a que el contratista sí tuvo conocimiento de los nuevos contratos celebrados para ensanchar la vía, toda vez que en reunión del 28 de enero de 2006 el Invías informó al contratista sobre la disponibilidad del municipio de Maripí de ampliar la vía y le solicitó que tuviera en cuenta “*esas consideraciones en el diseño como en la construcción*”¹⁰.

En la sentencia de primera instancia se advirtió que la parte actora no puede desconocer la fuerza del oficio MARIPÍ 133- 092-06 de 19 de abril de 2006, en el cual se le comunicó que el Invías había autorizado la ampliación a seis metros en el ancho de la vía, aspecto que *-al implicar la variación de cantidades y no una nueva obra-* no requería de un acto oficial o modificadorio del contrato 1871, para que el consorcio quedara obligado a proceder de conformidad, como *-erradamente-* lo afirmaba en su demanda.

⁸ Consejero Ponente Ricardo Hoyos, expediente 10264.

⁹ Consejera Ponente Ruth Stella Correa, expediente 17031.

¹⁰ Citó como soportes de su análisis los folios 45 y 46 de la contestación de la demanda, el pliego de condiciones, las comunicaciones de la interventoría MARIPI 133-021-06 del 6 de febrero de 2006-archivo escaneado CD ANEXO y comunicación MARIPI 113-065-06 del 29 de marzo de 2016. (folio 1062 del cuaderno principal segunda instancia).

Más adelante, el Tribunal *a quo* puntualizó que, aunque le asistiera la razón al demandante, a ciencia cierta no se supo cuál fue el alcance del contrato de obra No. 339 de 27 de septiembre 2006, celebrado para intervenir una parte de la misma vía a que se refirió el contrato 1871 de 2005.

Igualmente, en la sentencia de primera instancia se advirtió:

“Además, podría deducirse que como se amplió el ancho de la vía lo que muy seguramente había ocurrido era que los recursos destinados inicialmente para el proyecto se hubieren agotado, sin poder finalizar la obra, como en efecto sucedió, pues según lo aseveró el INVÍAS, los estudios y diseños fueron aprobados con una meta física de pavimentación de 11.22 Km de los 13.5 Km contratados, lo que significa que la meta inicialmente pactada se disminuía a favor del contratista”¹¹.

También, con fundamento en los informes de interventoría, el Tribunal *a quo* consideró probados los incumplimientos del consorcio Gomgon 24, advertidos por el Invías, relacionados con la inversión en obras, las especificaciones en la instalación de vallas y la no acreditación del pago de los aportes parafiscales.

Finalmente, la sentencia de primera instancia invocó los principios de reciprocidad y buena fe y la figura del contrato no cumplido incorporada en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, para establecer que *“en una relación de reciprocidad bilateral, no es posible demandar el cumplimiento de una prestación de quien está en mora de cumplir su prestación correlativa”*, razón por la que se declaró la excepción de contrato no cumplido y se abstuvo de reconocer la utilidad dejada de percibir reclamada por el consorcio demandante.

7. Los recursos de apelación

7.1. Recurso presentado por el consorcio demandante

7.1.1. El consorcio Gomgon 24 afirmó que el 15 de marzo de 2006 realizó la entrega oportuna de los diseños objeto del contrato 1871 de 2005, hecho que, en su criterio, se encontró probado, sin que la parte demandada hubiese manifestado inconformidad alguna respecto del cumplimiento en ese aspecto y puntualizó que si hubiese existido mora, esta fue aceptada por el Invías.

7.1.2. En cuanto a la construcción y al cambio en el ancho de la vía, resaltó que el departamento de Boyacá y el municipio de Maripí contrataron con terceros y les

¹¹ Folio 1063 del cuaderno principal de la segunda instancia.

entregaron la posesión de la vía, al menos desde diciembre de 2005¹², y que el tramo Maripí – Santa Helena se adjudicó al contratista Germán Ricardo Ochoa Jiménez, del K5+250 al K13+500, y que esa obra solo culminó hasta el acta de recibo del 4 de julio de 2007, de manera que se encontró probado que el consorcio no estuvo en posibilidad de cumplir con el contrato 1871 por razón de la referida contratación.

Agregó que ese hecho quedó demostrado y corroborado con el acervo probatorio y especialmente con la declaración de los testigos Víctor Augusto Pérez Reyes y Pablo Andrés Fonseca, quienes declararon acerca de la imposibilidad de intervenir la vía por parte del consorcio.

7.1.3. Concluyó que en este caso se firmaron dos contratos para intervenir el mismo tramo de la vía por dos contratantes diferentes y a favor de contratistas distintos, lo que hizo físicamente imposible el cumplimiento por parte del consorcio Gomgon 24.

7.1.4. Indicó que no se puede invocar el artículo 1604 del Código Civil a favor del Invías, puesto que el retardo del consorcio se debió al nuevo contrato firmado y a que se le quitó la posibilidad de intervenir la vía.

7.1.5. Afirmó que quien incumplió el contrato fue el Invías, al no obrar con la debida lealtad y reciprocidad y al declarar su caducidad.

7.1.6. Agregó que fue imposible la coordinación con el señor Germán Ricardo Ochoa Jiménez pues *–según actas que constan en el plenario¹³–* ese contratista acordó aplazamientos y prórrogas con la gobernación de Boyacá que era su contratante y actuaba en forma autónoma.

7.1.7. Destacó que, mediante comunicación del 28 de mayo de 2007¹⁴, el consorcio hizo saber al Invías que la intervención de la vía había modificado la capacidad portante del suelo, entre otros aspectos; que era necesario modificar el contrato 1871 para restablecer el equilibrio económico y destacó que en esa comunicación advirtió al Invías que se hacía necesaria la entrega completa de la vía para adelantar la ejecución del citado contrato.

¹² Invocó la carta del 7 de abril de 2006. Folios 353 a 356 del cuaderno 1. Estos folios corresponden al contrato 339 celebrado el 27 de septiembre de 2006 entre el departamento de Boyacá y el señor Germán Ricardo Ochoa Jiménez.

¹³ El apelante se refirió al acta de suspensión del 30 de marzo de 2007 al 25 de junio de 2007, de acuerdo con los folios 364 y 366 del cuaderno 1.

¹⁴ El apelante reseñó el folio 385 del cuaderno 1.

7.1.8. Observó que mediante carta del 2 de agosto de 2007 le solicitó al Invías, una vez más, la entrega de la vía Maripí – Santa Helena, así como la ampliación del plazo del contrato, con base en lo cual se debe considerar probado que no estaba en posibilidad de intervenir la vía.

7.1.9. Con todo, anotó que allegó al proceso los estados de ejecución de la obra que el consorcio logró adelantar, a pesar de las dificultades presentadas.

Con fundamento en lo anterior, el consorcio demandante solicitó que se revocara en lo pertinente la sentencia de primera instancia y se le concediera el pago de los perjuicios demandados.

7.2. Apelación del demandado

El Invías, también, interpuso recurso de apelación en el que argumentó que para la fecha en que se expidió la Resolución 1935 de 28 de abril de 2008 estaba vigente la tesis jurisprudencial expuesta en la sentencia de 13 de septiembre de 1999, de acuerdo con la cual la liquidación del contrato hizo parte del plazo contractual, de manera que era viable la declaración de caducidad del contrato en esa etapa y que por ello la Administración estaba facultada para declarar la caducidad, teniendo en cuenta que para la fecha en que se expidió el acto acusado no se había liquidado el contrato 1871 de 2005.

Observó que la sentencia del 20 de noviembre de 2008, en la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado modificó la tesis jurisprudencial, se refirió a un caso ocurrido antes de entrar en vigencia la Ley 1150 de 2007, en la que se dio paso a la declaratoria unilateral de incumplimiento, aspecto que, en su criterio, no era aplicable al contrato 1871 de 2005.

Reclamó que *“no puede existir un cambio jurisprudencial arbitrario”*, argumentó que en caso de falta de precisión en la jurisprudencia, antes de generalizar una modificación, es necesario que se unifique el precedente de manera coherente y se justifique el cambio, el cual, según ha destacado la Corte Constitucional, debe estar soportado en aspectos verdaderamente relevantes frente a los bienes jurídicamente protegidos, para que pueda entrar a aplicarse la nueva jurisprudencia por parte de las autoridades públicas.

Como consecuencia, el Invías solicitó que se revoquen los ordinales primero y cuarto de la parte resolutoria de la sentencia de primera instancia, los cuales, en su

orden, se refirieron a la declaratoria de nulidad de las Resoluciones No. 01935 y No. 06101 de 2008 y a la decisión de remitir copias para las investigaciones disciplinarias contra las *“personas que omitieron expedir oportunamente el acto de declaratoria de caducidad del contrato 1871 de 2005”*.

8. Alegatos en segunda instancia

8.1. En la oportunidad para alegar, el consorcio Gomgon 24 insistió en que no incurrió en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y que las circunstancias que llevaron al *“no total cumplimiento son muy posteriores”* a la entrega de los diseños, que se completó el 15 de marzo de 2006.

Manifestó que, aunque recibió el proyecto vial el 30 de noviembre de 2005, no pudo cumplir a cabalidad por razón de las decisiones adoptadas en desarrollo del *“Plan vial 2500”* para el departamento de Boyacá y anotó que solo en el mes de junio de 2007, a raíz de un consejo comunal adelantado con presencia del Presidente de la República, el consorcio pudo solicitar la *“re-entrega”* de la vía.

Insistió en los argumentos de su recurso de apelación y reiteró que quien incumplió el contrato fue el Invías, al no haber mantenido al consorcio en la posesión de la vía.

Manifestó su inconformidad con la actitud de la interventoría al dictaminar *“yerros inexistentes y faltantes de labor contractual”* que llevaron al Invías a expedir un *“experpento jurídico”*, refiriéndose a la declaratoria de caducidad del contrato.

Finalmente, argumentó que a lo imposible nadie está obligado, según lo ha reconocido el Consejo de Estado en su jurisprudencia.

8.2. El Invías y el Ministerio Público guardaron silencio en su oportunidad¹⁵.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** caducidad de la acción contractual; **3)** legitimación activa por parte del consorcio; **4)** cuestión previa: suspensión provisional de las resoluciones demandadas y denegación de la acumulación de procesos; **5)** análisis de las pruebas aportadas al proceso; **6)**

¹⁵ Folio 1135 del cuaderno principal de la segunda instancia.

conclusiones sobre el incumplimiento acreditado en el proceso - consideraciones de la Sala acerca de la apelación del demandante; **7)** competencia temporal para declarar la caducidad del contrato – en vigencia de la Ley 1150 de 2007 consideraciones sobre los argumentos del recurso de apelación presentado por el demandado – aplicación del precedente jurisprudencial; **8)** cláusula penal pecuniaria; **9)** excepción de contrato no cumplido; **10)** análisis de la indemnización de perjuicios derivados de la declaratoria de caducidad; **11)** costas.

1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado

1.1. Jurisdicción Competente

Con fundamento en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993¹⁶, en concordancia con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo¹⁷ aplicable para el presente caso, siendo una de las partes del contrato 1871 de 2005, el Invías¹⁸, que tiene la naturaleza de entidad pública, se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del presente asunto.

1.2. Cuantía

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente caso, por tratarse de un proceso de doble instancia en razón de la cuantía, según lo dispuesto en el artículo 134E del CCA¹⁹, dado que la pretensión mayor, formulada por perjuicios causados, ascendió a la suma \$999'340.271²⁰ que excede los 500 salarios mínimos

¹⁶ Ley 80 de 1993. “Artículo 75. Del juez competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales (...) será el de la Jurisdicción contencioso administrativa”.

¹⁷ “Artículo 82 CCA. Objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. [Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006] La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% 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”.

¹⁸ Establecimiento Público del orden nacional adscrito al Ministerio de Transporte. Folio 1, cuaderno 8.

¹⁹ “Artículo 134E CCA, Competencia por razón de la cuantía. [Artículo 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. (...) Para los efectos aquí contemplados, se aplicarán las reglas de los numerales 1 y 2 del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.”

²⁰ “Artículo 20 CPC. Determinación de la cuantía. [Artículo modificado por el artículo 1, numeral 8 del Decreto 2282 de 1989] La cuantía se determinará así: (...) 2. Por el valor de la pretensión mayor, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones”.

mensuales vigentes²¹ a la fecha de la presentación de la demanda²², para que el proceso contractual tenga vocación de doble instancia.

2. Caducidad de la acción contractual

De acuerdo con el inciso primero, numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término de caducidad de la acción contractual es de dos años, contados “*a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho*” que le sirven de fundamento, norma que aplica para el presente caso, por tratarse de la demanda contra los actos administrativos que declararon la caducidad del contrato, en un proceso iniciado antes de entrar en vigencia la Ley 1437 de 2011 (CPACA)²³.

Así las cosas, para el cómputo de la caducidad se debe partir de la ejecutoria de la Resolución No. 06101 del 31 de octubre de 2008, mediante la cual se confirmó la decisión de declarar la caducidad del contrato No. 1871 de 2005.

En este caso no obra en el proceso constancia de notificación ni de ejecutoria de la Resolución No. 06101, por lo que se acude a la comunicación del 16 de marzo de 2009²⁴ y se concluye que la demanda se presentó de manera oportuna, toda vez que se radicó el 16 de julio de 2009, dentro de los dos años siguientes –*bien sea que se tome la fecha de la expedición del acto o la fecha de su conocimiento*²⁵–, es decir que no tuvo lugar la caducidad de la acción contractual.

3. Legitimación activa por parte del consorcio demandante

²¹ A la fecha de presentación de la demanda (año 2009), 500 SMMLV equivalían a \$497.000 x 500 = \$248'500.000.

²² De conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, la competencia se determina según la norma vigente al momento de la presentación de la demanda.

²³ “*Artículo 308 CPACA. Régimen de Transición y Vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. // Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. // Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.*”

²⁴ A falta de una constancia de notificación personal de la Resolución 6101 de 2008, se tomará la fecha de radicación de la comunicación en la que la apoderada del consorcio Gomgon 24 solicitó la revocatoria directa de la Resolución 6101 de octubre 31 de 2008, fecha en la que se entiende conocida la referida resolución, folio 79 del cuaderno de anexos 2.

²⁵ En la demanda se afirmó que la Resolución 6101 “*prestó ejecutoria el 18 de diciembre de 2008*”, folio 558 del cuaderno 1, afirmación que en sí misma no constituye prueba, pero en caso de aceptarse para efectos del cómputo de la caducidad, igualmente lleva la conclusión de que la demanda se presentó en forma oportuna.

Es pertinente observar que el consorcio Gomgon 24 tiene la legitimación activa para demandar la nulidad de los actos mediante los cuales se declaró la caducidad del contrato, toda vez que fungió como parte contratista, conclusión a la cual se llega teniendo en cuenta la sentencia de unificación de 25 de septiembre de 2013²⁶, además de que, en el presente caso, las personas naturales que formaron parte del referido consorcio también integraron el extremo activo del litigio, al otorgar poderes, al mismo apoderado, en su propio nombre²⁷.

4. Cuestión previa: suspensión provisional de las resoluciones demandadas y denegación de la acumulación de procesos

El consorcio demandado acreditó en el presente proceso la providencia del 19 de octubre de 2011, mediante la cual el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, accedió a la solicitud de suspensión provisional de las Resoluciones No. 01935 del 28 de abril de 2008, No. 06101 de 31 de octubre de 2008, y No. 04269 del 17 de julio de 2009²⁸, dentro del proceso radicado con el número 15001-23-31-000-2010-00992-01, iniciado por Seguros Generales Suramericana S.A. en contra del Instituto Nacional de Vías – Invías²⁹, cuya demanda fue admitida, en el aludido proceso, el 9 de marzo de 2011 y notificada el 31 de julio de 2011.

Por otra parte, se observa que en el litigio que ahora se examina, (radicado 15001-2331-001-2009-00261), el Invías solicitó la acumulación de los procesos antes identificados, indicando que debía decretarse en el negocio jurídico más antiguo,

²⁶ El Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia de 25 de septiembre de 2013 resolvió ***“UNIFICAR la Jurisprudencia en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios para comparecer como partes en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen”***. (la negrilla es del texto).

²⁷ Folios 1 a 4 del cuaderno 3.

²⁸ De acuerdo con esa providencia, mediante la Resolución No. 04269 de 2009 –no demandada en el presente proceso- el Invías liquidó unilateralmente el contrato No. 1871 de 2005, declaró la ocurrencia del siniestro de anticipo y ordenó hacer efectiva la garantía de cumplimiento expedida por la Compañía Agrícola de Seguros, hoy Seguros Generales Suramericana S.A.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, auto de 19 de octubre de 2011, radicación: 15001-23-31-000-2010-00992-01 (41.189), actor: Seguros Generales Suramericana S.A., demandado: Instituto Nacional de Vías (INVÍAS), referencia: acción contractual. En esa providencia se resolvió:

“Primero. Revócase el numeral 2° del auto del 9 de marzo de 2011, proferido por Tribunal Administrativo de Boyacá, que denegó la solicitud de suspensión provisional elevada en contra de las Resoluciones Nos. 01935 del 28 de abril de 2008, No. 06101 del 31 de octubre de 2008, y No. 04269 del 17 de julio de 2009, proferidas por el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS).// Segundo. En consecuencia, decretase la suspensión provisional de los actos demandados dentro del proceso de la referencia, esto es, de las Resoluciones Nos. 01935 del 28 de abril de 2008, No. 06101 del 31 de octubre de 2008, y No. 04269 del 17 de julio de 2009, proferidas por el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS)” (la negrilla es del texto).

circunstancia que *-en su criterio-* se predicaba de este expediente, dado que la demanda se presentó el 16 de julio de 2009.

El Tribunal Administrativo de Boyacá decretó la acumulación mediante auto de 25 de noviembre de 2015; el demandante presentó recurso y se remitió el expediente al Consejo de Estado, no obstante el Despacho conductor del proceso en esta Corporación advirtió que, por proceder un recurso de reposición, debía ser resuelto por el Tribunal *a quo*, ante lo cual se regresó al expediente al Tribunal, que, finalmente, negó la solicitud de acumulación de procesos mediante auto de 21 de febrero de 2018, por considerar que la petición del Invías era extemporánea, teniendo en cuenta lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“(...) el proceso con radicado número 2009-0261 ya fue fallado por la jurisdicción, situación que imposibilita acceder a las pretensiones de acumulación puesto que el asunto ya fue ventilado y decidido ante la primera instancia. En consecuencia al no cumplirse con el requisito de oportunidad para la procedencia de la solicitud de acumulación se rechazará por extemporánea”³⁰.

Se hace notar que la demanda en el presente proceso, radicada ante el Tribunal Administrativo de Boyacá bajo el No. 15001-2331-001-2009-00261-00 fue presentada el 16 de julio de 2009, admitida mediante auto de 7 de julio de 2011³¹ y notificada al Invías el 8 de agosto de 2011³², es decir, en fecha posterior a la notificación realizada en el proceso iniciado por la compañía de seguros.

Aunque, siguiendo las reglas del artículo 158 del CCA, para efectos de la acumulación de procesos *“la antigüedad se determina por la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda, del mandamiento ejecutivo, o de la práctica de las medidas cautelares”*, y no por la fecha de radicación de la demanda, como estimó el Invías, lo cierto es que la solicitud de acumulación no se presentó nuevamente al encontrarse el proceso en la segunda instancia³³.

A lo anterior se agrega que en esta instancia, a la fecha, resulta improcedente solicitar la definición de una posible acumulación oficiosa³⁴ al despacho que conoce

³⁰ Folios 1115 a 1117 del cuaderno principal de la segunda instancia.

³¹ Folio 612 del cuaderno 1.

³² Folio 617 del cuaderno 1.

³³ De conformidad con la información disponible en la página www.consejodeestado.gov.co, (fecha de consulta: 23/09/19), en el proceso iniciado por Suramericana de Seguros S.A, radicado con el número 15001233100020100099202 (62802), actualmente en conocimiento de la Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Guillermo Sánchez Luque, el cual está en trámite de súplica ante una de las apelaciones adhesivas contra la sentencia proferida el 24 de mayo de 2018.

³⁴ Eventualmente permitida por aplicación del artículo 145 del CCA.

del proceso notificado con mayor antigüedad, dado que al examinar los actos acusados, las partes y las pretensiones en uno y otro proceso, se advierte que no son totalmente coincidentes, además de que el presente negocio se encuentra en estado de dictar fallo de fondo en la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estrado, al paso que en la Subsección C, apenas se inició la etapa de admisión de las apelaciones.

Por ello, la Sala continuará adelante respetando el turno para fallo del presente litigio y se pronunciará sobre las pretensiones de la demanda, dentro del marco de los recursos de apelación que se tramitan en este proceso, advirtiendo desde ahora que: **i)** no se definirá la efectividad de la póliza de cumplimiento ni el valor por el que puede hacerse exigible, teniendo en cuenta que la compañía de seguros no es parte en el presente proceso y **ii)** tampoco se decidirá sobre el acto de liquidación unilateral del contrato, toda vez que este último no fue objeto de la demanda en el presente caso.

5. Análisis de las pruebas aportadas al proceso

En su gran mayoría los documentos que obran en el expediente se aportaron en copias simples presentadas por las partes o remitidas en respuesta a los requerimientos ordenados por el Tribunal *a quo*, las cuales constituyen pruebas válidas en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil³⁵, en la medida en que no fueron desconocidas o tachadas por las partes, apreciación que se funda en la sentencia de unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2013³⁶.

A continuación, se reseñan las pruebas documentales, los testimonios y el dictamen pericial:

5.1. Pliego de condiciones de la licitación pública No. DG-164-2005 – programa de infraestructura vial de integración y desarrollo regional Plan 2500, enero de 2005³⁷.

5.2. El contrato 1871 suscrito el 6 de octubre de 2005 entre el Invías y el consorcio Gomgon 24, integrado por Miguel Édgar Alfonso González Franco y Luis Enrique Mayorga Aguirre, el cual tuvo por objeto “realizar *EL DISEÑO, LA RECONSTRUCCIÓN, LA PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LA VÍA*

³⁵ En el mismo sentido que lo dispone el artículo 146 del Código General del Proceso (C.G.P.).

³⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013. M.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Expediente: 25.022.

³⁷ Folios 6 a 144 del cuaderno 3.

*GRUPO 24, TRAMO 1 VÍA MARIPI – SANTA HELENA DEL K 0+000 AL K 13+500 CON UNA LONGITUD DE 13.50 KILÓMETROS, EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, de acuerdo con los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública DG-164-2004 (...) a los precios unitarios cotizados para los diferentes ítems*³⁸.

De conformidad con la cláusula tercera, el valor del contrato fue la suma total de \$5.816'375.397 y, de acuerdo con la cláusula cuarta, el plazo máximo de ejecución se fijó en 21 meses, discriminado en la siguiente forma: 3 meses para la etapa de estudios y diseños y hasta 18 meses para la etapa de construcción³⁹.

Se observa que en el contrato 1871 de 2005 se pactó una cláusula penal pecuniaria, para el caso de incumplimiento o de caducidad y se incorporó de forma expresa la posibilidad de imponer la caducidad del contrato (cláusulas décima quinta y décima sexta).

5.3. Comunicación SGT- 045035 del 30 de noviembre de 2005, mediante la cual el Invias impartió la orden de iniciación del contrato 1871 de 2005⁴⁰.

5.4. Modificación al contrato 1871 de 2005, suscrita el 9 de diciembre de 2005, en el sentido de aumentar el anticipo básico a la suma de \$1.165'294.843⁴¹.

5.5. Orden de iniciación de la etapa de diseño, suscrita por los representantes de las partes, de la interventoría⁴², de la consultoría de apoyo⁴³ y el supervisor, en la cual se fijó el término de tres meses, entre el 30 de noviembre de 2005 y el 28 de febrero de 2006⁴⁴.

5.6. Acta de terminación y entrega de estudios y diseños, de 28 de febrero de 2006, suscrita por los representantes de la contratista y de la interventoría, en la que se relacionaron los documentos entregados y las respectivas observaciones. En dicha acta se lee (se transcribe de forma literal):

*“En resumen, la interventoría manifiesta que la Contratista **No** cumplió con la entrega de los Estudios y Diseños del Tramo Maripi – Santa Helena, esperando*

³⁸ Folio 1 del cuaderno 8.

³⁹ Folio 2 del cuaderno 8.

⁴⁰ Folio 321 del cuaderno 3.

⁴¹ Folio 8 del cuaderno 8.

⁴² La interventoría del contrato 1871 estuvo a cargo de la sociedad Interdiseños.

⁴³ Consultoría Colombiana Ingenieros Consultores Concol, entidad que actuó como consultor de apoyo a la gestión del Plan 2500 zona tres, a través del contrato 1748 de 2005 celebrado con Invias.

⁴⁴ Folio 321 del cuaderno 3.

con base en el plan de contingencia, que para el 15 de marzo de 2006, cumpla con la entrega de la Totalidad de los Estudios” (la negrilla es del texto)⁴⁵.

5.7. Oficio MARIPÍ- 018-06 de 1º de febrero de 2006, dirigido por el director de interventoría al representante del consorcio Gomgon 024, en cual le informó los temas tratados en la reunión celebrada entre el director del Invías y el alcalde de Maripí, en relación con la solicitud del municipio de ampliar el ancho del corredor de la vía a 6 mts de calzada y la sugerencia de la interventoría de utilizar para ello la variante construida por particulares y el departamento de Boyacá, dado que, según advirtió el interventor, el Plan 2500 no permitía ampliaciones y *“menos compra de predios”*.

5.8. Orden de iniciación de la etapa de construcción, suscrita el 30 de marzo de 2006 por los representantes de la contratista, la interventoría, la consultoría de apoyo a la gestión, con el visto bueno del supervisor y la coordinadora del Plan 2500. En esa acta se indicó como fecha de terminación del contrato 1871 de 2005 el 29 de agosto de 2007 y se hizo constar: (se transcribe de forma literal):

“La ejecución de la meta física se realizará hasta ejecutar los recursos con los que cuenta el contrato”.

5.9. Comunicación del 7 de abril de 2006, en la cual el alcalde de Maripí informó al director del Invías que había realizado las gestiones con la gobernación de Boyacá *“comprometiéndose a intervenir nueve kilómetros y medio y la alcaldía a ampliar los primeros cuatro kilómetros a partir de Maripí”*⁴⁶.

En dicha comunicación, el alcalde narró que el proyecto de ampliación contaba con la anuencia del Presidente de la República, de acuerdo con lo expresado el 18 de marzo de 2006 en consejo comunitario celebrado en Piedecuesta – Santander y expresó:

*“(…) por tal motivo solicitamos de manera urgente se aprueben los estudios y diseños teniendo en cuenta la ampliación para continuar confiadamente nuestras obras de ampliación”*⁴⁷.

5.10. Comunicación MARIPÍ 133-092-06 del 19 de abril de 2006, dirigida al consorcio Gomgon 24, con sello de recibido el 21 de abril de 2006, en la cual la interventoría manifestó que podía considerar la solicitud de suspensión del contrato,

⁴⁵ Folios 328 del cuaderno 3.

⁴⁶ Folio 337 del cuaderno 3.

⁴⁷ Folio 337 del cuaderno 3.

para lo cual la remitiría a la consultoría de apoyo; no obstante, indicó (se transcribe de forma literal):

“Sin embargo queremos advertir, que los retrasos que presenta la etapa de Estudios y Diseños a la fecha, siguen siendo responsabilidad del Contratista, por lo tanto el plazo para la etapa de Construcción se reduce y Ustedes tendrían que presentar una Programación de Obra e Inversión para la etapa de Construcción, de tal manera que se cumplan los plazos, metas y alcance establecidos en el Contrato”⁴⁸.

5.11. Interdiseño S.A., firma encargada de la interventoría del contrato, en respuesta al requerimiento del Tribunal *a quo* allegó, entre otras, la comunicación MARIPÍ-133.055-06 del 1º de marzo de 2006, dirigida a Concol, con copia al ingeniero Miguel Édgar González, representante legal del Consocio Gomgon 24, en la que relacionó los documentos entregados por el contratista para cumplir con la etapa de estudios diseños y concluyó que; *“el contratista no ha entregado la totalidad de los estudios y diseños”⁴⁹.*

5.12. En el mismo sentido de las comunicaciones anteriores, obra en el proceso la comunicación 01-2084-2006 de 14 de marzo de 2006 que dirigió Concol al Invías, acerca del incumplimiento del contrato 1871 de 2005, en la cual esa consultoría de apoyo a la gestión, indicó:

“De acuerdo con lo anterior, la Consultoría de apoyo a la gestión, considera que la Interventoría había notificado al contratista, en varias oportunidades la obligación de presentar los estudios y diseños y de tiempo atrás había requerido al contratista presentar la metodología de los estudios y diseños, y que los primeros trabajos de estudios elaborados se desarrollaron a principios del mes de enero, de manera tardía en el período para desarrollar estas actividades.

“En consecuencia la Consultora de apoyo a la gestión recomienda al Invías proceder a tomar las medidas necesarias⁵⁰ en concordancia con la cláusula 14 del contrato”.

5.13. En la comunicación del 7 de abril de 2006, suscrita por el alcalde del municipio de Maripí y dirigida al interventor del proyecto, se advirtió que *“por falta de aprobación de los Estudios y Diseños incluyendo la ampliación se tuvo que suspender dichos trabajos”⁵¹.*

5.14. Mediante comunicación 01-3713-2006 de 18 de mayo de 2006, en la que Concol se dirige al Invías, se refirió a los descargos presentados por el consorcio Gomgon 24 con motivo de un posible incumplimiento en la entrega de los estudios

⁴⁸ Folio 343 del cuaderno 3.

⁴⁹ Folio 2 y 3 del cuaderno 2.

⁵⁰ Folio 1 del cuaderno de anexos 1.

⁵¹ Folio 343 del cuaderno 1.

y diseños, esa consultoría de apoyo concluyó que se debía proceder de conformidad con las sanciones previstas en la cláusula décimo cuarta del contrato 1871 de 2005.

Hasta este punto, la relación de pruebas corrobora la situación de incumplimiento en la etapa de estudios y diseños y los requerimientos que en su oportunidad realizó el Invías.

A continuación, siguiendo con la secuencia de la etapa de construcción, se reseñan las pruebas correspondientes.

5.15. Obra en el expediente el contrato 339 de 27 de septiembre de 2006⁵², suscrito entre el departamento de Boyacá y el señor Ricardo Ochoa Jiménez, cuya acta de iniciación se suscribió el 9 de noviembre de 2006⁵³. Según el texto allegado al proceso, este contrato tuvo por objeto el *“mejoramiento de la vía departamental Maripí – Santa Helena en la provincia occidente departamento de Boyacá”*⁵⁴.

5.16. Comunicación MARIPÍ 133-1-090- 96 de 16 de noviembre de 2006, suscrita por el residente de interventoría, dirigida al ingeniero del consorcio Gomgon 24, - *con sello de recibido*- en la cual registró el atraso de los hitos de obra 3, 4 y 5, sobre lo cual hizo constar que la interventoría no había recibido la actividad desarrollada por el consorcio, debido a que presentó *“no conformidad en el grado de compactación requerido”*⁵⁵.

5.17. Comunicación MARIPÍ 133-477 de 31 de enero de 2007, en la cual el director de interventoría transmitió al secretario de infraestructura del departamento de Boyacá la solicitud de entrega presentada por el consorcio Gomgon 24, en relación con los trabajos de ampliación debidamente recibidos por la Gobernación⁵⁶ y solicitó que, con el fin de evitar reclamaciones futuras, se *“inicien los trabajos de cajeo y reemplazo de material de todas las zonas de la ampliación y de esta manera el Consorcio Gomgon 24, pueda cumplir con los plazos establecidos”*.

5.18. Comunicación radicada con el No. 22418 del 20 de abril de 2007, mediante la cual el consorcio Gomgon 24 solicitó *“correcciones”* en el contrato 1871 de 2005

⁵² Folios 353 a 356 del cuaderno 1.

⁵³ Folio 358 del cuaderno 1

⁵⁴ Folio 353 del cuaderno 1.

⁵⁵ CD contentivo de correspondencia allegado por Interdiseños S.A. en respuesta al requerimiento del Tribunal *a quo* – folio 773 del cuaderno 2-1.

⁵⁶ Folio 395 del cuaderno 1.

entre el K5 + 450 y el K13 + 500⁵⁷ y el reconocimiento del desequilibrio económico del contrato, causado por la necesidad de cambio de la cantera y las fuentes de los materiales, según indicó en esa comunicación.

5.19. En el CD contentivo de la correspondencia aportada por Interdiseños S.A. consta la comunicación marcada como “*Informe de especialista*” de 19 de abril de 2007 suscrita por los ingenieros Mónica Lucía Melgarejo y Carlos Iván Gutiérrez, especialistas en geotécnica y pavimentos de la consultoría de apoyo, dirigido a Interdiseños S.A., en el cual expusieron su concepto sobre las causas del incumplimiento en la etapa de construcción, así (se transcribe de forma literal):

“Si bien es cierto que el tramo tiene diversos problemas de inestabilidad y remoción en masa de suelos que interfieren el proceso constructivo (...) lo mismo la influencia de las ampliaciones que se adelantan en la vía por parte del municipio y la Gobernación de Boyacá esta asesoría considera conveniente evaluar en conjunto los serios problemas de calidad de ingeniería en general que la obra ha tenido. Es el resultado de un ejercicio limitado en alcances y recursos por parte del contratista, que conduce a ahorros en materiales dando como resultado calidades marginales; ahorros en profesionales (...); ahorros en equipos (...); ahorros de calidad con el resultado de que los materiales no resultan cumpliendo los diseños propuestos para lograr que los satisfagan que los satisfagan en condición justa y que no completan ni siquiera las pruebas que las normas exigen”⁵⁸

5.20. Comunicación MARIPÍ 133-1-267-07 de abril 25 de 2007, mediante la cual el residente de interventoría citó al consorcio Gomgon 24 a una visita técnica que se adelantaría por los ingenieros de la gobernación que se encontraban adelantando los trabajos de ampliación⁵⁹.

5.21. Comunicación 01-416-2007 del 8 de mayo de 2007, en la que Concol rindió concepto al Invías acerca de los descargos presentados por el contratista en relación con “*la intervención de los hitos 2 a 5A*”; en dicha comunicación se advirtió que la situación concerniente a la intervención en los referidos hitos era de completo conocimiento de la contratista y se indicó (se transcribe de forma literal):

“inclusive, en lo que respecta a la intervención del hito No. 2, el Contratista llevó a cabo la construcción de filtros en todo el sector y manifestó un constaste interés en llevar a cabo la reparación de las losas de concreto que se encuentran actualmente fracturadas, pero al no serle aprobados los precios propuestos para adelantar esta actividad, este desistió de su propósito y ha intentado excluir del contrato su intervención (...).”

⁵⁷ Folios 378 a 383 del cuaderno 1.

⁵⁸ CD contentivo de correspondencia allegado por Interdiseños S.A. en respuesta al requerimiento del Tribunal a quo— folio 773 del cuaderno 2-1.

⁵⁹ Folio 373 del cuaderno 1,

En esa misma comunicación, la consultoría de apoyo a la gestión reseñó los atrasos en los hitos No. 3, 4 y 5 cuya “*entrega se encontraba prevista para los días 22 de diciembre de 2006, 22 de enero de 2007 y 30 de enero de 2007*” y consideró inaceptables los argumentos presentados en los descargos, teniendo en cuenta que en los “*hitos anteriormente mencionados no se presentaba ningún impedimento para adelantar las obras programadas como consecuencia de las labores de ampliación de la calzada que vienen ejecutando la Gobernación de Boyacá*”⁶⁰.

En relación con esta prueba, puede advertirse que constituyó un primer requerimiento que se presentó antes de entrar a regir la Ley 1150 de 2007, cuando se encontraba vigente el plazo contractual.

5.22. Comunicación radicada bajo el No. 31507 del 28 de mayo de 2007, en la que el consorcio Gomgon 24 presentó una petición acerca de la necesidad de modificación del contrato 1871 y entrega de la vía entre el K5 + 450 y el K13 + 500⁶¹.

5.23. Comunicaciones radicadas con los números 43964 del 16 de julio de 2007 y 48557 de 2 de agosto de 2007, en las cuales el consorcio Gomgon 24 solicitó la entrega “*oficial*” del tramo comprendido entre el K5 + 450 y el K13 + 500⁶².

5.24. Comunicación ID-150-2007, de 28 de agosto de 2007, dirigida por la interventoría al Invías, “*asunto: concepto sobre la **situación del contrato al término del plazo contractual***⁶³ - Grupo 24” en la cual indicó (se transcribe de forma literal):

“Con relación a los trabajos de ampliación adelantados por la Gobernación de Boyacá, es preciso anotar que, desde el día 27 de marzo de 2007 la Interventoría ordenó al Contratista proceder con la ejecución de las obras a partir del al K5+250 sin que el Contratista hubiese acatado dicha instrucción; en consecuencia y bajo las actuales circunstancias, no existen argumentos que indiquen que el Contratista requeriría de plazo adicional para cumplir satisfactoriamente con la ejecución de los trabajos, por cuanto, durante los últimos cinco meses no se ha registrado avance alguno en las labores de conformación de la calzada, extensión de material granular ni colocación de carpeta asfáltica.

“(…).

⁶⁰ Folio 14 vuelto del cuaderno de anexos 1.

⁶¹ Folios 385 y 386 del cuaderno 1.

⁶² Folios 388, 392 y 393 del cuaderno 1.

⁶³ La negrilla no es del texto. De acuerdo con las pruebas reseñadas en esta providencia, el término contractual venció el 29 de agosto de 2007.

“En conclusión, tal como se anticipó, el Contratista incumplió, de manera deliberada, con el suministro de los recursos y la ejecución oportuna de las obras contratadas, desacatando las órdenes de la Interventoría y comprometiendo de manera grave la prestación del servicio, por lo tanto, esta Interventoría preparará y presentará, una nueva solicitud de sanción una vez vencido el plazo del contrato. De otra parte, a través de la comunicación MARIPÍ 133-707-07 del 28 de Agosto de 2007, se le manifestó al Contratista, que la solicitud de prórroga de- contrato no es viable”⁶⁴.

5.25. Acta de audiencia del 4 de septiembre de 2007, realizada “con base en la Ley 1150 de 2007” suscrita por el contratista, su apoderado, el apoderado de la compañía de seguros, los representantes de la interventoría, la consultoría de la zona 3, el supervisor del departamento y el representante del Invías. Al inicio de la audiencia se indicó que se solicitó por las “*causales de caducidad*” consistentes en el “*incumplimiento*” en el programa de inversión, incumplimiento en el nombramiento de personal, incumplimiento en la instalación de vallas y no pago de prestaciones y aportes parafiscales⁶⁵.

5.26. Estado de obra ejecutada en el tramo “Km0 a KM13 +500” en el que se muestran las diferencias entre la ejecución presentada por el contratista y la aprobada por el interventor – Interdiseños⁶⁶; estos cuadros detallan los valores parciales de los hitos 2: (Km0 + 000 – Km1 +000), 3 (Km1 +000 – Km 2 + 000) hito 4 (km2 + 000 - Km3 + 000), y 5 (Km3 + 000– Km3 +950), firmados por Édgar González, con fecha 17 de diciembre de 2007⁶⁷.

5.27. Comunicación 01-1030-2008 del 14 de febrero de 2008, en la que Concol emitió concepto acerca de los descargos presentados por el consorcio Gomgon con motivo de la solicitud de caducidad administrativa; en dicha comunicación, el consultor de apoyo a la gestión recomendó al Invías hacer uso de la potestad del artículo 18 de la Ley 80 de 1993⁶⁸. En el mismo sentido se pronunció nuevamente en comunicación 01.1749-2008, radicada el 17 de marzo de 2008⁶⁹.

5.28. Acta de audiencia de descargos, sin fecha, suscrita por el apoderado del contratista, la representante legal y la apoderada de la compañía de seguros, el representante legal de la interventoría, la directora de la consultoría Concol y el

⁶⁴ CD – folio 773 del cuaderno 2-1.

⁶⁵ Folios 493 a 499 del cuaderno 1.

⁶⁶ Valor de obra ejecutada según la interventoría \$1.042.804.593,78 frente a \$1.497'155.079,67 de valor parcial ejecutado, según el consorcio.

⁶⁷ Folios 401 a 405 del cuaderno 1.

⁶⁸ Folios 24 a 31 del cuaderno de anexos 1.

⁶⁹ Folios 35 a 40 del cuaderno de anexos 1.

supervisor de departamento - Invías. En dicha acta se citó el oficio SGT-a 10727 del 18 de marzo de 2008, en el cual se expusieron como hechos constitutivos de la causal de caducidad: el incumplimiento en el plazo para la ejecución de los trabajos, *“toda vez que a la fecha del vencimiento del plazo contractual, el proyecto presentó un posible incumplimiento de 82.59% frente al valor del contrato incluyendo los ajustes”*; incumplimiento en el programa de inversiones; incumplimiento en el nombramiento de personal; incumplimiento en la instalación de vallas y el incumplimiento en el pago de prestaciones y aportes parafiscales⁷⁰.

En la parte final del acta de descargos se presentaron los informes del 8 de abril de 2008 por la interventoría y, por su parte, el representante de la contratista presentó un documento sobre las condiciones en que se *“puede decretar la caducidad del contrato”* y ratificó su disposición para terminar las obras *“en el evento en que su propuesta fuera aceptada”*⁷¹.

5.29. Comunicación del 6 de agosto de 2008, dirigida por el consorcio Gomgon 24 al señor Presidente de la República, con el objeto de solicitar que *“no se llegue a la caducidad”*, la cual, en ese momento, se encontraba en estado del recurso de reposición como indicó el referido consorcio⁷².

5.30. Los actos demandados

4.30.1. Resolución 01935 de 28 de abril de 2008 (se transcribe de forma literal):

“CONSIDERACIONES DE LA ENTIDAD:

“Teniendo en cuenta que los argumentos técnicos esgrimidos tanto por el contratista como por la firma garante del contrato fueron contundentemente desvirtuados tanto por la interventoría del contrato, como por la Consultoría de Apoyo a la Gestión y Supervisión del Departamento, a los cuales este Despacho se acoge, la entidad concluye lo siguiente:

“Sobre la competencia temporal (...) en reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado al referirse a las POTESTADES EXCEPCIONALES (...) precisó (...) ‘La sala retoma y reitera la doctrina sentada en la sentencia de enero 29 de 1988, exp 2615, en cuanto rectificó la tesis anterior sobre el término para el ejercicio de las potestades excepcionales en la actividad contractual y sostuvo que la administración podrá declarar el incumplimiento (o la caducidad) después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de este’.

⁷⁰ Folios 501 a 512 del cuaderno 1.

⁷¹ Folio 511 del cuaderno 1.

⁷² Folios 397 y 398 del cuaderno 1.

“(..)

“(..) en cuanto a la práctica de una inspección ocular este Despacho considera que de las visitas a la obra, de los informes técnicos y de la bitácora de la obra se tiene que ésta no es procedente por cuanto quedó suficientemente demostrado el abandono de la obra por parte del Contratista. Si bien es cierto que en el sitio de la obra se encontraba alguna maquinaria también lo es que esta no desempeñaba ninguna función puesto que simplemente estaba puesta en la zona.

“Concluyendo entonces se tiene que dentro de los descargos y demás comunicaciones remitidas por el contratista al Instituto, así como de lo expresado dentro de la audiencia del afectado no se encuentra un motivo que lo libere de su responsabilidad por incumplimiento grave (...).

“(..) además del incumplimiento grave de las diferentes obligaciones contractuales que corresponden al 82.80% de obra dejada de ejecutar, lo que afectó de manera grave y directa la ejecución del contrato que derivaron en la frustración del objeto contractual, no procede una sanción por incumplimiento parcial sino por incumplimiento grave de tales obligaciones, es decir la declaratoria de caducidad.

“Que en consecuencia el Instituto: **a)** procederá al cobro de la cláusula penal pecuniaria por el diez por ciento de las cantidades totales de la obra por ejecutarse (\$4.815'388.207,00) o sea (...) \$481'538.820,70, **b)** ordenará la liquidación del contrato.

“Por las consideraciones anteriormente expuestas, este Despacho

“RESUELVE:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la caducidad y ordenar la liquidación del contrato No. 1871 del 06 de octubre de 2005, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y el CONSORCIO GOMGON 24 (...) NIT: 900034734-9 representado legalmente por MIGUEL EDGAR ALFONSO GONZÁLEZ FRANCO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.112.260 de Bogotá, cuyo objeto fue el DISEÑO, LA RECONSTRUCCIÓN, LA PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACION DE LA VÍA GRUPO 24 TRAMO 1 VÍA MARIPI – SANTA HELENA DEL K 0+000 AL 13+500 CON LONGITUD DE 13.50 KILÓMETROS, EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato que condujeron a su paralización con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta resolución.

“ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer al contratista CONSORCIO GOMGON 24, como sanción a título de cláusula penal pecuniaria la suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS CON 70/100 (\$481'538.820,70) MONEDA CORRIENTE, correspondiente al diez por ciento (10%) de las cantidades de obra por ejecutarse, de conformidad con lo estipulado en la cláusula décima quinta del Contrato No. 1871 de 2005.

“ARTÍCULO TERCERO: Ordenar compulsar copias del presente acto administrativo y las demás actuaciones y documentos pertinentes, al Ministerio de Protección Social, para lo de su competencia en relación con el presunto incumplimiento del

contratista en el pago de aportes a la salud, pensión y parafiscales correspondientes a la nómina empleada durante la ejecución del Contrato No. 1871 de 2005.

“ARTÍCULO CUARTO: *El contratista deberá consignar la sanción impuesta en la cuenta (...).*

“ARTÍCULO QUINTO: *Notificar la presente Resolución en los términos de los artículos 45 y s.s. del Decreto 01 de 1984 al representante legal (...).*

“ARTÍCULO SEXTO: *La parte resolutive del presente acto administrativo, una vez se encuentre ejecutoriado, deberá ser publicado a cargo del contratista de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 80 de 1993.*

“ARTÍCULO SÉPTIMO: *Contra la presente Resolución procede el recurso de reposición (...)*⁷³

4.30.2. Resolución 0061101 de 31 de octubre de 2008 (se transcribe de forma literal):

“Quien impugna un acto administrativo bajo el argumento de encontrarse falsamente motivado, tiene la carga probatoria (onus probandi) de demostrarlo, dado que sobre los actos de la administración gravita una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada, por quien pretenda impugnarlos.

“(...)

“Que para el caso que nos ocupa el contratista tuvo como plazo de ejecución del contrato (21) veintinueve meses contados a partir de la orden de inicio impartida el 30 de noviembre de 2005 con el oficio SGT 045035 del 30 de noviembre de 2005, incluido en este plazo la etapa de estudios y diseños. El contrato no fue suspendido ni prorrogado durante el período contractual.

“Cómo el término con el que dispone la entidad para liquidar el contrato es de 30 meses contados a partir de la fecha de vencimiento del plazo contractual, tendríamos que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS expidió dentro del término o competencia temporal la resolución 1935 pues lo hizo el 28 de abril de 2008.

“(...)

“Ahora bien, la ley 1150 de 2007, en su artículo 11 reafirmó la competencia de las entidades públicas para liquidar sus contratos dentro del plazo de treinta meses mencionados.

“Así las cosas, no puede el impetrante afirmar que la entidad motivó falsamente (...).

“Sobre el punto en cuanto al argumento del recurrente ‘violación al principio consagrado en el Art. 1609 del CC, excepción de contrato no cumplido’ es importante anotar que:

⁷³ Páginas 41 a 45 de la Resolución No. 01985 de 28 de abril de 2008 del cuaderno 8.

“En reiterada doctrina y jurisprudencia se ha afirmado que no debe perderse de vista que en principio la resolución que declara el incumplimiento de un contrato es el mal menor, pero mal al fin, (...) por lo que, si la parte demandada ha demorado el cumplimiento por hecho o culpa suya, deberá indemnizar a la actora de todos los perjuicios (...). Pero si no cumplió (...) porque precisaba de la colaboración de la contraparte para realizar el cumplimiento (...) a fin de que no le sea oponible la tantas veces mencionada excepción de ‘contrato no cumplido o mora recíproca’, estará en la necesidad de acreditar conforme a derecho que se allanó a cumplir en la forma y tiempo debidos, (...).

“Ahora bien, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1609 del código civil, sobre la excepción de contrato no cumplido este se refiere al incumplimiento de ambas partes, Si el incumplido es de uno solo, opera la condición resolutoria tácita (art 1546 del código civil): (...).

“Para el caso que nos ocupa en cuanto al corredor intervenido tanto por la gobernación como por la alcaldía de Boyacá, se concluye de los conceptos técnicos emitidos por la interventoría y la consultoría de apoyo que el contratista tuvo conocimiento de tal situación desde la presentación de los pliegos de condiciones pues en ello se precisó que éste debía tomar posesión de cualquiera de las partes de obra, entonces tal circunstancia fue aceptada sin objeción alguna a partir de la suscripción del contrato y hasta su finalización, (...).

“Con relación a la ‘falla Los Muchos’ se le informa al recurrente que de los conceptos técnicos emitidos tanto por la interventoría como por la consultoría de apoyo se tiene que este sector no ha sido considerado como parte de los incumplimientos señalados en la Resolución motivo de este recurso.

“Por lo anterior, tenemos que no es de recibo los argumentos de la recurrente con respecto a este punto⁷⁴.

“(...

“Ahora tenemos que, con oficio MARIPÍ 133-774-08 del 17 de septiembre de 2008 con radicado INVÍAS No. 60140 del 19 de septiembre de 2008 la interventoría emite concepto frente a lo manifestado por el contratista en el recurso de reposición de la siguiente manera:

“(...

‘(...) con respecto a la iniciación de las obras en este sector, se tiene que aclarar que el contratista, antes de haberse celebrado la reunión que menciona, cuya fecha exacta fue 13 de septiembre de 2006, ya había iniciado la instalación del material granular’

‘(...)

‘El Sector comprendido entre las abscisas K5 +220 y K13 + 500 se encuentra dentro del Tramo MARIPÍ – SANTA HELENA, localizado entre el K0 + 000 y el K 13 + 500, entregado al Contratista Consorcio Gomgon 24, por el Instituto Nacional de Vías, con

⁷⁴ Página 16 y 17, Resolución 006101de 31 de octubre de 2008, cuaderno 8.

la firma del contrato No. 1871 de 2005. Por lo tanto es el Consorcio Gomgon 24 el responsable del sector mencionado en el presente numeral y no se requiere de una nueva entrega por parte del Instituto. Reiteramos, el Instituto Nacional de Vías no acordó con la Gobernación de Boyacá adecuar el sector entre el K5 + 220 y el K 13 + 500 para que fuera entregado en condiciones de ser pavimentado. Lo sucedido como lo expresamos en el numeral 2 de la presente comunicación, fue autorizar al Municipio de Maripí, a efectuar las ampliaciones al Tramo en los sectores con anchos mínimos, para garantizar la seguridad a los usuarios y lograr la pavimentación de la totalidad del Tramo excluyendo los sectores inestables

(...).

‘Es importante mencionar que el **25 de abril de 2007**, se reunieron el **Director de la Interventoría y el Representante legal del Consorcio Gomgon 24**, en donde el representante legal se comprometió para esa semana a efectuar la toma de muestras (...).Comunicación **MARIPÍ 133-697-07** del 6 de agosto de 2007⁷⁵.

‘Por lo anterior la Interventoría sostiene que el sector a partir del K5 + 250 en adelante, ha debido ser intervenido por la contratista por lo menos desde el mes de marzo de 2007 (fue un incumplimiento continuo por parte del Contratista, el desarrollo del contrato, amparándose en el numeral 5.28 cuando la entidad jamás tomó posesión de la obra (...))⁷⁶.

RESUELVE:

“**ARTÍCULO PRIMERO:** Reconocer personería jurídica (...)

“**ARTÍCULO SEGUNDO:** Confirmar en todas sus partes la resolución 01935 del 28 de abril de 2008, que declaró la caducidad y ordenó la liquidación del contrato No. 1871 de 2005, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y Gomgon 24 NIT 900034734-9 por incumplimiento grave de las obligaciones que condujeron a su paralización con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

“**ARTÍCULO TERCERO:** Notificar la presente Resolución en los términos de los artículos 44 y s.s. del Decreto 01 de 1984 (...)

“**ARTÍCULO CUARTO:** La parte resolutive del presente acto administrativo. una vez se encuentre ejecutoriado, deberá ser publicado a cargo del contratista en medio de comunicación social escrita, comunicada a la Cámara de Comercio en donde se encuentre inscrito el contratista sancionado, publicada en el diario oficial, y comunicada a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 80 de 1993.

“**ARTÍCULO QUINTO.** Contra la presente resolución no procede recurso alguno”.

5.31. Dictamen

⁷⁵ La negrilla es del texto.

⁷⁶ Páginas 33, 34 y 35 de la Resolución 006101 de 31 de octubre de 2008, cuaderno 8.

El perito contador público designado por el Tribunal *a quo* presentó su dictamen el 22 de junio de 2012, en el cual reseñó las diferencias entre la obra que el consorcio Gomgon 24 reportaba como ejecutada y la que aceptó el interventor del contrato, así:

Obra ejecutada según Gomgon 24	\$1.439'078.938,08
Obra ejecutada según Interdiseños- Invías	\$1.002'257.100,64 ⁷⁷

Igualmente calculó los costos directos e indirectos no reembolsados por el Invías en la suma de \$999'340.271.

En cuanto al porcentaje de obra ejecutada, estableció la proporción entre \$1.439'078.938.08 y \$3.816'375.397 e indicó que la obra se ejecutó en un 24,74185106%⁷⁸.

El Invías objetó el dictamen por error⁷⁹, argumentó que los valores de ejecución reportados por el perito difieren sustancialmente de las cifras del contrato, en razón de que se desconoció el valor de la obra no aceptada. Según el Invías, el perito se equivocó al basarse en las cifras del acta de recibo aportadas por el contratista⁸⁰, sin tener en cuenta el valor de las obras no aceptadas. Como consecuencia, el Invías solicitó que el dictamen no fuera tenido en cuenta.

La parte actora recorrió el traslado y solicitó, a su vez, que la objeción “*no se tenga en cuenta*”, por cuanto, en su criterio, fue presentada antes de iniciarse el término del traslado del dictamen, ante lo cual el Tribunal *a quo* ordenó el traslado por auto de 9 de octubre de 2013⁸¹, confirmado mediante auto de 19 de marzo de 2014⁸², en el que advirtió que el numeral 1 del artículo 238 del CPC establecía la extemporaneidad para el pronunciamiento posterior al vencimiento del plazo, y advirtió que en el presente caso la objeción había sido presentada una vez

⁷⁷ Folio 851 del cuaderno 2-1.

⁷⁸ Folio 833 del cuaderno 2.1.

⁷⁹ Mediante escrito de 13 de enero de 2013, la apoderada del Invías indicó: “*por medio del presente manifiesto que objeto por error el dictamen pericial rendido por el Señor Luis Enrique Cuta Cristancho, con fundamento en las razones que a continuación se señalan: (...)*”. Al concluir sus objeciones no volvió sobre el punto del error, ni lo calificó como “grave” y solicitó que el dictamen no fuera tenido en cuenta (folio 943 de 2013).

⁸⁰ Folios 943 a 951 del cuaderno 2-1.

⁸¹ Folio 957, del cuaderno 2.1.

⁸² Folio 961, del cuaderno 2.1.

notificada por estado la providencia por la que se puso a disposición de las partes el peritazgo.

En la sentencia de primera instancia no existió un pronunciamiento específico sobre la objeción al dictamen, la cual ha debido ser resuelta en esa oportunidad, de acuerdo con el numeral 6 del artículo 238 del CPC. Por ello, la Sala se pronunciará al respecto, a continuación:

La Sala advierte que el dictamen no incurrió en error grave, toda vez que el perito también relacionó el detalle y los valores de cada uno de los ítems rechazados por la interventoría y su cálculo sobre el porcentaje de ejecución se presentó con claridad sobre las cifras indicadas por el consorcio, lo cual no arroja un error, sino una operación aritmética que se realizó con fundamento en una fuente proveniente del consorcio, lo cual se advierte de la lectura del dictamen.

Se hace notar que en el mismo dictamen se indicó el valor de obra ejecutada, restando la suma de \$436'821.837, por concepto de obra no aceptada, de acuerdo con lo indicado por Interdiseños, firma encargada de la interventoría, y que de acuerdo con esas cifras la obra aceptada solo ascendió a \$1.002'257.100, la cual no se desvirtuó con otras pruebas en el proceso⁸³ y para la Sala tiene mérito probatorio.

La Sala observa que el porcentaje de ejecución, calculado base en la obra aceptada, correspondió a 17.20%, lo que reafirma la materialidad del incumplimiento.

Por otra parte, aunque en las notas contables anexas al dictamen se indica que la operación del consorcio se cerró por razón de la caducidad, esa anotación no se corresponde con el hecho de que, para la fecha en que se declaró la caducidad del contrato, el término de ejecución contractual se encontraba vencido y tampoco cambia lo probado con fundamento en la bitácora de obra acerca del bajo avance⁸⁴.

El perito también relacionó los costos y gastos reclamados por el demandante; no obstante, con independencia de que correspondían a los registrados en la

⁸³ Detalle de las obras no aceptadas por concepto de: "explicaciones", "sub-bases y bases", "pavimento flexible", "obras de drenaje" y "no previstos - obras de drenaje", folios 829 a 832, cuaderno 2-1

⁸⁴ "Agosto 20 de 2007. El bajo avance de la obra durante el periodo se dio porque el contratista no dispuso personal, materiales y equipos para el desarrollo de las obras del contrato" Folio 737, cuaderno 2-1.

contabilidad, no se tomarán como base de un perjuicio imputable a la decisión de caducidad, toda vez que no guardan relación con dicho acto administrativo, según se explica más adelante, en el análisis de perjuicios.

5.32. Testimonios

El 21 de junio de 2012, se recibieron los siguientes testimonios:

5.32.1. Víctor Augusto Pérez Reyes, quien se desempeñó como ingeniero residente de la obra “*al inicio de los trabajos*” – en “*un período corto como de 2 o 3 meses, no fue mucho tiempo*”⁸⁵, narró que “*encontró el problema*” del acuerdo con el Ministerio o el Invías, por el cual el municipio arreglaba aproximadamente 4 km, “*anchaba la vía de los 4.25 metros o 4.50 metros que estaba establecido a 6.0 metros y el departamento lo hacía de la parte de Santa Elena (sic) hasta donde terminaba la parte del municipio*”⁸⁶.

El testigo narró lo siguiente (se transcribe de forma literal):

*“Cuando yo llegué el municipio ya había iniciado su trabajo de ampliación de la calzada, paralelamente nosotros empezamos a hacer unos filtros en las partes laterales. Después de que necesitábamos adelantar más obra, el municipio por fin terminó y pudimos iniciar los trabajos en ese sector, pero la parte que le correspondía al Departamento, pues no se pudo, porque el departamento sacó una parte de [lo] que le correspondía a una licitación (...) ni el Municipio ni el Departamento nos entregaron a los constructores la vía para poder hacer los trabajos, que consistían fuera de la carretera, arreglar la base, la sub base, el pavimento, y hacer las obras de las alcantarillas y desagües. En realidad esa fue la parte que yo estuve, como eso estaba estancado, fui trasladado a otra obra”*⁸⁷.

5.32.2. El señor Pablo Andrés Fonseca manifestó que trabajó por ocho meses en la obra como supervisor en la entrega de material y “*manejava la vibrocompactadora*”.

Indicó que (se transcribe de forma literal):

*“(...) de un momento a otro se dañó el contrato porque el señor Presidente Álvaro Uribe lo amplió a 6.0 metros, hasta ese momento dejamos de trabajar (...). Nosotros teníamos la maquinaria allá, no la pudimos traer, porque el pueblo se alborotó y no nos dejaron sacar nada. Después me enteré que las máquinas estaban en un parqueadero y una apareció totalmente desbaratada, la encontramos por pedazos, actualmente no se ha podido recuperar”*⁸⁸.

⁸⁵ Folio 933 vuelto del cuaderno 2-1.

⁸⁶ Folio 933, vuelto del cuaderno 2-1.

⁸⁷ Folio 933 del cuaderno 2-1.

⁸⁸ Folio 936 del cuaderno 2-1.

5.32.3. El ingeniero electrónico, Ernesto Antonio De Castro Charry, narró que (se transcribe de forma literal):

“Yo viajé muchas veces a Maripí con el ingeniero Edgar González (...) a revisar las obras que estaban haciendo (...). Eran 15 kilómetros de pavimentación que se tenían que hacer por Maripí (...). Se paró la obra porque estaba intervenida por la Gobernación. Había mucho inconveniente con el interventor de la vía, se paraban los pagos entre otros”⁸⁹.

Este testigo afirmó que la obra quedó parada, que existió una máquina inmensa, la “Finisher”, con la que se regaba el asfalto, que la desbarataron y “no se pudo retirar”, pero no pudo precisar la causa.

6. Conclusiones sobre el incumplimiento acreditado en el proceso - consideraciones de la Sala acerca de la apelación del demandante

6.1. No puede aceptarse la entrega oportuna de los estudios y diseños objeto del contrato 1871 de 2005, ni el argumento del saneamiento de la mora, toda vez que, contrario a lo que afirmó el consorcio Gomgon 24 en su apelación, es copiosa la documentación acerca de la inconformidad en la oportunidad de entrega y en el contenido de los estudios y diseños, de acuerdo con las pruebas reseñadas en esta providencia.

6.2. En cuanto al cambio en el ancho de la vía, las pruebas acreditan que el consorcio Gomgon 24 se encontraba en la tenencia de la vía desde el 30 de noviembre de 2005, que no fue desplazado, que adelantó actividades paralelas al ensanchamiento de la vía a cargo del departamento, incluso entre el 27 de septiembre de 2006 y el 4 de julio de 2007, lapso en el que se desarrolló el contrato 339⁹⁰, suscrito entre el departamento de Boyacá y el señor Ricardo Ochoa Jiménez, y, por otra parte, *-a diferencia de lo que argumentó el demandante en su apelación-* se puntualiza que para la época en que se firmó el contrato 339 ya se habían registrado requerimientos de la interventoría por incumplimientos del consorcio Gomgon 24 y que concretamente se habían levantado no conformidades con los hitos de obra que estaba adelantado, las cuales se reiteraron en el día a día de la actividad constructiva⁹¹.

⁸⁹ Folio 937 del cuaderno 2-1-

⁹⁰ Folios 353 a 356 del cuaderno 1.

⁹¹ Bitácora de obra, “Enero 5 de 2007 (...) se solicita al ingeniero residente disponer de cama baja para el traslado de la terminadora de asfalto ya que se está transitando sobre la carpeta y se están generando problemas en la superficie (...). Enero 19 de 2007. (...) se solicita al ingeniero residente no proponer trabajos de pavimentación bajo condiciones climáticas extremas ya que esto técnicamente no está permitido (...) la imprimación y la colocación de las mezclas se considera

El consorcio Gomgcon 24 invoca, como prueba de que no estaba en posibilidad de intervenir la vía, tres comunicaciones que envió en los últimos meses del plazo contractual para solicitar la entrega “*oficial*” de la obra⁹², pero deben apreciarse esas pruebas en contexto con todas las demás que se han relacionado en la presente providencia, las cuales demuestran que para la fecha en que remitió las comunicaciones, el consorcio ya había sido llamado a descargos por su incumplimiento en los hitos de obra que adelantó en forma incompleta, y estaba proponiendo una modificación del contrato 1871 para adicionar el precio y el plazo, de manera que resulta inaceptable interpretar sus propias comunicaciones como prueba del incumplimiento del Invías o de la imposibilidad de acceder a la vía.

Se resalta que en el proceso obra la bitácora⁹³ que da cuenta de que el contratista sí estaba en la obra, que afrontó múltiples dificultades del proceso constructivo – *precisamente en los tramos en que era viable la construcción bajo su control*- y que sus fallas fueron anotadas de manera reiterada por la interventoría como imputables a la falta de disponibilidad oportuna de la maquinaria que debía utilizar⁹⁴ y de los funcionarios idóneos, además de las restricciones en los conocimientos de los ingenieros a cargo del referido proceso⁹⁵, evidenciadas después de que se retiró el primer ingeniero residente.

Por ello, carece de apoyo probatorio la tesis según la cual el consorcio entró en la imposibilidad de cumplir con el contrato 1871 con ocasión de las contrataciones relacionadas con el referido ensanchamiento de la vía.

6.3. Los testigos narraron la lentitud o parálisis de la obra y hasta su abandono y la percibieron como fruto de la decisión de la Presidencia de la República de haber aceptado la ampliación de la vía; no obstante, los testigos también indicaron las dificultades con la interventoría, con los pagos y con la comunidad.

Ninguno de los testigos precisó que hubiera ocurrido un despojo de la posesión de la vía a manos de los contratistas, de la gobernación o del municipio.

producto no conforme (...). Con el equipo que cuenta la obra no se dará cumplimiento al plan de contingencia (...). Folio 739 y 748 del cuaderno 2.1.

⁹² Comunicaciones radicadas bajo los números 31507 del 28 de mayo de 2007, 43964 del 16 de julio de 2007 y 48557 de 2 de agosto de 2007.

⁹³ Diciembre 15 de 2006, a agosto 20 de 2007, folios 688 a 767 del cuaderno 2-1

⁹⁴ Septiembre 21 de 2006, folios 695 a 700 del Cuaderno 2-1.

⁹⁵ Se cita, a título de ejemplo: “*Junio 28 de 2007 (...) el ingeniero residente no ha sido aceptado por la interventoría y las obras en la actualidad no cuentan con un profesional que dirija las pocas actividades que se desarrollan en la obra*”. Folio 765 cuaderno 2-1.

Se destaca que el entendimiento del primer ingeniero residente del consorcio acerca de las actividades de los contratistas del municipio y la gobernación coincide con lo que hizo constar la interventoría en comunicación citada dentro de la Resolución No. 006101, en cuanto a que se asignaron al departamento y al municipio las labores para ensanchar las vías, pero la pavimentación y repavimentación quedó a cargo del consorcio Gomgon 24, además de que hubo actividades paralelas de obra, debido a los distintos espacios y condiciones en que se adelantaba (sub tramos), todo lo cual lleva a concluir que no existen elementos de juicios que permitan concluir que las contrataciones con terceros impidieron el cumplimiento al que estaba obligado el consorcio Gomgon 24.

Se agrega que el incumplimiento del consorcio Gomgon 24 se imputó sobre los hitos de obra que ese consorcio debía desarrollar en los tramos que estaban bajo su control.

Por último, de acuerdo con los testigos y con la documentación obrante en el proceso, no puede aceptarse que existieron dos contrataciones con el mismo objeto de intervención.

6.4. La Sala advierte que es improcedente la invocación del demandante acerca de la fuerza mayor o el caso fortuito como causas sobrevinientes para exonerarse de responsabilidad aplicando el artículo 1604 del Código Civil, puesto que no se demostró un hecho imprevisto o irresistible, además de que la eventualidad de la interacción con otros contratistas estaba contemplada en el pliego de condiciones⁹⁶, lo cual se explica, además, en que se trató de una adjudicación por tramos y grupos, en la que era posible y necesaria la coordinación entre diversos contratistas.

6.5. Tampoco puede aceptarse la excepción de contrato no cumplido a favor del consorcio, toda vez que no existe asidero para considerar que el contrato 339 de 2006, celebrado por el departamento de Boyacá, constituyó la causa del incumplimiento del consorcio Gomgon 24.

⁹⁶ Pliego de Condiciones. “5.23. *RELACIONES CON OTROS CONTRATISTAS.* El contratista se obliga a coordinar las diferentes etapas de sus trabajos con los otros contratistas cuyos trabajos se ejecuten simultáneamente en el sitio de las obras; deberá cooperar con ellos para no interferirse mutuamente ni perjudicar las obras terminadas o en construcción. (...)5.28. *DERECHO DEL INSTITUTO A USAR PARTES DE LA OBRA.* El Instituto podrá tomar posesión de cualquiera de las partes de la obra, terminada o no y usarla, se dicha posesión se levantará un acta. (...) El uso de las partes de la obra por el Instituto no implica el recibo de ellas, ni releva al contratista de ninguna de sus obligaciones”. Folios 110 y 112 del cuaderno 3.

6.6. Por las mismas razones, de acuerdo con lo probado en el proceso, es improcedente considerar que el Invías obró de manera contraria a la buena fe y a la reciprocidad contractual.

6.7. Puede agregarse la inexistencia de las supuestas obligaciones del Invías de adicionar el contrato 1871 con nuevas actividades, precios y plazos como propuso el consorcio contratista.

6.8. Por otra parte, el incumplimiento del consorcio se encontró probado con los informes del interventor y del consultor en la gestión de apoyo, contra cuyo contenido no probó el demandante.

Se agrega que, teniendo como base la contabilidad del consorcio, de acuerdo con lo que indicó el perito designado en el proceso, el contrato solo se ejecutó en un 24,72%, lo cual acredita el incumplimiento *–por lo demás grave–*, aun sin descontar las obras que no fueron aceptadas por la interventoría -según se relacionó también en el dictamen- y que redujeron el porcentaje de ejecución al 17,20%.

Con fundamento en lo anterior, se comparte la apreciación del Tribunal *a quo* en cuanto a que está demostrado que el consorcio Gomgon 24 fue el que incumplió el contrato 1871 de 2005.

7. La competencia temporal para declarar la caducidad del contrato 1871 de 2005 en vigencia de la Ley 1150 de 2007 – análisis de los argumentos presentados por el Invías en su apelación

El problema jurídico que se plantea en torno del recurso de apelación del demandado consiste en definir si el Invías tenía o no competencia para declarar la caducidad del contrato, habiendo vencido el plazo contractual.

7.1. Ubicación normativa del caso *sub lite*

La Sala advierte que el Contrato 1871 del 6 de octubre de 2005 se celebró antes de expedirse la Ley 1150 de 2007, en vigencia de la Ley 80 de 1983, que inicialmente no reconoció competencia a la entidad estatal contratante para declarar el incumplimiento del contrato en forma unilateral, pero consagró la facultad exorbitante prevista en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 para declarar la caducidad del contrato, de la siguiente manera:

“Artículo 18. De la caducidad y sus efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

“En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

“Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

“La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.

No obstante, se destaca que al expedirse la Ley 1150 de 2007 se estableció un procedimiento sancionatorio que permitió a la entidad contratante la declaratoria de incumplimiento del contrato para efectos de hacer efectiva la cláusula penal, el cual se aplicó incluso para los contratos celebrados con anterioridad, como sucedió en el asunto *sub lite*⁹⁷.

La Ley 1150 de 2007 en su artículo 17 no se refirió de manera expresa al proceso sancionatorio previo a la decisión de caducidad del contrato; sin embargo, dado que ninguna sanción podía imponerse sin el proceso previo y siendo la caducidad la más drástica de ellas, basada precisamente en el incumplimiento grave, resulta claro que la Administración quedó sometida a dicho proceso previo, el cual también era exigible con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007, en aplicación del

⁹⁷ Ley 1150 de 2007. *“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**”* (la negrilla no es del texto).

artículo 29 de la Constitución Política, como lo había reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹⁸.

Desde otro ángulo, se destaca que existían varios eventos en que debía desplegarse el proceso sancionatorio⁹⁹ y aunque no todo incumplimiento daba lugar a que se impusiera la caducidad, al amparo del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, la entidad pública sí tuvo competencia para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de manera proporcional, la cual podía decidirse, en forma independiente a la caducidad.

En el caso concreto que ahora se examina, este aspecto resulta importante, dado que permite identificar un supuesto fáctico y jurídico particular, que es necesario tener en cuenta en el análisis sobre el precedente jurisprudencial aplicable, puesto que el procedimiento sancionatorio culminó con dos decisiones: la declaratoria de caducidad y la exigibilidad de la cláusula penal.

Por otra parte, pasando al asunto relativo a la competencia para declarar la caducidad, es preciso destacar que en relación con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en la sentencia C- 949 de 2001¹⁰⁰, la Corte Constitucional advirtió que la caducidad era uno de los medios para el cumplimiento del objeto contractual, *“una herramienta de uso excepcional cuya finalidad es evitar la paralización o afectación grave del servicio con prevalencia del interés público social, justificación que constitucionalmente se considera razonable y proporcional”*.

⁹⁸ “(...) En primer lugar, señala que ‘El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales’, de allí que su contenido no rige solamente los temas puntuales que mencionará y desarrollará a continuación –la multa y la cláusula penal-, sino todas las actuaciones sancionatorias, como por ejemplo: la declaración de caducidad, la declaración de un siniestro, la declaración de que un oferente se niega a suscribir el contrato estatal adjudicado, entre otras decisiones de similar naturaleza sancionadora. De hecho, no podría entenderse ni admitirse que esta garantía sólo rija en las sanciones que regula el artículo 17 –la multa y la cláusula penal-, pues constitucionalmente hablando sería injustificado. (...)” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, junio 23 de 2010, radicación: 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367), actor: Jaime Hernández Torres, demandado: Ferrovías-hoy Ministerio de Transporte, referencia: contractual.

⁹⁹ “En el ejercicio genérico de ese poder sancionatorio en materia contractual se han identificado varios tipos de sanciones a saber: (i) pecuniarias, como la efectividad de las cláusulas penales; (ii) rescisorias, que le permiten a la administración sancionar a su contratista y poner fin al contrato en razón del incumplimiento total y grave de las obligaciones a cargo de este último, como el decreto de la caducidad del contrato y (iii) coercitivas o compulsorias, que tienen por objeto que el contrato se pueda cumplir dentro del término y en las condiciones pactadas, como la imposición de multas”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas, 10 de octubre de 2013, radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157), actor: Ministerio de Transporte.

¹⁰⁰ “Declarar **EXEQUIBLES** las siguientes disposiciones de la Ley 80 de 1993: (...). El artículo 16 inciso 2°, en lo relativo a la expresión **“y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas necesarias para garantizar la terminación del objeto mismo”**; y el artículo 18 en cuanto a la expresión **“bien sea”** y **“o de otro contratista”**. (la negrilla es del texto).

Bajo la finalidad de la caducidad que identificó la Corte Constitucional frente al artículo 18 de la Ley 80 de 1998, la Sala comparte la apreciación de la Subsección C, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que se fundó la suspensión provisional de las resoluciones contentivas de la sanción impuesta al consorcio Gomgon 24, adoptada por esa Subsección, así (se transcribe de forma literal):

“De la norma transcrita se deduce que la caducidad busca evitar que el objeto del contrato se paralice, por el incumplimiento grave e injustificado que amenace su ejecución. Así las cosas, la naturaleza jurídica de la caducidad determina la oportunidad en la que puede ser declarada, esto es, durante la existencia del contrato”¹⁰¹.

Desde ese punto de vista, de acuerdo con la interpretación constitucional que soportó la potestad exorbitante y dada la naturaleza excepcional de la competencia para imponer la caducidad del contrato, en vigencia de la Ley 80 de 1993 no resultaba aplicable la sentencia del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 1999, según la cual la declaratoria de caducidad procedía siempre y cuando no se hubiera extinguido el vínculo contractual, incluso en etapa de liquidación del contrato, teniendo en cuenta que: **i)** esa jurisprudencia no constituyó precedente obligatorio para casos como el que ahora se examina, por cuanto se refirió a un acto regido por el Decreto-ley 222 de 1983, en el cual se regulaba la caducidad bajo algunas causales que se referían al incumplimiento y además mencionaba los perjuicios derivados de este último dentro de la misma figura jurídica¹⁰² y **ii)** a partir del juicio de constitucionalidad de la sentencia C-949 de 2001, sobre el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional indicó que la caducidad era una herramienta excepcional cuya finalidad era evitar la paralización y afectación grave del servicio que se pretende satisfacer con el contrato -y *no la causación de perjuicios*- por lo cual no se podía ejercer respecto del contrato cuya ejecución había terminado, interpretación que reflejó la modificación de esta potestad excepcional, respecto de la legislación contenida el Decreto-ley 222 de 1983 .

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, auto de 19 de octubre de 2011, radicación: 15001-23-31-000-2010-00992-01 (41.189), actor: Seguros Generales Suramericana S.A., demandado: Instituto Nacional de Vías (INVIAS), referencia: acción contractual.

¹⁰² Con el Decreto-ley 222 de 1983, por el cual se expidieron las normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas, se estableció la obligación de pactar la cláusula de caducidad para los contratos administrativos, así como para todos aquellos regulados por ese estatuto, con excepción de los contratos de compraventa de bienes muebles, de empréstito y para los contratos interadministrativos. Por otra parte, se enumeraron las causales de caducidad ante eventos de diversa índole, no necesariamente ligados al incumplimiento contractual, siendo éste último una causal para declarar la caducidad, bajo circunstancias calificadas, cuando *“hagan imposible la ejecución del contrato o se causen perjuicios a dicha entidad”* (la negrilla no es del texto).

En ese orden de ideas, puede plantearse que la ubicación finalista y temporal de la potestad para imponer la sanción de caducidad consagrada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 se infería de la interpretación constitucional contenida en la sentencia C – 941 de 2001, incluso antes de que el Consejo de Estado adoptara su posición sobre la oportunidad legal para ejercer el mencionado poder exorbitante, al proferir la sentencia 17031 de noviembre 20 de 2008¹⁰³, en la cual se expuso la tesis de la incompetencia temporal y la consecuente nulidad de la caducidad decretada habiendo vencido el plazo de ejecución contractual.

Si se analiza con cuidado, la línea jurisprudencial entre la sentencia de 1999 y la de 2008 tuvo una variante de importancia, en cuanto la ley sustancial aplicada en los casos que dieron lugar a los respectivos fallos no contenía un supuesto normativo idéntico.

Observado lo anterior, se advierte que el análisis de la competencia *pro tempore* para declarar la caducidad del contrato que se rigió por la Ley 80 de 1993 es susceptible de variaciones frente a los precedentes jurisprudenciales, teniendo en cuenta el régimen legal del contrato, la época en que se impuso la caducidad y las causas en que se fundó¹⁰⁴.

7.2. Análisis sobre la aplicación del precedente jurisprudencial en el caso concreto

Para el caso que ahora se examina, es importante anotar que el Invías impuso la caducidad apoyado en los conceptos emitidos por la Consultora de Apoyo a la Gestión – Concol, el 14 de febrero de 2007 y el 13 de marzo de 2008¹⁰⁵ en el curso del procedimiento sancionatorio, al estimar que el Consejo de Estado es la “*máxima autoridad en materia de contratación*” y por considerar procedente la invocación de la competencia *pro tempore* basada en el fallo de la Sección Tercera proferido el 13 de septiembre de 1999¹⁰⁶.

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de noviembre 20 de 2008, radicación 50422-23-31-000-1369-01 (17.031), Actor: Empresa Colombiana de Ingeniería, Demandado: municipio de Sabaneta (Antioquia), referencia: acción contractual - nulidad y restablecimiento.

¹⁰⁴ Es bueno advertir que lo anterior puede explicar algunas diferencias con otros casos en que la Sala decidió no anular las decisiones de caducidad anteriores a la Ley 1150 de 2007, dado que en la Ley 80 de 1993 no existía competencia para declarar el incumplimiento, en forma autónoma.

¹⁰⁵ Folios y 39 del cuaderno de anexos 1.

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, sentencia de 13 de septiembre de 1999, radicación: 10264, actor: Consorcio G.G. - Hazen and Sawyer, demandado: Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez-

Por su parte, el Invías argumentó en su apelación que el fallo del Consejo de Estado emitido en noviembre 20 de 2008, acogido por el Tribunal *a quo* en su sentencia de 22 de octubre de 2015, carece de la fuerza de precedente jurisprudencial para el presente litigio, en tanto que aquel se profirió sobre un caso en que no se aplicó la Ley 1150 de 2007, a diferencia de lo que sucedió en el procedimiento sancionatorio previo a la expedición de las resoluciones acusadas, el cual se adelantó de acuerdo con el artículo 17 de la referida ley.

Es cierto que el precedente jurisprudencial constituye una fuente que debe ser considerada en la sentencia, es decir una regla que es de obligatorio análisis para el juez que resuelve el caso¹⁰⁷, pero no todo precedente es de aplicación imperativa, dependiendo ello de las circunstancias fácticas y jurídicas, de si se encuentra la similitud con base en la cual puede o debe identificarse la equivalencia de las razones en que se funda la decisión, es decir que la fuerza del precedente depende de si la “*ratio decidendi*” resulta vinculante o no entre un caso y otro.

Por otra parte, esta Sala ha observado que “*el precedente no puede ser construido con base en un análisis de coincidencia semántica aislada, sino que debe integrar a la regla expuesta el juicio de valoración razonada*”¹⁰⁸¹⁰⁹.

Descendiendo al estudio del recurso de apelación del demandado, se advierte que al argumento del Invías no resulta pertinente para identificar el precedente vinculante en este caso concreto, por cuanto bajo su razonamiento tampoco podría

CAR.- Se denegó la nulidad de la Resolución No. 1727 de 29 de junio de 1.984 dictada por el Director Ejecutivo de la Corporación demandada, por medio de la cual se declaró caducado el Contrato Administrativo de estudios No. 278 de 1982.

¹⁰⁷ *Se debe tener en cuenta que existen varias categorías del precedente “En su valor vinculante, o mejor, la obligación de referirse a ellas, es una cuestión de grados. Por eso distingue Aarnio, siguiendo a Peczenik, tres categorías de fuentes: deben (‘must’), deberían (‘should’) y pueden (‘can’) ser mencionadas. De acuerdo con esta graduación, que representa la obligación más o menos fuerte de referirse a distintos argumentos, los precedentes son ‘should’-fuentes, es decir argumentos a los cuales el juez debería referirse en la justificación de sus decisiones judiciales”.* Moral Soriano, Leonor. El Precedente Judicial, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 2002, página 20.

¹⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-634/11. “*El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. (...) Estos debates, que están presentes en cualquier disposición de derecho, solo pueden solucionarse en cada escenario concreto mediante una decisión judicial que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción”.*

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia del 10 de diciembre de 2018, radicación: 11001032600020180005300 (61431), convocante: Unión Temporal Medidores del Cesar 2015, convocado: Empresa de Servicios Públicos de Valledupar Emdupar S.A. E.S.P., referencia: recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral.

aplicarse la sentencia de 13 de septiembre de 1999, toda vez que en ese fallo se denegó la nulidad de la Resolución No. 1727 de 29 de junio de 1984 proferida por una entidad pública, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato administrativo de estudios No. 278 de 1982, que, como ya se expuso, se rigió por el Decreto-ley 222 de 1982, el cual no era la ley aplicable al asunto ahora *sub lite*.

En criterio de la Sala, contrario a lo que argumentó el Invías, la postura de la sentencia de noviembre 20 de 2008 sí resulta aplicable en vigencia de la Ley 1150 de 2007 –*puesto que ésta última consagró el procedimiento sancionatorio¹¹⁰ que precisamente desplegó el Invías en el presente asunto*- bajo el cual, previo el debido proceso, la Administración estaba facultada para declarar el incumplimiento¹¹¹, imponer la cláusula penal y ordenar la liquidación del contrato, empero bajo la ley también vigente para ejercer la potestad exorbitante de la caducidad, que era el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 la competencia para imponer la caducidad era de carácter *pro-tempore* y se había extinguido, por cuanto el plazo de ejecución contractual ya estaba vencido y la medida consistente en la caducidad no cumplía con la finalidad de evitar la paralización del servicio que se pretendía satisfacer con la obra, como se exigió en el artículo 18 antes citado.

Desde otro ángulo, se adiciona que, en vigencia de la Ley 1150 de 2007, para hacer efectiva la cláusula penal no se requería declarar la terminación anticipada del contrato –*como en efecto no se acudió a ello*- puesto que para la fecha en que se impuso la caducidad –*de manera extemporánea*- ya había ocurrido tal terminación, por vencimiento del plazo contractual.

Así las cosas, aunque no se hubiera evidenciado la diferencia *pro tempore* entre el supuesto de declarar la caducidad y el incumplimiento, lo cierto es que desde el punto de vista legal ese vencimiento del plazo contractual permitía entrar a establecer la cuenta final de liquidación y el cobro del perjuicio, sin pasar necesariamente por la declaratoria de caducidad.

Además, en la etapa de liquidación estaba permitido consolidar y cuantificar el incumplimiento, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, caso en el cual –*previo el debido proceso*- podía imponerse la cláusula penal pecuniaria de manera independiente a la decisión de caducidad.

¹¹⁰ En realidad, las reglas del procedimiento sancionatorio contractual solo se detallaron en la Ley 1474 de 2011, no obstante, al amparo de la Ley 1150 de 2007 era exigible una actuación previa a la sanción en la que materialmente se respetara el principio del debido proceso.

¹¹¹ A diferencia de lo que sucedía en la vigencia inicial de la Ley 80 de 1993.

Ahora, en lo que se refiere a la declaración de caducidad, es importante observar que el Invías obró en uso de una facultad que se había extinguido y en contra de la interpretación constitucional del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, a la luz de la Constitución Política, pero, si se tiene en cuenta que invocó de manera expresa la jurisprudencia de esta Corporación que razonó como vigente, se debe aceptar que no obró de manera descuidada o negligente, pues se entiende que la jurisprudencia del Consejo de Estado podía prestarse para una interpretación aceptable, desde la óptica de la autoridad administrativa y de sus asesores.

El anterior aspecto resulta de importancia para considerar que no se puede denunciar una conducta culposa por parte del Invías, aunque ahora se evidencie el razonamiento equivocado y la falta de competencia para imponer la caducidad.

Por lo anterior, la Sala modificará parcialmente la sentencia de primera instancia, en cuanto anulará únicamente la declaratoria de caducidad del contrato 1871 de 2005, con fundamento en la ilegalidad de esa decisión, por vulnerar la competencia *pro tempore* prevista en la Ley 80 de 1993 y dejará vigente la decisión relacionada con la cláusula penal, en cuanto esta última podía imponerse con base en el incumplimiento, aún habiéndose vencido el plazo contractual y precisamente sobre el valor consolidado del mismo al término del contrato.

Por otra parte, prospera la apelación del Invías en aquella solicitud que se refirió a revocar la orden de remitir copias para las investigaciones disciplinarias contra las *“personas que omitieron expedir oportunamente el acto de declaratoria de caducidad del contrato 1871 de 2005”* y en ese sentido se modificará la sentencia de primera instancia y se suprimirá esa resolutive.

8. Cláusula penal pecuniaria

En la cláusula décima quinta del contrato 1871 de 2005 se acordó (se transcribe de forma literal):

“CLAÚSULA DÉCIMA 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 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 la vía judicial, La aplicación de la cláusula penal se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios que se causen al Instituto”.

Se advierte que la cláusula penal pactada en el contrato 1871 de 2005 tenía naturaleza indemnizatoria y no conminatoria, toda vez que estaba prevista para el “*incumplimiento definitivo*”, además de que podía imponerse en forma independiente de la decisión de caducidad del contrato.

De acuerdo con lo probado en este proceso, la nulidad de la declaratoria de caducidad no conlleva la nulidad de la decisión que hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, por cuanto esta última se pactó con carácter indemnizatorio y podía imponerse con fundamento en el incumplimiento que se definió previa contradicción del contratista en el procedimiento sancionatorio, se motivó en los actos administrativos acusados y no fue desvirtuado en este litigio.

Así las cosas, demostrado el incumplimiento se encontró soportada la decisión de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y, por ello, no se anulará la decisión contenida en el artículo segundo de la Resolución 01935 de 2008, de hacer exigible la cláusula penal, toda vez que *-se repite-* el Invías se soportó en el incumplimiento definitivo acreditado con los informes de interventoría y de la consultoría de apoyo a la gestión que se acogieron en las Resoluciones 01935 y 01601 de 2008.

En cuanto al monto de la cláusula penal, se observa que se fijó en el 10% del valor que se dejó de ejecutar, según acta de recibo de 29 de septiembre de 2007, firmada por el interventor, la consultoría de apoyo a la gestión y el coordinador del Plan 2500¹¹², de manera que se puede verificar que la pena se impuso sobre un valor debidamente determinado y cumpliendo con la proporcionalidad prevista en el contrato.

Se agrega que el incumplimiento demostrado en el *sub lite* dio lugar a los descargos en tres oportunidades, inicialmente, antes de vencerse el plazo contractual y, posteriormente, habiéndose vencido, oportunidad en la cual se consolidaron los valores de ejecución.

Es bueno advertir que esta decisión no constituye cosa juzgada material en cuanto al valor de la cláusula penal que se incorporó en el balance final de liquidación, toda vez que el acto de liquidación unilateral no fue demandado en este proceso.

¹¹² Página 31 de la Resolución 01935 de 2008, cuaderno 8.

En la misma forma, teniendo en cuenta que la compañía de seguros no se hizo parte en el presente proceso, se agrega que el presente fallo tampoco constituye pronunciamiento sobre la cobertura y exigibilidad de la garantía única de cumplimiento.

9. Excepción de contrato no cumplido

La Sala considera que no era necesario acudir a la declaración oficiosa de la excepción de contrato no cumplido, por cuanto esa defensa se correspondió con la *“inexistencia del incumplimiento de lo acordado contractualmente por el Invías”* que se presentó en la contestación de la demanda y, por otra parte, la consideración de la primera instancia *-sobre el incumplimiento del contratista-* se confirma en esta providencia, en tanto existió competencia para imponer la cláusula penal pecuniaria sobre la base del incumplimiento, de acuerdo con la Ley 1150 de 2007, el cual no fue desvirtuado en el proceso.

Por ello, al modificar la parte resolutive de la sentencia, se suprimirá la referida declaración oficiosa y se denegarán todas las otras pretensiones de la demanda.

10. Análisis de la indemnización de los perjuicios derivados de la nulidad de la declaratoria de caducidad

La Sala advierte que los perjuicios reclamados por el consorcio Gomgon 24 en este proceso no se derivan de la declaratoria de caducidad, en tanto no hubo prueba de que los actos administrativos hubieran implicado una afectación sobre contrataciones futuras, como se advirtió en la sentencia de primera instancia al denegar las pretensiones indemnizatorias.

Para este caso no se presume el efecto nocivo de la inhabilidad de cinco años prevista en la Ley 80 de 1993, dado que la sanción se impuso a un consorcio cuya actividad terminaba con la ejecución del contrato y los partícipes o miembros del consorcio no fueron sujetos de la referida medida, además de que en el presente proceso no hubo prueba de la exigencia de cumplimiento a los miembros del consorcio, de su vinculación al proceso sancionatorio, de haber sido notificados del acto administrativo que la confirmó, así como del cumplimiento del sistema de publicidad que imperaba para el conocimiento y la oponibilidad de la caducidad¹¹³.

¹¹³ Decreto 393 de 2002, formulario para el registro único de proponentes.

Los perjuicios reclamados por la demandante se invocaron con fundamento en los gastos de la contratación, tales como los de compra del pliego, publicación del contrato y valor de las pólizas, los que habrían de asumirse por el consorcio por tratarse de erogaciones propias de la actividad de contratación. Estos montos se desconocen como perjuicio supuestamente imputable a la caducidad, en cuanto al consorcio Gomgon 24 se le adjudicó el contrato y pudo ejecutarlo dentro del plazo contractual.

En cuanto a los perjuicios reclamados con base en el cálculo de la utilidad dejada de percibir en la ejecución inicialmente contratada, la Sala comparte la apreciación del Tribunal *a quo* de que no se pueden imputar a los actos administrativos que declararon la caducidad del contrato, puesto que esa medida se impuso cuando el plazo de ejecución había expirado y *-se repite-* no conllevó la terminación anticipada del contrato, ni el desconocimiento de la obra ejecutada, además de que la parte no ejecutada obedeció a la conducta del contratista y no a la caducidad declarada por el Invías.

También deben rechazarse, por no ser imputables o atribuibles a la caducidad, los supuestos perjuicios liquidados por concepto de gastos, costos y nóminas reembolsables, toda vez que el precio del contrato 1871 no se rigió por la regla del reembolso sino por el avance de obra, de manera que el contratista solo podía cobrar la obra ejecutada, con independencia de si se había excedido o no en sus propios costos y gastos, salvo que en relación con estos últimos se demostrara que incurrió en ellos por causa imputable al Invías, lo cual no se acreditó en el presente proceso.

Como consecuencia, el demandante dejó de probar un perjuicio específicamente atribuible a la caducidad.

Por último, se tiene en cuenta que las resoluciones demandadas fueron suspendidas en el proceso adelantado por la compañía de seguros, en el que se advirtió que la medida cautelar evitaba el cobro por la vía ejecutiva, el cual, en todo caso, se apoyaba en las cifras resultantes de la liquidación del contrato contenidas en un acto administrativo que es materia de juzgamiento en proceso separado.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de denegar las demás pretensiones de la demanda.

11. Costas

Habida cuenta de que para el presente proceso se aplica el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, el cual indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponer condena en costas.

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

F A L L A

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 22 de octubre de 2015, la cual quedará así:

1º. DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la **Resolución No. 01935 expedida el 28 de abril de 2008** proferida por el Instituto Nacional de Vías – Invías, en el artículo primero de su parte resolutive, en cuanto a la declaración de caducidad del contrato No. 1871 de 6 de octubre de 2005 celebrado entre el Invías y el consorcio Gomgon 24, y en el artículo sexto ibídem, en cuanto se ordenó la publicación de dicha medida.

2º. DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la **Resolución No. 06101 del 31 de octubre de 2008** proferida por el Instituto Nacional de Vías – Invías, en el artículo segundo de su parte resolutive, en cuanto se confirmó la declaratoria de caducidad y en su artículo cuarto ibídem que ordenó la publicación de esa medida y la remisión de copias a la Procuraduría General de la Nación, para los efectos del artículo 31 de la Ley 80 de 1993.

3º. NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de acuerdo con lo previsto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ

RICO

Compartido por:



CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA