

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONCILIACIÓN PREJUDICIAL / INVÍAS / PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO

Observa la Sala que las pretensiones versan sobre la nulidad de las resoluciones por las cuales el Invías declaró el incumplimiento parcial del contrato (...) celebrado entre esa entidad y la unión temporal (...), impuso multas al contratista y afectó la garantía única de cumplimiento (...). En este punto cabe precisar que la aplicación de la anterior regla del cómputo de caducidad se justifica en cuanto la demandante en este asunto es la asegurada (...), que expidió la póliza para garantizar el cumplimiento del contrato (...) y se vio afectada por cuenta de las resoluciones en comento, habida consideración de que declararon el siniestro de cumplimiento contenido en la garantía. En esa medida, no tiene cabida en este caso la regla de oportunidad que atiende al cómputo de dos años tras el vencimiento del deber de liquidar bilateral o unilateralmente el contrato, por cuanto, se insiste, la aseguradora no deriva el derecho de acción del balance final de cuentas que vincula a las partes del contrato, sino del hecho de haber resultado afectada por la obligación impuesta en las resoluciones acusadas al afectar la póliza por ella expedida, en el amparo de cumplimiento. (...) al haberse presentado la demanda el 4 de abril de 2018, se colige que fue instaurada dentro del término legal.

FUENTE FORMAL: C.P.A.C.A. – ARTÍCULO 164

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / ASEGURADOR / ENTIDAD ASEGURADORA / COMPAÑÍA DE SEGUROS / PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO

En atención al hecho de que, por regla general, la aseguradora garante es parte del contrato de seguro, en el cual la entidad estatal tiene la calidad de beneficiaria de la póliza de cumplimiento correspondiente, se concluye que está legitimada por activa o por pasiva, según sea el caso, para obrar como demandante o demandada en los litigios en los que se discuten las obligaciones derivadas de la póliza de cumplimiento por ella expedida.

NOTA DE RELATORÍA: Así se ha observado en diversas providencias, entre otras: 1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 19 de noviembre de 2015, radicación: 05001233100020060257901 (43324), actor: Compañía Mundial de Seguros S.A., demandado: Empresas Públicas de Medellín; 2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 23 de noviembre de 2017, radicación: 25000233600020130206301 (53861), actor: Seguros Colpatria S.A., demandado: Ministerio de Transporte, referencia: acción contractual (Ley 1437 de 2011).

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / MULTA / CONCEPTO DE MULTA / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE LA MULTA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / FACULTADES DE LA ENTIDAD ESTATAL / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / EXIGIBILIDAD DE LA MULTA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL /

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / ELEMENTO ACCIDENTAL DEL CONTRATO / OBLIGACIÓN CONDICIONAL EN EL CONTRATO ESTATAL

Para los propósitos de abordar el caso concreto, se tiene que el contrato (...), en cuyo marco se expidieron las resoluciones demandadas, se celebró el 24 de diciembre de 2008, bajo la regencia de la Ley 1150 de 2008; en su texto se incorporó expresamente la cláusula relativa a la imposición y cobro unilateral de las multas por parte de la entidad y el procedimiento sancionatorio que dio como resultado la expedición de los actos administrativos demandados se inició en 2016, en vigencia de la Ley 1474 de 2011, con observancia de los procedimientos allí contemplados para efectos de la imposición de las multas. (...) Ante la ausencia de regulación expresa sobre la figura de la multa en la Ley 80 de 1993, para desentrañar su naturaleza y alcance, además de revisar el precepto contenido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, necesariamente debe acudir a las disposiciones que sobre su génesis y operatividad compendia el Código Civil en los artículos 1592 al 1601. (...) La aplicación del derecho común a estas materias resulta procedente por cuenta de la remisión normativa consagrada por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y con base en lo dispuesto en el inciso primero del artículo 40 de este cuerpo legal (...) Cabe precisar que los ordenamientos civil y comercial no ofrecen una definición específica de la multa. (...) Surge con nitidez que la facultad legal que habilita (sic) a las partes para convenir la consecuencia que se desprende de la indebida conducta contractual y dirigida a garantizar el cumplimiento de la prestación pactada procede indistintamente en el evento de inejecución, en cuyo caso la pena adquiere un carácter compensatorio o resarcitorio, o de ejecución tardía, evento en el cual su condición será moratoria. (...) el Consejo de Estado, a propósito de su diferencia con la función resarcitoria - encaminada a reparar las consecuencias de la inejecución- o indemnizatoria que puede entrañar la sanción inmersa en la cláusula penal pecuniaria propiamente, de manera reiterada ha destacado que la multa "se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (...) con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual (...) Atendiendo a esa misma lógica, en lo que atañe a la cláusula penal como mecanismo indemnizatorio de perjuicios, esta Subsección ha discurrido que la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva aquella podrá realizarse luego de vencerse el plazo contractual, autorización que, (...) no debería hacerse extensiva en el evento en que esa declaratoria se produzca con miras a imponer una multa (...) Así mismo, la orientación interpretativa que privilegia la condición conminatoria, que no indemnizatoria de la multa en el ámbito de la contratación del Estado, se justifica en la composición literal de la fuente legal que actualmente la dota de sustento, (...) También es relevante acotar que la multa se encuentra concebida para el acaecimiento de circunstancias constitutivas de incumplimientos parciales y atribuibles al contratista, toda vez que las situaciones que acarreen una infracción grave a los mandatos del negocio jurídico que ponga en riesgo la ejecución del objeto contractual y conlleve a su parálisis darán lugar al ejercicio de una sanción más severa. Como se aprecia, en resumen, el origen e implementación de esta herramienta, desde la perspectiva contractual, se correlaciona y halla su justificación en los eventos en los que una de las partes incurre en incumplimiento de las obligaciones contraídas, al paso que su activación surge como consecuencia de una previsión anticipada y libremente acordada por los contratantes sobre los efectos que pueden extraerse de dicha inobservancia y que, por regla general, conlleva al pago de una suma preestablecida, sin que con esto el incumplido se releve de satisfacer la prestación debida; lo que busca es precisamente inducir a su acatamiento. Su falta de correspondencia con una sanción de carácter resarcitorio se explica en la medida en que no persigue obtener una suma o monto para contener o reparar un menoscabo patrimonial de la Administración contratante. Bajo esa óptica, la ocurrencia del perjuicio no

constituye un elemento de la esencia de este tipo de sanción, como sí acontece en el evento de la cláusula penal pecuniaria, cuya razón de ser es meramente indemnizatoria. (...) Sin perjuicio de todo lo expuesto, en esta oportunidad la Sala conviene la necesidad de precisar que, la multa, al ser una cláusula accidental del negocio jurídico, que no de su esencia o su naturaleza -no obstante estar regulada por la ley en cuanto faculta su imposición unilateral- su incorporación se subordina al acuerdo entre las partes, al punto de que es la autonomía de la voluntad la que determina los supuestos de hecho que abren paso a su configuración, como los efectos de su ocurrencia. No puede perderse de vista, además, que se trata de una estipulación de naturaleza condicional, en razón a que la posibilidad de generar sus efectos se suspende hasta la configuración del supuesto de hecho que determina su surgimiento y que da lugar a su aplicación, supuesto que no es otro que el incumplimiento defectuoso o cumplimiento tardío de las obligaciones del contratista, el cual debe ser verificado por la entidad contratante tras agotar el debido proceso. En orden a articular lo anterior con la esfera de la contratación estatal, de una lectura cuidadosa del literal d) del artículo 86 de la Ley 1474, se desprende que el legislador dotó de una facultad potestativa a la entidad estatal consistente en terminar el procedimiento sancionatorio cuando evidencie el cumplimiento de las obligaciones insatisfechas, premisa que revela con mayor vigor su raigambre genérico sancionatorio. (...) Una hermenéutica teleológica de ese precepto normativo, acompasada a la estirpe sancionadora de ese instituto, podría traducirse en que la administración eventualmente tendría la posibilidad de continuar con el proceso sancionatorio si así lo estima conveniente hasta culminar con la imposición de la respectiva sanción, en tanto el incumplimiento sí tuvo lugar, es decir, sí nació a la vida jurídica el supuesto fáctico que da lugar a la imposición de la sanción; cuestión distinta es que se hubiese superado como consecuencia del procedimiento sancionatorio, lo que no es equivalente a afirmar que el supuesto convencional y normativo desapareció o que su cumplimiento tardío purgó el fundamento fáctico de su activación. En esa misma línea argumentativa, mayor vigor adquirirá esa facultad sancionatoria ante el incumplimiento comprobado y persistente del contratista luego de agotar del procedimiento administrativo iniciado como consecuencia del apartamiento de sus compromisos negociales. Obrar en sentido contrario constituiría un aval para auspiciar prácticas nocivas en la dinámica negocial pública, en cuanto dejaría en la absoluta imposibilidad jurídica respecto de los cumplimientos tardíos o defectuosos presentados durante la ejecución de los contratos del Estado.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 17 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1592 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1593 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1594 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1595 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1596 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1597 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1598 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1599 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1600 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1601 / LEY 1474 DE 2011 - ARTÍCULO 86 - LITERAL D

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2005, Exp. 25.765, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, Exp. 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. la sentencia proferida el 23 de junio de 2010, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, dentro del expediente No. 16.367, C.P. Enrique Gil Botero. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia del 27 de septiembre de 1974, Magistrado Ponente Luis Sarmiento Buitrago. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de mayo de 1996, Exp. 4607, M.P. Carlos Esteban Jaramillo. auto del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 16 de agosto de 2012, exp. 39.702, C.P. Hernán

Andrade Rincón. concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 25 de mayo de 2006, Rad. 1.748, C.P: Enrique José Arboleda Perdomo. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. 28875, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia del 12 de febrero de 2015, Exp. 28.278, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, exp. 20.628, 13 de marzo de 2013, C.P. Hernán Andrade Rincón. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

PLAZO PARA EL PAGO DE LA MULTA / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CONTRATO ESTATAL / MULTA / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / PLAZO DEL CONTRATO ESTATAL / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / EXIGIBILIDAD DE LA MULTA / INVÍAS

La interpretación jurisprudencial frente al límite temporal dentro del cual resultaría viable ejercer la facultad legal de declarar el incumplimiento del contrato con la finalidad de imponer multas al particular moroso no ha sido una materia pacífica. (...) Con todo, retomando lo expuesto en acápite precedente en relación con la naturaleza mixta de la multa en cuanto entraña una esencia conminatoria y su raigambre genérico es del tipo sancionador, para acompañarlo con lo acá anotado, se tiene que, de no superarse el incumplimiento comprobado y estando pendientes de ejecutar las prestaciones a cargo del incumplido, en tanto no se hubiere vencido el plazo del contrato, no existe una razón jurídicamente válida para sustraerse a su imposición, máxime cuando su naturaleza no se ha pactado en términos compensatorios, para reemplazar el cumplimiento de la obligación principal, sino conminatorios, que no lo liberan de su ejecución, sin que esto lo despoje de su carácter sancionador. Con lo anterior la Sala quiere significar que, aun cuando la finalidad envuelta en el pacto de la multa se dirige a conminar al cumplimiento de las obligaciones insatisfechas, no por ello ese instituto pierde su estirpe sancionadora derivada de las normas civiles que le sirven de asiento jurídico. En otras palabras, ante la evidencia y verificación del incumplimiento de las obligaciones del contratista, y si en esos términos fue pactado, la entidad pública conservará su facultad punitiva que surgirá tras la constatación de la insatisfacción de los compromisos negociales por parte de su colaborador, facultad que podrá ejercer hasta antes del vencimiento del plazo contractual pactado. (...) la Sala considera que las resoluciones a través de las cuales el Invías declaró el incumplimiento parcial del contrato (...), impuso multas al contratista y declaró el siniestro de incumplimiento amparado en la póliza otorgada por la compañía (aseguradora) no se encuentran viciadas de las causales de nulidad alegadas por el demandante por las razones que pasan a exponerse: Se recuerda que el argumento en el cual el demandante basó indistintamente las causales de nulidad propuestas de falta de competencia, falsa motivación, violación de las normas en que debió fundarse y desviación de poder apuntó a cuestionar que el Invías desconoció la naturaleza puramente conminatoria, en tanto expidió los actos administrativos demandados faltando dos y un día, respectivamente, para vencer el plazo del contrato, circunstancia que imposibilitaba el cumplimiento de las obligaciones insatisfechas en el precario plazo restante. Al respecto, la Sala recuerda que en cuanto se trata de una causal accidental que nació del acuerdo de voluntades acerca de su incorporación al contrato, que aun cuando, según se explicó, su efectividad de manera unilateral en los contratos estatales debe estar autorizada por la ley, los términos de su finalidad y alcance necesariamente deben quedar reflejados en el consenso que le dio existencia. (...) Surge con claridad que la multa pactada por las partes tendría lugar ante la configuración del incumplimiento parcial del contrato y que, al haberse estipulado esta cláusula con

fundamento en lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el alcance que le concedieron las partes fue el de servir como una herramienta de apremio para constreñir al correcto cumplimiento del objeto contratado, (...) En atención a esta línea argumentativa, se tiene que, según se evidencia del recorrido probatorio, la entidad obró con apego al catálogo comercial que le dio vida jurídica a la cláusula de multas, en tanto no se desvirtuaron, porque ni siquiera se alegó, los hechos constitutivos de incumplimiento que le sirvieron de sustento para su operancia. En relación con la inobservancia de su naturaleza conminatoria, la Sala, contrario a lo afirmado por el recurrente, considera de recibo los argumentos del Tribunal a quo, en tanto estimó que el Invías no desconoció el carácter de apremio previsto en la cláusula contentiva de la multa, en razón a que esa fue la esencia que se mantuvo durante el procedimiento sancionatorio que le dio origen. (...) Es indudable la esencia conminatoria que rodeó el procedimiento sancionatorio que culminó con la expedición de la Resolución (...), frente a lo cual cabe anotar que, si bien esta decisión se dictó faltando dos días para vencerse el plazo contractual, lo cierto es que ello no riñe con la previsión contenida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que, por un lado, se configuró el supuesto tanto fáctico como convencional y normativo para su imposición, consistente en el incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del contratista, y, de otra parte, no pugna con lo dispuesto en esta norma jurídica, según la cual las obligaciones que sirven de soporte a la multa deben estar pendientes de ejecución, debido a que claramente se hallaban insatisfechas y, por ello, en mora de ser cumplidas; de ahí su incumplimiento. Tampoco considera la Sala que el hecho de haber impuesto la sanción faltando dos días para el vencimiento del término contractual pactado constituye una situación que denote falta al deber de control sobre la ejecución de la obra, que se demanda de la entidad como directora del proyecto. (...) si bien la Resolución (...) se expidió un día antes de vencerse el plazo establecido, tal circunstancia por sí sola no le resta el carácter conminatorio, si se tiene en consideración que mientras se resolvía el recurso de reposición, el cual, según se ha reflexionado por la jurisprudencia de esta Corporación, puede exceder el plazo contractual -no así la decisión primigenia contentiva de la sanción, aun en sede de la impugnación la parte seguía en condiciones de apremio, al punto de que, mientras se decidía el recurso bien podía allanarse al cumplimiento de los compromisos insatisfechos, tal cual ocurrió, pues, gracias a ese proceder surgió la base fáctica para disminuir el monto de la multa impuesta en el acto originario. Entender lo contrario, en el sentido de desconocer la naturaleza conminatoria de esa decisión sería tanto como afirmar que los actos a partir de los cuales el contratista se allanó al cumplimiento parcial de las obligaciones insatisfechas no tendrían la virtualidad de reducir el monto de la multa por haberse ejecutado fuera del plazo del contrato, cuestión que resulta opuesta a lo que en la práctica aconteció. (...) El carácter conminatorio de la multa surtió efecto desde el mismo momento en que se inició el procedimiento sancionatorio encaminado a la determinación de las sanciones que desencadenaría el incumplimiento en los términos pactados en la respectiva cláusula, en caso de comprobarse, dado que se cumplieron parcialmente las obligaciones insatisfechas, en el primer caso durante la actuación administrativa que antecedió a la imposición de la multa, y, en el segundo, a instancia del recurso de reposición. En el desarrollo de esas etapas, el contratista tuvo pleno conocimiento de los hechos que se le enrostraban, contradujo las pruebas en que se sustentaban, solicitó las que a bien tuvo para contradecir las que se hicieron valer en su contra, siendo en ese marco dentro del cual el contratista acató algunos de los compromisos hasta entonces desatendidos. En esa misma línea, el carácter conminatorio de la medida impuesta se conservó, incluso, luego de su expedición y mientras se resolvía el recurso formulado en su contra, lapso durante el cual el contratista honró varias de sus obligaciones, circunstancia que se tradujo en la reducción de la multa y cristalizó su naturaleza de apremio.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 17

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1988, exp. 3615, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1 de octubre de 1992, exp. 6631, M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 4 de junio de 1998, exp. 13.988, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 19 de febrero de 2004, Exp. 26054, C.P. Alier Hernández Enríquez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, expediente 53.206, 23 de octubre de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONTRATO DE SEGURO / PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO / ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO / INVÍAS

El apelante señaló que había operado la prescripción ordinaria para reclamar derechos derivados del contrato de seguro, habida consideración de que, respecto de la nota de campo (...) y de la manifestación de no conformidad contenida en el oficio (...), ya habían transcurridos más de dos años, entre el momento en que se conocieron o debieron conocer esos hechos por el Invías y la época en que se siniestró la póliza. (...) Según viene de exponerse, el término de prescripción ordinaria de dos años comienza a contarse desde el momento en que el interesado, en este caso el Invías, hubiere conocido o debido razonablemente conocer el hecho que da base a la acción, es decir, desde el momento en que hubiere conocido o debido conocer el siniestro, en tanto lo que se pretende es la efectividad de la póliza y la cobertura del riesgo materializado por parte de la aseguradora y afectado con los actos administrativos enjuiciados. (...) no resulta posible para esta instancia concluir que el Invías, tan pronto la interventoría asentó las notas, debió razonablemente conocer de los hechos constitutivos de incumplimiento, condensados en la nota de campo (...) y la manifestación de no conformidad contenida en el oficio (...). Lo expuesto hasta ahora basta para despachar desfavorablemente el cargo de la apelación, en cuanto no se acreditó que hubiera operado la prescripción ordinaria de las acciones emanadas del contrato de seguro y que, en tal virtud, la entidad contratante hubiera estado imposibilitada para declarar el siniestro al amparo de la póliza

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1081

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Corte Constitucional, sentencia T-662 del 23 de septiembre de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de mayo del 2000, Exp. 5360.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 63001-23-33-000-2018-00132-01(64154)

Actor: NACIONAL DE SEGUROS S.A.

Demandado: INVIAS

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
(APELACIÓN SENTENCIA)**

Temas: FACULTAD DE LAS ENTIDADES ESTATALES PARA DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO E IMPONER MULTAS AL CONTRATISTA / marco legal que regula su declaratoria – límite temporal para su ejercicio – naturaleza y alcance de las multas / PRESCRPCIÓN ORDINARIA DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO – no se configuró

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, el 9 de mayo de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

La presente controversia gira en torno al decreto de nulidad de los actos administrativos a través de los cuales el Invías declaró el incumplimiento parcial del contrato No. 3460 de 2008 celebrado con la unión temporal Segundo Centenario, con el objeto de realizar los estudios, diseños, gestión social, predial y ambiental, construcción y operación del proyecto: “*Cruce de la cordillera central: túneles del segundo centenario – túnel de la línea y segunda calzada Calarcá – Cajamarca módulos 1, 2 y 3*”, impuso multas al contratista y afectó la póliza de cumplimiento expedida por la compañía Nacional de Seguros S.A., en el respectivo amparo.

2. La demanda

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 4 de abril de 2018, por la sociedad Nacional de Seguros S.A., en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) contra el Instituto Nacional de Vías Invías, con el fin de que:

- i) Se declarara la nulidad de las siguientes resoluciones:

- Resolución No. 08298 del 28 de noviembre de 2016, por la cual el Invías declaró ocurrido el siniestro por incumplimiento parcial del contrato No. 3460 de 2008, impuso una multa al contratista en valor de \$3.640'322.400 y afectó la póliza única de cumplimiento en el amparo de cumplimiento en esa suma.
- Resolución 01274 del 27 de febrero de 2017, por la cual el Invías resolvió los recursos interpuestos contra la anterior decisión, confirmándola.
- Resolución 8443 del 129 de noviembre de 2016, mediante la cual el Invías declaró ocurrido el siniestro por incumplimiento parcial del contrato No. 3460 de 2008, impuso una multa al contratista en valor de \$17.374'266.000 y afectó la póliza única de cumplimiento en el amparo de cumplimiento en esa suma.
- Resolución 01495 del 6 de marzo de 2017, por la cual el Invías resolvió los recursos interpuestos contra la anterior en el sentido de modificarla para rebajar el monto de la multa impuesta.

- ii) Como consecuencia, se declarara que la demandante no tenía obligación de pago en favor del Invías derivada de las resoluciones acusadas.
- iii) Se condenara al Invías a pagar la indexación de las sumas referidas desde la fecha de su pago hasta la fecha de su reembolso.

3. Los hechos

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

3.1. Previo procedimiento de licitación pública, el 24 de diciembre de 2008 el Invías y la unión temporal Segundo Centenario celebraron el contrato 3460, bajo la modalidad de llave en mano, con el objeto de realizar los diseños, gestión social, predial y ambiental, construcción y operación del proyecto "*cruce de la cordillera central: túneles del II Centenario – túnel de la línea y segunda calzada Calarcá Cajamarca módulos 1, 2 y 3*", por un valor de \$629.052'989.746 y un plazo de 70 meses, que se habría de distribuir en las siguientes etapas: iniciación, construcción, operación y mantenimiento.

3.2. La unión temporal Segundo Centenario otorgó la garantía única de cumplimiento, contenida en la póliza No. 400000276 expedida por Nacional de Seguros S.A.

3.3. El contrato 3460 de 2008 fue objeto de varias modificaciones. Una de ellas fue la modificación No. 11, suscrita el 1 de abril de 2015, mediante la cual se extendió la vigencia del acuerdo hasta el 30 de noviembre de 2016, fecha en que venció el plazo contractual.

3.4. El 28 de noviembre de 2016, el Invías expidió la Resolución 08298, por la cual declaró ocurrido el incumplimiento parcial del contrato 3460 de 2008 e impuso multa al contratista por valor de \$3.640'322.400 y afectó en esa misma suma el amparo de cumplimiento contenido en la póliza No. 400000276 que se encontraba cubierto en la suma de \$63.514'670.622, todo lo cual se sustentó en la desatención del contratista frente a la nota de campo No. 1031 del 24 de julio de 2014 y respecto de la manifestación de no conformidad plasmada en el oficio No. 98-0157-4241 del 13 de septiembre de 2014.

3.5. El 27 de febrero de 2017, el Invías profirió la Resolución No. 01274, por la cual resolvió los recursos de reposición interpuestos en contra de la anterior y la confirmó íntegramente.

3.6. El 29 de noviembre de 2016, el Invías dictó la Resolución No. 08443, por la cual declaró ocurrido el incumplimiento parcial del contrato 3460 de 2008 e impuso multa al contratista por valor de \$17.374'266.000 y afectó en esa misma suma el amparo de cumplimiento contenido en la póliza No. 400000276 que se encontraba cubierto en la suma de \$63.514'670.622, incumplimiento que se fundamentó en la falta de acatamiento de los compromisos negociales en materia de gestión ambiental.

3.7. El 6 de marzo de 2017, el Invías expidió la Resolución No. 01495, por la cual resolvió los recursos de reposición interpuestos en contra de la anterior y la modificó para disminuir el valor de la multa impuesta a una cuantía de \$16.133'247.000

4. Normas violadas y concepto de la violación

Como soporte jurídico de sus pretensiones, la parte demandante señaló que las resoluciones acusadas incurrieron en violación de las normas en que debían fundarse, falta de competencia, falsa motivación, desviación de poder.

En apoyo de lo anterior, advirtió que, al haber sido impuestas faltando menos de dos días para el vencimiento del plazo contractual, las multas no lograron la finalidad contemplada en el ordenamiento jurídico y en el contrato, consistente en inducir su cumplimiento.

En ese sentido, indicó que su razón de ser solo se encontraba concebida mientras el período contractual se hallara vigente y tuviera vocación de permanencia en el tiempo. Añadió que los efectos conminatorios de la multa solo podrían materializarse una vez hubiera cobrado firmeza el acto impositivo de aquella, lo cual en este caso ocurrió más de dos meses después de haber vencido el plazo del contrato.

Enfatizó que, contrario a lo afirmado por el Invías, en las resoluciones impugnadas la vigencia del contrato terminaba el 30 de noviembre de 2016, sin que existiera un plazo adicional de treinta días para solucionar cualquier incumplimiento.

De otro lado, precisó que el Invías no tuvo en cuenta que se configuró la prescripción ordinaria extintiva de dos años de todo derecho indemnizatorio que hubiere podido surgir de la póliza de cumplimiento con base en la ocurrencia material de los incumplimientos derivados de la nota de campo No. 1031 del 24 de junio de 2014 y de la inconformidad plasmada en el oficio 998-0157-4241 del 13 de septiembre de 2014.

5. En escrito separado, el demandante solicitó que se decretara la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de las resoluciones Nos. 08298 del 28 de noviembre de 2016, 08443 del 29 de noviembre de 2016, 01274 del 27 de febrero de 2017 y 01495 del 6 de marzo de 2017. Como fundamento, expuso, en síntesis, que la demandada obró sin falta de competencia temporal para imponer la multa y hacer efectiva la garantía única de cumplimiento, por razones similares a las expuestas en los cargos de violación esgrimidos en el escrito principal de la demanda¹.

6. Actuación procesal

¹ Folios 3 a 31 del cuaderno de medidas cautelares.

6.1. Mediante auto de 6 de julio de 2018, el Tribunal Administrativo del Quindío admitió la demanda, ordenó la notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

6.2. En decisión del 2 de agosto de 2018, el Tribunal de origen decretó la suspensión provisional de los efectos del ordinal tercero de la Resolución 08298 del 28 de noviembre de 2016 y 08443 del 29 de noviembre de 2016, por las cuales se declaró el incumplimiento parcial y se impuso multa en el contrato 3460 del 2008, así como de la expresión “*y/o exigirá su pago a la compañía aseguradora NACIONAL DE SEGUROS S.A., en virtud del amparo de Cumplimiento General del Contrato de la Garantía Única de Cumplimiento No. 400000276*”, contenida en el ordinal cuarto. Además, suspendió los efectos confirmatorios de esas decisiones contenidas en las Resoluciones 01274 del 27 de febrero de 2017 y 01495 del 6 de marzo de 2017 y el numeral tercero de esta.

Previo a pronunciarse sobre las consideraciones en que sustentó la anterior determinación, el Tribunal se ocupó de reflexionar acerca de la jurisdicción que le asistía para conocer del asunto, ante la evidencia de que en el contrato en cuyo desarrollo se produjeron las decisiones impugnadas se había estipulado cláusula compromisoria, al cabo de lo cual concluyó que la demandante en este litigio, Nacional de Seguros S.A., en tanto no había participado de ese pacto, no podía hacersele extensivo el efecto derivado la cláusula en comentario.

Al decretar la medida cautelar, el Tribunal *a quo* consideró que, para la fecha en que se impusieron las multas, el ejercicio de la facultad sancionadora, de carácter conminatoria, resultaba inoficioso, por no contar el contratista con el tiempo prudencial para satisfacer las obligaciones que se hallaban incumplidas. Estimó que el Invías desnaturalizó la medida, al extremo de convertirla en una sanción resarcitoria y no conminatoria.

6.3. Contestación de la demanda – Invías

La entidad accionada contestó la demanda dentro del término legal. En esa oportunidad se opuso a las pretensiones por cuanto consideró que carecían de soporte fáctico y jurídico, a lo que sumó que las resoluciones acusadas se profirieron con base en las normas en que debía fundarse el procedimiento sancionatorio y con observancia del debido proceso y de los principios que inspiran la función administrativa.

Advirtió que la decisión estuvo soportada en el incumplimiento comprobado en que incurrió el contratista, el cual se declaró dentro del plazo contractual y daba lugar a afectar la póliza de cumplimiento, garantía que se encontraba vigente al momento de la expedición de los actos acusados.

Indicó que la facultad de imposición de la multa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del C.P.A.C.A., caducaba dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia del hecho constitutivo de incumplimiento, término dentro del cual debía producirse y notificarse el acto impositivo de la sanción, tal cual procedió el Invías.

Explicó que la facultad sancionadora no se hallaba relacionada con la firmeza de las decisiones a través de las cuales se ejercía, por lo que a la luz de las normas que la regulaban no era indispensable que el acto que la confirmaba cobrara ejecutoria dentro del plazo de vigencia del contrato.

Precisó que, en este caso, no se desconoció el carácter conminatorio de la multa, debido a que entre el momento en que se impone la sanción hasta el momento en que se confirma o revoca la decisión, el contratista puede allanarse a su cumplimiento total o parcial.

Afirmó que, sin perjuicio de lo expuesto, si bien el plazo de ejecución se extendió hasta el 30 de noviembre de 2016, en el mismo acto se introdujo un término adicional de treinta días, que vencían el 30 de diciembre de 2016, para la entrega de la obras, período dentro del cual el contratista estaba en la posibilidad de allanarse al cumplimiento de sus obligaciones, como en efecto lo hizo parcialmente.

Adicionalmente, propuso los siguientes medios exceptivos que denominó: *“competencia del tribunal administrativo”*, *“inepta demanda”* e *“improcedencia de la indexación”*.

6.3. Audiencia Inicial

El 11 de diciembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, en la cual tuvo lugar la etapa de saneamiento. En esa oportunidad, se advirtió la existencia de causales de nulidad que viciaran lo actuado y así quedó expresamente aceptado por los intervinientes.

Precisó que las excepciones de falta de competencia e inepta demanda habían sido resueltas de manera desfavorable en la decisión que decretó la medida cautelar de suspensión provisional de las decisiones acusadas, por lo que se estaría a lo allí resuelto.

El *a quo* fijó el litigio y lo circunscribió a establecer si se ajustan o no a la legalidad las decisiones adoptadas en las Resoluciones 08298 de 2016, 08443 de 2016, 01274 de 2017, 01495 de 2017, expedidas por el Invías, a través de las cuales se declaró el incumplimiento parcial, se impusieron multas y se declaró el siniestro de incumplimiento, cubierto por la garantía única de cumplimiento suscrita con la compañía Nacional de Seguros S.A., con ocasión de la ejecución del contrato 3460 de 2008, suscrito entre la unión temporal Segundo Centenario y el Invías.

Finalmente, la Sala Unitaria se pronunció acerca del valor de los elementos de prueba aportados al proceso y decretó las pruebas documentales solicitadas por la parte actora y la entidad demandada y negó la solicitud de librar oficio a la Cámara de Comercio de Bogotá para que certificara si la compañía Nacional de Seguros S.A. estaba participando en el tribunal de arbitramento creado para dirimir controversias relacionadas con la ejecución de este contrato, bajo el argumento de que, según lo decidido al resolver la excepción de falta de competencia, se demostró que la compañía de seguros fue citada al Tribunal como llamada en garantía.

6.4. Audiencia de pruebas

El 12 de marzo de 2019² se adelantó la audiencia de pruebas, en desarrollo de la cual se incorporaron a la actuación los documentos recibidos oportunamente como consecuencia de los oficios librados y se excluyeron aquellos allegados de manera extemporánea.

6.5. Alegatos de conclusión

Al finalizar la audiencia de pruebas, el *a quo* corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. En el término concedido, las partes presentaron sus respectivos escritos de alegaciones, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en oportunidades procesales precedentes.

² Folios 243 a 244 del cuaderno 2.

El Ministerio Público guardó silencio.

5.6. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Quindío negó las pretensiones de la demanda.

Fundamentó su decisión en el marco legal y jurisprudencial relacionado con la facultad de declarar el incumplimiento contractual y de imponer multas al contratista incumplido, así como a la habilitación concedida para afectar las pólizas de cumplimiento, aspectos en relación con los cuales explicó que, una vez terminado el contrato, la Administración perdía su competencia para imponer multas al contratista, por cuanto ya no tendría oportunidad para cumplir las obligaciones insatisfechas y subsanar las situaciones que dieron lugar al incumplimiento.

Después de realizar un recuento de los hechos acreditados en el proceso, así como de referirse al incumplimiento del contratista que sirvió como motivación para la imposición de las multas, el Tribunal estimó que la entidad demandada acató el requisito de temporalidad que justificaba el ejercicio de la facultad sancionatoria, por cuanto las dos multas se impusieron dentro del plazo contractual, cuestión que no se alteraba por el hecho de que esos actos que resolvieron los recursos de reposición interpuestos en contra de aquella hubieran sido resueltos con posterioridad al vencimiento del plazo contractual.

Agregó que la finalidad conminatoria del procedimiento de imposición de multas no se hallaba ligada a la decisión final adoptada a través del acto administrativo, sino que desde el principio de la actuación sancionatoria era palpable el apremio al cumplimiento de lo pactado, momento desde el cual se ponían en conocimiento del contratista los hechos constitutivos de incumplimiento y la necesidad de conjurarlos.

De acuerdo con esa línea, consideró que el órgano contratante advirtió, apremió y constrictó al contratista para que efectuara varios ajustes propios del contrato en ejecución y algunos de ellos fueron corregidos; sin embargo, frente a otros no hubo una respuesta favorable ni se adoptaron medidas encaminadas a resolverlos, circunstancias a partir de las cuales concluyó que el proceso conminatorio sí estaba cumpliendo su finalidad legal, razón que condujo a la administración a imponer las multas que se expidieron respetando el marco de su competencia temporal.

De otro lado, en cuanto a la prescripción extintiva, precisó que el Invías tuvo conocimiento documentado de los incumplimientos aludidos mediante memorandos de julio de 2016, en tanto que la declaratoria del siniestro ocurrió en noviembre de 2016, cuestión que denotaba que fue oportuna.

Con base en lo anotado, adujo que no se desvirtuó la presunción de legalidad de las resoluciones acusadas, por lo que debían negarse las pretensiones de la demanda y al tiempo revocar la medida cautelar de la suspensión provisional de sus efectos.

5.7. El recurso de apelación

5.7.1. Parte actora

El apelante realizó un recuento de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la naturaleza conminatoria de la multa y al culminar sostuvo que:

- La sola existencia del procedimiento administrativo sancionatorio no resulta suficiente para satisfacer la finalidad conminatoria de la multa, pues esta solo puede concebirse una vez que el acto impositivo de la sanción nazca a la vida jurídica, máxime cuando a lo largo del procedimiento no se ha desvirtuado la presunción de inocencia del contratista.

En criterio del censor, no es plausible sostener que se alcanza la finalidad de la institución jurídica de la multa cuando el acto que la contiene aún no se ha expedido, por cuanto el acto para constreñir al contratista es producto del procedimiento y no su punto de partida.

Agregó que los trámites administrativos adelantados por la entidad en el marco del procedimiento sancionatorio no pueden considerarse como amenazas a los administrados para ajustar su conducta sino como espacios procesales deliberativos para que, con base en una controversia probatoria, se puedan establecer la ocurrencia y magnitud de las acciones y omisiones atribuidas al contratista y luego sí imponer las consecuencias de ley.

Señaló que no existía un tiempo restante prudencial para que el contratista pudiera cumplir las obligaciones insatisfechas, por cuanto el período contractual terminó el

30 de noviembre de 2016 sin que las partes hubieran acordado un trámite adicional con ese propósito. En ese sentido, adujo que la imposición de la multa en este caso tuvo una finalidad sancionatoria que no conminatoria, dada la imposibilidad de satisfacer las obligaciones en el tiempo restante.

Argumentó que, al margen de que eventualmente la multa hubiera cumplido su objetivo práctico, por cuanto el contratista solucionó el inconveniente ambiental presentado, la obtención del resultado no legalizaba la obtención de los medios empleados de la administración para su consecución.

De otro lado, insistió en que había operado la prescripción ordinaria respecto del derecho indemnizatorio derivado del contrato de seguro, por cuanto el conocimiento del Invías frente a los hechos constitutivos de este surgió desde la nota de campo del 24 de julio de 2014 y de la inconformidad plasmada en el oficio del 13 de septiembre de 2014, sin que fuera de recibo el argumento de oposición del Invías de que solo fue después de constatar los incumplimientos allí advertidos empezaba su cómputo y tampoco aquel según el cual el término prescriptivo empezó a correr desde que se profirió el acto impositivo de la medida.

6. Actuación en segunda instancia

6.1. Mediante providencia del 2 de julio de 2019, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

6.2. En auto del 20 de agosto de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado, los sujetos procesales presentaron sus escritos de alegaciones, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en oportunidades procesales anteriores.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad para

el ejercicio de la acción de controversias contractuales; **3)** legitimación en la causa: **3.1)** por activa; **3.2)** por pasiva; **4)** análisis de la apelación: **4.1)** la facultad de declarar el incumplimiento contractual e imponer multas al contratista incumplido: **4.1.1)** el marco normativo que regula su declaratoria; **4.1.2)** la naturaleza y alcance de las multas; **4.1.3)** la oportunidad para su ejercicio; **4.1.4)** la declaratoria de incumplimiento y la imposición de las multas en el caso concreto; **4.2)** la prescripción ordinaria de las acciones derivadas de la póliza de seguro de cumplimiento y **5)** costas.

1.- Competencia del Consejo de Estado

A continuación, la Sala verificará la competencia para conocer del recurso de apelación:

Se tiene presente que el artículo 104³ de la Ley 1437 expedida en 2011 (C.P.A.C.A.), vigente a partir de 2 de julio de 2012, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para conocer, *“además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, (...) en los que estén involucradas las entidades públicas”*.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes a la nulidad de las Resoluciones 08298 del 28 de noviembre de 2016, 08443 del 29 de 2016, 01274 del 27 de febrero de 2017 y 01495 del 6 de marzo de 2017, por las cuales el Invías declaró el incumplimiento parcial del contrato 3460 de 2011, impuso multas al contratista, unión temporal Segundo Centenario, y resolvió recursos de reposición interpuestos en contra de esas decisiones.

Así las cosas, el Instituto Nacional de Vías, por tener el carácter de establecimiento público del orden nacional, con sujeción a lo dispuesto en el parágrafo del artículo

³ *“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

“Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

“(…)”

“2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.

104 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 2 la Ley 80 de 1993⁴, ostenta la naturaleza de entidad estatal. Por la razón advertida, esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto.

1.2.- También le asiste competencia a la Sala para tramitar el asunto en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$19.773'569.400⁵, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$390'621.000)⁶, exigida en la Ley 1437 de 2011, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

2.- Procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual

Observa la Sala que las pretensiones versan sobre la nulidad de las resoluciones por las cuales el Invías declaró el incumplimiento parcial del contrato No. 3460 de 2008 celebrado entre esa entidad y la unión temporal Segundo Centenario, impuso multas al contratista y afectó la garantía única de cumplimiento, aspectos que, al tenor de los dictados del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 que orientan a que: *“Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas”*, corresponden ventilarse a través del medio de control de controversias contractuales.

⁴ “ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos” (el resaltado no es del original)

⁵ Folio 36 del cuaderno 3, suma que, según se estimó en la demanda, correspondía a la obligación impuesta a la aseguradora a través de las resoluciones acusadas.

⁶ \$390'621.000 con fundamento en el salario mínimo legal vigente el 4 de abril de 2018 (\$781.242X 500 = \$390'621.000).

En secuencia con lo anterior, para establecer la oportunidad de la interposición de la demanda, debe atenderse a la regla prescrita en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, de conformidad con la cual demanda deberá ser presentada dentro de los dos años contados: *“j) ... a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hechos o de derecho que les sirvan de fundamento”*.

Los motivos de hecho y de derecho que dieron origen a esta controversia se centraron en la expedición de las resoluciones 08298 del 28 de noviembre de 2016, 08443 del 29 de 2016, 01274 del 27 de febrero de 2017 y 01495 del 6 de marzo de 2017, por las cuales el Invías declaró el incumplimiento parcial del contrato 3460 de 2011, impuso multas al contratista unión temporal Segundo Centenario y resolvió recursos de reposición interpuestos en contra de esas decisiones.

En este punto cabe precisar que la aplicación de la anterior regla del cómputo de caducidad se justifica en cuanto la demandante en este asunto es la asegurada Nacional de Seguros S.A., que expidió la póliza para garantizar el cumplimiento del contrato 3460 de 2008 y se vio afectada por cuenta de las resoluciones en comento, habida consideración de que declararon el siniestro de cumplimiento contenido en la garantía.

En esa medida, no tiene cabida en este caso la regla de oportunidad que atiende al cómputo de dos años tras el vencimiento del deber de liquidar bilateral o unilateralmente el contrato, por cuanto, se insiste, la aseguradora no deriva el derecho de acción del balance final de cuentas que vincula a las partes del contrato, sino del hecho de haber resultado afectada por la obligación impuesta en las resoluciones acusadas al afectar la póliza por ella expedida, en el amparo de cumplimiento.

Así pues, las resoluciones acusadas fueron las siguientes:

- Resolución No. 08443 del 29 de noviembre de 2018, por la cual el Invías declaró el incumplimiento parcial del contrato 3460 de 2011 e impuso multa al contratista, unión temporal Segundo Centenario, en cuantía de \$17.374'266.000 y la Resolución No. 01495 del 6 de marzo de 2017, por la cual el Invías resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de aquella, en el sentido de reponerla parcialmente para reducir la multa a la

suma de \$16.133'247.000, decisión que adquirió firmeza el 7 de marzo de 2017⁷.

- Resolución 8298 del 28 de noviembre de 2016, por la cual el Invías declaró el incumplimiento parcial del contrato 3460 de 2011 e impuso multa al contratista, unión temporal Segundo Centenario, en cuantía de \$3.640'322.400 y la Resolución No.01274 del 27 de febrero de 2017, por la cual el Invías resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de aquella en el sentido de confirmarla en su integridad, decisión que cobró ejecutoria el 28 de febrero de 2017⁸.

-. En ese orden, se tiene que respecto de la Resolución No. 08443 del 29 de noviembre de 2018, cuyo recurso de reposición interpuesto en su contra fue resuelto por la Resolución No. 1495 del 6 de marzo de 2017 y adquirió firmeza el 7 de marzo de 2017, los dos años de caducidad para controvertir su legalidad empezaron a correr el 8 de marzo de 2017, por lo que su vencimiento se habría de producir el 8 de marzo de 2019.

En este punto es imperativo señalar que el 23 de enero de 2018, faltando un año, un mes y 14 días para vencerse el plazo, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Cincuenta Judicial II para Asuntos Administrativos, trámite que culminó el 8 de marzo de 2018⁹, tras declararse fallida, por ausencia de ánimo conciliatorio, razón por la cual a partir del 9 de marzo de 2018 se reanudó el término de un año, un mes y 14 días para completar los dos años de la caducidad de las pretensiones, los cuales vencían el 23 de abril de 2019.

Corolario de lo plasmado, al haberse presentado la demanda el 4 de abril de 2018, se concluye que su interposición fue oportuna.

-. En lo atinente a la Resolución No. 8298 del 28 de noviembre de 2016, cuyo recurso de reposición interpuesto en su contra fue resuelto por la Resolución No.1274 del 27 de febrero de 2017, la cual cobró ejecutoria el 28 de febrero de 2017, los dos años de caducidad para demandar su nulidad iniciaron a correr el 1 de marzo de 2017, por lo que su vencimiento se cumpliría el 1 de marzo de 2019.

⁷ Folios 55 del cuaderno 1.

⁸ Cd que reposa a folios 23 del cuaderno de la medida cautelar.

⁹ Folios 53 a 54 del cuaderno 1.

Una vez más, debe tenerse en cuenta que el 23 de enero de 2018, faltando un año, un mes y 7 días se interrumpió el cómputo de la caducidad por cuenta del trámite conciliatorio anteriormente reseñado, razón por la cual a partir del 9 de marzo de 2018 se reanudó el término de un año, un mes y 7 días para completar los dos años de la caducidad de las pretensiones, los cuales vencían el 16 de abril de 2019.

Como consecuencia, al haberse presentado la demanda el 4 de abril de 2018, se colige que fue instaurada dentro del término legal.

3.- Legitimación en la causa

En atención al hecho de que, por regla general, la aseguradora garante es parte *del contrato de seguro*, en el cual la entidad estatal tiene la calidad de beneficiaria de la póliza de cumplimiento correspondiente, se concluye que está legitimada por activa o por pasiva, según sea el caso, para obrar como demandante o demandada en los litigios en los que se discuten las obligaciones derivadas de la póliza de cumplimiento por ella expedida¹⁰.

3.1. Por activa

Con base en estos conceptos, le asiste legitimación en la causa por activa a Nacional de Seguros S.A. para integrar el extremo demandante, sociedad que expidió la póliza de cumplimiento No. 400000276, la cual fue afectada con la declaratoria de siniestro por la entidad estatal contratante, en el marco del contrato 3460 de 2008, a través de las resoluciones que constituyen el objeto de la pretensión de nulidad.

3.2. Por pasiva

Se encuentra legitimado en la causa por pasiva el Instituto Nacional de Vías Inviás, en su condición de entidad estatal contratante que profirió las resoluciones de

¹⁰ Así se ha observado en diversas providencias, entre otras: **1.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 19 de noviembre de 2015, radicación: 05001233100020060257901 (43324), actor: Compañía Mundial de Seguros S.A., demandado: Empresas Públicas de Medellín; **2.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 23 de noviembre de 2017, radicación: 25000233600020130206301 (53861), actor: Seguros Colpatria S.A., demandado: Ministerio de Transporte, referencia: acción contractual (Ley 1437 de 2011).

declaratoria de incumplimiento contractual, impuso las multas al contratista, unión temporal Segundo Centenario, y declaró el siniestro de incumplimiento del contrato amparado por la póliza única de cumplimiento No. 400000276, expedida por Nacional de Seguros S.A.

4.- Análisis de la apelación

En síntesis, los argumentos en los que se sustenta el recurso de apelación formulado por la parte actora se edifica en dos cargos:

En el primero se reiteran las causales de nulidad de falta de competencia, desviación de poder, falsa motivación y violación de las normas en que debieron fundarse las resoluciones acusadas, en suma, por cuanto se expidieron faltando dos y un día para el vencimiento del término contractual, lo que hacía por completo ilusorio y contrario a las normas que las regulaban el fin conminatorio envuelto en esa figura, habida consideración de que no era posible cumplir las obligaciones insatisfechas faltando dos días para culminar el plazo pactado para su ejecución.

El segundo aludió a la configuración de la prescripción extintiva del derecho indemnizatorio derivado de la póliza de seguro, toda vez que, en criterio del apelante,

el conocimiento del Invías frente a los hechos constitutivos de este surgió desde la nota de campo del 24 de julio de 2014 y de la inconformidad plasmada en el oficio del 13 de septiembre de 2014, sin que fuera de recibo el argumento de oposición del Invías, de conformidad con el cual solo fue después de constatar los incumplimientos allí advertidos que empezaba a correr el cómputo y tampoco aquel según el cual el término prescriptivo empezó a correr desde que se profirió el acto que declaraba la medida.

Con base en la fundamentación de la apelación, la Sala se referirá a la facultad de la entidad estatal de declarar el incumplimiento contractual e imponer multas al contratista incumplido.

4.1- La facultad de declarar el incumplimiento contractual e imponer multas al contratista incumplido

En orden a analizar la competencia para proferir los actos administrativos que se acusan, resulta menester analizar el marco normativo que en materia de

contratación estatal ha regulado la facultad para declarar el incumplimiento e imponer multas al contratista particular, a la naturaleza y alcance de esta figura, así como al límite temporal para su ejercicio.

4.1.1 El marco normativo que regula su declaratoria

A diferencia de lo acontecido en su antecesor Decreto-ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 no otorgó competencia alguna a las entidades estatales contratantes para declarar el incumplimiento e imponer unilateralmente multas al contratista particular.

Salvo en el supuesto de caducidad del contrato, bajo la vigencia de aquella normativa las entidades estatales carecían de facultad legal para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y ordenar el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías, debiendo en tal evento acudir forzosamente al Juez del contrato estatal para tal efecto¹¹.

Al discurrir sobre este tópico, la Sección Tercera, de tiempo atrás, advirtió que la posibilidad de pactar multas derivadas del incumplimiento del extremo cocontratante comportaba una expresión de la libre autonomía de la voluntad de las partes, por lo que su incorporación en el contrato resultaba válida. Cuestión distinta ocurría en relación con su imposición unilateral, en tanto al no tener asiento en una previsión legal que así lo autorizara, necesariamente para su exigencia debía mediar decisión judicial que lo determinara¹².

Con todo, el panorama descrito varió con la expedición de la Ley 1150 de 2007, norma que, a través de su artículo 17, abrió paso a que las entidades estatales recobraran la potestad legal para imponer multas unilateralmente y para declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal.

Igualmente, en mérito de lo dispuesto en el párrafo transitorio de dicha consagración legal, se atribuyó un efecto retrospectivo al ejercicio de la facultad concedida, en cuya virtud se activó la procedencia de que la entidad estatal impusiera una multa al contratista, aun en contratos celebrados al amparo de la Ley

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2005, Exp. 25.765, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, Exp. 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

80 de 1993, siempre que se encontrara pactada expresamente dentro del texto convencional.

Sin embargo, su ejercicio habría de ser válido en la medida en que el procedimiento sancionatorio, así como el acto impositivo de la multa que lo culminara se hubiere producido en vigencia de la Ley 1150 de 2007¹³.

Posteriormente, en el marco de la competencia otorgada a las entidades estatales por cuenta de la Ley 1150, a partir de la expedición de la Ley 1474 de 2011, por la cual se dictó el Estatuto Anticorrupción, se reguló de manera específica el trámite y el procedimiento a seguir para la declaratoria de incumplimiento, con el fin de imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal.

En cualquier caso, no puede perderse de vista que, con anterioridad a la expedición de esta última normativa, este tipo de decisiones debían adoptarse con estricto rigor al debido proceso¹⁴, en desarrollo del artículo 29 de la Carta Política, aplicable a todas las actuaciones administrativas desplegadas por las entidades del Estado.

Para los propósitos de abordar el caso concreto, se tiene que el contrato 3460, en cuyo marco se expidieron las resoluciones demandadas, se celebró el 24 de diciembre de 2008, bajo la regencia de la Ley 1150 de 2008; en su texto se incorporó expresamente la cláusula relativa a la imposición y cobro unilateral de las multas por parte de la entidad y el procedimiento sancionatorio que dio como resultado la expedición de los actos administrativos demandados se inició en 2016, en vigencia de la Ley 1474 de 2011, con observancia de los procedimientos allí contemplados para efectos de la imposición de las multas.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de junio de 2012, exp. 23.967, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. *“De manera que, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corporación, bajo el régimen de la Ley 80 de 1993 es ilegal, por falta de competencia, que la entidad estatal se arrogue por contrato una facultad que debe venir dispuesta por la ley. Vicio que, por contrariar abiertamente el principio de legalidad al que está sujeta la administración -artículos 6º y 121 constitucionales- amerita declarar de oficio la nulidad de la estipulación contractual que contiene esa prerrogativa y de las resoluciones n.º 229 y 409 de 1995 expedidas por la entidad demandada, antes de la Ley 1150 de 2007, para imponer las multas al contratista. Esto último debe ser así, dado que la nueva normatividad, si bien autoriza a la administración para imponer multas al contratista aún por contratos en ejecución celebrados antes de su vigencia, no está llamada a producir efectos retroactivos que convaliden los actos proferidos para ese fin con anterioridad a la citada Ley 1150”.*

¹⁴ Sobre el particular, se puede consultar la sentencia proferida el 23 de junio de 2010, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, dentro del expediente No. 16.367, C.P. Enrique Gil Botero.

4.1.2. La naturaleza y alcance de las multas

Ante la ausencia de regulación expresa sobre la figura de la multa en la Ley 80 de 1993, para desentrañar su naturaleza y alcance, además de revisar el precepto contenido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, necesariamente debe acudirse a las disposiciones que sobre su génesis y operatividad compendia el Código Civil en los artículos 1592 al 1601.

La aplicación del derecho común a estas materias resulta procedente por cuenta de la remisión normativa consagrada por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y con base en lo dispuesto en el inciso primero del artículo 40 de este cuerpo legal, de conformidad con el cual *“las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su naturaleza”*.

Cabe precisar que los ordenamientos civil y comercial no ofrecen una definición específica de la multa. De cara a lo dicho, tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en extraer sus elementos de la regulación que disciplina la cláusula penal y cuya distinción de aquella se prescribe por las finalidades que ambas comportan en razón a lo que dicte la intención de las partes.

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

Para la Corte Suprema de Justicia, la cláusula penal es *“simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contratantes de perjuicios que pueden resultar por la inejecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma...”*¹⁵.

Surge con nitidez que la facultad legal que habilita a las partes para convenir la consecuencia que se desprende de la indebida conducta contractual y dirigida a garantizar el cumplimiento de la prestación pactada procede indistintamente en el evento de inejecución, en cuyo caso la pena adquiere un carácter compensatorio o resarcitorio, o de ejecución tardía, evento en el cual su condición será moratoria.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia del 27 de septiembre de 1974, Magistrado Ponente Luis Sarmiento Buitrago.

Ese mismo cuerpo normativo, en su artículo 1594 dispone:

“ARTICULO 1594. TRATAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL Y DE LA PENA POR MORA Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”.

El máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria se ha ocupado de reflexionar sobre las particularidades de este tipo de cláusula y a propósito ha estimado que su pacto se dirige a regular los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para fungir como apremio o conminación para conducir al moroso a que honre su compromiso o como mecanismo indemnizatorio en cuanto permite valorar anticipadamente los perjuicios derivados de este, finalidades que en todo caso habrán de examinarse a la luz de los términos convencionales en que explícitamente se encuentren pactadas¹⁶.

De allí se desprende que la función que cumple la cláusula penal se dirige, en principio, a tasar anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento y desde ese ángulo su pacto adquiere un carácter resarcitorio e indemnizatorio; en ese orden, la multa como herramienta conminatoria emana entonces cuando su propósito se centra en apremiar o constreñir al deudor de la prestación pactada y así se deja sentado expresamente en el texto obligacional; en defecto, el silencio sobre su rol hará prevalecer el carácter resarcitorio de la pena¹⁷.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de mayo de 1996, Exp. 4607, M.P. Carlos Esteban Jaramillo. *“Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato”*. (subraya la Sala).

¹⁷ Ver auto del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 16 de agosto de 2012, exp. 39.702, C.P. Hernán Andrade Rincón. *“Adicionalmente, esa Corporación (se refiere a la Corte Suprema de Justicia) ha señalado de manera reiterada que, si existe pacto inequívoco al respecto, la cláusula penal puede cumplir una función diferente a la*

Con todo, en ambos casos su naturaleza genérica es de estirpe sancionatoria, en tanto se dirige a derivar consecuencias de una conducta antijurídica y censurable de uno de los extremos del contrato, consistente en la desatención de sus compromisos negociales.

De otra parte, cabe precisar que al tenor del artículo 1600 del Código Civil no puede reclamarse a la vez la pena, entendida en su condición resarcitoria o compensatoria, y la indemnización de perjuicios, salvo que las partes así lo hayan acordado.

Se suma a lo expuesto que cuando la cláusula penal se fija como instrumento de cuantificación adelantada de los perjuicios desencadenados por el incumplimiento, al afectado no le asistirá la carga de acreditar su ocurrencia y su cuantía, en tanto ese es precisamente el beneficio que se origina en su pacto antelado.

En materia de contratación estatal, la doctrina ha sostenido que el objeto primordial de las multas, como expresión del poder de control y dirección de Estado en la ejecución del negocio *“es actuar en forma compulsiva sobre este para constreñirlo al más exacto cumplimiento de sus obligaciones”*¹⁸.

A su turno, el Consejo de Estado, a propósito de su diferencia con la función resarcitoria -encaminada a reparar las consecuencias de la inejecución- o indemnizatoria que puede entrañar la sanción inmersa en la cláusula penal pecuniaria propiamente, de manera reiterada ha destacado que la multa *“se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (...) con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual”*¹⁹.

de tasar anticipadamente los perjuicios que puedan surgir con ocasión del incumplimiento de las obligaciones contractuales”.

Sobre este punto, también consultar el concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 25 de mayo de 2006, Rad. 1.748, C.P: Enrique José Arboleda Perdomo: *“Es interesante también insistir en la forma de interpretar las cláusulas penales, pues por lo general se deben entender como tasación anticipada de perjuicios, y sólo por pacto expreso e inequívoco en palabras de la Corte, se pueden considerar en sentido de cumplir las otras funciones. De aquí se desprende que si hay dudas en la interpretación de una determinada estipulación, se debe apreciar como estimación de los perjuicios”.*

¹⁸ BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos, Segunda edición, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980. Página 415.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. 28875, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Semejante ha sido el entendimiento dispensado por esta Subsección frente a la figura de las multas al sostener que “*tienen naturaleza conminatoria –sancionatoria y no indemnizatoria*”²⁰.

Atendiendo a esa misma lógica, en lo que atañe a la cláusula penal como mecanismo indemnizatorio de perjuicios, esta Subsección ha discurrido que la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva aquella podrá realizarse luego de vencerse el plazo contractual, autorización que, como se anotará en el acápite siguiente, no debería hacerse extensiva en el evento en que esa declaratoria se produzca con miras a imponer una multa”²¹.

Así mismo, la orientación interpretativa que privilegia la condición conminatoria, que no indemnizatoria de la multa en el ámbito de la contratación del Estado, se justifica en la composición literal de la fuente legal que actualmente la dota de sustento, en cuanto contempla que estas “*proceden únicamente mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista*”²² y a través de su utilización lo que se procura es “*conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones*”.

También es relevante acotar que la multa se encuentra concebida para el acaecimiento de circunstancias constitutivas de incumplimientos parciales y atribuibles al contratista, toda vez que las situaciones que acarreen una infracción grave a los mandatos del negocio jurídico que ponga en riesgo la ejecución del objeto contractual y conlleve a su parálisis darán lugar al ejercicio de una sanción más severa²³.

Como se aprecia, en resumen, el origen e implementación de esta herramienta, desde la perspectiva contractual, se correlaciona y halla su justificación en los

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia del 12 de febrero de 2015, Exp. 28.278, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, exp. 20.628, 13 de marzo de 2013, C.P. Hernán Andrade Rincón. “... *la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que se haya vencido el plazo contractual, sin que éste hubiere ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, únicamente como medida para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria*”.

²² Así se lee en el texto del artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

eventos en los que una de las partes incurre en incumplimiento de las obligaciones contraídas, al paso que su activación surge como consecuencia de una previsión anticipada y libremente acordada por los contratantes sobre los efectos que pueden extraerse de dicha inobservancia y que, por regla general, conlleva al pago de una suma preestablecida, sin que con esto el incumplido se releve de satisfacer la prestación debida; lo que busca es precisamente inducir a su acatamiento.

Su falta de correspondencia con una sanción de carácter resarcitorio se explica en la medida en que no persigue obtener una suma o monto para contener o reparar un menoscabo patrimonial de la Administración contratante. Bajo esa óptica, la ocurrencia del perjuicio no constituye un elemento de la esencia de este tipo de sanción, como sí acontece en el evento de la cláusula penal pecuniaria, cuya razón de ser es meramente indemnizatoria.

Distinto a ello, su propósito se asocia con un fin proteccionista del interés público que involucra la celebración del contrato estatal, en tanto busca la ejecución efectiva de la labor encomendada al contratista, al margen de que su satisfacción oportuna hubiese causado o no daño al ente contratante.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, en esta oportunidad la Sala conviene la necesidad de precisar que, la multa, al ser una cláusula accidental del negocio jurídico, que no de su esencia o su naturaleza -no obstante estar regulada por la ley en cuanto faculta su imposición unilateral- su incorporación se subordina al acuerdo entre las partes, al punto de que es la autonomía de la voluntad la que determina los supuestos de hecho que abren paso a su configuración, como los efectos de su ocurrencia.

No puede perderse de vista, además, que se trata de una estipulación de naturaleza condicional, en razón a que la posibilidad de generar sus efectos se suspende hasta la configuración del supuesto de hecho que determina su surgimiento y que da lugar a su aplicación, supuesto que no es otro que el incumplimiento defectuoso o cumplimiento tardío de las obligaciones del contratista, el cual debe ser verificado por la entidad contratante tras agotar el debido proceso.

En orden a articular lo anterior con la esfera de la contratación estatal, de una lectura cuidadosa del literal d) del artículo 86 de la Ley 1474²⁴, se desprende que el legislador dotó de una facultad potestativa a la entidad estatal consistente en terminar el procedimiento sancionatorio cuando evidencie el cumplimiento de las obligaciones insatisfechas, premisa que revela con mayor vigor su raigambre genérico sancionatorio.

Una hermenéutica teleológica de ese precepto normativo, acompañada a la estirpe sancionadora de ese instituto, podría traducirse en que la administración eventualmente tendría la posibilidad de continuar con el proceso sancionatorio si así lo estima conveniente hasta culminar con la imposición de la respectiva sanción, en tanto el incumplimiento sí tuvo lugar, es decir, sí nació a la vida jurídica el supuesto fáctico que da lugar a la imposición de la sanción; cuestión distinta es que se hubiese superado como consecuencia del procedimiento sancionatorio, lo que no es equivalente a afirmar que el supuesto convencional y normativo desapareció o que su cumplimiento tardío purgó el fundamento fáctico de su activación.

En esa misma línea argumentativa, mayor vigor adquirirá esa facultad sancionatoria ante el incumplimiento comprobado y persistente del contratista luego de agotar del procedimiento administrativo iniciado como consecuencia del apartamiento de sus compromisos negociales.

Obrar en sentido contrario constituiría un aval para auspiciar prácticas nocivas en la dinámica comercial pública, en cuanto dejaría en la absoluta imposibilidad jurídica respecto de los cumplimientos tardíos o defectuosos presentados durante la ejecución de los contratos del Estado.

4.1.3. La oportunidad para su ejercicio

²⁴ Ley 1474 de 2011. Artículo 86, literal d) “*En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento” (subraya la Sala).*

La interpretación jurisprudencial frente al límite temporal dentro del cual resultaría viable ejercer la facultad legal de declarar el incumplimiento del contrato con la finalidad de imponer multas al particular moroso no ha sido una materia pacífica.

De antaño, la Sección Tercera²⁵ de esta Corporación consideró que la posibilidad de declarar el incumplimiento con el propósito de imponer multas solo podía ejercerse dentro del plazo de ejecución del contrato y antes de vencerse el término pactado para su finalización; sin embargo, advirtió que la declaratoria de incumplimiento contractual dispuesta, esencialmente, con la finalidad de hacer efectiva la cláusula penal, procedía, incluso, después de culminar el período de ejecución, siempre que para ese momento el contratista no hubiere satisfecho la totalidad de obligaciones contraídas²⁶.

En pronunciamientos posteriores, se mantuvo la orientación jurisprudencial relativa a la viabilidad de imponer multas, sujeta a que se realizara dentro del término contractual. Con todo, frente a este último concepto se distinguió entre el plazo de ejecución y fecha de vencimiento del contrato o de su vigencia, siendo este último el límite máximo para que procediera válidamente su ejercicio²⁷.

Tiempo después, la Sección Tercera recogió la línea de pensamiento imperante hasta entonces, con fundamento en la tesis de conformidad con la cual el contrato tenía dos plazos: uno para su ejecución, al cabo del cual el negocio se entendía vencido, y otro para su liquidación, a cuyo término el contrato se extinguía.

En ese orden, se consideró que hasta la culminación de este último período la Administración podía hacer exigible, a través de su potestad sancionatoria, el cumplimiento de las obligaciones insatisfechas, en razón a que esa prerrogativa debía estar presente a lo largo de la vida jurídica del contrato, existencia que se extendía incluso hasta la etapa de liquidación²⁸.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1988, exp. 3615, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1 de octubre de 1992, exp. 6631, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 4 de junio de 1998, exp. 13.988, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 19 de febrero de 2004, Exp. 26054, C.P. Alier Hernández Enríquez. *“Si bien es cierto, la jurisprudencia citada no hace referencia a la imposición de una multa, sino a la caducidad por incumplimiento del contratista, resulta pertinente aplicarla para el caso en comento, toda vez, que en aquella oportunidad se dijo que, la administración podía declarar la caducidad después del vencimiento del*

No obstante, en un período subsiguiente la Sección Tercera de esta Corporación retomó la posición inicialmente acogida, en el sentido de señalar que el ejercicio de la potestad legal conferida a la Administración para la imposición de multas debía reservarse a la etapa de ejecución contractual, bajo la comprensión de que su naturaleza conminatoria se oponía jurídicamente a que su materialización tuviera ocurrencia luego de vencido el plazo pactado para el cumplimiento del objeto convenido²⁹.

A su turno, la Subsección C de la Sección Tercera ha conservado ese mismo entendimiento al sostener que la entidad estatal habría de mantener la competencia *“para declarar el incumplimiento parcial del contrato e imponer multas como una medida coercitiva para constreñir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando no hubiera vencido el plazo de ejecución del objeto contractual”*³⁰.

Con todo, retomando lo expuesto en acápite precedente en relación con la naturaleza mixta de la multa en cuanto entraña una esencia conminatoria y su raigambre genérico es del tipo sancionador, para acompañarlo con lo acá anotado, se tiene que, de no superarse el incumplimiento comprobado y estando pendientes de ejecutar las prestaciones a cargo del incumplido, en tanto no se hubiere vencido el plazo del contrato, no existe una razón jurídicamente válida para sustraerse a su imposición, máxime cuando su naturaleza no se ha pactado en términos compensatorios, para reemplazar el cumplimiento de la obligación principal, sino

plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación, o incluso dentro del acto liquidatorio; situación similar, a la presentada en esta controversia, pero con la diferencia de que en esta ocasión, no se declaró la caducidad, sino que se impuso una multa después de ejecutado el contrato pero antes de su liquidación. En ese orden de ideas, se puede afirmar que, en el desarrollo de la actividad contractual, la administración puede imponer sanciones al contratista cuando este no cumple con sus obligaciones, imposición que puede ocurrir incluso después del vencimiento del plazo contractual. De allí que el argumento esgrimido por el actor, en este caso, admita, por lo menos, una muy seria discusión que se revela con la expresada tesis jurisprudencial”.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, Exp. 14.393, C.P. German Rodríguez Villamizar. *“... las mismas deben aplicarse antes del vencimiento del plazo contractual, lo que permite inferir que el incumplimiento objeto de sanción, se puede configurar aun cuando no se hayan cumplido los correspondientes plazos contractuales”.* postura reiterada en sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de febrero de 2014, exp. 28206, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, exp. 28875, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, postura reiterada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de noviembre de 2016, exp. 36396, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

conminatorios, que no lo liberan de su ejecución, sin que esto lo despoje de su carácter sancionador.

Con lo anterior la Sala quiere significar que, aun cuando la finalidad envuelta en el pacto de la multa se dirige a conminar al cumplimiento de las obligaciones insatisfechas, no por ello ese instituto pierde su estirpe sancionadora derivada de las normas civiles que le sirven de asiento jurídico.

En otras palabras, ante la evidencia y verificación del incumplimiento de las obligaciones del contratista, y si en esos términos fue pactado, la entidad pública conservará su facultad punitiva que surgirá tras la constatación de la insatisfacción de los compromisos negociales por parte de su colaborador, facultad que podrá ejercer hasta antes del vencimiento del plazo contractual pactado.

4.1.4. La declaratoria de incumplimiento y la imposición de las multas en el caso concreto

Para adentrarse al análisis del recurso de apelación formulado por Nacional de Seguros S.A., la Sala considera necesario advertir que ninguno de los argumentos de la impugnación apuntan a cuestionar los hechos constitutivos de incumplimiento atribuidos al contratista en las resoluciones enjuiciadas y que sirvieron de sustento para la imposición de las multas, cuestión que, en observancia al principio de congruencia, impide que esta instancia se pronuncie sobre el particular y, como consecuencia, se partirá de la aceptación que la aseguradora manifiesta sobre el incumplimiento atribuido al contratista.

Así las cosas, el estudio de los cargos del recurso se restringirán a establecer si el Invías incurrió en alguna de las causales de nulidad endilgadas, todas las cuales se sustentan, en síntesis, en que se desconoció la naturaleza conminatoria de las multas, toda vez que se impusieron faltando dos y un día, respectivamente, para el vencimiento del plazo contractual, lo que hacía imposible el cumplimiento de las obligaciones insatisfechas durante el período que restaba para vencerse el contrato.

Sobre el particular, se encuentran demostrados en el expediente los hechos que se resumen a continuación:

Como resultado del procedimiento de selección abreviada adelantado con sujeción a la Ley 80 de 1993, su modificatoria Ley 1150 de 2007 y su Decreto reglamentario

No. 066 de 2008, el 24 de diciembre de 2008, el Instituto Nacional de Vías y la unión temporal Segundo Centenario celebraron el contrato 3460 de 2008, con el objeto de realizar el proyecto, bajo la modalidad de llave en mano, de *“ESTUDIOS Y DISEÑOS, GESTIÓN SOCIAL, PREDIAL Y AMBIENTAL, CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL PROYECTO: CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL: TÚNELES DEL SEGUNDO CENTENARIO – TÚNEL DE LA LÍNEA Y SEGUNDA CALZADA CALARCÁ - CAJARMARCA, para su ejecución por etapas diferenciadas”*³¹.

El plazo pactado fue de 70 meses, contados a partir de la suscripción de la orden de iniciación, el cual se distribuiría en tres etapas, así: etapa de iniciación; etapa de construcción y etapa de operación y mantenimiento. Su valor ascendió a la suma de \$620.052'989.746.

Se acordó en la cláusula quinta que la etapa de construcción tendría una duración de 46 meses y que empezaría al tiempo con la etapa de iniciación.

En cumplimiento de lo previsto en la cláusula décima novena del contrato, el contratista otorgó la póliza única de cumplimiento No. 400000276 a favor de entidades estatales, la cual fue expedida por Nacional de Seguros S.A.³², cuyos amparos correspondieron, entre otros, al cumplimiento del contrato, por la suma asegurada de \$63.514'670.622 y cuya vigencia se extendió hasta el 1 de diciembre de 2019, de conformidad con el anexo 10 de la póliza³³.

En la cláusula cuadragésima cuarta del contrato 3460 se pactó lo referente a la imposición de multas en estos términos (se transcribe de forma literal, incluso, con posibles errores):

“En caso de incumplimiento parcial por EL CONTRATISTA, el INSTITUTO le impondrá multas por las causales, en las cuantías y bajo el procedimiento previsto en la Ley 1150 de 2007, las Resoluciones 03662 del 13 de agosto de 2007 “por la cual se establece el procedimiento para la imposición de

³¹ CD visible a folio 23 del cuaderno de la medida cautelar.

³² Sobre este punto se precisa que, según la información que obra en el expediente, la compañía aseguradora Cóndor S.A. expidió la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 300017763, la cual fue aprobada mediante oficio No. 918 del 16 de enero de 2009, pero mediante oficio radicado Invías No. 53665 del 29 de mayo de 2014, el liquidador de Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales comunicó al Invías que, en relación con la garantía única de cumplimiento, el 23 de mayo de 2014 fue cedida la póliza de cumplimiento No. 300017763 a la compañía de seguros Ecoseguros S.A. Por esta razón, la compañía Nacional de Seguros S.A. expidió la póliza única de cumplimiento 400000276 que ampara el cumplimiento del contrato 3460. CD visible a folio 23 del cuaderno de la medida cautelar.

³³ CD visible a folio 23 del cuaderno de la medida cautelar.

sanciones y se señalan las causales y cuantías para hacer efectivas las cláusulas de multas en los contratos celebrados por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, y 00145 del 18 de enero de 2008 "; por la cual se adiciona la Resolución 03662 de 2007 en relación con los contratos de obra pública, bajo la modalidad llave en mano. El INSTITUTO podrá tomar directamente el valor de la sanción de los saldos que se adeudan al CONTRATISTA o de la garantía constituida y si no fuere posible, cobrará los valores por la vía judicial".

El plazo de ejecución del contrato 3460 del 24 de diciembre de 2008 inició con la orden contenida en oficio del 14 de abril de 2009 y, en su desarrollo, sufrió las siguientes modificaciones en tiempo, alcance y valor, condensadas en los siguientes documentos:

La modificación No. 1 del 27 de enero de 2009; la modificación No. 2 del 30 de junio de 2009; el otrosí No. 1 del 1° de febrero de 2010; la modificación No. 3 del 25 de julio de 2011; la modificación No. 4 del 6 de marzo de 2012; la modificación del 9 de agosto de 2012; la modificación No. 5 del 31 de octubre de 2012; el otrosí No. 6 del 3 de abril de 2013; la modificación No. 7 del 27 de septiembre de 2013; la modificación No. 8 del 24 de diciembre de 2013; la modificación No. 9 del 30 de diciembre de 2013; la modificación No. 10 del 25 de agosto de 2014 y la modificación a la cláusula 47 del contrato 3460 de 2008, suscrita el 9 de septiembre de 2014.

El 1 de abril de 2015 las partes suscribieron la modificación No. 011 al contrato 3460 de 2008, mediante la cual acordaron (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

- *El plazo previsto para la ejecución del Alcance del Contrato será un total de noventa y uno punto cinco (91.5) meses, contados a partir de la fecha de iniciación correspondiente, los cuales se distribuyen en las siguientes etapas diferenciadas: I. Etapa de Iniciación: II. Etapa de Construcción".*
- *modificar el primer párrafo de la Cláusula 5 del contrato No. 3460 de 2008, la cual quedará así: "**CLAUSULA 5: ETAPAS DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO:** Para efectos de la ejecución del Contrato se ha dispuesto su desagregación en dos etapas: 1) Etapa de Iniciación y 2) Etapa de Construcción".*
- *suprimir la cláusula **5.3 "ETAPA DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO"** del Contrato principal 3460 de 2008.*
- *Modificar el primer párrafo de la Cláusula 5.2 del contrato No. 3460 de 2008, la cual quedará así: "**ETAPA DE CONSTRUCCIÓN.** Esta etapa iniciara a partir del día calendario siguiente a aquel en que se haya impartido la Orden de Iniciación de la Etapa de Construcción por el Coordinador de la Gerencia de Grandes Proyectos del INSTITUTO y tendrá una duración máxima hasta el 30 de noviembre de 2016, sin perjuicio de que ésta termine antes si EL CONTRATISTA llegará a cumplir todas y cada una de las obligaciones que le corresponden durante esta etapa o que el cronograma se pueda ver afectado por causas que no le sean imputables a ninguna de las partes" (Subraya la Sala).*

Se aprecia que el término de vigencia del contrato, en cuanto a su etapa de construcción, se extendió hasta el 30 de noviembre de 2016, al paso que las partes acordaron prescindir de la etapa de operación y mantenimiento.

Planteado el escenario convencional que rodeó la ejecución del contrato No. 3460 de 2008, procede la Sala a pronunciarse sobre lo ocurrido respecto del procedimiento sancionatorio que dio como resultado la imposición de las multas que constituyen la materia de debate, para lo cual, por razones metodológicas, se abordará el estudio individual de lo acontecido frente a cada una de ellas.

- Resolución No. 08443 del 29 de noviembre de 2018, por la cual el Invías declaró el incumplimiento parcial del contrato 3460 de 2011 e impuso multa al contratista, unión temporal Segundo Centenario, en cuantía de \$17.374'266.000 y la Resolución No. 01495 del 6 de marzo de 2017, por la cual el Invías resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de aquella y redujo la multa a la suma de \$16.133'247.000³⁴.

En memorando No. DG.GTL 47438 del 19 de julio de 2016, el director general y la coordinadora del grupo Túnel de la Línea solicitaron a la oficina jurídica del Invías iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio por el supuesto incumplimiento parcial del contrato de obra 3460.

Los hechos en que se fundamentó la solicitud estribaron en que mediante oficio 998-0157-5704 del 6 de mayo de 2016, el interventor comunicó a la dirección general del Invías el supuesto incumplimiento parcial de las obligaciones relacionadas con la gestión ambiental contraídas por la unión temporal Segundo Centenario.

Como base de los incumplimientos endilgados a la unión temporal Segundo Centenario se señalaron los siguientes aspectos en relación con el plan de manejo ambiental contenido en el estudio de impacto ambiental (se transcribe de forma literal):

<i>Deficiencias en el manejo y disposiciones de materiales sobrantes de excavación por no contar con un manejo integral de las aguas provenientes de las plantas de concreto y planta de triturado en la zona de lleno, entre las cuales se encontraba la construcción de piscina de decantación y sistema de cunetas perimetrales.</i>
<i>Indebido manejo de materiales y equipos de construcción porque la maquinaria estacionada se hallaba en piso duro con fuga de aceites y lubricantes al suelo y la zona no contaba con canales perimetrales para recolectar las aguas lluvias y derrames de aceites y combustibles.</i>
<i>Indebido manejo de materiales y equipos de construcción porque la maquinaria estacionada se hallaba en piso duro con fuga de aceites y lubricantes al suelo y la zona no contaba con canales</i>

³⁴ Folios 55 del cuaderno 1.

<i>perimetrales para recolectar las aguas lluvias y derrames de aceites y combustibles.</i>
<i>No se contaba con un manejo de los drenajes naturales que convergieran en el antiguo cauce del río Bermellón.</i>
<i>En cuanto al manejo de taludes y al manejo morfológico y paisajístico precisó que la UT no había tomado medidas para la estabilización y manejo de aguas de escorrentía superficial, ni se había sembrado la vegetación típica en el talud para evitar erosión e implementación de sistemas de estabilización.</i>
<i>Frente al manejo de la escorrentía se señaló que el drenaje natural no se protegió con la instalación de barricadas o elementos que lo aislaran de la construcción y que los materiales de excavación no se llevaban directamente a la zona de depósito y se arrojaban interviniendo el cauce natural.</i>
<i>En el botadero de Anaime IV no se han implementado obras como muros en gaviones, conformación de terrazas, manejo de aguas superficiales y subsuperficiales.</i>
<i>Se hallaron taludes no empradizados y con obras de manejo de aguas de escorrentía lo cual ocasionaba formación de surcos y arrastre de material a los drenajes naturales.</i>
<i>En relación con el manejo de residuos líquidos advirtió que se presentaron descargas de vertimientos de las aguas de los filtros del túnel principal hacia la quebrada de la gata.</i>
<i>No se acreditó el cumplimiento de los monitoreos trimestrales al caudal de aguas de infiltración resultante de cada uno de los túneles, ni de la obligación de adoptar un punto de descarga a las mangueras que conducían los vertimientos de los túneles.</i>
<i>Se realizó captación de aguas sin contar con el permiso de Cortolima para esta actividad.</i>

El 14 de octubre de 2016 se llevó a cabo la audiencia de que trata el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la cual se expusieron las circunstancias de hecho constitutivas de incumplimiento, las pruebas en que se sustentaban, las normas y las estipulaciones contractuales transgredidas y las consecuencias que ello podría desencadenar para el contratista.

En esa audiencia los asistentes manifestaron conocer los hechos de incumplimiento que se endilgaban puestos de presente en memorando OAJ 41020 del 39 de agosto de 2016 y se concedió el uso de la palabra al apoderado y al representante de la UT segundo centenario, quienes se pronunciaron frente a los cargos de incumplimiento que se le imputaron y solicitaron las pruebas que pretendían hacer valer para desvirtuarlos.

Como consecuencia de lo anterior, el Invías decretó las pruebas documentales y la inspección ocular solicitada.

El 4 de noviembre de 2016 se practicó la inspección ocular a los sectores del proyecto en los que se presentó el incumplimiento debatido, con participación de todas las partes y de la aseguradora.

El 11 de noviembre de 2016 se recibieron testimonios, pero algunos de los citados no pudieron comparecer, de tal suerte que se reprogramó su declaración para el 18 del mismo mes y año, fecha en la cual no se hicieron presentes los testigos ni el abogado de la UT Segundo Centenario. En virtud de lo expuesto, se suspendió y se fijó como fecha de reanudación el 23 de noviembre de 2016, día en que se recaudaron los testimonios faltantes, vía *skype*, y se declaró cerrado el período probatorio.

El 29 de noviembre de 2016, el Invías profirió la Resolución No. 08443 del 29 de noviembre de 2016, por la cual declaró el incumplimiento parcial del contrato 3460, impuso a título de multa a la UT Segundo Centenario la suma de \$17.374'266.000 y declaró el siniestro de incumplimiento, amparado en la póliza única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 400000276, expedida por la compañía Nacional de Seguros S.A. y cubierto en cuantía de \$63.514'670.622.

Como sustento de esa decisión, se refirió al estado actual de incumplimiento que en relación con la gestión ambiental se presentó en los frentes de: botadero Anaime IV, botadero Anaime III, puente La Luisa: KM 41+093 – KM41+133, puente La Paloma: KM39+890-KM39+910; puente Bellavista: KM 38+910-KM38+950; túnel Cinabrio2KM37+630; puente Monopila Cinabrio Km37+155; intercambiador Bermellón Km35+706- km36+006; túnel principal; sector vitrinas km12+250; sector el Mirador km12+000-km12+170; puente Virgen Blanca km8+870-km9+070; puente Virgen Negra Km8+413-km8+965; sector El Cebollal km6+420 y sector La Coca km5+893,30.

El anterior examen se realizó con base en las pruebas practicadas dentro del procedimiento sancionatorio respectivo, entre ellas, la inspección ocular realizada en el lugar de la obra, los informes de interventoría y los testimonios recaudados, todo lo cual se contrastó con los argumentos de defensa y descargos expuestos tanto por la unión temporal contratista como en las pruebas documentales que hizo valer en su favor.

Al cabo de lo anterior se concluyó que, revisados cada uno de los incumplimientos a la gestión ambiental a que se hizo referencia, de los sectores o punto de proyecto incluidos en el oficio de citación No. OAJ 41020 del 30 de agosto de 2016, respecto de 14 de ellos se evidenció incumplimiento de la gestión ambiental prevista en el contrato 3460, al no darse plena aplicación al Plan de Manejo Ambiental.

La anterior decisión fue proferida en audiencia del 29 de noviembre de 2016.

Posteriormente, el Invías profirió la Resolución No. 01495 del 6 de marzo de 2017, por la cual resolvió los recursos de reposición presentados en contra de la anterior por la UT Segundo Centenario, Gaico Ingenieros Constructores S.A. y la aseguradora Nacional de Seguros S.A., sustentados en audiencia del 14 de diciembre de 2016, en la cual resolvió confirmar la declaratoria de incumplimiento parcial del contrato 3460, pero la repuso para disminuir el valor de la multa e imponerla por \$16.133'247.000.

Dentro del trámite del recurso se solicitó y accedió a la práctica de pruebas, entre ellas, otra inspección ocular e informe de la interventoría, el cual fue rendido como consecuencia de la visita efectuada los días 3 y 4 de febrero de 2017.

Al referirse a la competencia temporal indicó que la multa se impuso antes de vencerse el contrato, a lo que añadió que además tenía 30 días adicionales para la entrega de las obras, plazo dentro del cual era válido allanarse al cumplimiento de las obligaciones insatisfechas; señaló que el vencimiento del plazo no extinguía las obligaciones sino que las hacía exigibles, servía para determinar si se cumplió o no oportunamente la obligación y que el contratista se podía allanar a cumplir al menos hasta cuando se hiciera el recibo final de la obra, por lo que consideró que le asistía competencia temporal para dictar la resolución demandada.

Tras evaluar el recaudo probatorio surtido a instancia del recurso de reposición estimó que *“se logró acreditar que respecto de UNO (1) de los sectores objeto del incumplimiento declarado en la Resolución No. 08443 del 29 de noviembre de 2016 fue superado, por lo que respecto de los TRECE (13) sectores o puntos del proyecto inicialmente enunciados persiste el incumplimiento”*.

En consideración a esto último, el Invías advirtió que la multa debía liquidarse en función de la magnitud del incumplimiento en relación con el número de sectores o puntos del proyecto con los que se inició la actuación administrativa, cuestión que ameritaba reducir la porción correspondiente por el incumplimiento superado.

- Resolución 08298 del 28 de noviembre de 2016, mediante la cual el Invías declaró el incumplimiento parcial del contrato 3460 de 2011 e impuso multa al contratista unión temporal Segundo Centenario en cuantía de \$3.640'322.400 y la Resolución No.01274 del 27 de febrero de 2017, por la cual el Invías resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de aquella, en el sentido de confirmarla en su integridad³⁵.

Mediante oficios 998-157-5727 del 17 de mayo de 2016, 998-0157-5762 del 26 de mayo de 2016 y 46136 del 27 de mayo de 2016, el interventor del contrato 3460 de 2008 comunicó al Invías el incumplimiento parcial en que había incurrido la unión temporal Segundo Centenario con sus obligaciones negociales, lo que motivó que, a través de memorando No. DG -GTL 44859 del 11 de julio de 2016, el director general y la coordinadora del Grupo Túnel de la Línea solicitaron a la oficina jurídica iniciar el procedimiento sancionatorio en contra del contratista por: i) no

³⁵ Cd que reposa a folios 23 del cuaderno de la medida cautelar.

atender las notas de campo y las manifestaciones de no conformidad presentadas por la interventoría entre septiembre de 2011 y abril de 2016; ii) por incumplimiento al programa de inversión e incorporación de equipo, riesgo geológico y mayores cantidades y iii) por incumplimiento con el cronograma de atención a las notas de campo.

El 3 de agosto de 2016 se llevó a cabo la audiencia prevista en el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en cuyo desarrollo se pusieron de presente los hechos en que se fundamentó el incumplimiento, las pruebas que le servían de soporte, las normas y las estipulaciones contractuales vulneradas y las sanciones que por su inobservancia podían imponerse al contratista.

En esa audiencia se concedió el uso de la palabra al apoderado y al representante de la UT Segundo Centenario para que se pronunciaran frente a los cargos de incumplimiento que se le imputaron y solicitó las pruebas que pretendía hacer valer para desvirtuarlos.

Como consecuencia de lo anterior, el Invías decretó las pruebas documentales solicitadas por las partes, las pruebas testimoniales y la inspección ocular en el lugar de la obra, solicitada por la UT segundo Centenario, para cuya práctica se fijó como fecha el 18 de octubre de 2016.

El 21 de octubre de 2016 se reanudó la audiencia de pruebas en la que se recibieron los testimonios decretados y, en desarrollo de esta, la entidad decretó oficiosamente que la interventoría rindiera un informe actualizado del estado de los incumplimientos.

Surtido el anterior propósito, la audiencia se reanudó el 2 de noviembre de 2016, fecha en que el contratista adjuntó varios documentos que soportaban el cumplimiento de sus obligaciones, los cuales fueron incorporados al expediente administrativo. Igualmente, la interventoría rindió informe sobre el estado actualizado de los incumplimientos imputados al contratista, del cual se corrió traslado y se suspendió la audiencia para ser reanudada el 16 de noviembre del mismo año con el fin de que la interventoría aclarara o complementara su informe.

Finalmente, se fijó como fecha el 23 de noviembre de 2016 para que los intervinientes ejercieran su derecho de réplica.

El 28 de noviembre de 2016, el Invías expidió la Resolución No. 08298, mediante la cual declaró el incumplimiento parcial del contrato 3460 de 2011 e impuso multa al

contratista, unión temporal Segundo Centenario, en cuantía de \$3.640'322.400 y declaró el siniestro de incumplimiento amparado en la póliza única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 400000276 expedida por la compañía Nacional de Seguros S.A. en la misma cuantía de la multa, en el amparo de cumplimiento extendido en cuantía de \$63.514'670.622.

Como sustento de esa decisión se refirió a los tres supuestos fácticos constitutivos de incumplimiento.

i) Notas de campo y comunicaciones de no conformidad:

Como desarrollo del procedimiento sancionatorio se evidenció que se había superado la desatención de la mayoría de las notas de campo y manifestaciones de no conformidad, a lo que añadió que debía tenerse en cuenta que la facultad sancionadora tenía un término de caducidad de tres años, por lo que no cabría pronunciarse en relación con los requerimientos efectuados, más de tres años antes de la fecha en que se profería la decisión que ponía fin al procedimiento administrativo sancionatorio.

En ese sentido, adujo que para efectos de la decisión solo se tendría en cuenta lo relacionado con las siguientes inconformidades y notas de campo, respecto de las cuales, luego de ser sometidas al respectivo debate probatorio, se concluyó (se transcribe de forma literal):

Las inconformidades	Notas de campo
<p>998-0157-5644 del 14 de abril de 2016.</p> <p><i>Se dijo el cronograma frente al cumplimiento de requerimientos y notas de campo previsto en un acuerdo de conciliación logrado entre las partes no se había cumplido obras de pavimento no se había cumplido.</i></p> <p><i>Frente a lo anterior el Invías consideró que por no hacer alusión a un requerimiento específico no podía ser tenido en cuenta como un hecho constitutivo de incumplimiento, por lo que no podría ser incluido como factor de tasación de la sanción.</i></p>	<p>1242 del 8 de febrero de 2016</p> <p><i>Esta nota fue dejada por la interventoría con ocasión de la construcción del puente cafetal modulo 3 ubicado en el K5+343 al K5+367 por cuanto existía una discontinuidad longitudinal de trazado vertical en tanto la cota de rasante actual estaba por encima del perfil de diseño.</i></p> <p><i>Se especificó que en la inspección ocular llevada a cabo el 24 de septiembre de 2016 que allegaría al expediente administrativo sancionatoria en la siguiente semana la solución técnica la solución técnica requerida para atender la instrucción.</i></p> <p><i>Sin embargo, a la fecha en que se adoptó la decisión sancionatoria se advirtió que aún no había sido atendido satisfactoriamente el requerimiento, por lo que el incumplimiento sustentado en esa circunstancia no se hallaba superado.</i></p>
<p>998-0157-5106 del 12 de agosto de 2015.</p> <p><i>Este oficio de no conformidad fue librado con ocasión del puente cafetal modulo 3 ubicado en el K5+343 al K5+367, en el que se puso de presente que no se habían retirado las varillas pasadores soldadas entre las platinas que abrazan el neopreno del patin fijo y no se recibía el soporte técnico que justificara los cambios en los diseños estructurales del apoyo metálico de la viga IPE de la</i></p>	<p>1179 del 24 de julio de 2015</p> <p><i>Esta nota fue sentada en relación con el puente la Julia del módulo 2, localizad en el K41+54,623 + K421+226 por el agrietamiento en la carpeta asfáltica de la vía existente por desestabilización del talud. Se señaló que, a pesar de ser corregidas las deficiencias, las mismas volvieron a surgir según se evidenció en visita realizada el 16 de agosto de 2016.</i></p>

<p><i>superestructura.</i></p> <p><i>Lo anterior no fue atendido por el contratista por lo que Invias estimó que el incumplimiento en torno a esos aspectos persistía.</i></p>	<p><i>Con todo, que el contratista realizó labores para superar la contingencia encaminadas a la estabilización por lo que a pesar de que la nota de campo no se hallaba cerrada, el invias consideró que no había en incumplimiento por lo que en adelante lo que seguía era realizar labores de monitoreo.</i></p>
<p>998-0157-4241 del 13 de septiembre de 2014.</p> <p><i>Oficio de no conformidad relacionado con el túnel Carmelitas ubicado en el módulo III ubicado en el K8+063 al k8+370 que consistían en que el imperlex estaba siendo instalado en una superficie sin regularizar por lo que la membrana no se adhería a la superficie del túnel, no se había colocado el concreto de regularización ni el cortado el exceso de pernos.</i></p> <p><i>En la inspección ocular del 24 de septiembre de 2016, el contratista manifestó que las instrucciones no se acatarían por no ser necesarias.</i></p> <p><i>Con todo al finalizar el debate probatorio, el invias considero que no se adelantaron los procedimientos constructivos para atender el requerimiento y tampoco se presentó un soporte técnico que justificara que la realización de esa actividad era innecesaria, razón por la cual advirtió que el incumplimiento persistía.</i></p>	<p>1031 del 24 julio de 2014</p> <p><i>Esta nota fue dejada por la interventoría con ocasión de la construcción de túnel las Marías del módulo 2 ubicado en el K40+960,33 y el K-41+008,79, consistente en grieta en concreto lanzado al interior del arco 58 del túnel, durante el procedimiento sancionatorio se evidenció que persistía el incumplimiento, dado que no se habían realizado argollas para realizar la toma de convergencias.</i></p> <p><i>Se indicó que, si bien la ut realizó el lanzamiento de concreto para cubrir las fisuras sobre los arcos y retiró la malla de imperlex, en la visita realizada el 16 de agosto de 2016 se observó que habían vuelto a aparecer algunas figuras en los mismos lugares que habían sido rectificadas y faltaba el pernado ni se habían puesto las argolla, situación que persistió en la visita del 13 de octubre, en la que aún no se habían iniciado las labores correctivas.</i></p>

- ii) Incumplimiento al programa de inversión e incorporación de equipo, riesgo geológico y mayores cantidades. Se advirtió que, según audiencias llevadas cabo el 21 de octubre de 2016 y el 2 de noviembre de 2016, con ocasión del procedimiento sancionatorio, el contratista procedió a entregar los programas relacionados con esos aspectos, lo que condujo a considerar que la inobservancia de la obligación contraída en ese sentido fue superada.
- iii) Incumplimiento en la entrega de cronograma de atención de notas de campo, igual que en el evento anterior. Se observó que, como producto del procedimiento sancionatorio, el contratista procedió a entregar los programas relacionados con esos aspectos, lo que se tradujo en que la desatención del compromiso adquirido en ese sentido fuera enmendada.

En suma, la imposición de la multa se dio exclusivamente como resultado del incumplimiento en la atención a las notas de campo, por lo que su cuantía se calculó en \$3.640'322.400.

Luego, el 27 de febrero de 2017, el Invias profirió la Resolución 01274, por la cual resolvió el recurso de reposición impetrado en contra de la anterior y la confirmó en su integridad.

- Conclusiones en relación con la validez de las Resoluciones acusadas.

Ante el panorama que revela el caudal probatorio, la Sala considera que las resoluciones a través de las cuales el Invías declaró el incumplimiento parcial del contrato No. 3460, impuso multas al contratista y declaró el siniestro de incumplimiento amparado en la póliza otorgada por la compañía Nacional de Seguros S.A. no se encuentran viciadas de las causales de nulidad alegadas por el demandante por las razones que pasan a exponerse:

Se recuerda que el argumento en el cual el demandante basó indistintamente las causales de nulidad propuestas de falta de competencia, falsa motivación, violación de las normas en que debió fundarse y desviación de poder apuntó a cuestionar que el Invías desconoció la naturaleza puramente conminatoria, en tanto expidió los actos administrativos demandados faltando dos y un día, respectivamente, para vencer el plazo del contrato, circunstancia que imposibilitaba el cumplimiento de las obligaciones insatisfechas en el precario plazo restante.

Al respecto, la Sala recuerda que en cuanto se trata de una causal accidental que nació del acuerdo de voluntades acerca de su incorporación al contrato, que aun cuando, según se explicó, su efectividad de manera unilateral en los contratos estatales debe estar autorizada por la ley, los términos de su finalidad y alcance necesariamente deben quedar reflejados en el consenso que le dio existencia.

Se evidencia así que en la cláusula cuadragésima cuarta del contrato 3460 se pactó lo referente a la imposición de multas en estos términos (se transcribe de forma literal, incluso, con posibles errores):

“En caso de incumplimiento parcial por EL CONTRATISTA, el INSTITUTO le impondrá multas por las causales, en las cuantías y bajo el procedimiento previsto en la Ley 1150 de 2007, las Resoluciones 03662 del 13 de agosto de 2007 “por la cual se establece el procedimiento para la imposición de sanciones y se señalan las causales y cuantías para hacer efectivas las cláusulas de multas en los contratos celebrados por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, y 00145 del 18 de enero de 2008 ”, por la cual se adiciona la Resolución 03662 de 2007 en relación con los contratos de obra pública, bajo la modalidad llave en mano. El INSTITUTO podrá tomar directamente el valor de la sanción de los saldos que se adeudan al CONTRATISTA o de la garantía constituida y si no fuere posible, cobrará los valores por la vía judicial”.

Surge con claridad que la multa pactada por las partes tendría lugar ante la configuración del incumplimiento parcial del contrato y que, al haberse estipulado esta cláusula con fundamento en lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el alcance que le concedieron las partes fue el de servir como una herramienta de apremio para constreñir al correcto cumplimiento del objeto

contratado, dado que esa fue precisamente la intención del legislador al diseñarla como un instrumento para “*conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones*”.

A la par, de su literalidad también emerge de manera diáfana que, una vez verificado el incumplimiento del contratista, condición suspensiva para desprender de ella sus efectos, se abriría paso para su imposición con la observancia previa del debido proceso.

Esto último se explica precisamente en su estirpe sancionatoria, pues ante la comprobación del apartamiento de los compromisos negociales por parte del contratista, el Estado está llamado a activar su facultad punitiva, no solo para lograr el cumplimiento del objeto contratado sino para sentar un precedente en el escenario de su actividad contractual dirigido a evitar que los colaboradores de la administración continúen incumpliendo sus obligaciones convencionales y que al cabo no dejan de ser conductas antijurídicas que no pueden prohijarse ni por el ordenamiento ni por el juez del contrato, de cara al riesgo que suponen en la protección del fin colectivo involucrado en la celebración del negocio jurídico.

En atención a esta línea argumentativa, se tiene que, según se evidencia del recorrido probatorio, la entidad obró con apego al catálogo negocial que le dio vida jurídica a la cláusula de multas, en tanto no se desvirtuaron, porque ni siquiera se alegó, los hechos constitutivos de incumplimiento que le sirvieron de sustento para su operancia.

En relación con la inobservancia de su naturaleza conminatoria, la Sala, contrario a lo afirmado por el recurrente, considera de recibo los argumentos del Tribunal *a quo*, en tanto estimó que el Invías no desconoció el carácter de apremio previsto en la cláusula contentiva de la multa, en razón a que esa fue la esencia que se mantuvo durante el procedimiento sancionatorio que le dio origen.

Ciertamente, el recuento de lo acontecido reveló que en lo concerniente al procedimiento sancionatorio que dio como resultado la expedición de la Resolución No. 08292, luego de ser iniciado como consecuencia del memorando consolidado del 21 de julio de 2016, en el que se atribuyó al contratista el incumplimiento de tres obligaciones a saber: i) desatención de las notas de campo de la interventoría y manifestación de no conformidad; ii) incumplimiento del programa de inversión e incorporación de equipo, riesgo geológico y mayores cantidades y iii) incumplimiento en la entrega de cronograma de atención de notas de campo se advirtió que en su gran mayoría fueron superados por el contratista durante la

etapa probatoria adelantada con ocasión y en el marco del procedimiento sancionatorio.

De lo expuesto resulta claro que no es que el incumplimiento atribuido en un principio a la unión temporal Segundo Centenario no hubiera sido real y sustentado; aconteció, por el contrario, que siendo cierto y tangible, el contratista se allanó a la satisfacción de algunas de sus obligaciones incumplidas, con lo cual en manera alguna puede desconocerse el poder conminatorio intrínseco que surtió en la práctica el procedimiento sancionatorio adelantado para la imposición de la correspondiente sanción que tendría lugar en caso de que el incumplimiento no se superara como, en efecto, sucedió.

Muestra de ello también constituye lo acaecido en relación con las notas de campo y manifestaciones de no conformidad de la interventoría, las que, valga recordar, si bien al inicio del procedimiento sancionatorio ascendieron a siete notas de no conformidad y trece notas de campo, ciertamente la mayoría de ellas fueron atendidas por el contratista en desarrollo de la etapa probatoria, al punto de que el pronunciamiento final se redujo a lo sucedido respecto de tres notas de campo y tres notas de inconformidad, de las cuales solo una, aquella identificada con el No. 1179 del 24 de julio de 2015 por el agrietamiento de la capa asfáltica del puente la Julia del módulo 2, localizada en el K41+54,623 + K421+226, fue considerada cumplida y la sanción se impuso respecto de las cinco restantes que a lo largo del procedimiento no fueron atendidas satisfactoriamente por la unión temporal.

Además, frente a aquella que se consideró satisfecha, la Sala no deja de avizorar una conducta de la Administración que, lejos de apartarse del orden jurídico en que debían fundarse sus actuaciones, lo consultó, en la medida en que, no obstante tener conocimiento de que el incumplimiento presentado respecto de la nota de campo 1179 del 24 de julio de 2015 persistía, tuvo en consideración el hecho de que el contratista mostró su interés en corregir las deficiencias presentadas, las cuales a pesar de ser corregidas, volvieron a surgir, por lo que el Invías se abstuvo de tener demostrado el incumplimiento por ese hecho.

Es indudable la esencia conminatoria que rodeó el procedimiento sancionatorio que culminó con la expedición de la Resolución 08298 del 28 de noviembre de 2008, frente a lo cual cabe anotar que, si bien esta decisión se dictó faltando dos días para vencerse el plazo contractual, lo cierto es que ello no riñe con la previsión contenida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que, por un lado, se configuró el supuesto tanto fáctico como convencional y normativo para su imposición, consistente en el incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del

contratista, y, de otra parte, no pugna con lo dispuesto en esta norma jurídica, según la cual las obligaciones que sirven de soporte a la multa deben estar pendientes de ejecución, debido a que claramente se hallaban insatisfechas y, por ello, en mora de ser cumplidas; de ahí su incumplimiento.

Tampoco considera la Sala que el hecho de haber impuesto la sanción faltando dos días para el vencimiento del término contractual pactado constituye una situación que denote falta al deber de control sobre la ejecución de la obra, que se demanda de la entidad como directora del proyecto.

El repaso de lo ocurrido en medio de la ejecución del contrato 3460 develó que, tan pronto la entidad tuvo conocimiento de los incumplimientos del contratista, informados por la interventoría, cinco meses antes de vencer el plazo del contrato, dio inicio al procedimiento administrativo con el fin de indagar la configuración de los supuestos que lo constituían y derivar las consecuencias previstas por las partes para esa situación, procedimiento que en sus distintas etapas, mostró una dinámica eficiente, no solo en cuanto al recaudo probatorio que, por demás, tuvo una gran extensión por cuenta de la complejidad del objeto contractual, sino por la verificación de los supuestos de incumplimiento que, a medida que avanzaba el procedimiento, se fueron superando por el contratista a través de gestiones documentadas que en todo momento fueron atendidas por la entidad e incorporadas en la actuación, en orden a valorarlas.

Lo anterior no se traduce en que, terminado el procedimiento sancionatorio, faltando poco para el vencimiento del contrato, pero habiendo verificado el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, que fue lo que motivó su inicio, pero cuya prolongación no se dio por dilaciones injustificadas del ente público, la entidad haya perdido la competencia para ejercer su potestad punitiva, por cuanto, se reitera, la finalización de ese procedimiento dio lugar al surgimiento de la condición suspensiva para su activación, el supuesto fáctico y normativo consistente en el incumplimiento comprobado de las obligaciones a cargo del contratista.

En este punto es necesario aclarar que, si bien en todo lo dicho en precedencia se ha hecho expresa alusión a lo acontecido en relación con el procedimiento sancionatorio que culminó con la expedición de la Resolución 08298 del 28 de noviembre de 2016 que fuere confirmada mediante Resolución 1274 del 27 de febrero de 2017, las consideraciones que anteceden se hacen igualmente extensivas a lo ocurrido en relación con la actuación administrativa que finalizó con la Resolución 08443 del 29 de noviembre de 2016, en la que se multó a la UT

Segundo Centenario por el incumplimiento de sus obligaciones de gestión ambiental.

Con todo, cabe precisar que en este último caso la acreditación del cumplimiento parcial de las obligaciones del contratista como consecuencia del apremio al que se vio avocado en medio de este procedimiento sancionatorio se dio en sede del recurso de reposición interpuesto en contra de aquella y que condujo a la expedición de la Resolución 1495 de 2017.

A partir de esta acotación y con miras a retomar el análisis del supuesto desconocimiento de la naturaleza conminatoria de la multa por parte del Invías, por causa del escaso tiempo que restaba del plazo contractual para el cumplimiento de las obligaciones insatisfechas por el sancionado, resulta pertinente referirse a lo sucedido en el caso de la Resolución 08443 del 29 de noviembre de 2016, cuyo recurso de reposición interpuesto en contra de aquella fue decidido mediante Resolución 1495 de 2017, en el sentido de reponerla parcialmente para reducir la multa.

En efecto, si bien la Resolución 08443 del 29 de noviembre de 2016 se expidió un día antes de vencerse el plazo establecido, tal circunstancia por sí sola no le resta el carácter conminatorio, si se tiene en consideración que mientras se resolvía el recurso de reposición, el cual, según se ha reflexionado por la jurisprudencia de esta Corporación³⁶, puede exceder el plazo contractual -no así la decisión primigenia contentiva de la sanción-, aun en sede de la impugnación la parte seguía en condiciones de apremio, al punto de que, mientras se decidía el recurso bien podía allanarse al cumplimiento de los compromisos insatisfechos, tal cual ocurrió, pues, gracias a ese proceder surgió la base fáctica para disminuir el monto de la multa impuesta en el acto originario.

Entender lo contrario, en el sentido de desconocer la naturaleza conminatoria de esa decisión sería tanto como afirmar que los actos a partir de los cuales el contratista se allanó al cumplimiento parcial de las obligaciones insatisfechas no tendrían la virtualidad de reducir el monto de la multa por haberse ejecutado fuera del plazo del contrato, cuestión que resulta opuesta a lo que en la práctica aconteció.

Como síntesis de lo expuesto, resulta viable concluir que para el momento de la expedición de las Resoluciones 08298 del 28 de noviembre de 2016 y 08443 del 29

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, expediente 53.206, 23 de octubre de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

de noviembre de 2016, aún se encontraban pendientes de ejecutar algunas prestaciones a cargo del contratista, con independencia de que faltara poco para el vencimiento del plazo contractual, de tal suerte que se respetó el supuesto normativo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

El carácter conminatorio de la multa surtió efecto desde el mismo momento en que se inició el procedimiento sancionatorio encaminado a la determinación de las sanciones que desencadenaría el incumplimiento en los términos pactados en la respectiva cláusula, en caso de comprobarse, dado que se cumplieron parcialmente las obligaciones insatisfechas, en el primer caso durante la actuación administrativa que antecedió a la imposición de la multa, y, en el segundo, a instancia del recurso de reposición.

En el desarrollo de esas etapas, el contratista tuvo pleno conocimiento de los hechos que se le enrostraban, contradijo las pruebas en que se sustentaban, solicitó las que a bien tuvo para contradecir las que se hicieron valer en su contra, siendo en ese marco dentro del cual el contratista acató algunos de los compromisos hasta entonces desatendidos.

En esa misma línea, el carácter conminatorio de la medida impuesta se conservó, incluso, luego de su expedición y mientras se resolvía el recurso formulado en su contra, lapso durante el cual el contratista honró varias de sus obligaciones, circunstancia que se tradujo en la reducción de la multa y cristalizó su naturaleza de apremio.

Por último, no puede perderse de vista que, en todo caso, los incumplimientos consignados tanto en la Resolución 08443 como en la 08298 persistieron, condición que abría paso al ejercicio del poder sancionatorio por parte de la administración contratante; lo opuesto equivaldría a abandonar a la impunidad la ejecución tardía o defectuosa de las obligaciones contraídas por el contratista, acerto que no puede ser avalado por esta instancia.

En consideración a lo expuesto, la Sala encuentra infundados los cargos del recurso de apelación dirigidos a cuestionar la validez de las resoluciones acusadas.

4.2. La prescripción ordinaria de las acciones derivadas de la póliza de seguro de cumplimiento

El apelante señaló que había operado la prescripción ordinaria para reclamar derechos derivados del contrato de seguro, habida consideración de que, respecto

de la nota de campo No. 1031 del 24 de julio de 2014 y de la manifestación de no conformidad contenida en el oficio No. 998-0157-4241 del 13 de septiembre de 2014, ya habían transcurridos más de dos años, entre el momento en que se conocieron o debieron conocer esos hechos por el Invías y la época en que se siniestró la póliza.

El artículo 1081 del Código de Comercio establece dos tipos de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro: ordinaria y extraordinaria³⁷:

Sobre la referida dicotomía conviene precisar que la realización del riesgo asegurado puede emanar de diversas fuentes, dado que una es la relación jurídica que se establece entre el asegurado y la aseguradora, para la cual corre la prescripción ordinaria y otra es la relación que surge entre un perjudicado o damnificado y la aseguradora, caso en el cual se puede predicar la prescripción extraordinaria. Por ello, se trata de derechos diversos y *“no es extraño, entonces, que los dos derechos no queden, al mismo tiempo incorporados a cada uno de los patrimonios de su respectivo acreedor”*³⁸.

Para la Corte Constitucional³⁹ la prescripción ordinaria se dirige a brindar una protección especial a los intereses de los asegurados que por su condición (como el caso de los incapaces) o por razones ajenas a su voluntad, no hayan tenido o debido tener conocimiento de los hechos que dieron lugar al siniestro.

Frente al cómputo del término de la prescripción ordinaria, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que comenzará a contar *“solo cuando la persona*

³⁷ **“ARTÍCULO 1081. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.** *La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

“La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

“La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

“Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

³⁸ Ossa G., J. Efrén, Teoría General del Contrato de Seguro, Cap XXII, de la prescripción de las acciones procedentes del contrato de seguro, Editorial Temis, Bogotá 1991, página 545.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia T-662 del 23 de septiembre de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

razonablemente” haya podido tener conocimiento del hecho que ocasionó el siniestro⁴⁰.

Según viene de exponerse, el término de prescripción ordinaria de dos años comienza a contarse desde el momento en que el interesado, en este caso el Invías, hubiere conocido o debido razonablemente conocer el hecho que da base a la acción, es decir, desde el momento en que hubiere conocido o debido conocer el siniestro, en tanto lo que se pretende es la efectividad de la póliza y la cobertura del riesgo materializado por parte de la aseguradora y afectado con los actos administrativos enjuiciados.

En atención a este contexto, procede la Sala a establecer el momento en el cual el Invías tuvo conocimiento de la ocurrencia del incumplimiento en lo relacionado específicamente con la nota de campo No. 1031 del 24 de julio de 2014 y la manifestación de no conformidad contenida en el oficio No. 998-0157-4241 del 13 de septiembre de 2014, por cuanto en esos términos fue limitada la impugnación.

Está acreditado en el proceso que los hechos constitutivos de incumplimiento que motivaron el inicio del procedimiento sancionatorio, entre ellos, los referentes a la nota de campo No. 1031 del 24 de julio de 2014⁴¹ y de la manifestación de no conformidad contenida en el oficio No. 998-0157-4241 del 13 de septiembre de 2014⁴² fueron puestos en conocimiento del Invías por parte de la interventoría a través de los oficios 998-0157-5727 del 17 de mayo de 2016, 998-0157-5765 del 26 de mayo de 2016, sin que se evidencie que antes de esas fechas la entidad contratante hubiera sido enterada del incumplimiento advertido en esos documentos.

En ese orden, resulta viable colegir que, entre mayo de 2016 y noviembre de 2016, fecha en que se afectó la garantía de cumplimiento del contrato No. 3460 contenida

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de mayo del 2000, Exp. 5360.

⁴¹ Esta nota fue dejada por la interventoría con ocasión de la construcción de túnel Las Marías del módulo 2 ubicado en el K40+960,33 y el K-41+008,79, consistente en grieta en concreto lanzado al arco 58 del túnel, durante el procedimiento sancionatorio se evidenció que persistía el incumplimiento, dado que no se habían realizado argollas para efectuar la toma de convergencias.

⁴² Oficio de no conformidad relacionado con el túnel Carmelitas, ubicado en el módulo III ubicado en el K8+063 al k8+370, que consistían en que el imperlex estaba siendo instalado en una superficie sin regularizar, por lo que la membrana no se adhería a la superficie del túnel, no se había colocado el concreto de regularización ni el cortado el exceso de pernos.

en la póliza No. 400000276, por cuenta de la expedición de los actos demandados no habían transcurrido los dos años previstos en el Estatuto Mercantil para la configuración de la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Ahora, en cuanto al argumento de conformidad con el cual el Invías, en ejercicio de su función de control y vigilancia del contrato, razonablemente debió tener conocimiento de los hechos condensados en esas notas de inconformidad tan pronto estas se levantaron, lo cual ocurrió el 24 de julio y el 13 de septiembre de 2014, la Sala considera que tal afirmación necesariamente debe contrastarse con el esquema de control previsto en los términos contractuales, así como con el alcance de las labores de seguimiento y corrección por parte de la interventoría.

En efecto, de la lectura de la cláusula 51 del contrato 3460 de 2008 se desprende que la interventoría fue investida de amplias facultades de supervisión y seguimiento respecto del cabal cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

En desarrollo de ese seguimiento debía ejercer un control integral sobre el proyecto, escenario en el cual podría exigir al contratista información relacionada con su cumplimiento, como la adopción de medidas encaminadas a mantener las condiciones técnicas ofrecidas y a corregir las anomalías de tipo técnico presentadas en la ejecución del proyecto, sugiriendo para ese propósito recomendaciones dirigidas a solucionar los posibles desajustes evidenciados en la realización de actividades.

Con lo dicho, la Sala no pretende desconocer el deber de control que debe ejercer la entidad contratante en torno a la ejecución de la obra en su calidad de directora del proyecto; sin embargo, tal gestión debe articularse, a la luz del pacto contractual, con las funciones encomendadas a la interventoría y con las facultades de las cuales esta última ha sido revestida, análisis al cabo del cual puede llegar a concluirse que no necesariamente en todos y cada uno de los casos la administración deberá ser informada inmediatamente de cualquier dificultad que se presente en desarrollo del proyecto, en tanto ello se hará en función de las particularidades y circunstancias de cada evento en concreto y, sobre todo, de la imposibilidad de superarlas por la intermediación de la interventoría o en la negativa del contratista de acoger las recomendaciones impartidas por ese órgano.

Frente a esto último y descendiendo en el *sublite* se agrega que, frente a las sugerencias y recomendaciones de la interventoría, de conformidad con la cláusula 51 del negocio jurídico, el contratista debía pronunciarse frente a lo indicado y sustentarlo antes el Invías; sin embargo, no se cuenta con evidencias en el proceso que permitan establecer que tan pronto la interventoría sentó la nota de campo 1031 del 24 de julio de 2014 y la manifestación de no conformidad contenida en el oficio No. 998-0157-4241 del 13 de septiembre de 2014, el contratista se hubiera pronunciado ante el Invías acerca del contenido de aquellos documentos.

Por las razones expuestas, no resulta posible para esta instancia concluir que el Invías, tan pronto la interventoría asentó las notas, debió razonablemente conocer de los hechos constitutivos de incumplimiento, condensados en la nota de campo 1031 del 24 de julio de 2014 y la manifestación de no conformidad contenida en el oficio No. 998-0157-4241 del 13 de septiembre de 2014.

Lo expuesto hasta ahora basta para despachar desfavorablemente el cargo de la apelación, en cuanto no se acreditó que hubiera operado la prescripción ordinaria de las acciones emanadas del contrato de seguro y que, en tal virtud, la entidad contratante hubiera estado imposibilitada para declarar el siniestro al amparo de la póliza No. 400000276.

Conclusión

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala confirmará la sentencia apelada, en razón a que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados.

5.- Costas

Habida cuenta de que para este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, en la presente providencia se impondrá la condena en costas a cargo de la parte vencida, es decir, a la parte demandante.

La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

Para efectos de la fijación de agencias en derecho de la segunda instancia, el Despacho conductor del proceso dictará un auto posterior una vez quede en firme la sentencia.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de mayo de 2019, por el Tribunal Administrativo del Quindío, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandante a pagar las costas y las expensas del proceso.

Para la fijación de las agencias de derecho de la segunda instancia, una vez en firme la sentencia, se ordena a la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación regresar el expediente al despacho.

TERCERO: Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.