**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

**Sala de Decisión No. 2**

Tunja, 10 de marzo de 2021

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Medio de control  | : | Contractual |
| Demandante | : | Fabián Suárez Martínez  |
| Demandado | : | Departamento de Boyacá  |
| Radicación: | : | 152383333752-2015-00161-01 |

**Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana** |  |  |

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida el 20 de junio de 2017, por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

###### ANTECEDENTES

**DEMANDA[[1]](#footnote-1).** FABIÁN SUÁREZ MARTÍNEZ mediante apoderado judicial instauró demanda dentro del medio de control contractual contra el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ para que se declaren terminados los siguientes contratos estatales de interventoría suscritos entre ellos a saber:

* Contrato No. 001937 del 6 de julio de 2011
* Contrato de interventoría No. SMC-074-2012

Como consecuencia de lo anterior, condenar al ente demandado a i) **liquidar judicialmente los contratos,** ii) pagar el valor de los saldos resultantes a su favor de las liquidaciones realizadas respecto a los aludidos contratos con arreglo a la ley y siguiendo las propuestas en la demanda o las que judicialmente se establezcan y atendiendo lo previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A., y iii) las costas del proceso.

1. **FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

**1.1.- Respecto al contrato No. 001937 del 6 de julio de 2011**

Narra la demanda que entre el demandante y el departamento de Boyacá se celebró el citado contrato cuyo objeto fue la consultoría para **adelantar la interventoría técnica**, administrativa y financiera al contrato de obra que suscriba el municipio de Duitama con ocasión a la celebración del **convenio No. 2254 de 2010,** cuyo objeto era contratar por el sistema de precios unitarios a costos fijos sin reajustes a las obras requeridas para la construcción de redes de alcantarillado en la cobertura de la empresa comunitaria La Trinidad Primera Etapa de ese municipio; el contrato No. 01937 tuvo un término de ejecución de cuatro (4) meses por un valor de $23.887.522.50, y en virtud del cual el contratista recibió como anticipo la suma de $7.166.256.75.

Manifiesta que el mencionado convenio que dio lugar al aludido contrato de interventoría no fue ejecutado y se liquidó bilateralmente el 22 de agosto de 2012.

Anota que, en audiencia del 28 de noviembre de 2012, realizada a fin de liquidar el contrato de interventoría, el departamento de Boyacá solicitó a la supervisora del convenio que proyectara el acta de liquidación bilateral respectiva y se fijara fecha y hora para rubricarla, de lo contrario, se elaboraría unilateralmente.

Asegura que desde esa fecha no se liquidó bilateral ni unilateralmente el contrato de **interventoría No. 001937 del 6 de julio de 2011**, omisión que le ocasiona perjuicios al actor y que hace necesario que se realice la liquidación respectiva con el descuento del anticipo referido conforme como se propone en la demanda o lo que en sede judicial se determine.

Considera que no ha operado la caducidad del medio de control, ya que el 4 de diciembre de 2012, fecha fijada para suscribir el proyecto de acta de liquidación bilateral no se llevó a cabo tal acto, de manera que desde esa data empezó a correr el término de cuatro (4) meses que en la cláusula vigésimo primera del contrato se estableció para el efecto, término que vencía el 4 de abril de 2013, desde esta última fecha empezaron a correr los dos (2) meses para la liquidación unilateral por parte del Departamento el cual venció el 4 de junio de 2013, y a partir de allí se contarían los dos (2) años para la caducidad del medio de control, suspendiéndose entre el 27 de noviembre de 2014 y el 26 de enero de 2015 por trámite prejudicial ante el Ministerio Público, por tanto, contabilizando desde el 4 de junio de 2013 a la fecha de la presentación de la demanda no se configuró la sanción procesal referida.

1.2.- **Respecto al contrato de interventoría SMC -074-2012 del 18 de octubre de 2012**

Relata la demanda que el accionante y el Departamento de Boyacá suscribieron tal contrato cuyo objeto fue la **interventoría técnica, administrativa y financiera al contrato de obra** que suscriba el municipio de Paz del Rio con ocasión a la celebración del convenio 1622 de 2011 el cual tuvo como objeto la contratación por el sistema de precios unitarios a costos fijos sin reajustes de las obras requeridas para la construcción de los tramos finales del acueducto verdad Salitre y Sibarita de ese municipio; tuvo un término de ejecución de 4 meses hasta la liquidación de la obra y un valor de $34.382.400, pagaderos en forma periódica previa aceptación de la oferta presentada.

Asegura que a la fecha de la presentación de la demanda el ente accionado no ha cancelado dinero alguno al contratista con ocasión a la ejecución del negocio jurídico, tampoco se ha liquidado bilateralmente pese a que así lo ha solicitado el actor, omisión que se refleja en el informe ejecutivo final de gestión que elaboró este en obedecimiento a lo dispuesto por el Departamento en audiencia celebrada a fin de concretar dicha liquidación y con el cual se demuestra el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Indica que en audiencia de conciliación prejudicial el ente accionado adujo que la liquidación bilateral no era procedente, en la medida que el negocio jurídico se encontraba en ejecución, sin embargo, en el mes de enero de 2015, presentó al accionante un proyecto de tal tipo de liquidación en el que consignó que su terminación acaeció desde el 2 de mayo de 2014

**II. TRAMITE PRIMERA INSTANCIA.**

La demanda fue radicada el 23 de abril de 2015, ante los Juzgados Administrativos de esta ciudad, correspondiéndole por reparto al Juzgado Cuarto Administrativo (f. 349), el cual, en auto del 5 de junio siguiente, declaró su falta de competencia territorial (f. 351), asignándosele al Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, el cual en proveído del 14 de octubre de 2015, admitió la demanda; una vez notificada la entidad demandada presentó contestación y propuso excepciones (fs. 374-390); de estas se corrió traslado (f. 391) y la parte actora emitió pronunciamiento (fs. 392). Ante la supresión de ese despacho correspondió al Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama quien avocó el 16 de marzo de 2016 (f. 369).

En auto del 24 de junio, se fijó fecha para audiencia inicial (f. 396) la que se llevó a cabo el día 17 de agosto de 2016 y en la que se declaró no probada la excepción de caducidad del medio de control en torno al contrato de consultoría 1937 de 2011[[2]](#footnote-2) (f. 399) decisión que adquirió firmeza; la audiencia de pruebas se llevó a cabo entre el 25 de octubre de 2016 y el 14 de marzo de 2017 (fl 406, 415) y allí al considerarse que la totalidad de las pruebas decretadas se encontraban recaudadas, se corrió traslado para alegar de conclusión en atención al artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 (fs. 415)

Y de acuerdo con información del Sistema de consulta de procesos de la Rama Judicial, el 15 de mayo de 2017, el expediente fue enviado por descongestión al Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja en cumplimiento del Acuerdo CSJBOY- A17-647 expedido por el Consejo Seccional de la Judicatura.

**1. Contestación de la demanda**

**Departamento de Boyacá (fs. 379).**

A través de apoderado judicial se opuso oportunamente a las pretensiones. Al efecto, sostuvo en primer lugar, que la pretensión de liquidación judicial del contrato de interventoría No. 001937 del 6 de julio de 2011, estaba caducada, ya que el convenio No. 2254 de 2010, sobre el que este se desarrollaba fue liquidado el 11 de octubre de 2012; en aquel contrato no fue pactado término alguno para la liquidación bilateral, luego las partes contaban con 4 meses contabilizados desde esta última fecha para el efecto, pero al no realizarse, gozaban de dos meses más los cuales vencía el 11 de abril de 2013, fecha desde la cual la parte actora tenía dos (2) años para acudir a la jurisdicción con miras a ejercer el medio de control contractual los cuales se vencía el 11 de abril de 2015, y si la demanda se presentó el 26 de junio de ese año, lo hizo por fuera de ese bienio.

Y, en segundo lugar, explicó que el contrato No. SMC-074-2012 se encuentra en ejecución atendiendo su objeto; en esa medida, no es procedente la liquidación pretendida porque el contratista tiene obligaciones contractuales pendientes. Resaltó que el actor no cumplió el objeto contractual, en tanto que, no siguió los manuales de interventoría, hecho que se consignó en audiencia realizada el 20 de mayo de 2015 al no informar sobre modificaciones contractuales realizadas discrecionalmente lo cual dio lugar a un proceso sancionatorio en su contra que se suspendió con ocasión a la admisión de esta demanda, que en la liquidación bilateral pretendida, ese ente territorial no podía avalar, como lo busca el actor, pagos por fuera del presupuesto oficial y que aquel fue el que incumplió el contrato según se plasmó igualmente en acta suscrita el 3 de marzo de 2015 en la que se señaló que la ejecución del contrato fue del 0%, con desconocimiento de la invitación pública y los ítems establecidos para el negocio jurídico.

Propuso como excepción la que denominó “*Caducidad del medio de control de controversias contractuales”.*

**III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fs. 424 y ss.)**

El Juzgado Noveno Administrativo de Tunja en sentencia del 20 de junio del 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En aras de arribar a esa determinación el a-quo fijó como problema jurídico a resolver el siguiente: *“Establecer si es procedente declarar la terminación y ordenar la liquidación de los contratos de interventoría No. 1937 del 6 de julio de 2011 y SMC-074 de 2012, celebrados entre el Departamento de Boyacá y el ingeniero Fabián Suárez Martínez*.

Seguidamente abordó la regulación de la terminación y liquidación de los contratos estatales a la luz de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, como de la jurisprudencia del Consejo de Estado y concluyó que en los casos en los que ha vencido el plazo de ejecución del contrato sin suscripción de prórrogas o que fue imposible la ejecución del objeto contractual por causas no imputables al contratista, es deber de las partes liquidarlos, bien sea bilateral o unilateralmente, o acudir a ello en sede judicial.

A la postre, relacionó las pruebas obrantes en el plenario atinentes a cada contrato de interventoría objeto de litigio, hizo la valoración probatoria del caso y coligió que resultaba procedente declararlos terminados.

Sobre este particular, aseveró que respecto del contrato de interventoría No 1937 del 6 de julio de 2011, si “*(…) el convenio interadministrativo No 2254 de 2010 - que dio origen a la suscripción del contrato de interventoría de la referencia - fue terminado y liquidado de manera bilateral por el departamento de Boyacá y el municipio de Duitama, la misma suerte debe correr el contrato de interventoría No 1937 del 6 de julio de 2011, pues si no resulta procedente que dicho contrato permanezca en el tiempo, cuando su objeto contractual resulta de imposible ejecución”*

No compartió el criterio del departamento en el sentido de afirmar que no era procedente la terminación contractual pretendida por la parte actora, por cuanto la suspensión del contrato se realizó de mutuo acuerdo, y que ello no está relacionado con la obligación legal de liquidar los contratos estatales, como consecuencia de su terminación.

Respecto a la liquidación presentada por la parte actora, aseveró que:

1. Era dable acoger el valor de la formulación de la propuesta por $80.000 y la legalización del contrato relativo a la póliza por $131.958, en tanto que se trata de gastos que fueron aceptados por el departamento de Boyacá en audiencia del 28 de noviembre de 2012, como se evidencia en acta obrante a folio 31 del cuaderno principal,
2. No se reconocería el ítem atinente al pago del profesional residente, toda vez que *“no resultó acreditado que el ingeniero interventor suscribiera contratos con ingenieros residentes para el desarrollo del contrato de interventoría, así como tampoco, se evidencia el pago de aportes de seguridad social de ingeniero residente”,*
3. **No se accedió al reconocimiento de la cláusula penal**, ya que solo fue pactada a favor de la entidad demandada, para el evento en que el contratista incumpliera con el objeto contratado. Aclaró que el clausulado del contrato de interventoría constituye ley para las partes y no puede ampliarse el alcance del mismo en aras de afirmar que se trata de un error de digitación o de transcripción a efectos de que su reconocimiento opere para las partes, y que de cualquier forma, es procedente el reconocimiento al contratista de indemnización por incumplimiento de la entidad demandada la cual no es compatible con dicha cláusula penal, pues esta es una tasación anticipada de perjuicios, de manera que no es procedente sancionar doble vez a la entidad demandada por el mismo hecho.

Aclarado lo anterior, dijo que conforme con el acervo probatorio se advierte que existió un acta de inicio del contrato de interventoría No 1937 de 2011 de la cual se colige que su no ejecución no obedeció a causas imputables al contratista, sino a situaciones administrativas que culminaron con la liquidación de convenio interadministrativo respecto al cual se ejercía dicha interventoría; pese a que dichas situaciones no pendieron de la entidad accionada, no menos cierto es que debieron preverse antes de realizar el contrato de interventoría a efectos de no darle inicio, puesto que con ello nacieron obligaciones contractuales imputables para las partes y situaciones ajenas que no pueden ser soportadas por el contratista presto a cumplir, circunstancia que a criterio de la jurisprudencia del Consejo de Estado amerita indemnización partiendo de la utilidad esperada por el contratista, y,

1. No accedió a la pretensión de indexación de la liquidación judicial efectuada, puesto que el valor del anticipo fue recibido por el contratista desde el momento de iniciación de la obra y permaneció con ese dinero,

En consecuencia, la liquidación judicial del contrato fue hecha así:

* Plazo de ejecución: 4 meses
* Valor del contrato: $23.887.522.5 m/cte.
* Valor del anticipo recibido por el contratista: $7.166.256.75

Conceptos tomados en cuenta:

Formulación de la propuesta: $80.000

Legalización del contrato- póliza: $131.958

Pago profesional residente de obra: $0

Ganancia esperada – utilidad (15%): $2.735.212.50

Pago por incumplimiento:

 Clausula penal: 0%

Estimó como monto total de la liquidación judicial la suma de: $2.947.170.

Y aclaró que el valor del anticipo menos el valor de la liquidación judicial ascendía a: $ 4.219.086,2, suma que el actor debía reintegrar al departamento de Boyacá.

Respecto del contrato de interventoría No 074 de 2012, el a-quo señaló que era dable declarar su terminación por vencimiento del plazo pactado, y con ello, liquidarlo judicialmente ante la ausencia de liquidación bilateral y unilateral.

Con base en lo expuesto, arguyó que rechazaba los razonamientos defensivos del ente accionado dirigidos a predicar la improcedencia de tal declaratoria ante el incumplimiento del actor contratista que le ameritó un proceso disciplinario y en atención a que el objeto contractual aún se encontraba vigente.

Al respecto, resaltó que ese incumplimiento no fue probado en el plenario y que lo que se encontraron fueron informes presentados por el municipio de Paz de Río y por la supervisora del contrato en los que se aduce que el interventor no tuvo en cuenta el manual de interventoría para la ejecución del contrato y se excedió en sus facultades, entorpeciendo la ejecución de las obras, sin embargo, estimó la jueza a-quo que ello no tiene otro sustento probatorio y que no podía perderse de vista que en el transcurso de la ejecución del contrato, tanto el consorcio SIBARIA como el departamento de Boyacá, no solo asintieron en las observaciones realizadas por la interventoría y procedieron a su corrección, sino que aceptaron su sugerencia en lo referente a la adición del convenio interadministrativo en tiempo y recursos para su ejecución, que la supervisora del contrato adujo en su testimonio que el contratista interventor realizó funciones propias de su rol, y finalmente, que no se le conminó a este con ocasión a alguna extralimitación en su labor .

Dilucidado lo anterior, y a efectos de efectuar la liquidación judicial del contrato de interventoría No 074 de 2012, el a-quo partió de la propuesta aportada por el contratista demandante visible a folio 334 del cuaderno principal en la que contempló una deuda final de $ 34.382.400,00, correspondientes a 100% del valor del contrato. Al efecto dijo que vencido el plazo para su ejecución, el departamento no había cancelado suma alguna, en tanto que la forma de pago pactado era por avance de obra mediante actas parciales, sin que el primer y último pago fuera inferior al 20% previo acta de inicio, presentación de la cuenta de cobro y recibido a satisfacción por parte del supervisor; antes de la terminación del contrato de interventoría no se reportó el cumplimiento del 20% de la obra contratada, y que a 23 de mayo de 2013, el porcentaje de ejecución reportado por la interventoría fue del 15.13%.

Hechas estas disquisiciones, el a-quo sostuvo entonces que la liquidación debía atender el porcentaje de obra ejecutada al momento de la terminación del contrato, teniendo en cuenta que el valor del 100% del contrato de interventoría fue por $ 34.382.400, reconocidos a la terminación del 100% de la obra contratada entre el municipio de Paz de Río y el consorcio Sibaria, pero como solo se reportó como obra ejecutada el 15.13%, ello daba lugar a reconocer únicamente el 20% de obra ejecutada correspondiente al primer pago debido.

Así las cosas, el total de la liquidación judicial ascendía a $ 6.876.480, suma que el ente accionado debía pagar al actor debidamente indexada aplicando para el efecto la fórmula matemática financiera prevista por el Consejo de Estado.

Por último, no condenó en costas al no encontrarlas comprobadas al tenor de lo previsto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P.

**IV. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN (fs. 446-448)**

La parte actora, por intermedio de su apoderado solicitó a esta instancia que modificará la sentencia de primera instancia en punto a la liquidación del contrato de interventoría 1937 de 2011, incluyendo los montos relativos, por una parte, al pago de profesional residente de obra y por otra, la cláusula penal y que incrementan la condena a su favor junto con las indexaciones correspondientes.

Al respecto arguyó en primer lugar, que dichas omisiones atentan contra el derecho del contratista a que se le resarzan íntegramente los daños causados por el incumplimiento contractual en que incurrió el departamento, en atención al principio de conmutabilidad que gobierna el régimen de contratación pública según la Ley 80 de 1993 y las disposiciones reglamentarias,

Así mismo, que no permitió que el contratista pudiera recuperar el valor invertido en personal empleado para la debida ejecución del contrato mencionado, particularmente, un ingeniero residente, pues *“no es correcto afirmar que el contratista no incurrió en tales gastos por el solo hecho de no de que no haya allegado prueba de los contratos celebrados para ese fin; pues en estos casos la ley no exige prueba solemne o ad sustancia actus; además, ese es tema que incluso fue aceptado por la entidad contratante y que estuvo incluido al momento de la presentación de la propuesta del contratista durante la etapa anterior a la adjudicación y celebración del contrato (etapa precontractual). Dicho de otra manera, la prueba de esos gastos no se materializa con la celebración por escrito de un contrato de trabajo o de prestación de servicios, y menos cuando se probó abiertamente que el Departamento de Boyacá hizo incurrir en cuantiosas erogaciones al contratista, para luego, a sus espaldas, liquidar el convenio que dio origen a la celebración del negocio jurídico de la interventoría”*

En cuanto al no reconocimiento de la cláusula penal, el impugnante aseveró que, si como quedó probado, el departamento de Boyacá incumplió lo pactado en el aludido contrato, debe condenársele a su pago, sin escudarse en el hecho de que, según el texto del contrato, solo fue a favor de ese ente, pues se estaría respaldando conductas contrarias a derecho por parte de ese ente territorial.

Agregó que esa cláusula también debe beneficiar al contratista en atención a lo dispuesto en el artículo 1618 el C.C., de igual forma, los artículos 1620 y 1621 *ibídem* los cuales refieren a que “*el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”* y que *“en la interpretación de los contratos debe estarse a la que mejor cuadre con su naturaleza”,* por tanto, si el departamento incumplió el citado contrato cuya naturaleza es conmutable y bilateral, la cláusula penal producía efectos legales a favor del actor, y la forma de redacción de la cláusula surge de los formatos utilizados por ese ente público.

**V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Impugnado oportunamente el fallo de primera instancia por la parte actora, el a-quo concedió el recurso; fue repartido a este despacho, el cual, en auto del 22 de septiembre de 2017, lo admitió (f. 458). Mediante proveído del 10 de noviembre de la misma calenda (fs. 462), se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, ordenándose a las partes la presentación de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes a la notificación de ese auto.

La **parte actora** guardó silencio.

El **departamento de Boyacá (f. 463)** pidió que se confirme el fallo impugnado, pues la parte actora no puede pretender que se le reconozcan valores por situaciones laborales que no se encuentran acreditadas tanto en su ejecución como en su celebración del contrato, que conforme con el ordenamiento procesal corresponde a la parte actora probar los supuestos de hecho de los que emana su derecho, que la Ley 1437 del 2011, establece el principio de necesidad de la prueba para sustentar el debate procesal, y que lo cierto es que no hubo ejecución alguna del convenio respecto al cual se ejerció la interventoría que ahora se examina.

Agregó que la suspensión del contrato de interventoría 1937 de 2011, fue por mutuo acuerdo según acta del 12 de agosto del 2011, de manera que la parte actora no puede plantear perjuicio si estuvo de acuerdo con ello, además, la interventoría se condicionó a un procedimiento licitatorio para la contratación del contratista ejecutor de las obras. Resaltó que acorde con el artículo 1602 del C.C. la suspensión de común acuerdo de un contrato constituye una convención que altera o impide de manera temporal la ejecución de las obligaciones que se derivan del mismo, por ende, como el contrato inicial, es ley para las partes en los términos fijados por esa disposición.

**VI. CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

De igual forma, vale señalar que, en virtud del principio de la *no reformatio impejus* la competencia del superior funcional se limita exclusivamente a resolver, en principio, los problemas planteados en la apelación sin agravar la situación del apelante único. Para el caso concreto, teniendo en cuenta que la sentencia recurrida accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y que el apelante es solo la parte actora, el Tribunal limitará el estudio a sus argumentos de apelación sin agravarle su condición.

**2. Planteamiento de los problemas jurídicos a resolver**

De conformidad con los motivos de apelación, corresponde a este Tribunal dilucidar si en el marco de la liquidación judicial del contrato de interventoría 1937 de 2011 realizado por el a-quo:

* *¿Debe reconocerse a favor del actor el reconocimiento por concepto de* “*pago del profesional residente”, toda vez que no acreditó la suscripción de contratos con ingenieros residentes u otros gastos relativos a ello para el desarrollo de tal contrato, o si como lo estima la parte impugnante, es dable tal reconocimiento, pues no exige prueba solemne para acreditarlo, fue un concepto planteado en la propuesta presentada en la etapa precontractual y porque se deriva del incumplimiento mismo en que incurrió el departamento?*
* *¿Es dable reconocer cláusula penal pecuniaria a favor del actor, dado que conforme al contrato referido está se pactó exclusivamente a favor del departamento de Boyacá ante incumplimientos del contratista, o si en razón a la naturaleza conmutativa y bilateral del contrato de interventoría 1937 de 2011 y en atención a los principios interpretativos en materia contractual consagrados en el código civil aplicables a la contratación estatal, dicha cláusula resulta aplicable para el contratista?*

**3.- Marco normativo**

**3.1. De la liquidación judicial del contrato estatal y de la necesidad de prueba de los perjuicios causados**

Como primera medida, es necesario recordar que la liquidación del contrato es un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, como también respecto de las vicisitudes presentadas durante su desarrollo. Es un acto que, por ende, aclara y define todo lo relativo a esa relación.

Desde esta perspectiva, *“La liquidación del contrato implica un ajuste de cuentas definitivo, en ella se fija lo que a la terminación del contrato la entidad queda debiendo al contratista o lo que este le quedó debiendo, por causa de las obligaciones cumplidas en desarrollo del contrato; y es evidente que las obras adicionales que acomete el contratista, o las actualizaciones a que puede tener derecho, o los sobrecostos producidos en razón de la prórroga del plazo del contrato, generan créditos a su favor que tienen origen en el contrato mismo plazo del contrato, generan créditos a su favor que tienen origen en el contrato mismo.”[[3]](#footnote-3)*

Resulta posible entender que la liquidación de los contratos estatales será un reflejo de la dinámica contractual, a partir del acatamiento pleno o matizado del mandato previsto en el artículo 1602 del Código Civil que estableció claramente que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Por tanto, se tendrán en cuenta las actividades que se lleven a cabo dentro del marco de la ejecución del contrato estatal debidamente perfeccionado que se podrán entender como parte del objeto contractual, y por ende el acta de liquidación del mismo sólo podrá consignar materias atinentes a las actividades contractuales[[4]](#footnote-4).

Lo anterior además porque toda obligación procedente de un negocio jurídico impone a las partes la necesaria satisfacción de una prestación determinada, de dar, hacer o no hacer[[5]](#footnote-5) y precisamente la liquidación judicial, que procederá cuando en los plazos legales no se realizó ni liquidación bilateral ni unilateral en los términos previstos en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007, y una vez surtido el debate probatorio respectivo en el medio de control contractual, dará cuentas del alcance de esta mandato legal en cada caso concreto.

Así pues, puede reflejar los débitos adeudados como consecuencia de la responsabilidad contractual en que hayan incurrido las partes por transgresión de ese derrotero legal, al haberse acreditado los siguientes elementos:

“*a) El incumplimiento de una obligación surgida del contrato, imputable a la Administración Pública.*

*b) El daño antijurídico sufrido por el contratista o el menoscabo de su derecho a la prestación.*

*c) El nexo causal entre el daño antijurídico sufrido por el contratista y el incumplimiento de la obligación imputable a la Administración Pública*”[[6]](#footnote-6).

Cabe recordar que conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el incumplimiento del contrato estatal fue definido como *"(...) la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él (de ésta definición, se resalta que para que exista incumplimiento no sólo se requiere la insatisfacción (inejecución) de la obligación (prestación), sino que además dicha insatisfacción debe ser imputable al deudor[[7]](#footnote-7).*

Por ende, al alegarse y determinarse la configuración de un incumplimiento contractual, debe demostrar como condición indispensable para la prosperidad de las pretensiones la acreditación del perjuicio de dicho hecho. Sobre este particular, el citado Tribunal de Justicia destacó desde sentencia del 2 de noviembre de 2011, que:

***[E]l contratista que alega haber sufrido perjuicios con ocasión del incumplimiento contractual de su co-contratante, está en el deber de probar, si quiere obtener la indemnización de los mismos****, de un lado, su propio cumplimiento y de otro, el incumplimiento que predica de la otra parte, así como los perjuicios que del mismo haya podido sufrir, salvo en aquellos casos en los cuales la obligación incumplida fue una obligación pecuniaria, pues en tal caso, cuando se trata del incumplimiento de la obligación de dar una suma de dinero, la misma ley presume la existencia y extensión de los perjuicios, que en tal caso están constituidos por los intereses de mora, consagración legal que releva al afectado de la carga de probarlos (art. 1617 del Código Civil y artículo 884 del Código de Comercio)[[8]](#footnote-8).*

Más recientemente en sentencia del 5 de mayo de 2020, la Sección Tercera del Consejo de Estado[[9]](#footnote-9) igualmente despuntó la necesidad que, en sede del juicio de responsabilidad contractual, la parte afectada acredite los perjuicios causados a efectos de que pueda hacerse acreedora de la reparación respectiva. En tal sentido arguyó:

*“[E]l comportamiento de uno de los contratantes respecto de sus obligaciones sirve de título para reclamar, por parte del contratante cumplido, el resarcimiento de los perjuicios derivados de su transgresión al acuerdo, lo que tiene fundamento en los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, que regulan la responsabilidad por el incumplimiento contractual. En efecto, de acuerdo con el 1546, el contratante cumplido tiene derecho a pedir la reparación de los perjuicios derivados del incumplimiento y, de acuerdo con artículo 1616 ibídem, el incumplido habrá de responder por todos los perjuicios que su obrar doloso genere a su contraparte y que sean consecuencia directa del incumplimiento.* ***Así las cosas, es preciso que se demuestre el nexo causal entre el incumplimiento y los perjuicios cuya reparación se pretende****. También responde el incumplido por su obrar culposo, solamente respecto de “los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”.*

No queda duda alguna para esta Sala acerca de la necesidad que le asiste a la parte que alegue la ocurrencia de un perjuicio sujeto a reparación probar su causación y que en tratándose de una liquidación judicial del contrato estatal, ello se reflejará en esta al poner punto final a la relación contractual y con ello determinar el ajuste de cuentas definitivo y las prestaciones mutuas vigentes entre las partes del contrato

**3.2. De la cláusula penal pecuniaria**

Como lo ha resaltado la jurisprudencia contencioso administrativa, la administración tiene la potestad de imponer sanciones, ya sea a los mismos funcionarios públicos o a los particulares, respetando las disposiciones legales, para la sana ejecución de los fines propios del Estado-, y en ejercicio de funciones administrativas; en materia contractual, tales sanciones tienen naturaleza correctiva, pues pretenden instar al obligado a cumplir los compromisos adquiridos[[10]](#footnote-10).

Precisamente, la Ley 80 de 1993, contempló como derechos y deberes de las entidades estatales a efectos de lograr los fines constitucionales y legales *(…) 2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro* ***de las sanciones pecuniarias*** *y garantías a que hubiere lugar”* Y dentro de dicha potestad sancionatoria se encuentra la de imponer multas y cláusula penal pecuniaria, así como declarar la caducidad del contrato por grave incumplimiento.

Acerca de cláusula penal pecuniaria, el artículo 1592 del Código Civil la definió como *"(…) 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"*.

También ha dicho la jurisprudencia[[11]](#footnote-11), que la cláusula penal constituye, en principio, una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones por parte del contratista. Así lo señaló:

*“De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual,* ***el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios****, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato.* ***Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración****, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista.”[[12]](#footnote-12)*

Y que, según la doctrina, la cláusula penal pecuniaria también se estipulada con la intención de indemnizar al acreedor el daño que le ocasiona la falta de cumplimiento o el cumplimiento tardío de la obligación principal, así:

*“La cláusula penal es, por su naturaleza y la forma en que es convenida entre las partes, secundaria y accesoria a una obligación primitiva y principal. Ella no existe, si no existe la obligación primitiva que constituye el vínculo obligatorio entre los contratantes y al cual accede con la finalidad de reforzarlo y asegurar así su cumplimiento, porque sean más firmes o mejor guardadas las obligaciones. Su causa se encuentra en el temor del incumplimiento de la obligación principal; y su fuente, en la libre voluntad de las partes.”*

*(…)*

*“La cláusula penal es estipulada además con la intención de indemnizar al acreedor el daño que le ocasiona la falta de cumplimiento o el cumplimiento tardío de la obligación principal: es, por consiguiente, compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el acreedor, según la apreciación que de éstos hacen las partes.”[[13]](#footnote-13)*

De tal modo que con la imposición y ejecución de la cláusula penal se castiga al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio[[14]](#footnote-14)

En similar sentido, es importante acotar que si el monto estipulado de la cláusula penal no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; o si la entidad impone al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede considerarla como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra.

Resáltese además que para su imposición no solo es imperioso acatar el principio de legalidad lo cual se traduce en la necesidad de que siempre debe estar autorizada por la ley y en el contrato, en concordancia con la aplicación del derecho al debido proceso el cual cobra relevancia la proporcionalidad en su tasación[[15]](#footnote-15)

Ahora, cabe acotar que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, modificatorio de la Ley 80 de 1993, contempló la facultad de las entidades estatales de imponer multas y la cláusula penal pecuniaria que hubieren sido pactadas, así:

*"ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

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

*PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

*PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas"*

Acerca del alcance de esta disposición, el Consejo de Estado sostuvo:

*...) 2 1. Una vez expedida la Ley 80 de 1993, si bien en principio se consideró que las entidades estatales conservaban la potestad de imponer multas y declarar el incumplimiento contractual para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en forma unilateral, a través de la expedición de actos administrativos, posteriormente se hizo un nuevo análisis normativo y comparativo entre el anterior estatuto de contratación y el contenido en la Ley 80, para concluir:*

*Ello no ocurrió así con la Ley 80 de 1993. Esta norma, no solo derogó el Decreto 222 de 1983, anteriormente citado, sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria (...)*

*No obstante, lo anterior, no quiere ello decir que las partes. en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en estas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato. deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.*

***2.2. Esta falta de competencia de las entidades estatales para declarar el incumplimiento del contrato con miras a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, así como para imponer unilateralmente las multas que hubieren sido pactadas, cambió con ocasión de la expedición de la Ley 1150 del 16 de julio de 2007, que en su artículo 17, revivió dicha facultad (...) "[[16]](#footnote-16) (Subrayado de la Sala)***

Entonces, a partir de la vigencia del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el Consejo de Estado ha considerado que fue el mismo legislador quien expresamente otorgó a las entidades estatales la facultad o competencia para imponer y hacer exigibles unilateralmente las multas y declarar el incumplimiento del contrato por medio de acto administrativo.

Lo anterior, como quiera que, a la expedición de dicha norma, se presentaba la discusión relacionada con la competencia de la administración de declarar el incumplimiento del contrato y de imponer multas, pues se hacía necesario determinar si aquella tenía la potestad de declarar el incumplimiento o sí para ello se hacía necesario acudir a la justicia; por ello, al interior de ese Alto Tribunal se presentaron diferentes posturas, que fueron zanjada con la expedición de la norma en comento.

Y, sobre el límite temporal que tiene la administración para ejercer la facultad de declarar el incumplimiento e imponer las multas, debía reservarse a la **etapa de ejecución contractual**, dado que su naturaleza conminatoria se oponía jurídicamente a que su materialización tuviera ocurrencia luego de vencido el plazo pactado para el cumplimiento del objeto convenido, por tanto, se hacía la acotación de que si la finalidad de la multa era de apremiar al contratista a cumplir y ella no se satisface, la administración perderá la competencia para su imposición.

**4. Relación probatoria**

Se limitará al contrato de interventoría 1937 del 6 de julio de 2011, como quiera que sobre el mismo se estructuran las informidades del impugnante, así:

* Entre el departamento de Boyacá y el municipio de Duitama se suscribió el convenio de cooperación interinstitucional No. 002254 de 2010, cuyas cláusulas fueron las siguiente (fls 14-17):

|  |  |
| --- | --- |
| *Cláusula primera.- Objeto* | *Construcción de redes de alcantarillado en la cobertura de la empresa comunitaria La Trinidad primera etapa del municipio de Duitama* |
| *Cláusula segunda.- Duración* | *Cinco (5) meses a partir del acta de iniciación de la obra.* *Parágrafo. Se tendrán dos (2) meses para iniciar la etapa precontractual por parte del Municipio* |
| *Cláusula Tercera.- Aportes* | *$422.848.912.32. Departamento aporta la suma de $380.068.007.32, valor que incluye la interventoría por $23.934.844.09**Municipio de Duitama: la suma de $42.780.905.oo*  |
| *Cláusula cuarta.- Forma de pago* | *El Departamento desembolsará al Municipio los recursos correspondientes al aporte del Departamento menos el valor de la interventoría, es decir la suma de $356.133.163,23 M/CTE, una vez sea legalizado el convenio y sea expedido su correspondiente registro presupuestal* |
| ***Cláusula séptima.- Obligaciones del Departamento*** | ***Contratar la interventoría del proyecto***  |
| *Cláusula decima segunda.- Supervisión de ejecución* | *Estará a cargo del Departamento a través de la Secretaría de Infraestructura quien asignará un funcionario para tal fin, que tenía entre otras funciones: (...) 1) Velar porque el objeto y las obligaciones del convenio se cumplan. 2) Verificar el cumplimiento de cada una de las cláusulas del presente convenio 3) Proyectar el acta de liquidación del presente convenio dentro de los cuatro meses siguientes a su finalización.* |
| *Cláusula décima cuarta.- Terminación* | *Puede darse por razones de fuerza mayor o caso fortuito que hagan imposible el incumplimiento de los objetivos propuestos.*  |
| *Cláusula décimo octava.- Liquidación*  | *Dentro del término de cuatro (4) meses siguientes contados desde la terminación del mismo* |

* El ingeniero Fabián Suárez Martínez presentó al departamento de Boyacá Carta de presentación de la propuesta para el contrato de interventoría técnica, administrativa y financiera al contrato de obra que suscriba el Municipio de Duitama con ocasión de la celebración del convenio 2254 de 2010 por un valor total discriminado así (Fls 18-20):

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| *CANT* | *CARGO/OFCIO* | *SUELDO Y/O JORNADA MENSUAL* | *Prima regional* | *Participación*  | *Valor parcial($)* |
|  | *COSTOS DIRECTOS DE PERSONAL*  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |
| ***1*** | ***Ingeniero residente interventoría***  | ***$2.450.000.00*** |  | ***3.75*** | ***$9.187.500*** |
|  | *Factor multiplicador (1.70)* | *$15.618.750.0* |
|  | *Subtotal costos de personal* | *$15.618.750.0* |
| *CAN* | *CONCEPTO* | *UNIDAD* | *COSTO* | *TIEMPO DE UTILIZACIÓN TOTAL* | *VALOR PARCIAL* |
| *25* | *Transporte terrestre* | *Según comprobante* | *40000* | *1* | *$1.000.000* |
| *9.6* | *Edición de informes reproducción de documentos (incluye fotografías)* | *Según comprobante* | *85000* | *1* | *$815.000* |
| *8* | *Comunicación (teléfono, fax, correo)* | *Según comprobante* | *100000* | *1* | *$800.000* |
| *Subtotal otros costos directo*  | *$2.616.000,0* |
| *SUBTOTAL COSTOS BÁSICOS*  | *$18.234.750,0* |
| *UTILIDAD (15%)* | *$2.735.212.5* |
| *IVA 16%* | *$2.917.560.0* |
| *TOTAL*  | *$23.887.522.5* |

* Entre el departamento de Boyacá y el ingeniero Fabián Suárez Martínez suscribieron el 6 de julio de 2011, el contrato de consultoría No 001937 cuyo objeto fue (f. 21-26; fs. 131-136 Anexo 3):

|  |  |
| --- | --- |
| *Cláusula primera.**Objeto*  | *Adelantar la interventoría técnica, administrativa y financiera al contrato de obra que suscriba el municipio de Duitama con ocasión a la celebración del convenio 2254 de 2010, cuyo objeto es contratar por el sistema de precios unitarios a costos fijos sin reajustes, las obras requeridas para la construcción redes de alcantarillado en la cobertura de la empresa comunitaria La Trinidad primera etapa del municipio de Duitama* |
| *Cláusula segunda.- Alcance del objeto* | *Para el cumplimiento del objeto convenido en la cláusula anterior, el consultor deberá cumplir con la propuesta económica presentada*  |
| *Cláusula tercera. Obligaciones adicionales del consultor* | 1. *Presentar al departamento para su aprobación previamente a la iniciación de este contrato, el programa de las actividades a desarrollar para el cumplimiento del objeto contractual, el cual no podrá modificarse sin la autorización previa y escrita del departamento.*
2. *Disponer del equipo de trabajo sugerido en la propuesta; instalaciones y equipos necesarios para el desarrollo de las labores contratadas y dar cumplimiento a las normas laborales y a las obligaciones establecidas por las leyes 789 de 2002, y 828 de 2003 en relación con los aportes al sistema integral de seguridad social y parafiscales*
3. *Analizar los planos, diseños y especificaciones del proyecto, revisar y aprobar el plan y programa de trabajo del equipo y personal con que cuenta el constructor y establecer su aptitud para la ejecución de la obra.*
4. *4. Realizar inspecciones completas y continuas del trabajo ejecutado, exigiendo al contratista empleo del personal necesario para el buen desarrollo de la obra.*
5. *Ejercer control sobre los materiales, maquinaria, equipos y sistemas de construcción, a fin de que se empleen los pactados en el contrato respectivo y se cumplan las condiciones de calidad, seguridad, económica adecuada*
6. *Estudiar y recomendar los cambios sustanciales de las obras y del contrato de obra que sean convenientes o necesarios y ponerlos oportunamente a consideración del constructor.*
7. *Rendir los informes mensuales incluyendo archivo fotográfico y dar estricto cumplimiento al manual de interventoría establecido por la gobernación de Boyacá*
8. *Presentar al departamento para su aprobación, previamente a la iniciación de este contrato el cronograma de actividades a desarrollar para el cumplimiento del objeto contractual incluyendo costos, el cual no podrá modificarse sin la autorización previa y estricta del contratante*
9. *Disponer del personal, instalaciones y equipos necesarios para el desarrollo de las labores de interventoría y dar cumplimiento a las normas laborales y a las obligaciones establecidas por las leyes 789 de 2002 y 828 de 2010 (…)*
10. *Rendir informe quincenal incluyendo registro fotográfico de las actividades ejecutadas en cumplimiento del contrato de interventoría, contado el primero de ellos a partir del acta de iniciación del contrato de interventoría.*
11. *Presentar informe final de la interventoría en medio físico y magnético de las actividades realizadas (…)*
12. *Atender las ordenes e instrucciones que el departamento le imparta por conducto del supervisor que designe para controlar y vigilar el presente contrato y permitir y facilitar la supervisión del contrato de obra por el departamento*
13. *El interventor deberá cumplir con las obligaciones establecidas en el manual de interventoría.*
14. *Las demás que por su naturaleza le sean atribuidas por la entidad, conforme al objeto y alcance del contrato*
15. *La interventoría debe consultar y poner en consideración de la administración departamental todos aquellos asuntos que comprometan o modifiquen las condiciones originales y esenciales del contrato de obra*
 |
| *Cláusula cuarta. Obligaciones y derechos del departamento*  | *Además de las obligaciones y derechos contemplados en los artículos 4 y 5 de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes y los convenidos en el presente contrato, el departamento se obliga especialmente: a) suministrar al consultor la información, documentación y demás elementos necesarios para el cabal cumplimiento del contrato, b) Facilitarle las condiciones que le permitan cumplirlo en la forma y oportunidad convenidas y coordinar al interior de sus dependencias y funcionarios lo necesario con la misma finalidad; c) controlar la calidad de los servicios contratados y el cumplimiento de los requisitos y condiciones convenidas; d) recibir los servicios contratados en la oportunidad estipulada y expedir en el menor tiempo posible los documentos correspondientes a su recibido a satisfacción*  |
| *Cláusula quinta.- Valor y forma de pago*  | *$ 23.887.522,5 M/CTE. Cancelados así: Un anticipo del 30% es decir la suma de ($ 7.166.256,75 M/CTE una vez legalizado y perfeccionado el contrato y el saldo restante de acuerdo al avance del servicio por medio de actas parciales o una vez se presten los servicios a satisfacción; previa presentación del cobro y recibido a satisfacción por parte del interventor, radicados ante la Dirección de Contratación, dando cumplimiento al Artículo 19 de la Ley 1150 de Julio 16 de 2007.* |
| *Cláusula séptima. Vigencia y plazo de ejecución del contrato* | *El plazo para el cumplimiento una vez suscrito el contrato entre el departamento de Boyacá y el consultor será por el mismo término del contrato de obra a supervisar. El plazo previsto es de cuatro (4) meses. En todo caso el consultor debe realizar la interventoría hasta la liquidación final de la obra*  |
| *Cláusula octava.- Suspensión temporal del contrato* | *Solo en eventos de fuerza mayor o caso fortuito las partes podrán suspender la ejecución del contrato. Este hecho previo concepto del supervisor y visto bueno del titular del despacho se hará constar en acta que suscribirán de conformidad con el manual de interventoría y supervisión adoptado por la entidad*  |
| ***Cláusula décima séptima.-Cláusula penal pecuniaria*** | ***En caso de incumplimiento, el DEPARTAMENTO DE BOYACA podrá hacer efectiva a título de pena una suma equivalente al 30% del valor del contrato, suma esta que ingresará al tesoro de la Entidad DEPARTAMENTO y podrá ser tomada directamente del saldo a favor de EL CONSULTOR si lo hubiere, o la garantía constituida***  |
| *Cláusula décimo octava.- Terminación* | *Además de los eventos previstos por el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, el departamento dispondrá la terminación anticipada del contrato mediante acto debidamente motivado susceptible del recurso de reposición, en caso de incumplimiento de los requisitos de celebración del contrato cuando la ley lo disponga. Otra medida, en los contemplados por los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y en todo otro evento establecido por la ley. El departamento reconocerá al consultor las compensaciones e indemnizaciones a que tenga derecho cuando hubiere lugar a ellas. PARAGRAFO. Cuando la terminación del contrato sea el resultado del acuerdo de las partes, requerirá el concepto previo no vinculante del interventor y no dará lugar al reconocimiento de compensaciones e indemnizaciones.*  |
| *Cláusula vigésima primera Liquidación del contrato* | *De conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, la Entidad y EL CONSULTOR procederán a la liquidación del contrato en los términos allí previstos, para lo cual deberá disponerse, cuando menos, de los siguientes documentos: 1. Copia del contrato y sus modificaciones. 2. Copia de las actas e informes que hacen parte del contrato. 3. Relación de los pagos hechos al CONSULTOR. 4. Vigencia de la garantía única de cumplimiento* |

* El **11 de agosto de 2011**, las partes suscribieron acta de iniciación del contrato de interventoría 1937 (fl 27; f. 143 Anx 3).
* El **12 de agosto de 2011**, se suscribió acta de suspensión No 1 del contrato de interventoría 1937 de 2011, en la indicó que debido a que el municipio de Duitama se encuentra desarrollando proceso contractual dentro del convenio 2254, y se requiere que ese ente determine asignación de la obra, por tanto, ese contrato se suspende a partir de esa fecha (f. 144 Anx. 3)
* En oficio del **15 de diciembre de 2011**, la ingeniera Marta Torres Cruz, supervisora del contrato 1937, solicitó ampliar el término de dicho contrato a partir del 31 de diciembre por un término de dos meses más, lo cual recibió el visto bueno del secretario de infraestructura departamental (f. 147 Anexo 3).
* El **29 de agosto de 2012**, se citó al actor a audiencia de liquidación bilateral del contrato 1937 a realizarse el 5 de septiembre de 2012 (f. 153 Anexo 3), llegada esta última fecha fue suspendida (f. 154 Anx 3)
* El ingeniero contratista presentó un oficio fechado el **21 de septiembre de 2012**, propuesta de liquidación por valor de $ 12.563.272 en la que incluyó gastos administrativos, ganancia esperada y pago por incumplimiento al contrato, liquidación adelantada como consecuencia de la liquidación del convenio 2254 de 2010 (f. 29 y f. 160 Anexo 3)
* El **25 de septiembre de 2012** se citó al actor para liquidar bilateralmente el contrato de interventoría 1937 el día 4 de octubre de 2012 (f. 163)
* En Acta del **11 de octubre de 2012**, se liquidó bilateralmente el convenio 2254 del 1 de diciembre de 2010, en la cual se indicó que teniendo en cuenta la audiencia celebrada en esa fecha, en la que el municipio manifestó que adelantó actuaciones administrativas, jurídicas, técnicas en el marco del tal convenio entre ellas la expedición de la Resolución 746 del 24 de agosto de 2012, por medio del cual declaró la utilidad pública e interés social la constitución de una servidumbre de acueducto en unos predios ubicados en la vereda San Lorenzo Abajo del municipio de Duitama, era dable adelantar el proceso de liquidación de convenio de forma bilateral. En este documento no se observó la firma del actor como interventor (fl 28).
* En proyecto de liquidación contractual bilateral del contrato de interventoría No. 1937 realizado el **12 de octubre de 2012**, por el departamento de Boyacá, pero sin firmas de las partes, ese ente contempló liquidación por $ 213.624 equivalentes a la aprobación de la liquidación solicitada por el contratista, y los cuales debían descontarse al contratista del anticipo recibido; este debía reintegrar la suma de $ 6.952. 632.09. Allí también se estipuló el reconocimiento de un día del ítem 1.3. pago profesional siempre y cuando el contratista adjunte soportes probatorios de contrato de prestación de servicios, pago de seguridad social al residente de interventoría para el mes de agosto de 2011 (f. 33).
* En acta de audiencia del **28 de noviembre de 2012**, celebrada dentro del contrato de interventoría No 1937 de 2011, se dejó constancia que se realizaría esa audiencia a fin de realizar su liquidación bilateral, y se dejó constancia de las apreciaciones de la supervisora y del contratista, así:

*“Se da inicio a la audiencia, acto seguido la Dirección de contratación da el uso de la palabra a la supervisora del contrato quien manifiesta: “Teniendo en cuenta que se liquidó el convenio 2254 de 2010 se procede a liquidar el contrato de interventoría. Ahora bien, como quiera que no se pudo dar inicio a las obras se procede a liquidar el contrato; se aprueba el ítem 1.2 de la propuesta de liquidación presentada por el contratista, legalización de obra, y el ítem 1.3 pago profesional siempre y cuando se presenten los soportes de seguridad social, pensión, riesgos y contratos de prestación de servicios, donde se evidencie el pago al residente de interventoría y únicamente por un día laboral correspondiente al día 11 de agosto de 2011.*

*Toma la palabra el Ing. FABÍAN SUÁREZ MARTÍNEZ quien manifiesta “de conformidad con lo planteado por la supervisora me permito señalar lo siguiente: respecto a los gastos administrativos, en el ítem 1.3 de mi propuesta de liquidación referente al pago de profesional (residente de obra- daños y perjuicios por un valor correspondiente a $ 2.450.000) me permito aclarar lo siguiente: al inicio del contrato se firmó un contrato de prestación de servicios con el ingeniero residente donde se establecía el tiempo de ejecución correspondiente al tiempo total de interventoría o como mínimo un mes por el compromiso adquirido sin tener en cuenta los inconvenientes presentados por terceros como es el caso de la cancelación del convenio, por lo cual como contratista tengo que reconocer a mi residente el salario del mes definido en mí propuesta de liquidación (...) Respecto del ítem 2.1 Utilidad 15%, correspondiente a $ 2.735.212.50, que es un valor que solicito sea pagado por el contrato y a la cual se tiene evidencia probatoria debidamente legalizada, respecto a la cláusula de incumplimiento. En este caso el que incumplió fue la Gobernación de Boyacá y según interpretación, debe entenderse para cualquiera de las partes y en este caso debe ser a favor del contratista.*

En dicha reunión se señaló nueva fecha para suscripción de acta de liquidación bilateral del contrato para el día **4 de diciembre de 2012**, cuya inasistencia daría lugar la liquidación unilateral del contrato (fl 32, 165 Anexo 3).

* En esta última fecha no se hizo presente el actor ni su apoderado; solo la supervisora del contrato, por tanto, la Dirección de Contratación de la Gobernación de Boyacá procederá a liquidarlo unilateralmente (Página 138 CD “1937” Documento PDF “C. 1937” F. 375)
* Se observa proyecto de liquidación contractual bilateral realizado el **10 de diciembre de 2012**, por el departamento de Boyacá, pero sin firmas de las partes (f. 171 Anexo 3)
* En oficio del **8 de octubre de 2013**, la supervisora del contrato informó a la directora de Contratación del Departamento que teniendo en cuenta el acta de audiencia de fecha 28 de noviembre de 2012, donde se relaciona que se debe proyectar acta de liquidación bilateral, es necesario indicar que para ese día se llevó la respectiva acta proyectada y que el contratista manifestó en ese momento que no se encontraba de acuerdo con lo liquidado y que no asistiría a la nueva fecha citada, por tanto, el profesional externo de la dirección de contratación dispuso que desde ese mismo momento se haría la liquidar el convenio unilateralmente (f. 170 Anx- 3)

**5.- Del caso concreto**

Sea lo primero aclarar que, no existe controversia ante esta instancia en cuanto a la oportunidad para liquidar judicialmente el contrato de consultoría suscrito entre el actor y el departamento de Boyacá, ya que ello se zanjó por el a-quo desde la audiencia inicial al desatar la excepción de caducidad propuesta por ese ente territorial, decisión que cobró ejecutoria y en torno a la cual no se tiene reparo.

En segundo término, que tampoco hay debate en torno a la necesidad de terminar el contrato de interventoría 1937, ante el vencimiento de su término y por el incumplimiento de ese ente territorial en sus obligaciones contractuales, si se tiene en cuenta que una vez suscribió tal contrato, procedió a su suspensión de común acuerdo al día siguiente, en razón a la problemática que se suscitó en el convenio de cooperación interinstitucional No. 002254 de 2010, suscrito con el municipio de Duitama y sobre el que se ejercía la consultoría incurriendo en un incumplimiento contractual, en tanto que no suministró al consultor la información, documentación y demás elementos necesarios para el cabal cumplimiento del contrato, y menos le facilitó las condiciones que le permitan cumplirlo en la forma y oportunidad convenidas, como lo concluyó el a-quo en apoyo de la jurisprudencia contencioso administrativa.

Y, en tercer lugar, que, ante la ausencia de liquidación bilateral y unilateral, luego de vencidos los términos legales para ello, se actualizó, además, la competencia de esta jurisdicción para hacerla judicialmente, respecto a la cual entonces, la parte actora centra sus reparos de alzada.

Ahora bien, dos son los motivos de inconformidad planteados ante esta instancia concernientes a la procedencia del reconocimiento de conceptos a favor del actor en la liquidación judicial hecha en el fallo de primera instancia respecto al contrato de interventoría 1937 de 2011, a saber:

1. El relativo al *“pago del profesional residente”*, en tanto que, contrario a lo que concluyó el a-quo no exige prueba solemne para acreditarlo, además, fue un concepto planteado en la propuesta presentada en la etapa precontractual y porque se deriva del incumplimiento mismo en que incurrió el departamento, y
2. La cláusula penal pecuniaria, pues pese a que en el clausulado contractual se pactó solo a favor de ese ente territorial ante incumplimientos del contratista, y de allí se derivó la negativa para su reconocimiento por el a-quo, no lo es menos que se pactó en un contrato de naturaleza conmutativa y bilateral, y que en atención a los principios interpretativos en materia contractual consagrados en el código civil aplicables a la contratación estatal, dicha cláusula resulta aplicable en pro del contratista.

Pues bien, en tal sentido, la Sala comparte íntegramente el razonamiento expuesto por el juez a-quo que negó los reconocimientos pecuniarios pretendidos ante esta instancia, por las siguientes razones:

Quedó probado que entre el departamento de Boyacá y el municipio de Duitama se suscribió el convenio de cooperación interinstitucional No 002254 de 2010 cuyo objeto fue la construcción de redes de alcantarillado en la cobertura de la empresa comunitaria La Trinidad primera etapa del municipio de Duitama, con una duración de 5 meses contados a partir del acta de iniciación de la obra, pactándose que la supervisión de ese contrato la ejercería del Departamento a través de la Secretaría de Infraestructura, de igual forma este ente estaría a cargo la consultoría de ese convenio.

A efectos de cumplir esta última obligación, el departamento inició proceso de selección al que presentó propuesta el ingeniero Fabián Suárez Martínez en la cual contempló, entre otros ítems, un ingeniero residente para la interventoría cuyo sueldo mensual ascendía a $2.450.000.00 con una participación de 3.75 y valor parcial de $9.187.500

Una vez fue seleccionado, el departamento de Boyacá suscribió con el ingeniero Suárez Martínez el contrato de consultoría No 001937 del **6 de julio de 2011**, por un valor de $ 23.887.522,5, de los cuales tal contratista recibió un anticipo de $ 7.166.256,75, por un término de cuatro (4) meses, pero en todo caso el consultor debe realizar la interventoría hasta la liquidación final de la obra del convenio de cooperación. Conforme con la cláusula décima séptima se pactó entre las partes cláusula penal pecuniaria a favor del departamento de Boyacá en caso de incumplimiento del contratista, el cual *“podrá hacer efectiva a título de pena una suma equivalente al 30% del valor del contrato, suma esta que ingresará al tesoro de la Entidad DEPARTAMENTO y podrá ser tomada directamente del saldo a favor de EL CONSULTOR si lo hubiere, o la garantía constituida”.*

De igual forma que, aunque se suscribió acta de inicio del contrato de interventoría el **11 de agosto de 2011**, se levantó acta de suspensión al día siguiente **12 de agosto,** en razón a problemas de planeación administrativa dentro del convenio de cooperación interinstitucional No. 2254.

Posteriormente, se advirtió que ese convenio fue liquidado bilateralmente el 11 de octubre de 2012, en consecuencia, se convocó a la realización de este tipo de liquidación frente al contrato de interventoría 1937 suscrito entre el departamento y el actor, actuación que no se concretó en audiencias del 28 de noviembre de 2012, ni del 4 de diciembre de siguiente, dada la diferencia entre lo ofrecido por el ente contratante y lo pedido por el contratista; tampoco se realizó la liquidación unilateral por parte del departamento.

Así las cosas, está colegiatura dirá, **en primer lugar**, **que efectivamente la parte actora no probó la erogación consistente en el pago del profesional residente**, a efectos de hacerla parte de la liquidación del contrato como ajuste de cuentas definitivo a su terminación, en razón a las obligaciones cumplidas o no en desarrollo del contrato.

En efecto, como se advirtió previamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado la necesidad de que la liquidación del contrato sea un ajuste de cuentas definitivo y en esa medida **el contratista deberá probar los perjuicios padecidos** con ocasión a los incumplimientos contractuales alegados con miras a que hagan parte de liquidación respectiva.

Pese a que el actor en la propuesta presentada a la administración departamental, en aras de resultar seleccionado para la firma del contrato de consultoría, planteó la necesidad de que se ejecutase ese contrato con un ingeniero residente cuyo sueldo mensual ascendería a $2.450.000.00, no lo es menos que en el plenario no milita tal erogación generada en desarrollo del contrato, lo cual desconoció tal exigencia jurisprudencial emanada desde la ley procesal y la jurisprudencia contencioso administrativa y la cual se hace más rigurosa si se tiene en cuenta que en el *sub- examine* quedó probado que una vez suscrita acta de iniciación del contrato el 11 de agosto de 2011 (fl 27; f. 143 Anx 3), las partes al día siguiente suspendieron dicho negocio jurídico, de manera que independientemente de lo propuesto por el actor, lo cierto es que no se ejecutó el objeto contractual y con ello quedó en vilo la materialización de su propuesta.

Y aunque el caudal probatorio ilustró que el actor reclamó ante la administración el pago del profesional residente al intentar la liquidación bilateral en sede administrativa, lo cierto es igualmente allí como aquí **quedó solo en una manifestación** como lo hiciera en audiencia del 28 de noviembre de 2012, y destacándose que, si bien el departamento examinó la procedencia de este concepto, dijo aceptarlo como parte de la liquidación *“siempre y cuando se presenten los soportes de seguridad social, pensión, riesgos y contratos de prestación de servicios, donde se evidencie el pago al residente de interventoría y únicamente por un día laboral correspondiente al día 11 de agosto de 2011”,* en atención a la ejecución contractual, lo que resulta además justificable en la medida que el reconocimiento de dichos conceptos en ejercicio de una liquidación contractual no puede generarse de manera objetiva como lo entiende el apelante a partir del contenido de su propuesta, sino que se requiere su comprobación que en tratándose de vinculación contractual o laborar, la prueba útil para acreditarse sería el contrato respectivo suscrito.

De manera que, si de liquidación judicial se trata, corresponderá a las partes acreditar las actividades que se llevaron a cabo dentro del marco de la ejecución del contrato estatal, como en este caso sería el concepto analizado.

En consecuencia, el cargo de apelación no está llamado a prosperar.

**Y, en segundo lugar**, la Sala también comparte la determinación del a-quo tendiente a **negar el reconocimiento de cláusula penal pecuniaria a favor del actor**, dado el alcance del clausulado contractual.

En efecto, en los términos de la cláusula décima séptima del contrato de consultoría *“en caso de incumplimiento, el DEPARTAMENTO DE BOYACA podrá hacer efectiva a título de pena una suma equivalente al 30% del valor del contrato, suma esta que ingresará al tesoro de la Entidad DEPARTAMENTO y podrá ser tomada directamente del saldo a favor de EL CONSULTOR si lo hubiere, o la garantía constituida”*

Así pues, con arreglo a la literalidad de esa cláusula, queda claro que esta fue establecida a favor del departamento de Boyacá como entidad contratante, más no del actor como contratista. Y nada refiere a la fuente normativa de su imposición, es decir, como ejercicio de una facultad exorbitante de la Administración o como ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes.

De manera que, si se trata del ejercicio de una imposición unilateral de la Administración o como facultad exorbitante, vale recordar que conforme con el marco dogmático de esta providencia, la Administración goza de dicha competencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; si lo fue en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, es claro que ello lo fue solo a favor del ente territorial y no resultaba procedente ampliar tal disposición al contratista para que resultara favorecido ante los daños y perjuicios que le causara el departamento.

Ahora, estima el apelante que el alcance de dicha cláusula penal debe hacérsele extensiva en obedecimiento a mandatos civiles en materia contractual a saber:

*ARTICULO 1618. <PREVALENCIA DE LA INTENCION>. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.*

*ARTICULO 1620. <PREFERENCIA DEL SENTIDO QUE PRODUCE EFECTOS>. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.*

*ARTICULO 1621. <INTERPRETACION POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO>. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato*

Al respecto estima la Sala que si bien es cierto es dable la aplicación de las normas civiles y comerciales a la contratación estatal a la luz del artículo 13 del Estatuto Contractual, no lo es menos que la imposición de dicha cláusula, como se explicó previamente, pende del principio de legalidad lo cual se traduce en la necesidad de que siempre debe estar autorizada por la ley y en el contrato, de manera que si ello no es así, se excluye cualquier interpretación que desborde su alcance desde dichas fuentes.

Aunado a lo anterior, es claro que ya se superó con creces el límite temporal que tiene la administración para ejercer la facultad de declarar el incumplimiento e imponer las multas, reservada a la etapa de ejecución contractual.

Por consiguiente, al no prosperar este cargo de apelación propuesto, la Sala confirmará el fallo impugnado.

**VII. COSTAS PROCESALES**

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-23-33-000-013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

*“(…) El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*

1. *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
2. *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
3. *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
4. *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
5. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
6. *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[[17]](#footnote-17), previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
7. *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.*

En ese orden de ideas, al expedirse la Ley 1437 de 2011, se dejó de lado el régimen subjetivo del hoy derogado Decreto 01 de 1984, que determinaba la condena en costas a la parte vencida en el proceso, pero con el ingrediente de tener en cuenta su conducta procesal, ya fuera esta dilatoria, abusiva o temeraria. Precisamente, mediante el artículo 188 del CPACA se acogió el régimen objetivo de la condena en costas, establecido para el Procedimiento Civil, actualmente regulado por el Código General del Proceso, artículo 365, quedando pues, sujeta su imposición al hecho de ser vencido en juicio.

Precisamente, el artículo 365 estableció las reglas para la condena en costas:

*“Artículo 365. Condena en costas.*

*En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

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

*Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*

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

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

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

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

*6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*

*7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*

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

*9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”*

Así las cosas, el factor subjetivo no es el que debe analizarse, sino que, por el contrario, al juez corresponde disponer sobre la imposición de costas, siempre que ellas se hayan demostrado.

A efectos de determinar si procede la condena en costas, la Sala advierte que, en sentencia del 22 de febrero de 2018, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “B”. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente con Radicación 25000-23-42-000-2012-00561-02(0372-17), se recoge las posiciones anteriores adoptadas por las Subsecciones A y B de esa Corporación y señala que **para determinar las costas se debe adoptar un criterio objetivo valorativo**, pues el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) impone al juez la facultad de disponer sobre la condena respecto de éstas, *“(…) lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso.”*

Por su parte, en la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018 por la Subsección "A" con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del expediente con Radicación número: 20001-23-33-000-2012- 00222-01(1160-15), se lee lo siguiente:

*"(…) Por lo anterior, se colige que* ***la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes****. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.*

*Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad (…)" Resaltado fuera de texto*

No obstante, en sentencia de la misma fecha, la Subsección "B" con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), se expuso:

*"Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva -pues no se refirió a la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial-, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, se debe establecer y estar comprobado en el proceso,****que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena.****Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca determinar su ocurrencia.”*

Luego en sentencia proferida el 22 de octubre de 2018 por Subsección "B" de la Sección Segunda, C.P. Doctor Carmelo Perdomo Cueter, expediente con Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00063-02(1074-15) Actor: Universidad de Antioquia, se precisó:

*"(…) Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas,****ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses****, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas (…)" Resaltado fuera de texto*

Luego, en sentencia proferida por la misma Sección Subsección "A", con ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández el 29 de agosto de 2019, en el proceso Radicado No. 15001-23-33-000-2014-191-01 (2002-2015), actora María Ofelia Leguízamo Carranza, **se acudió al régimen objetivo sin atención al criterio de temeridad.**

Las citadas providencias planteaban criterios opuestos, por lo que, ante tal circunstancia, debía atenderse la postura que resultara más favorable a la parte vencida, pues al no existir en esa Corporación un pronunciamiento consistente y unificado en materia de costas, no podía hablarse de un precedente judicial vinculante para la autoridad judicial, es decir tal circunstancia facultaba al juzgador para acoger el criterio que estimara más ajustado a derecho.

Y resulta trascendental señalar que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, fue recientemente objeto de adición por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, señalando que *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”,* norma aplicable al presente asunto en virtud del artículo 86 de aquella disposición que en tratándose de su régimen de vigencia y transición normativa previó, entre otras reglas que *“De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, las reformas procesales introducidas en esta ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011”*, publicación de la Ley 2080 efectuada desde el 25 de enero de 2021 y de cara a este proceso que se rige por la Ley 1437.

Por consiguiente, atendiendo el análisis jurisprudencial, como la reforma legal aludida, la Sala encuentra que la demanda no careció de fundamento legal alguno, si se parte del debate probatorio que las pretensiones, hechos y fundamentos jurídicos allí expuestos suscitaron, y que precisamente dio lugar a acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, por tanto, no se condenará en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá**,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de primera instancia proferido el 20 de junio de 2017, por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, dentro del proceso de la referencia.

**SEGUNDO.** **NO** **CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandante, por lo expuesto en precedencia,

En firme esta sentencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen y déjense las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial “Justicia Siglo XXI”.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

**Magistrado**

**AUSENTE CON PERMISO**

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

**Magistrado**

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

**Magistrado**

Las anteriores firmas hacen parte integrante del expediente No. 152383333752-2015-00161-01

1. Presentada el 23 de abril de 2015 (f. 13 vto y 349) suspensión por trámite ante Ministerio Público desde el 27 de noviembre de 2014, hasta 26 de enero de 2015, que se declaró fallida (f. 339) [↑](#footnote-ref-1)
2. Allí se indicó que *“la controversia gira en torno al contrato de consultoría No. 001937 celebrado por el departamento de Boyacá con el demandante, para adelantar la interventoría técnica, administrativa y financiera al contrato de obra que suscriba el municipio de Duitama con ocasión a la celebración del convenio interinstitucional No. 2254 de 2010 en el cual se pactó, entre otros aspectos, CLAUSULA VIGÉSIMA PRIMERA, Liquidación del contrato. De conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, la entidad y el consultor procederán a la liquidación del contrato en los términos allí previstos”. Sin embargo, el convenio fue liquidado de forma bilateral el 11 de octubre de 2012 (f. 28), impidiendo con ello la ejecución del contrato de consultoría.*

*En consecuencia, se observa que los cuatro (4) meses que tenían las partes contratantes para llevar a cabo la liquidación por mutuo acuerdo del contrato No. 001937 iniciaba el 11 de octubre de 2012, fecha para la cual se liquidó el convenio interinstitucional No. 2254 de 2010 y finalizaba el 11 de febrero de 2013, y para realizar la liquidación unilateral del mismo se contaba con dos meses más, es decir, hasta el 11 de abril de 2013.*

*Así el plazo de dos años para instaurar la presente demanda conforme a lo previsto en el numeral segundo, literal j, ordinal b, del artículo 164 CPACA iniciaba el 12 de abril de 2013 y finalizaba el 12 de abril de 2015, y como la solicitud de conciliación prejudicial se elevó el 27 de noviembre de 2014, se suspendió el término de caducidad hasta el 26 de enero de 2015 (artículo ley 640 de 2001) fecha para la cual la Procuraduría 67 Judicial y para Asuntos Administrativos emitió constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad (f. 339) y como la demanda se presentó el 23 de abril de 2015 (f. 349) se tiene que la caducidad no ha operado respecto de las pretensiones derivadas de este contrato”* [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia 9477, M. P.: Carlos Betancur Jaramillo, actor: David Vega Luna [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2005, expediente AP - 01588 [↑](#footnote-ref-4)
5. Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No.4. Sentencia del 22 de octubre de 2019. Radicación 150013333010201600137-01. M.P. José Ascensión Fernández Osorio. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 25 de febrero de 2009, exp. 16103. [↑](#footnote-ref-6)
7. Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No.4. Sentencia del 22 de octubre de 2019. Radicación 150013333010201600137-01. M.P. José Ascensión Fernández Osorio. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de noviembre de 2011. Radicación 52001-23-31-000-1999-00124-01(20739), C.P. Danilo Rojas Betancurth [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 5 de mayo de 2020, radicación 68001-23-31-000-2007-00058-01(42345). C.P. Ramiro Pazos Guerrero [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Sentencia del 13 de noviembre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009) [↑](#footnote-ref-10)
11. Ibídem [↑](#footnote-ref-11)
12. Sección Tercera. Sentencia de octubre 19 de 2005. Exp. 15.011. [↑](#footnote-ref-12)
13. CLARO SOLAR, Luis. Derecho Civil – Obligaciones. Tomo I. Imprenta Universal de Chile. Santiago de Chile, 1968. Págs. 505 y 508. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Sentencia del 13 de noviembre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009) [↑](#footnote-ref-14)
15. Ibídem [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 29 de noviembre de 2017, Radicado: 25000-23-26-OOO-2005-00009-Ol (34800), C.P. Danilo Rojas. [↑](#footnote-ref-16)
17. “ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(…)” [↑](#footnote-ref-17)