



Tribunal Administrativo de Boyacá

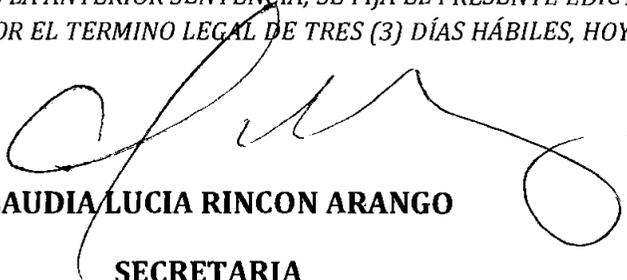
Secretaria

E D I C T O

**LA SUSCRITA SECRETARIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, POR
EL PRESENTE NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA**

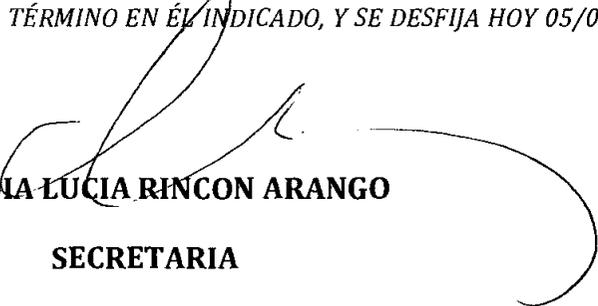
CLASE DE ACCIÓN **CONTRACTUAL**
RADICADO **150012331004201000992-00**
DEMANDANTE **COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS HOY SURAMERICANA DE
SEGUROS S.A.**
DEMANDADO **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS Y CONSORCIO GOMGON 24**
MAG. PONENTE **Dr. FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**
FECHA DE DECISIÓN **24 DE MAYO DE 2018**

**PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA ANTERIOR SENTENCIA, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN LUGAR
PUBLICO DE LA SECRETARIA POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DÍAS HÁBILES, HOY 31/05/2018
A LAS 8:00 A.M.**


CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO

SECRETARIA

**CERTIFICO: QUE EL PRESENTE EDICTO PERMANECIÓ FIJADO EN LUGAR PÚBLICO DE LA
SECRETARÍA DEL TRIBUNAL, POR EL TÉRMINO EN ÉL INDICADO, Y SE DESFIJA HOY 05/06/2018 A
LAS 5:00 P.M.**


CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO

SECRETARIA

MAYMM

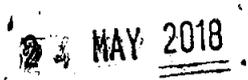
REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

SALA DE DECISIÓN No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja,  24 MAY 2018.

ACCION: CONTRACTUAL

**DEMANDANTE: COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS HOY
SURAMERICA DE SEGUROS S.A.**

**DEMANDADO: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS y CONSORCIO
GOMGON 24**

RADICACIÓN: 1500123310042010-00992-00

I. ASUNTO A RESOLVER

La Sala de Decisión No. 6 de la Corporación procede a emitir sentencia para resolver la demanda que ha dado origen a la acción contractual instaurada a través de apoderado legalmente constituido por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., en contra del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS.

II. ANTECEDENTES

2.1. La Demanda (Fls. 1-89): En ejercicio de la acción contractual y actuando a través de apoderado judicial, SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., pretende la nulidad de las Resoluciones N° 01935 del 28 de Abril de 2008, por medio de la cual se declaró la caducidad y ordenó la liquidación del Contrato No. 1871 del 06 de Octubre de 2005, Resolución No. 06101 del 31 de Octubre 2008, a través de la cual se resolvió recurso de reposición interpuesto contra el anterior acto administrativo y la Resolución No. 04269 del 17 de Julio de 2009, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el Contrato en mención.

Como consecuencia de la declaración de nulidad, solicitó que se declaré que Seguros Generales Suramericana S.A., no está obligada a efectuar pago alguno en virtud de las mencionadas resoluciones y que se le ordené restituir actualizados los dineros que haya pagado o llegare a pagar, en virtud de lo resuelto por los citados actos administrativos.

2.2.-Hechos en que se fundamentan las pretensiones (Fls. 5-22):

Los presupuestos fácticos que sustentan la demanda indican que el 06 de octubre de 2005, se celebró el Contrato N° 1871 de 2005 entre el Instituto Nacional de Vías - INVIAS y el Consorcio Gomgon 24 integrado por Miguel Edgar Alfonso González Franco y Luis Enrique Mayorga Aguirre, por un valor de \$5'816.375.397.00., cuyo objeto era *"El diseño, la reconstrucción, la pavimentación y/o repavimentación de la vía Grupo 24 Tramo 1 Vía Maripi-Santa Helena del K 0 + 000 al K 13 + 5000 con una longitud de 13.50 kilómetros en el Departamento de Boyacá"*

Indicó, que el Contrato fue garantizado por la Póliza de Cumplimiento No. 1011000159601, expedida por la Compañía Agrícola de Seguros S.A (Seguros Generales Suramericana S.A.), la cual otorgó los siguientes amparos:

AMPAROS	VR ASEGURADO	FECHA INICIAL	FECHA FINAL
AMPARO DE ANTICIPO	\$862.917.454	12/10/2005	12/12/2007
AMPARO DE CUMPLIMIENTO	\$1.163.275.080	12/10/2005	12/12/2007

Adujó, que el plazo de ejecución se pactó inicialmente, de acuerdo a la cláusula 4ª, en veintiún (21) meses, contados a partir de la fecha de la orden de iniciación y discriminados así: tres (03) meses para la etapa de estudios y diseños y dieciocho (18) meses para la etapa de construcción, señalando entonces que la orden de iniciación de la etapa de diseño se dio para el día 30 de noviembre de 2005, quedando establecido que el día 28 de febrero de 2006 terminaba el plazo de ejecución de la etapa de diseño, así mismo, referenció que para el 30 de noviembre de 2005, se suscribió el Acta No. 1 de anticipo, a través de la cual se hizo entrega de \$862.917.265.50, esto es el 15% del valor total del contrato y

para el 29 de diciembre de 2005, se suscribió el Acta No. 2 de anticipo, efectuando la entrega de \$302.377.577.50, que correspondía al 5% del valor total del contrato.

Manifestó, que el Alcalde del Municipio de Maripi, luego de la suscripción del Contrato No. 1871 de 2005, acudió ante el Instituto Nacional de Vías- INVIAS, con el fin de solicitarle al Director de la Entidad, la ampliación de la Vía Maripi – Santa Helena, objeto de intervención del mencionado Contrato, en razón a que tenía un ancho de 4.50 metros aproximadamente y se requería que fuera de 6 metros con cunetas en ambos lados de 0,50 m. Al respecto, señaló que para el día 01 de Febrero de 2006, mediante comunicación No. MARIPI-133-018-06, la interventoría manifestó al Consorcio Gomgon 24 lo relacionado con la solicitud del Alcalde, ante lo cual respondió, que de acuerdo con el Acta de Estructuración Técnica del Plan 2500, los contratos que celebrare la entidad para cumplir con el proyecto debían mantener el ancho actual de las mismas excluyendo la posibilidad de adquirir nuevos terrenos, así mismo, puso de presente que para el día 28 de febrero de 2006, el Consorcio Gomgon 24 hizo entrega parcial de los estudios y diseños objeto del contrato, y las partes suscribieron el Acta de Terminación y entrega de estudios y diseños, donde la interventoría dejó constancia de que el Contratista no había cumplido con la entrega de los Estudios y Diseños del Tramo Maripi-Santa Helena, esperando que con base en el plan de contingencia, para el 15 de marzo de 2006 cumpliera con la entrega de la totalidad de los estudios.

Por otro lado, el apoderado de la demandante advirtió sobre una serie de comunicaciones, dentro de las cuales se resalta la emitida por la Interventoría, para informar al INVIAS, que el Municipio de Maripi había iniciado trabajos de ampliación de la vía, lo cual podría alterar el diseño geométrico de esta, también hizo alusión a comunicaciones en las que el INVIAS solicita información al Alcalde y la interventoría por su parte al Gobernador de Boyacá, así mismo, adujo que de un Consejo Comunal que se realizó en la Ciudad de Piedecuesta- Santander, el Presidente de la Republica, para ese entonces el Señor Álvaro Uribe Vélez, ordenó al Interventor y al Secretario Técnico del INVIAS, proceder con la solicitud realizada por el Alcalde, dándose inicio con el objeto del Contrato No. 1871 de 2005 tal y como se desprende de la orden de iniciación de la etapa de construcción de fecha 30 de marzo de 2006.

Manifestó, que mediante Comunicación del 17 de abril de 2006, el Consorcio Gomgon 24 solicitó la suspensión del contrato a la interventoría, y mediante comunicación No. MARIPI 133-093-06 del 20 de abril de 2006, remitida por la interventoría a la Consultoría de Apoyo indicó la viabilidad sobre la suspensión del contrato en mención, pero que aun así esta no se llevó a cabo y por el contrario si mantuvo vigente el plazo del contrato. Agregó, que para llevar a cabo la ampliación de la vía se suscribió el Convenio de Cooperación Institucional No. 590 de 2006 de fecha 5 de Junio de 2006, entre el Departamento de Boyacá y el Municipio de Maripí y para ejecutarlo se suscribió el Contrato No. 339 del 27 de septiembre de 2006, precisando así que este tenía como fecha de ejecución el 09 de Noviembre de 2006 y de terminación el 04 de Julio de 2007, fecha en la cual señaló que se suscribió el acta de Recibo Final de la Obra.

Posteriormente, adujo que para el 26 de abril de 2007, el Consorcio Gomgon 24 puso de presente a la interventoría la no entrega de la ampliación de la vía por parte de la Gobernación de Boyacá y que dado que para el 29 de Agosto de 2007 vencía el plazo del contrato, el 29 de septiembre de 2007, se procedió a realizar el recibo definitivo de las obras por parte del Instituto Nacional de Vías al contratista Consorcio Gomgon 24, suscribiéndose el acta solo por el interventor, la Consultoría de Apoyo y el Supervisor del Contrato de INVIAS, ya que el representante legal del contratista no suscribió dicha acta.

Siendo así las cosas, el apoderado de la demandante puso de presente que vencido el plazo del contrato, esto es, ocho (08) meses después, el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, profirió la Resolución No 01935 del 28 de abril de 2008, mediante la cual, se (i) Declaró la Caducidad del Contrato y ordenó su liquidación, (ii) Impuso al Contratista Consorcio Gomgon 24, como sanción a título de clausula penal pecuniaria la suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS CON 70/100 M/Cte. (\$481.538.820.70), correspondientes al 10% de las cantidades totales de la obra por ejecutarse, contra dicha Resolución hizo mención de que Seguros Generales Suramérica S.A., interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 06101 del 31 de Octubre de 2006, confirmando en todas sus partes la Resolución aludida y que por último, mediante Resolución No.04269 del 17 de Julio de 2009 el Instituto Nacional de Vías-INVIAS, (i) Ordenó liquidar unilateralmente el Contrato No. 1871 de 2005 y (ii) Declarar ocurrido el siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo

del Contrato en mención, (iii) Ordenó hacer efectiva la garantía No. 10110000159601 en el amparo de anticipo por la Suma de (\$557.779.987.90) y (iv) Ordenó requerir al Consorcio Gomgon 24 para que al momento de pagar por concepto de anticipo la suma señalada, amortice y liquide los rendimientos financieros causados a favor del INVIAS. En cuanto al siniestro, precisó que de conformidad con Comunicación de fecha 25 de Junio de 2008, remitida por el Contratista al INVIAS, se había dejado claro que el anticipo había sido invertido en la ejecución de la obra con el visto bueno del interventor y que el saldo según certificación expedida por el BBVA de fecha 21 de enero de 2008 ascendía a la suma de \$47.211.554.71, por lo que concluyó diciendo, que dado que el amparo de anticipo cubierto por la compañía aseguradora se limitaba a garantizar el uso o la aprobación indebida, de acuerdo a lo señalado en las Condiciones Generales del Contrato de Seguro, no se podía alegar la ocurrencia del siniestro.

2.3.-Normas violadas (Fl.22)

Invocó como normas violadas el contenido de los artículos 6,83 y 123 inc.2° de la Constitución Política, Artículo 18 de la Ley 80 de 1993, Artículo 1603 y 1609 del Código Civil, Artículos 871, 1054, 1060, 1072 y 1077 del Código de Comercio, Numeral 5.9 del Pliego de Condiciones, Cláusulas 1, numeral 1.2, y Cláusula 2, Numeral 2.3 y Cláusula 10 de las Condiciones Generales del Contrato de Seguro.

Como cargos de nulidad señalo los siguientes:

2.3.1. En relación con las pretensiones Primera y Segunda:

2.3.1.1. Nulidad de la Resolución No.01935 del 28 de abril de 2008, y su confirmatoria No. 006101 del 31 de octubre de 2008, por falta de competencia del Instituto Nacional De Vías, en tanto y en cuanto, los actos administrativos fueron expedidos cuando el plazo del contrato se encontraba vencido: Al respecto, señaló que todo acto administrativo debe ser dictado de conformidad con la normatividad vigente al momento de su expedición, esto es que el funcionario que lo profiere se encuentre amparado por la constitución y la ley y que siendo así, en el presente caso se presenta falta de competencia del funcionario del INVIAS, al haber expedido la Resolución No.01935 del 28 de abril de 2008, confirmada por la No. 006101 del 31 de octubre de 2008, cuando el plazo del contrato había vencido, precisando

entonces, que no era procedente la declaratoria de caducidad, ya que esta solo es viable cuando se encuentre vigente el plazo del mismo, toda vez que en dicho momento se puede cumplir con la finalidad de tal cláusula excepcional, esto es, la protección del interés público tendiente a la satisfacción de las necesidades generales, prestación o continuidad del servicio y el sancionar al contratista, y que es dentro del plazo del contrato que se debe tomar la medida extrema para evitar la paralización de la ejecución de la obra, en tal sentido, fue que se solicitó que se declarara la Nulidad de las anteriores Resoluciones.

2.3.1.2. Nulidad de la Resolución No. 01935 del 28 de abril de 2008, mediante la cual se declaró la caducidad del Contrato No. 1871 de 2005, se ordenó la liquidación del mismo, se impuso la cláusula penal, se tomaron otras determinaciones y su confirmatoria No. 006101 del 31 de octubre de 2007, por falsa motivación:

Haciendo alusión a Doctrina y Jurisprudencia, el apoderado de la parte demandante, señala que las Resoluciones en discusión, están viciadas de nulidad por falsa motivación en el sentido que: (i) Durante la ejecución del Contrato No.1871 de 2005, se presentaron hechos ajenos al contratista que impidieron el normal desarrollo de la obra, en el sentido que se alteraron las condiciones técnicas y económicas del mismo. (ii) El objeto del Contrato No. 1871 de 2005 suscrito entre el INVIAS y el Consorcio Gomgon 24 y garantizado mediante la póliza No. 1011000159601 otorgada por la Compañía Agrícola de Seguros S.A., hoy Seguros Generales Suramericana S.A., fue modificado por la intervención de personas extrañas al contrato No. 1871 de 2005, como el Alcalde de maripi, la Gobernación de Boyacá, Presidencia de la Republica y el Instituto Nacional de Vías, Intervención que influyó ostensiblemente en el desarrollo y ejecución de las obras contratadas a través del mencionado contrato, argumentó además que no se tuvo en cuenta el hecho de que el Alcalde de Maripi y el Director del Instituto Nacional de Vías, contando con la autorización del Presidente de la Republica, convinieron la pavimentación de la vía, siempre y cuando se realizará la ampliación por parte del Municipio, señaló que dicho hecho incidió en el desarrollo y ejecución del contrato ya que se desconocieron las modificaciones introducidas por el INVIAS y por personas extrañas al mencionado Contrato, máxime cuando se había establecido que la ampliación debía quedar en condiciones técnicas similares al resto de la obra para proceder a su pavimentación, hecho que no se dio sino hasta el 4 de julio de 2007, fecha en la cual se hizo entrega de la obra por parte del contratista, Señor German Ricardo Ochoa Jiménez, al Departamento de

Boyacá, que a su vez entregó la misma al Municipio de Maripi, quedando para dicho momento solo (56) días para la terminación del plazo del contrato No. 1871 de 2005, concluyó entonces, que siendo así las cosas, se tornó imposible la ejecución del mismo, (iii) El instituto nacional de vías -INVIAS no podía declarar la caducidad del contrato por haber incumplido primeramente el contrato no. 1871 de 2005, excepción del contrato no cumplido. Artículo 1609 del Código Civil, bajo esta razón, señaló que los hechos que configuraron el incumplimiento del INVIAS, fueron los siguientes: a) Las modificaciones técnicas y económicas del contrato, en lo relacionado con la autorización de ampliación de la vía, porque se desconoció lo dispuesto en el Acta de Estructuración Técnica del Plan 2500, y b) No se dio cumplimiento por parte del INVIAS al procedimiento establecido para las modificaciones del contrato, sostuvo este argumento bajo el supuesto de que las modificaciones introducidas al contrato, no fueron informadas al Consorcio Gomgon 24, por lo que este no tuvo la oportunidad de manifestar si aceptaba o no los cambios propuestos, tal y como lo ordenaba el pliego de condiciones, (iv) La administración no podía declarar la caducidad del contrato habiendo existido incumplimiento bilateral, por cuanto desconocía el Artículo 1609 del código civil; al respecto acudió a jurisprudencia del Consejo de Estado, para señalar que frente al incumplimiento bilateral, la administración no podía hacer uso ni de la cláusula de caducidad ni de su facultad de sanción para imponer multas por el incumplimiento del contratista.

2.3.1.3. Frente al Contrato de Seguro instrumentado en la Póliza de Cumplimiento No. 1011000159601: En este sentido, argumentó que no era posible afectar la póliza No.1011000159601, expedida por la Compañía Agrícola de Seguros S.A., en razón a que el presunto incumplimiento se originó por las modificaciones introducidas al Contrato No. 1871 de 2005, las cuales no fueron amparadas por la Compañía de Seguros

2.3.1.4. Nulidad de la Resolución No.01635 del 28 de abril de 20087 y su confirmatoria No.006101 del 31 de octubre de 2008, por falsa motivación y violación directa de la Ley e tanto y en cuanto se desconoció lo establecido en el artículo 1060 del Código de Comercio, respecto de la modificación del Estado de Riesgo: En este punto, el apoderado de la parte demandante, acudiendo a lo señalado por la Jurisprudencia, señaló que en el presente caso, hubo modificación del riesgo,

que no fue informada a la Compañía aseguradora, y que por tanto, esto conlleva a la terminación del contrato de seguro.

2.3.2. En relación con la pretensión tercera de la demanda relativa a la Resolución no. 04269 del 17 de Julio de 2009, mediante la cual se liquidó unilateralmente el Contrato No. 1871 de 2005: Consideró que debía declararse la nulidad de la Resolución en cita, primero, porque esta se profirió con fundamento en la resolución No. 01935 de 2008, la cual se encuentra viciada de nulidad, porque los motivos que dieron origen a la decisión de liquidar unilateralmente no eran ciertos ni reales, segundo, señaló que hubo agravación del estado de riesgo del Contrato de Seguro y tercero, adujo que no era viable declarar la ocurrencia del Siniestro de anticipo y hacer efectiva la póliza, por cuanto no se encontraba desmostada plenamente la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, en términos de las condiciones generales - Clausula 2ª y artículo 1077 del Código de Comercio.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 17 de Junio de 2010, según sello impuesto por la Oficina Judicial (fl. 89), fue repartida al Magistrado de la época y con auto del 09 de Marzo de 2011 se admitió (fl. 111) y se notificó en debida forma a la parte demandada (fl. 124), el 18 de Marzo de 2011, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra lo resuelto en el numeral segundo de la parte resolutive del auto de fecha 09 de marzo de 2011, mediante el cual se denegó la medida de suspensión provisional de los actos administrativos demandados (fl.114), la sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejo de Estado en providencia del 19 de Octubre de 2011, ordenó revocar el numeral 2º del auto del 09 de marzo de 2011, proferido por esta Corporación y en su lugar ordenó decretar la suspensión provisional de los actos demandados dentro del proceso de la referencia (fl. 148-162), el proceso fue puesto nuevamente en conocimiento de este despacho el 20 de febrero de 2012 (fl.164)

Mediante auto del 21 de marzo de 2012 (fl.168), se dispuso vincular como litisconsorte necesario a los Señores Miguel Edgar González Franco y Luis Enrique Mayorga Aguirre, integrantes del Consorcio Gomgon 24, procediendo a la notificación respectiva (fls. 168-169).

3.1.-pronunciamiento de las demandadas:

3.1.1 INSTITUTO NACIONAL DE VIA –INVIAS.-

Señala que no es cierto que la declaratoria de caducidad, hecha a través de las resoluciones acusadas, se haya proferido por fuera del término legal y una vez se terminó el contrato, en el entendido que un contrato termina, no con la supuesta finalización de las obras, sino con la liquidación del mismo, y de conformidad con los plazos fijados en el contrato o en la ley, para su liquidación ya sea de manera unilateral o de mutuo acuerdo y que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado la declaratoria de caducidad del contrato se puede dar hasta antes de la terminación del contrato que para todo caso es la fecha última para declararse la liquidación del mismo.

Considera que teniendo en cuenta que la liquidación unilateral se dio el 17 de julio de 2009, es claro que las resoluciones controvertidas se dieron dentro del término contractual, con lo que se controvierten las manifestaciones del demandante, en el entendido que las resoluciones fueron expedidas el 28 de abril de 2008 y el 31 de octubre del mismo año, con lo que se demuestra que fueron anteriores a la liquidación del contrato. Que de conformidad con lo establecido en la cláusula vigésimo cuarta del contrato de obra 1871 de 2005, la liquidación del contrato se hará conforme a lo preceptuado en la Ley 80 de 1993, máxime si se tiene en cuenta que la declaratoria de caducidad del contrato se dio con anterioridad a la liquidación del mismo.

Que la caducidad decretada se dio por las siguientes conductas: i) incumpliendo del plazo otorgado para la ejecución de los trabajos, toda vez que a la fecha del vencimiento del plazo contractual, el proyecto presentó un incumplimiento del 82.59% frente al valor del contrato incluyendo los ajustes, ii) incumplimiento en el programa de inversiones, incumplimiento en la instalación de vallas informativas, incumplimiento en el nombramiento del personal e incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones, iii) presunto abandono de la obra; de donde se colige que la declaratoria de caducidad no obedeció a terceros, pues todas las conductas endilgadas eran del estricto resorte del contratista, como se plasmó en las resoluciones.

Que los diseños y estudios de la vía fueron realizados por el contratista, quien no previó estas circunstancias, en el entendido que nunca presentó modificaciones a los estudios y diseños originales, que incluían la intervención del K0+900, de donde se deduce que el contratista solamente ejecutó actividades en el sector comprendido entre el K0+900 y el K3+250, y pudiendo hacerlo no realizó ninguna intervención respecto del K5+250, a pesar de que dichas obras estaban en los estudios y diseños presentados por el contratista.

Igualmente expresa que se presentó incumplimiento frente al programa de inversiones, instalación de vallas informativas, nombramiento de personal y pago de salarios y prestaciones. El incumplimiento de las vallas se dio con ocasión del no cumplimiento de las especificaciones técnicas de las mismas, descritos en el artículo 6 de la Resolución 03555 del 22 de noviembre de 2005. Que el incumplimiento en el suministro del personal se dio porque el contratista suministro personal que no fue aprobado con el numeral 5.2 del pliego de condiciones, situación que se prolongó para la etapa de ejecución de las obras, siendo el aspecto más llamativo en el desarrollo del contrato sin la aprobación del Ingeniero residente presentado por el contratista en el mes de septiembre de 2006, para reemplazar a uno ya aprobado, configurándose en consecuencia un incumplimiento del contratista en el suministro de personal.

Que también existió incumplimiento en el pago de aportes parafiscales, ya que el contratista presentó pagos efectuados con razón social "MIGUEL ESDAR GONZALEZ FRANCO" y nunca con nombre del CONSORCIO GOMGON, adjuntando contratos laborales y liquidaciones sin legalizar.

Que según la interventoría, en comunicación MARIPI 133-746-08 del 11 de febrero de 2008, el contratista fue disminuyendo sus actividades por la disminución de recursos tanto de personal, equipo, y materiales para la ejecución de actividades objeto del contrato, generando un abandono de la obra.

Arguye que el INVIAS siempre cumplió con las obligaciones contractuales a su cargo, dentro de la ejecución del contrato de obra No. 1871 del 6 de octubre de 2005. Que el actor, de manera errónea, manifiesta que la póliza que amparó el cumplimiento del contrato de obra no cubría las modificaciones hechas en la ejecución del mismo, lo cual no es cierto pues no se dieron modificaciones por parte del INVIAS y que las obras se desarrollaron de conformidad a los estudios

y diseños entregados por el contratista CONSORCIO GOMGON, y aprobados tanto por la interventoría como por el contratante, sin que se hicieran modificaciones, tal como lo quiere hacer ver el demandante; pues si se observa la integridad del contrato en el mismo nunca se estableció modificación alguna, por lo que el contratista estaba en la obligación de cumplir sus obligaciones de acuerdo a lo establecido en el mismo y de conformidad a los estudios, diseños presentados por el contratista y aprobados por el interventor así como por el INVIAS.

Que se debe tener en cuenta que de conformidad con la póliza No. 1011000159601 del 31 de octubre de 2005, existen amparos completamente diferentes, tanto para el buen manejo del anticipo (\$862.917.454) como para el cumplimiento del contrato (\$1.163.257.080) siendo el último ítem el que correspondió y por el cual la aseguradora aquí demandante, es llamada a responder en la cuantía establecida en la resolución 01935 de 2008.

Como excepciones propuso: i) inexistencia de fundamentos facticos y jurídicos que desvirtúen las presunción de legalidad de los actos acusados, ii) ausencia de requisitos para invocar la acción, tanto facticos como jurídicos, iii) improcedencia de la excepción del contrato denominada contrato no cumplido establecida en el artículo 1609 del Código Civil; iv) inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, v) ausencia de presupuesto procesal requisito de procedibilidad –conciliación prejudicial (fls. 208-232)

3.1.2.-CONSORCIO GOMGON 24:

Señala en relación con los hechos que al variarse el ancho de la vía, como las especificaciones de la misma, el INVIAS con la anuencia del señor presidente, cambio el fondo y estructura del contrato, ya que en forma unilateral y sin contar con el CONSORCIO contratista procedió a variar en forma mancomunada con la Gobernación de Boyacá y el Municipio de Maripi las áreas contratadas, para su mejoramiento, adecuación y construcción por parte del Consorcio. Agrega que la Gobernación y el Municipio de Maripi, con anuencia del INVIAS y de la interventoría, procedió a tomar posesión de la vía sin tener en consideración que se encontraba intervenida por el CONSORCIO GOM GON 24, el cual fue desplazado de la misma, sin consideración alguna.

Finalmente y en relación con las pretensiones de la demanda consideró que las mismas se encuentran ceñidas a la razón y realidad jurídica que determinó el desarrollo del contrato, por lo que considera que están llamadas a prosperar.

No propone excepciones.

3.3.-Pruebas: Con proveído del 19 de junio de 2013, se abrió el proceso a pruebas, otorgando un término de 15 días a la ejecutoria de la providencia, para que se allegara copia autentica, integra y legible de los documentos relacionados, en lo demás se decretaron las pruebas solicitadas y practicadas (fl. 248), mediante informe secretarial del 26 de Julio de 2013, se informó al despacho que el apoderado de la parte demandante había interpuesto recurso de reposición contra lo resuelto en el numeral 1.1 del auto de pruebas, a través de Auto de fecha 11 de septiembre del 2013, se dejó sin efecto la decisión adoptada en el numeral mencionado anteriormente, y en consecuencia se dispuso desplegar las labores necesarias para encontrar los anexos (fl. 257) .

A través de informe secretarial del 18 de febrero de 2016, pasó a conocimiento del titular del Despacho número cuatro el presente asunto, poniendo de presente que el Departamento de Boyacá – Oficina de Contratación, no ha dado respuesta a lo ordenado en Auto del 11 de noviembre de 2015 ni la parte demandante allegó certificación de entrega del oficio (fl.354). En consecuencia, Mediante Auto del 09 de Junio de 2016 se ordenó requerir a la Secretaria del Tribunal Administrativo de Boyacá, para que de manera inmediata allegara los anexos de la demanda, y además se requiriera a la Oficina de Prensa de la Presidencia de la República para que allegara la información señalada en el Numeral 2º del auto en mención (fl.358)

3.4.-Alegatos de Conclusión

A través de auto del 26 de octubre de 2016 se ordenó correr traslado para alegar de conclusión a las partes de conformidad con el artículo 210 del CCA, término en el que las partes allegaron escrito de alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación, respectivamente (fl.380).

3.5.- Solicitud Acumulación de procesos: La apoderada judicial de la Entidad Pública Accionada INVIAS, solicitó la acumulación del presente proceso con el

proceso No. 15001233100120090026100, por considerar que tenían identidad jurídica de objeto, causa y partes similares, es así como, mediante Auto del 27 de febrero de 2017, se remitió la solicitud al Despacho No.1 del Doctor José Ascensión Fernández Osorio. Para el 21 de febrero de 2018 el Despacho No. 1 ordenó remitir el expediente a este despacho, rechazando por extemporánea la solicitud de acumulación.

4. CONSIDERACIONES

4.1 Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar: i) si la resolución No. 01935 de 28 de abril de 2008, por medio de la cual el INVIAS declaró la caducidad del Contrato de Obra No. 1871 de 2005, confirmada mediante Resolución No. 006101 del 31 de octubre de 2008, se profirió dentro de la oportunidad establecida para el efecto o si, por el contrario, se hizo por fuera del ámbito de competencia de la administración para el ejercicio de sus potestades exorbitantes; ii) si la resolución No. 426 de 17 de julio de 2009 proferida por el Secretario General del INVIAS, mediante la cual se liquidó unilateralmente el Contrato No. 1871 de 2005, declaró ocurrido el siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo y ordenó hacer efectiva la garantía única expedida por la aseguradora AGRICOLA DE SEGUROS S.A (Hoy SURAMERICANA DE SEGUROS) se profirió dentro de la oportunidad establecida para el efecto o si, por el contrario, se hizo por fuera del ámbito de competencia de la administración.

Para resolver los anteriores planteamientos, la sala desatará en primer lugar las excepciones planteadas y luego abordará los siguientes tópicos: i) contrato estatal-normatividad y reglas; ii) declaratoria de caducidad, noción, y requisitos; iii) competencia limitada para la declaratoria de caducidad; iv) cláusula penal; v) liquidación del contrato de obra pública y la declaratoria de siniestro en contrato de obra; vi) competencia de la administración en el ejercicio del control en la ejecución de las obras públicas; vii) garantías en materia contractual y en contraposición al uso de la figura de la caducidad; viii) caso concreto.

5. De las excepciones Propuestas

Como excepciones propuso el demandado: i) inexistencia de fundamentos facticos y jurídicos que desvirtúen las presunción de legalidad de los actos acusados, ii) ausencia de requisitos tanto facticos como jurídicos para invocar la acción, iii) improcedencia de la excepción del contrato denominada contrato no cumplido establecida en el artículo 1609 del Código Civil; iv) inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, v) ausencia de presupuesto procesal requisito de procedibilidad –conciliación prejudicial (fls. 208-232)

En relación con las tres primeras, la Sala dirá que no tienen la calidad de excepciones previas por cuanto no dan lugar a la inhibición para conocer sobre el fondo del asunto, ni es tampoco excepción de fondo en cuanto no suponen el previo derecho del demandante que a posteriori y como consecuencia de un hecho nuevo y probado abate la prosperidad total o parcial de la pretensión. Así pues, los argumentos en que se sustentan se deberán tener como alegaciones de la defensa susceptibles de ser analizadas junto con el fondo del asunto; de esta manera procede a resolverse tan solo las denominadas indebida acumulación de pretensiones y falta de agotamiento de requisito de procedibilidad.

Pues bien, en relación con la inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones se dirá en primer lugar que el Código Contencioso Administrativo hace referencia a las figuras de acumulación de pretensiones y de procesos en el artículo 145, el cual remite a las reglas fijadas por el Código de Procedimiento Civil ³ en los artículos 82 y 157, que disponen que se podrán acumular en una misma demanda varias pretensiones, siempre que se cumplan las siguientes exigencias:

- “1. Que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía.*
- 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- 3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento”.*

Igualmente prevé que para que puedan acumularse dos o más procesos, además de encontrarse en la misma instancia, deben cumplir las siguientes condiciones:

- "1. Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda.*
- 2. Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que aquéllas tengan el carácter de previas.*
- 3. Cuando existan varios procesos de ejecución en los cuales se persiga exclusivamente la misma cosa hipotecada o dada en prenda.*
- 4. Cuando en los procesos de que trata el numeral anterior, todos los acreedores que hayan concurrido convengan en que se acumulen a un ejecutivo quirografario que contra el mismo deudor se adelante por otros acreedores".*

En el asunto bajo examen se solicita de una parte la declaratoria de nulidad del acto por medio del cual se declaró la caducidad del contrato de obra No. 1871 de 2005, junto con el acto que lo confirmó, y de otra parte la nulidad de la resolución por medio de la cual se liquidó el contrato; pretensiones que claramente se enmarcan dentro de la acción contractual, coligiéndose sin mayor esfuerzo que cumplen con lo dispuesto por los artículos 82 y 157 del Código de Procedimiento Civil para tal fin, toda vez que tal solicitud recae sin lugar a dudas sobre un mismo procedimiento regulado por la misma normatividad; motivo por el cual se despachará en forma desfavorable.

En lo que respecta a la denominada falta de agotamiento de requisito de procedibilidad, la cual se sustenta en que las pretensiones de la demanda no guardan armonía con lo solicitado en sede prejudicial, la Sala considera que el mismo fue agotado en debida forma, ya que lo pretendido por la parte actora con la demanda guarda congruencia con lo que solicitó de la entidad accionada que no es otra cosa que la declaratoria de nulidad del acto que declaró la caducidad del contrato, junto con el que lo confirmó, así como del que liquidó el contrato de obra 1871 de 2005, motivo por el cual esta excepción tampoco prospera.

4.2. Contrato estatal-normatividad y reglas

Una de las formas de manifestación de la voluntad de la administración es el contrato estatal, con el cual se busca garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, de acuerdo con las normas, principios y valores contenidos en el

Estatuto de Contratación Estatal, y se permite a los particulares el derecho de obtener utilidades en la contratación, con el deber de colaborar con las entidades estatales en el logro de sus fines.

El contrato estatal se encuentra definido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, así:

"Artículo 32: Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad".

Los contratos que pueden celebrar las entidades del estado, se regulan por los principios generales de la actuación administrativa contenidos en el artículo 209 de la C.P. que los enuncia en los siguientes términos:

"Artículo 209 - La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones."

Por su parte, la Ley 80 de 1993¹, contempla otros principios aplicables a los contratos estatales, de los cuales deben resaltarse el de competencia para dirigir licitaciones o concursos y para celebrar contratos estatales (art. 11), el de delegación (art. 12), el de normatividad aplicable (art. 13), el de los medios que pueden utilizar las entidades para lograr el objeto contractual (art. 14), las cláusulas exorbitantes, esto es interpretación, modificación y terminación unilaterales (arts. 15 a 17), el de transparencia (art. 24), economía (art. 25), responsabilidad (art. 26), ecuación contractual (art. 27), selección objetiva (art. 29), etc.

En consecuencia, mediante el contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general. Esta particularidad de la contratación estatal determina que la

¹ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

ejecución del objeto contractual sea un asunto radical y es por esto que la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten conjurar factores o contingencias que puedan conducir a su paralización o inejecución.

Así las cosas, toda selección de los contratistas debe estar sometida a los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, surgiendo además la obligación de someter a los oferentes y a las propuestas que estos presenten a las reglas *contenidas en los pliegos de condiciones*.

Al respecto debemos decir que los pliegos de condiciones han sido definidos como un acto jurídico mixto, que surge como un acto administrativo de contenido general y con la adjudicación y suscripción del contrato estatal algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo; al respecto el Consejo de Estado² ha manifestado en varias ocasiones que:

"(...) el pliego de condiciones, según la normatividad actualmente vigente en Colombia, no es un reglamento ya que, por definición, este es un acto de carácter general, que tiene vocación de permanencia en el tiempo -en tanto no se agota con su aplicación- y se expide en ejercicio de la función administrativa.

Un pliego de condiciones no podría ser un reglamento administrativo porque carece de vocación de permanencia en el tiempo. Por el contrario, está destinado a surtir efectos en un sólo proceso de contratación, al cabo del cual pierde su vigencia. El reglamento, en cambio, admite que sea aplicado sucesivamente, sin que su utilización lo agote o extinga.

Resta, pues, considerar el pliego de condiciones como "acto administrativo", naturaleza que, a juicio de la Sala, ostenta parcialmente el pliego. Sin embargo, el pliego conserva su carácter de acto administrativo hasta antes de la celebración del contrato;

² CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION TERCERA-SUBSECCION C- Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO-veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013)-Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642)-Actor: ANDINA DE CONSTRUCCIONES LTDA.- Demandado: MUNICIPIO DE RIONEGRO Y OTROS -Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-CONTRACTUAL.

se trata de un acto administrativo de singulares características, pues, siendo de carácter general³, puede ser, sin embargo, de trámite o definitivo, según sus destinatarios⁴; pero igualmente tiene vocación para convertirse en "cláusula contractual", caso en el cual deja de ser un acto administrativo general, para mudar su naturaleza.

En este sentido, se podría decir que el pliego ostenta una "naturaleza mixta", en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general -naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección-, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos, en muchas de sus estipulaciones esa naturaleza y se convierte en "cláusula contractual", porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras han perecido, a medida que avanza el proceso de selección."⁵

Encontrando que el contenido mínimo de los pliegos de condiciones se encuentra descrito en el artículo 24.5 de la ley 80 de 1993, de modo que ellos reflejan la base sobre la cual se deben estructurar los mismos para garantizar la concreción del principio de transparencia; esos parámetros o exigencias mínimas fijadas desde un marco positivo son: i) los requisitos objetivos que están obligados a acreditar los proponentes interesados en el proceso de selección, ii) las reglas de selección objetivas, justas, claras y completas que permitan elaborar la oferta o propuesta de acuerdo con las necesidades de la entidad administrativa, inclusive es posible que dentro de los mismos se incluyan medidas de protección afirmativa para garantizar la concurrencia de ciertas personas que se encuentran en situaciones de debilidad (al respecto consultar la sentencia de constitucionalidad C-932 de 2007), iii) las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, iv) se establecerán condiciones o exigencias razonables que puedan ser cumplidas por los proponentes, v) se determinarán reglas exentas de error, o meramente

³ Porque tiene la capacidad de aplicarse a un número indeterminado de personas.

⁴ Porque no culmina el procedimiento contractual, sino que forma parte de las actuaciones necesarias para impulsarlo.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

potestativas de la voluntad de la entidad pública, vi) se indicarán las fechas y plazos para la liquidación del contrato cuando a ello hubiere lugar.

Ahora bien, desde un marco negativo los pliegos de condiciones no pueden contener lo siguiente: i) fijar condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ii) establecer o prever exenciones de responsabilidad, iii) consignar reglas que induzcan a error a los proponentes, iv) consagrar reglas que permitan la presentación de ofrecimientos de extensión limitada, v) fijar reglas que dependan única y exclusivamente de la voluntad de la entidad contratante, y vi) según la ley 1150 de 2007, exigir soportes o documentación para validar la información contenida en el RUP, es decir, no se puede requerir a los proponentes que alleguen la información que avale su inscripción en el Registro Único de Proponentes.

De modo que bajo el anterior marco de exigencias, parámetros y principios, es que la entidad contratante elabora los pliegos de condiciones, sin que ello implique una estandarización de los mismos, ya que, en cada caso concreto, el objeto a contratar determinará los requisitos de la propuesta, así como los factores de calificación objetiva que permitirán seleccionar la más conveniente a la administración pública contratante⁶.

Así las cosas, es claro que la actividad contractual del Estado en todas sus etapas es una típica acción de la administración regulada por el estatuto de contratación y por las diferentes cláusulas que conforman el contrato, razón por la cual debe realizarse cumpliendo tanto los principios y las reglas que especialmente la encauzan, como todos aquellos principios y reglas de la función administrativa.

4.2.1 Declaratoria de caducidad-noción y requisitos

Teniendo en cuenta la naturaleza y fines de la contratación estatal, como aquel que persigue la satisfacción de intereses de carácter general, la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se

⁶ "Conforme a lo anterior, las autoridades contratantes en los pliegos de condiciones pueden incluir, además de los criterios indicados en esta ley, otros factores que deban tenerse en cuenta, de conformidad con el objeto del contrato, así como la ponderación o calificación que se asigna a cada uno de ellos en la correspondiente evaluación de las propuestas, sin que ello signifique la permisión de incluir factores discriminatorios que violen el principio de igualdad de oportunidades entre los licitantes, el cual es, sin duda, esencia de la selección objetiva del contratista." MALLANA Camacho, Ernesto "Manual de contratación de la administración pública", Ed. Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, Bogotá, 2009, pág. 289.

concreta en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales⁷.

Conforme a lo anterior, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, dentro de los medios *que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual y los fines de la contratación, previó la posibilidad de pactar "las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión"*.

De esta manera el artículo 18⁸ de la Ley 80 de 1993, contempló la caducidad, como la facultad de la administración cuando se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato, además cuando se evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo, está facultado para darlo por terminado y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre.

Estipulación normativa, en virtud de la cual, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado debe dar por terminado y ordenar la liquidación del contrato estatal en el *estado en que se encuentre*, cuando se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato, al punto que se evidencie que tales hechos pueden conducir a la paralización del contrato estatal; caso en el cual no hay lugar a

⁷ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. **Tesis Doctoral**. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/8339>.

⁸ DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. (...) Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento".

indemnizaciones, el contratista se hace acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley y se constituye el siniestro por incumplimiento⁹.

En armonía con lo expuesto, tenemos que según la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰, para que proceda la declaratoria de caducidad deben concurrir los siguientes requisitos:

- i) Que se presente un incumplimiento grave de las *obligaciones esenciales a cargo del contratista*, es decir que se trate de aquellas indispensables para la ejecución del objeto contractual;
- ii) Que el incumplimiento sea de tal magnitud, que impida de forma grave y directa, la ejecución del contrato; y
- iii) Que el incumplimiento conduzca a la paralización de la prestación del servicio público a cargo del Estado o imposibilite el cumplimiento del objeto contractual.

De esta manera podemos decir entonces que la declaratoria de caducidad, se caracteriza por: i) dar por terminado el vínculo comercial sin que haya lugar a indemnización para el contratista; ii) ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre; iii) hacer exigibles garantías por configuración del siniestro del incumplimiento; iv) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y; v) configurar la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años.

En consecuencia, la potestad para declarar la caducidad de los contratos estatales se encuentra limitada a los eventos de incumplimiento del contratista, *siempre que no sea la entidad demandada la que haya puesto al contratista en situación de incumplimiento* o que ésta no sea la que haya incumplido con las obligaciones que previamente estaban a su cargo¹¹ y cuando se trate de

⁹ Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio "Esta definición representa una importante modificación frente al régimen anterior del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 61 a 65), en el que la caducidad se encontraba establecida por la ocurrencia de varios supuestos establecidos en causales que no reflejaban la esencia de este instituto, pues, además de proceder por el incumplimiento de las obligaciones del contratista del que se derivaran consecuencias que hicieran imposible la ejecución del contrato o causaran perjuicios a la entidad pública contratante (art. 62 - f), podía declararse por la muerte o la incapacidad física permanente del contratista, o su interdicción judicial, o la disolución de la persona jurídica contratista, o su incapacidad financiera"

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "C". C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia proferida el 3 de agosto de 2016, en el proceso radicado bajo el N° 25000-23-26-000-2010-00145-02(53339). Actor: ASOCIACIÓN LUZ Y ESPERANZA – ASOLUCEZ. Demandado: ICBF REGIONAL CUNDINAMARCA.

¹¹ Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencias de 7 de abril de 1978, Exp. 1.870; 3 de marzo de 1994, Exp. 7.223; 15 de marzo de 2001, Exp. 13.415; 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031 y de Subsección C, sentencia de 21 de febrero de 2011, Exp. 16.105, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

garantizar la satisfacción del interés general comprometido por la no realización o ejecución tardía o indebida del objeto contractual; al respecto debemos mencionar que el Consejo de Estado ha determinado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia, que la figura de la caducidad en los contratos estatales, se estructura sobre dos elementos fundamentales así: i) *un incumplimiento cualificado de las obligaciones del contratista* y ii) *la repercusión de este incumplimiento en la ejecución del contrato*; así lo manifestó el máximo órgano Contencioso Administrativo:

"(...)

Ahora, por vía del artículo 14 del estatuto en mención, la ley otorga a la administración una serie de potestades o mecanismos por medio de los cuales en ejercicio de la actividad contractual puede asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, alcanzar las finalidades y garantizar la prevalencia del interés general, adoptando las medidas adecuadas para el manejo de situaciones de incumplimiento contractual.

Dentro de los mecanismos a los que se hace alusión se consagra la caducidad del contrato como una potestad excepcional al régimen de derecho común, en desarrollo del cual se faculta a la administración para que dé por terminado el contrato estatal cuando se advierta un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista que pueda afectar la ejecución de éste o conduzca indefectiblemente a su paralización.

Así, de la normatividad se desprende que los requisitos para que la administración pueda declarar la caducidad del contrato son: i) Que se presente un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista, es decir que se trate de obligaciones esenciales; y ii) Que éste afecte de forma grave y directa la ejecución del contrato, es decir que el incumplimiento sea de tal magnitud que se haga nugatoria la posibilidad de continuar ejecutando el contrato, conduzca a la paralización de la prestación del servicio público a cargo de la

*administración o imposibilite el cumplimiento del objeto contractual(...)*¹²

Igualmente debe anotarse que la cláusula de caducidad puede entenderse como el *instrumento sancionador* de carácter unilateral dentro de los contratos estatales configura una clara regla de excepción al principio de igualdad con que el legislador ha definido el marco de las relaciones subjetivas de los negocios estatales; al respecto se pronunció la Corte aduciendo:

*"El contrato estatal se celebra, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad en aras del interés público o general, queriendo con esto significar que en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, al romperse la concepción clásica francesa que diferenciaba entre contratos de derecho administrativo y los propiamente privados de la administración, se consolidó a la igualdad como principio y a la unilateralidad de la administración como una excepción de aplicación altamente restrictiva a casos taxativamente señalados en la ley, esto a través de la determinación de un nuevo régimen de cláusulas denominadas propiamente como excepcionales y no en la jerga clásica del contrato administrativo francés como exorbitantes*¹³.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de junio de 2014, exp. 29203. Igualmente véase, de la misma Sala, el fallo de 21 de febrero de 2011, exp. 16105 donde se puntualizó:

"El ejercicio de este poder excepcional supone una decisión motivada que sea el resultado de un procedimiento administrativo en el que se haya garantizado el debido proceso.

De otro lado, la entidad estatal estará imposibilitada para declarar la caducidad del contrato si ha puesto al contratista en situación de incumplimiento o si no ha cumplido con las obligaciones que previamente estaban a su cargo.¹²

Esta imposibilidad se ha hecho derivar de la facultad que tiene el contratista, en ciertas circunstancias, de invocar en su favor la excepción de contrato no cumplido

Una de tales circunstancias es precisamente cuando corre a cargo de la entidad estatal la entrega previa de terrenos, planos, levantamientos topográficos, etc.

Puede acontecer sin embargo que en el contrato concurren incumplimientos mutuos, esto es que haya inejecución de las prestaciones tanto de la entidad contratante como del contratista.

En este supuesto habrá que distinguir quién ha debido cumplir primero y aún en este evento deberá subdistinguirse si a pesar de tener que cumplir primero una de las partes, la otra con su conducta ha generado la confianza en su co-contratante de que a pesar de ese incumplimiento previo, ella de todas maneras está presta y decidida a cumplir con lo suyo pues hará lo necesario para este efecto.

Si esto último ocurre y la parte que generó la confianza finalmente no ejecuta las prestaciones a su cargo, quedará también incursa en incumplimiento, a pesar de que la otra haya debido cumplir primero, porque su comportamiento creó una situación digna de ser protegida a la luz de los postulados de la buena fe.

Ahora, esto que se acaba de afirmar cobra más trascendencia si se tiene en cuenta el interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos mediante un contrato estatal."

¹³Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa, en Banco de datos jurídicos, cit.: "El interés público implícito en la contratación estatal afecta de tal manera este instituto jurídico que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la prominencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general...".

4.2.2 Competencia limitada en la declaratoria de caducidad

Teniendo en cuenta que la declaratoria de caducidad del contrato estatal supone el ejercicio de un poder excepcional que debe contenerse en una decisión motivada que sea el resultado de un procedimiento administrativo en el que se haya garantizado el debido proceso¹⁴, para la Sala, es relevante señalar que la competencia para declarar la caducidad, está delimitada por las atribuciones conferidas por la Constitución, la ley o el reglamento a las entidades y servidores públicos, quienes únicamente pueden hacer, actuar y ejercer funciones en lo que les está legalmente permitido y autorizado para el cumplimiento de los fines del Estado, al tenor de los artículos 2, 6, 121 y 122 de la Constitución Política.

En virtud de lo anterior, se puede considerar que atendiendo el principio de legalidad¹⁵, la competencia, es irrenunciable e improrrogable y asignadas por el ordenamiento jurídico en razón a los criterios de: i) la materia (*ratio materiae*), es decir, según las actividades, tareas y funciones que legalmente puede desempeñar la autoridad; ii) el territorio (*ratio loci*), esto es, el ámbito espacial o circunscripción en la cual se puede ejercer; iii) el tiempo (*ratio temporis*), o sea el ámbito temporal en el cual es legítimo ejercerla; iv) el nivel de jerarquía o posición vertical que tenga la autorizada dentro de la organización administrativa; y v) el sujeto (*ratio personae*), esto es, por las calidades o condiciones de la autoridad.

En ejercicio de la prerrogativa de terminar unilateralmente el vínculo comercial ante un incumplimiento grave del contratista, se explica en los fines propios del contrato, se trata de una competencia que no puede extenderse más allá del término de ejecución pactado. Así que para su ejercicio el plazo no puede estar vencido o finalizado, en virtud a: i) los elementos de su definición legal; ii) de la finalidad de protección del interés público que esta medida excepcional

¹⁴ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, sentencia 16.105 del 21 de febrero de 2011, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁵ Por cuya virtud, "la autoridad administrativa, en tanto ejecutora de la ley, sólo puede ejercer las facultades que ésta le haya encomendado, toda vez que la ley es la más importante garantía de los derechos frente a la tentativa de abuso del gobernante. Principio de legalidad que busca la limitación del papel del ejecutivo (De Laubadère), en tanto éste se encarga de traducir la ley en la realidad y por lo mismo ella constituye a la vez fundamento y límite a su accionar (Rivero). De modo que la Administración actúa secundum legem en tanto actividad estatal sub-legal (Marienhoff)": "La acción de cumplimiento en Colombia: ¿Un medio de control judicial de la administración que no produjo los efectos que se esperaban?", en AAVV, El derecho público en Iberoamérica, Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo, Tomo II, Bogotá, Universidad de Medellín y Temis, 2010, pp. 481 y ss.

comporta; (iii) la etapa de liquidación del contrato no está concebida para la adopción de la caducidad del contrato; y (iv) el hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo previsto en el contrato para ejecutarlo.

De igual manera, la oportunidad para declararla, ha sido tratada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, a partir de los conceptos de plazo de ejecución y plazo de liquidación, así como objeto y finalidad de este poder exorbitante de la administración, siendo relevante traer a colación la tesis de la sentencia proferida por la Sección Tercera, con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque, del 13 de septiembre de 1999 en el proceso radicado bajo el N° 10264 promovido por el Consorcio Gabriel Galvis-Hazen and Sawyer contra la Corporación Autónoma Regional de las cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suarez, de la cual se recalca:

"(...) Sobre la afirmación hecha tantas veces por esta Sección acerca de que "terminado el contrato, bien por decreto de caducidad o bien por terminación del plazo o por cumplimiento del objeto del contrato, lo que sigue es la liquidación del mismo" ¹⁶, la Sala hace las siguientes precisiones:

*Es verdad que vencido el plazo del contrato éste se coloca en la etapa de liquidación, pero **no resulta razonable sostener que en esta fase la administración no pueda hacer uso de sus potestades sancionatorias frente al contratista**, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio; es cuando puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista...*

(...)

Sostener lo contrario podría tener algún fundamento si las potestades sancionatorias y de decisión unilateral de la administración derivaran de las cláusulas del contrato (ex contractus) y no de la ley (ex lege), como

¹⁶ Sentencia de 2 de octubre de 1980, Exp. 2419.

han sido concebidas en los estatutos contractuales en los que se les ha dado el alcance de potestades ope legis, esto es, derivadas del sólo ministerio de la ley y por consiguiente irrenunciables, frente a las cuales no se ha señalado un plazo perentorio para su ejercicio. Particularmente, en relación con la caducidad la ley ha señalado que se trata de una cláusula (sic) presunta (art. 65 decreto ley 222 de 1983) o lo que es lo mismo, que se entiende pactada (sic) aun cuando no se consigne expresamente (art. 14 ley 80 de 1993).” (...)” (Resaltado fuera de texto)

Criterio reiterado en fallos posteriores¹⁷; sin embargo, la misma sección con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio en sentencia proferida el 20 de noviembre de 2008 en el proceso radicado bajo el N° 50422-23-31-000-1369-01 (17.031) promovido por la Empresa Colombiana de Ingeniería contra el Municipio de Sabaneta, replanteó la tesis para establecer que la competencia temporal para decretar la caducidad del contrato se extiende únicamente al plazo de ejecución de las obligaciones, dijo:

"3.3.2. Replanteamiento de la cuestión

Las últimas posturas jurisprudenciales, han abordado el problema jurídico de la competencia temporal de las medidas sancionatorias desde la perspectiva de dos plazos definidos en el contrato: el plazo para ejecutar el contrato y el plazo para liquidarlo, lo que condujo a colegir que el contrato no se ha extinguido mientras subsistan obligaciones pendientes de cumplir y que expirado el plazo de ejecución la Administración puede exigir y evaluar su cumplimiento, definir si fue o no satisfactorio e imponer las sanciones previstas en la ley y en el contrato aún durante la etapa de la liquidación.

No obstante, en esta oportunidad considera la Sala que existen elementos de reflexión que permiten reexaminar el límite temporal para la declaración de la caducidad del contrato estatal por parte de la Administración, según la diferenciación de los conceptos de plazo de ejecución y de plazo de liquidación del contrato, la finalidad, naturaleza y noción legal de la caducidad antes expuestas, así como su

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. CP. Dr. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 15 de marzo de 2001. Radicación número: 25000-23-26-000-1993-9167-01(13352).

armonización en el contexto de la etapa de liquidación del contrato, conforme a la naturaleza de esta última operación.” (Subrayas fuera de texto)

Conforme a lo anterior, se puede colegir que la jurisprudencia, enfatizó que no procedía la caducidad durante la etapa de liquidación del contrato porque: i) legalmente, esta sólo se declara en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato o que pueda conducir a su paralización; ii) el objeto de este poder exorbitante es permitir el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, de manera que si se declara en la etapa de liquidación, se desconocería su teleología y atendería un ánimo sancionatorio; iii) la etapa de liquidación únicamente se instituyó para efectuar un balance del estado en que quedaron los derechos y obligaciones de las partes. En esta etapa no es posible que se presente el incumplimiento de las obligaciones del contratista que conduzca a la paralización del contrato, toda vez que la ejecución se encuentra legal y convencionalmente terminada; y iv) la facultad que tiene el acreedor de recibir o aceptar de forma tardía o en mora el cumplimiento de la prestación, no puede entenderse como una extensión del plazo estipulado en el contrato, y que autorice declarar la caducidad dentro del término que se tiene para liquidarlo.

Aunado a lo anterior, la Sala Plena del órgano de cierre de lo contencioso administrativo, el 12 de julio de 2012 con ponencia del Consejero Danilo Rojas Betancourt, llamó la atención para que en los casos en los que no existe una definición legal expresa, se apliquen reglas jurisprudenciales claras y estables que brinden confianza a las entidades estatales y a los particulares acerca del contenido y alcance de las mismas, proponiendo como regla *la posición adoptada el 20 de noviembre de 2008* reseñada en precedencia, en el sentido que *una vez expirado el término de ejecución del contrato*, no es posible declarar la caducidad, y agregó:

"(...) 4.8 En ese orden de ideas, la Sala **concluye que las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad;** todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas

requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad.

14.9 De tal forma, al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, **constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir**, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que “la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista...” y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado.

14.10 Como argumento final, el bien jurídico que se ampara, esto es, la ejecución del objeto contratado, no se puede proteger mediante la declaratoria de caducidad cuando el plazo para la ejecución del contrato –pactado originariamente en el contrato o en la adición u otrosí que para el respecto se suscriba– haya expirado. Si bien es cierto que en ocasiones el contratista ejecuta obras pactadas después de expirado el plazo, incluso con la aquiescencia de la entidad, tal comportamiento no genera jurídicamente extensión alguna del plazo de ejecución, puesto que un contrato que es solemne por prescripción legal¹⁸ –como el contrato estatal y dentro de este, por supuesto, la cláusula que establece el plazo de

¹⁸ “Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. (...)” “Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”

ejecución–, solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario, dado que la convención modificatoria está tomando el lugar del contrato originario y la solemnidad que se predica legalmente de éste, se exige para reconocer existencia, validez y eficacia a la convención que lo modifica¹⁹.²⁰ (Subrayas de la Sala)

Igualmente, se destaca que la Subsección "C" de la Sección Tercera, en sentencia proferida el 4 de septiembre de 2017 con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, reiteró la tesis jurisprudencial traída en cita, por considerar que la Ley 80 de 1993, *no autorizó a la administración para declarar el incumplimiento contractual, así:*

"(...)

Todo lo que se viene de exponer reafirma de manera clara y coherente una línea de pensamiento que puede ser resumida en las siguientes ideas: (i) Es deber del Juez y la Administración, al momento de identificar y construir la norma de conducta y de juicio, aplicar los criterios jurisprudenciales vigentes para la fecha de los hechos que fundan la controversia, pues éstos hacen parte del marco de legalidad histórica a ser observado, (ii) Es criterio general, no limitado a expresos y singulares casos puntuales, que todo cambio de precedente jurisprudencial, referido a competencias estatales, derechos o mecanismos de protección, debe ser adoptado e interpretado con efecto prospectivo o a futuro, (iii) Siempre que se alegue por uno de los sujetos procesales una situación de tránsito jurisprudencial, ello debe ser considerado expresamente por tales autoridades a los fines de verificar tal situación y determinar cuál era el criterio jurídico fijado para entonces, sin perjuicio del deber oficioso de la autoridad de aplicar el derecho vigente, (iv) la misma naturaleza de lo que se viene de decir impone precisar que esa protección a la confianza legítima sólo se puede atribuir a la existencia de un criterio jurídico bien formado en la jurisprudencia, ora por su

¹⁹ El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla al señalar que: "[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", de suerte que el consentimiento mutuo para modificar o adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales, por ende a las solemnidades, que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente n.º 15596, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

²⁰ Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth, sentencia del 12 de julio de 2012. Radicación número: 85001-23-31-000-1995-00174-01(15024). Actor: NIMROD MIR LTDA. Demandado: Municipio de Chameza-Casanare.

reiteración o por estar fundado en una decisión de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado²¹, de ahí que no se pueda predicar esa misma certeza cuando se advierten tesis imprecisas o contradictorias en la Corporación²² y (v) la retroactividad del precedente viola la cláusula de Estado de Derecho y el deber general del Estado de respeto a las garantías judiciales, debido proceso, libertad e igualdad y, por contera, a la confianza legítima creada de manera objetiva por las autoridades estatales en el desarrollo de sus actos.

Al descender al caso en concreto, el análisis jurisprudencial consideró que, como quiera que los hechos objeto de la Litis ocurrieron con anterioridad a la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2008, esta no se encontraba dentro del marco del derecho vigente para cuando fueron dictadas las decisiones por la autoridad demandada, así:

...

5.14.- Ergo, la Sala no desconoce que los precedentes jurisprudenciales pueden ser modificados. Sin embargo, cuando quiera que estos cambios jurisprudenciales fijen el sentido de una regla jurídica y en consecuencia se integren a esta, como sucede cuando se señala la temporalidad de una competencia y los operadores jurídicos se han ajustado a ese criterio jurídico sustentado, no podrá exigírsele la subordinación a un nuevo criterio jurisprudencial. Esto se analizará caso por caso.

...

5.16.- Con otras palabras, resulta claro que la razón de esta determinación se apoya, fundamentalmente, en que el fallo invocado como sustento de la alegada nulidad era inexistente para cuando se expidieron las decisiones

²¹ Ley 1437 de 2011. Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

²² "Es posible, de otro lado, que no exista claridad en cuanto al precedente aplicable, debido a que la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa. Puede ocurrir que haya sentencias en las cuales frente a unos mismos supuestos de hecho relevantes, la Corte haya adoptado decisiones contradictorias o que el fundamento de una decisión no puede extractarse con precisión. En estos casos, por supuesto, compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Ante la falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes en el caso. De la misma forma, ante la imprecisión de los fundamentos, pueden los jueces interpretar el sentido que se le debe dar a la doctrina judicial de la Corte Suprema". Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001.

administrativas objeto de revisión judicial, de ahí que el criterio jurídico acogido en dicha sentencia de 20 de noviembre de 2008 no pueda ser traído como sustento del alegado vicio de legalidad...”

No obstante lo anterior, advierte esta Sala, que en pronunciamiento posterior, el Consejo de Estado mediante sentenciaproferida el 14 de septiembre de 2017²³, con ponencia del Consejero Danilo Rojas, consideró que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia debe atender los derechos a las garantías judiciales, la igualdad y confianza legítima, y en consecuencia, constituye deber de la autoridad judicial decidir los asuntos puestos en su conocimiento conforme al derecho vigente y los criterios jurisprudenciales preexistentes a los hechos sobre los cuales recae el debate procesal, así lo manifestó dicha Coporación:

"(...)

23. En tal medida, se considera que la declaratoria de caducidad es el medio a través del cual la entidad contratante puede liberarse de manera inmediata y anticipada -sin tener que esperar al vencimiento del plazo pactado o a que el contratista acceda a su terminación bilateral-, de la relación contractual gravemente incumplida y tomar inmediatamente las medidas que considere necesarias y suficientes con miras a obtener el bien, obra o servicio requeridos y que son objeto de ese negocio jurídico.

24. Por ello, se pregona la necesidad de que esta decisión sea oportuna, lo que quiere decir que debe tomarse cuando sea capaz de garantizar a la administración esa libertad de acción, lo cual sucederá si durante la ejecución del contrato, de manera diligente, la administración advierte el grave incumplimiento de su contratista y procede a declarar la caducidad, caso en el cual podrá tomar en forma inmediata los correctivos pertinentes, es decir, asumir directamente la ejecución del objeto del contrato o contratarlo con un tercero o acceder a que la aseguradora que lo garantizó sea quien lo ejecute. Contrario sensu, no será oportuna dicha decisión

²³ Consejo de Estado- Sección tercera- Subsección B- C.P. DANILLO ROJAS BETACOURTH, radicación: 27001-23-31-000-2003-00818-01(42105)- actor: ASFALTANDO LTDA. Y OTRO y demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, mediante la cual se tuvo en cuenta lo indicado en la sentencia de la subsección "C", C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa en el proceso radicado bajo el N° 68001-23-31-000-2009-00295-01(57279) promovido por Carlos René Santamaría y otros contra el Instituto Nacional de Vías

cuando el plazo del contrato ya está vencido, puesto que no se puede terminar mediante la declaratoria de caducidad, lo que ya se ha terminado por otra causa y en tal eventualidad, la decisión ya no se justificará como mecanismo para garantizar la efectiva e inmediata ejecución del objeto contractual.

25. Ahora bien, la apelante adujo que cuando se tomó la decisión, la jurisprudencia del Consejo de Estado admitía que la declaratoria de caducidad podía producirse hasta antes de la liquidación del contrato. Al respecto, se observa que la Sección Tercera, de tiempo atrás y en forma pacífica, tuvo claro que tal decisión exigía la existencia de un contrato vigente y en ejecución, puesto que implicaba, como se acaba de indicar, su terminación anticipada.

(...)

31. En 2008, otra vez la Sala sostuvo que la declaratoria de caducidad sólo resultaba procedente durante el término de ejecución del contrato y no cuando éste ya se hubiera terminado (...)

32. Como se puede ver, la determinación de los límites temporales para el ejercicio de las facultades excepcionales y específicamente para declarar la caducidad del contrato, ha suscitado diversas posiciones jurisprudenciales, lo que condujo a que la Sala Plena de la Sección Tercera, en ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 1437 de 2011²⁴ profiriera una sentencia de unificación jurisprudencial en torno a este tema, en la cual expresamente dispuso: (...)

33. En el presente caso, se observa que el contrato de obra celebrado entre las partes y que fue prorrogado en varias oportunidades, tenía como fecha final del plazo de ejecución el 15 de julio de 2003 –párrafo 8.2.5-, no obstante lo cual, el INVÍAS declaró la caducidad del contrato mediante

²⁴ “Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público. // En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso (...).”

Resolución n.º 001202 del 30 de marzo de 2004 –párrafo 8.5- es decir casi 8 meses después de haberse terminado aquel por vencimiento de su plazo.

34. Por lo anterior, para la Sala no queda duda alguna en relación con la extemporaneidad del acto administrativo de caducidad del contrato y por lo tanto del vicio de falta de competencia temporal que lo afecta, lo cual conduce indefectiblemente a la confirmación de la decisión del a-quo que declaró su nulidad.

(...)

no puede perderse de vista que el cambio jurisprudencial que se produjo con ocasión de la sentencia de unificación jurisprudencial, gira en torno a la competencia –en este caso, temporal- de las entidades estatales para ejercer facultades excepcionales dentro de los contratos que celebran (...) la Sala no asumió una posición caprichosa o irrazonable sino que se limitó a retomar el criterio jurisprudencial que de tiempo atrás, en forma por demás pacífica, había sostenido que un requisito sine qua non para declarar la caducidad de un contrato, es que el mismo se encuentre vigente y en ejecución (...) La anterior circunstancia, justifica plenamente la aplicación inmediata del nuevo criterio jurisprudencial, que obedece, como siempre que se produce un cambio en la jurisprudencia, a una nueva interpretación normativa que se considera más adecuada y ajustada a la ley, razón por la cual el argumento de la apelante no tiene la virtualidad de conducir a la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto de caducidad del contrato, que como ya se explicó, fue expedido en forma extemporánea por el INVÍAS. (...)” (Subrayas de la sala).

Al respecto debe decirse que para la Sala, la referida sentencia²⁵ constituye un precedente judicial, pues sus fundamentos fácticos son de similares contornos con el caso que se estudia, y además porque contiene una regla aplicable para desatar los planteamientos propuestos a título de problema jurídico respecto de la competencia temporal para decretar la caducidad del contrato, y en especial por las características fácticas y probatorias que rodean el subjuice.

²⁵ Consejo de Estado- Sección tercera- Subsección B- C.P DANILO ROJAS BETACOURTH, radicación: 27001-23-31-000-2003-00818-01(42105)- actor: ASFALTANDO LTDA. Y OTRO y demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, mediante la cual se tuvo en cuenta lo indicado en la sentencia de la subsección “C”, C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa en el proceso radicado bajo el N° 68001-23-31-000-2009-00295-01(57279) promovido por Carlos René Santamaría y otros contra el Instituto Nacional de Vías

En punto de lo anterior, la Sala, considera importante señalar que se entiende por precedente jurisprudencial, a aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de: i) patrones fácticos y ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar *el nuevo caso*.

Armonizando lo anterior, tenemos que la jurisprudencia constitucional²⁶, ha diferenciado los precedentes, dividiéndolos para el efecto en dos clases teniendo en cuenta la autoridad que profiere la providencia previa, denominándolos horizontal y el vertical, en relación al primero, tenemos que hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial y el vertical, se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional.

Así para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina el Consejo de Estado, como órgano de cierre dentro de la jurisdicción y en los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los Tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores.

Hechas las anteriores precisiones, reitera la Sala que la sentencia del 14 de septiembre de 2017, constituye un precedente judicial, en razón a que sus argumentos fácticos son similares con el caso sub-judice, además de contener un modelo aplicable para desatar los planteamientos propuestos a título de problema jurídico, respecto de la competencia temporal para decretar la caducidad del contrato, posición que también ha sido asumida por esta Corporación en pronunciamientoreciente pronunciamiento del 30 de marzo de 2018, dentro del expediente acumulado 150013331009200900025-01 150002331001200800086-00–Sala de decisión No. 5, ponencia del doctor Oscar Alfonso Granados Naranjo.

4.2.3 Cláusula penal

²⁶ Sentencia T-360/14

Se hace preciso mencionar que la Sala de Consulta y Servicio Civil el 25 de mayo de 2006, con ponencia del Consejero Enrique José Arboleda Perdomo, conceptuó aduciendo:

"Si la administración se decide por la caducidad, es claro que la declara mediante acto administrativo que goza de los privilegios de la declaración previa y la ejecución oficiosa. Además, la misma norma que se comenta, le da a la caducidad el efecto de ser constitutiva del siniestro de incumplimiento. Es obvio que la administración, por sí y ante sí, está habilitada para declarar el incumplimiento del contratista y por ello caduca el contrato, es también obvio que hay lugar al pago de los perjuicios que del mismo se deriven. Así las cosas, si en un contrato estatal con cláusula de caducidad se pactó alguna cláusula penal, en el acto administrativo que la declara puede cobrársela al contratista particular, a manera de apremio, de garantía o de indemnización de perjuicios, según la redacción exacta de ellas. Es entendido que si éstas serían exigibles por la vía ejecutiva en el derecho privado, también lo deben ser por la vía del acto administrativo que declara la caducidad.

Argumentando por el absurdo, sostener que en la resolución de caducidad de un contrato, no se puede incluir la orden de pagar la cláusula penal debidamente pactada, y que ésta debe acudir al juez del contrato para que la "imponga," lleva a poner a la administración en una situación de desventaja frente al particular, pues éste último tiene a su favor la vía ejecutiva mientras que la administración debe iniciar un juicio de conocimiento para que declaren la exigibilidad de la cláusula penal. De esto se desprende que es absurdo pensar que en el acto administrativo de caducidad de un contrato, en el que se entiende incorporado el poder de la administración y que goza de los privilegios que le son propios, no pueda obligar al pago de la cláusula penal que por sí misma es exigible con el mero incumplimiento."²⁷ (Subrayas fuera de texto).

²⁷ Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00050-00(1748). Actor: MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL

Por disposición legal²⁸, en la interpretación de las cláusulas pactadas en un contrato deberá preferirse el sentido de la misma que sea capaz de producir algún efecto, frente a otro que no sea capaz de producir efecto alguno, y concordante con el artículo 1596 del Código Civil, si el deudor cumple una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.

4.2.4 Contrato de obra pública-liquidación y declaratoria de siniestro

Por disposición legal, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, determina que en los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, dentro del término fijado en el pliego de condiciones o en su defecto, dentro de los 4 meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

Sin embargo, el artículo 61 de la misma Ley 80 de 1993, vigente para la época de los hechos²⁹, dispone que si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado, susceptible del recurso de reposición.

Ahora bien, la Jurisprudencia del Consejo de Estado, ha establecido que el alcance y sentido de la liquidación definitiva de un contrato es el de un verdadero balance o corte de cuentas, lo cual permite determinar si alguna de las partes de un contrato le debe algo a la otra u otras y, de ser así, cuánto es el monto del valor adeudado, de conformidad con los siguientes términos:

"La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado queda después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden

²⁸ Artículo 1620 Código Civil.

²⁹ El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 derogó el artículo 61 de la Ley 80 de 1993.

formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no se hicieron en ese momento³⁰”.

En cuanto a los efectos que genera la liquidación de un contrato, especialmente en los casos en que la misma se adopta de manera bilateral o por acuerdo entre las partes, la jurisprudencia ha establecido, de manera reiterada, lo siguiente:

“(...) El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él (...)”³¹.

Ahora bien, respecto a la declaratoria de siniestro en el contrato de obra, la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, contempla la potestad de la administración para declarar el siniestro de un contrato estatal mediante la expedición de los siguientes actos administrativos: 1. La facultad para que sea declarada la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo deviene del artículo 68 del C.C.A., en sus numerales 4 y 5³², potestad legal que faculta a la entidad pública para que produzca una decisión previa con la finalidad de proteger el patrimonio del Estado, bien sea durante la etapa precontractual, en la contractual propiamente dicha o en la fase post-contractual. 2. La facultad otorgada por la Ley no constituye una prerrogativa propia del ejercicio de los poderes exorbitantes o facultades excepcionales al derecho común con que cuenta la administración, previstas en el numeral 2º del artículo 14 del estatuto de contratación estatal (Ley 80 de 1993), en cuanto que, las garantías no son una pena convencional ni un medio coercitivo para apremiar al particular.

³⁰ Consejo de Estado Sala de lo contenciosos Administrativo –Sección Tercera –Subsección A, Sentencia del 31 de marzo de 2011

³¹ Consejo de Estado Sala de lo contenciosos Administrativo –Sección Tercera –Subsección A, Sentencia del 30 de agosto de 2001

³² Artículo 68 CCA

4.2.5 Ejecución de las obras públicas- competencia y control de la administración

Para la Sala, es relevante señalar que cuando la administración contrata a un tercero, su función de dirección, control y manejo en la ejecución de la obra pública no desaparece, así se ha determinado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, desde 1985, con las siguientes condiciones: i) es tanto como si la misma Administración la ejecutara directamente, la Administración es siempre la dueña o titular de la obra pública, ii) la realización de las obras siempre obedece a razones de servicio y de interés general, ii) no son oponibles a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista, esto es, exonerarse de responsabilidad extracontractual frente a esos terceros, en tanto la Administración debe responder si el servicio no funcionó, funcionó mal³³.

Lo anterior, es concordante con lo reiterado por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el entendido que cuando la Administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra a través de la cual va a prestar el servicio público, es tanto como si aquélla la ejecutara directamente, reiterando entre otras decisiones, en la sentencia del 28 de noviembre de 2002, expediente número: 14.397³⁴, cuando precisó:

"(...) En efecto, desde el año de 1985 se ha considerado que cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública, es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra, su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece más a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado (...)."

4.2.6 Garantías en materia contractual frente a la cláusula excepcional de caducidad

³³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto del 25 de junio de 1997, exp.10.504, actor: Capolicán Rojas Hernández.

³⁴ C.P. Ricardo Hoyos Duque.

De acuerdo a lo indicado en el acápite de naturaleza y reglas del Contrato Estatal, desde el enfoque de los principios, la Sala advierte que los procedimientos de la administración no son ajenos a las ritualidades formales, en concordancia con el calificativo sobre lo material o sustancial, así que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho la Administración y los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la *"profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad."*³⁵

En virtud de lo anterior, le es exigible a la administración concretar dichos principios constitucionales y legales, en la toma de sus decisiones, teniendo como eje único la garantía plena y efectiva de los derechos fundamentales, en tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Consejo de Estado, donde se ha destacado la necesaria presencia y garantía efectiva del debido proceso en el ámbito de las relaciones contractuales de la administración pública, de modo tal que el ejercicio de las potestades excepcionales que el legislador confirió a la administración deben estar rodeadas, sin lugar a dudas, de tales garantías procesales a fin de evitar ejercicios excesivos, arbitrarios; así lo ha precisado con anterioridad:

"En cuanto al debido proceso en materia administrativa, como la garantía contemplada en el artículo 29 de la Constitución que tiene por objeto limitar el poder para que ninguna de las actuaciones de la Administración dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentre sujeta a los procedimientos establecidos en la ley, la jurisprudencia constitucional³⁶ y la doctrina especializada³⁷ han entendido que este debe estar presente en todas las actuaciones administrativas que adelanten los servidores públicos o los particulares con funciones de esta naturaleza.

La actividad unilateral de la Administración en las actuaciones administrativas no resulta contraria a la garantía del debido proceso siempre y cuando ésta se presente hasta el momento en que la

³⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2011, p. 137.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-150 de 1993, SU-620 de 1996, T-249 de 2011

³⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Op., cit., pp. 72-74.

Administración deba relacionarse con un sujeto perfectamente identificado, pues a partir de ese momento se rompe la actividad unilateral de la Administración y ésta debe actuar protegiendo la totalidad de las garantías que se desprenden del debido proceso.

Es decir, se debe garantizar i) el derecho de audiencia, lo que significa que el particular debe ser oído por el funcionario competente para tomar la respectiva decisión. También ii) se debe proteger el derecho de defensa, continuo y permanente, que comprende el derecho a ser oído, el derecho a presentar y solicitar pruebas, y el derecho a interponer los recursos correspondientes³⁸ con el fin de que la Administración estudie nuevamente la decisión y solicitar que ésta sea revocada, modificada o aclarada. Así mismo, los administrados tienen derecho iii) a que se les apliquen trámites y plazos razonables y iv) se les asegure la imparcialidad de las decisiones³⁹. Finalmente, v) también se debe garantizar el derecho de contradicción, como contrapeso obligatorio del poder punitivo del Estado⁴⁰.

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Corporación⁴¹, al afirmar que desde el decreto 01 de 1984 y la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en el derecho administrativo y, por ende también, en la contratación estatal, se han incorporado las distintas garantías del debido proceso.⁴²

Dicha garantía, prescribe el derecho de defensa, con el fin de garantizar que se vincule al afectado con el procedimiento sancionatorio, para que exponga las razones que explican su percepción de los hechos investigados, garantía que también determinó el Código Contencioso Administrativo, contenido en el art.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-788 de 2002.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-983 de 2010.

⁴⁰ Todas estas garantías han sido objeto de estudio por la jurisprudencia constitucional, que las ha clasificado según el momento en que se deban proteger. En palabras de la Corte Constitucional, el derecho al debido proceso administrativo está amparado por dos tipos de garantías, las mínimas previas, que son aquellas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras; y de otro lado las garantías mínimas posteriores, que se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa. *Ibidem*. En este sentido véase también la Sentencia C-089 de 2011.

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de junio de 2010, Expediente: 16367, Sentencia del 30 de marzo de 2011, Expediente 20917 y Sentencia del 26 de julio de 2011, Expediente: 21318 C.P.: Enrique Gil Botero.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 21 de marzo de 2012.

28, cuando protege, incluso, a las personas que pudieran afectarse con la decisión⁴³, de manera que ordena hacerlas parte del procedimiento administrativo. Y si esto acontece con los terceros, con mayor razón aplica para quien es parte⁴⁴.

Para colegirse que el derecho de defensa no conoce más limitaciones en materia contractual, y por eso se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes⁴⁵, ser oído y que se practiquen pruebas y se controviertan, es decir que se respete el derecho de audiencia y defensa, que permita fijar la posición de la parte, y en general, toda forma de participación en el procedimiento, que contribuya a defender una posición o postura jurídica.

5. Caso concreto

Bajo los anteriores supuestos, se estudiará el caso en concreto, encontrando la Sala que tal como lo reseñó la sentencia de unificación, quedó definido que el término dentro del cual la administración puede declarar la caducidad de un contrato estatal es aquél establecido como el plazo de ejecución contractual, pues, se reitera, *"mal podría pretenderse terminar por la vía de la caducidad lo*

⁴³ Dispone el art. 28 CCA. "DEBER DE COMUNICAR. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

"En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35."

⁴⁴ Entre otras cosas, la aplicación del CCA al procedimiento contractual, y los demás que se deriven de él, se fundamenta en el art. 77 de la ley 80: "DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. **En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales.** A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

"Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo." (Negrillas fuera de texto)

⁴⁵ Discurre la Corte al respecto, en la sentencia T-796 de 2006, del siguiente modo: "6.1. En esta oportunidad las sociedades... consideran que el Invías incurrió en una vulneración a sus derechos fundamentales, al resolver los recursos de reposición interpuestos contra los actos administrativos que liquidaron unilateralmente el contrato de concesión N° 388/97, pues no se les permitió objetar el dictamen pericial decretado por la administración, y en el cual se basó la liquidación del contrato. **Si bien solicitaron su aclaración o complementación, los peritos se negaron a ello, y además, tampoco se les corrió traslado de dicha respuesta dada por los peritos.**(...)

"A juicio de la Sala, como lo consideraron los jueces de instancia, **la anterior situación trasgrede el derecho fundamental al debido proceso en cabeza de las sociedades..., por cuanto no pudieron contradecir el dictamen pericial.** En primer lugar, los peritos se negaron a aclarar o complementar el dictamen pericial rendido sin que la administración hiciera nada al respecto, pues ni exigió que los peritos cumplieron con su deber ni corrió traslado a las partes para que pudieran pronunciarse objetándolo por error grave, en los términos del numeral 4° del artículo 238 del C.P.C., norma que se aplicaba al caso concreto dadas las razones desarrolladas en la parte dogmática de esta providencia.
(...)

"Así las cosas, no existe razón válida para que el Invías no haya corrido traslado a la respuesta de solicitud de aclaración o complementación al dictamen pericial que elevaron las sociedades accionantes en escrito radicado ante la entidad el 9 de agosto de 2005 (folio 143 a 146 del cuaderno de primera instancia), sin importar en que sentido lo hayan hecho los peritos, y que en el caso concreto se traduce en la negativa de proferir la aclaración. Por lo que el Invías al resolver los recursos de reposición, pretermitiendo el mencionado trámite, desconoció el derecho al debido proceso de las sociedades actoras, máxime cuando se trataba de un caso en que los peritos se negaron a la aclaración o complementación solicitada sin que al respecto la administración tampoco tomara alguna decisión."

que ya se terminó por la vía de extinción del plazo, razón, entre otras, por la cual una vez que esto ha acaecido se extingue la competencia de la administración para declararla⁴⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior entraremos a analizar si en el caso-subjude se configura la falta de competencia temporal para que el INVIAS pudiera declarar la caducidad del Contrato de obra 1871, para lo cual empezaremos analizando el contenido de los actos demandados, así:

- Resolución No. 01935 del 28 de abril de 2008⁴⁷, por medio de la cual se declara la caducidad del contrato 1871 de 2005:

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

ARTÍCULO SEGUNDO.- Imponer al contratista CONSORCIO GOMGON 24, como sanción a título de cláusula penal pecuniaria la suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS CON 70/100 (\$481'538.820,70) MONEDA CORRIENTE, correspondiente al diez por ciento (10%) de las cantidades totales de la obra por ejecutarse, de

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de junio de 2014, Exp. 29203.

⁴⁷ Folios 340-384, anexo 3.

conformidad con lo estipulado en la cláusula décima quinta del Contrato No. 1871 de 2005.

(...) **ARTÍCULO CUARTO:** El contratista deberá cancelar la sanción impuesta en la cuenta que para tal efecto señale el área de Tesorería del Instituto Nacional de Vías, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución y si no fuere posible la descontará de los saldos pendientes que el Instituto le adeude o haciendo efectiva la garantía única de seguro de cumplimiento a favor de las entidades estatales No. 1011000159601 y sus modificaciones expedidas por Aseguradora AGRÍCOLA DE SEGUROS, como respaldo del cumplimiento del contrato estatal en cuestión (...).”

- Resolución No. 006101 de 31 de octubre de 2008, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Compañía Suramericana de Seguros S.A contra la Resolución 01938 de 2008⁴⁸:

"(...)

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

(...)

ARTÍCULO CUARTO.- La parte resolutive del presente acto administrativo, una vez se encuentre ejecutoriado, deberá ser publicado a cargo del contratista en medio de comunicación social escrita, comunicada a la Cámara de Comercio en donde se encuentre inscrito el contratista sancionado, publicada en el diario oficial, y

⁴⁸ Folios 391 a 445, anexo 3

comunicada a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 80 de 1993”.

Resolución 04269 del 17 de julio de 2009 por medio de la cual se liquida en forma unilateral y se declara el siniestro del anticipo del contrato 1871 de 2005⁴⁹:

" (...)

ARTICULO PRIMERO.- Liquidar unilateralmente el contrato de obra No. 1871 de 2005, celebrado entre el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS Y CONSORCIO GOMGON 24, NIT900.034.734-9, representado por MIGUEL EDGAR ALFONSO GONZALEZ, identificado con...de acuerdo a la parte motiva de la presente providencia; la cual se efectúa conforme al proyecto de acta de liquidación presentado por la Interventoría, Consultoría de Apoyo a la Gestión...

SALDO A FAVOR DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS UN MIL TREINTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS DIECIOCHO MIL OCHOCIENTOS SEIS PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$1.039.318.806.60) MONEDA CORRIENTE (1+2)

ARTICULO SEGUNDO.- Declarar ocurrido el siniestro del buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato No. 1871 de 2005 celebrado entre el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS y CONSORCIO GOMGON 24, NIT 900.034.734-9...por la suma de \$557.779.987.90, de acuerdo a la parte motiva de la presente providencia.

ARTICULO TERCERO.- Ordenar hacer efectiva la garantía No.1011000159601 expedida por la compañía AGRICOLA DE SEGUROS S.A, en el amparo de anticipo por la suma de ...(\$557.779.987.90)moneda corriente...

ARTICULO CUARTO -Ordenase requerir al contratista CONSORCIO GOMGON 24, a través de su representante, a cada uno de los

⁴⁹ Folios 453-465, anexo 3

integrantes del citado consorcio y a la compañía AGRICOLA DE SEGUROS S.A para la cancelación del saldo a favor del Instituto Nacional de Vías, por la suma de ... (\$557.779.987.90) MONEDA CORRIENTE por concepto de anticipo por amortizar.

...

ARTICULO QUINTO.- *Ordenar al CONSORCIO GOMGOM 24 ...que al momento de pagar la suma de... (\$557.779.987.90) MONEDA CORRIENTE por concepto de anticipo por amortizar, se liquiden los rendimientos financieros causados a favor del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS.*

(...)"

En este sentido, tenemos igualmente que el **Contrato de Obra No. 1871 de 6 de octubre de 2005**, suscrito entre el CONSORCIO GOMGON 24, integrado por MIGUEL EDGAR ALFONSO GONZALEZ y LUIS ENRIQUE MAYORGA AGUIRRE, y el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS⁵⁰, cuyo objeto era "realizar EL DISEÑO, LA RECONSTRUCCIÓN, LA PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LA VÍA GRUPO 24 TRAMO 1 VÍA MARIPÍ-SANTA HELENA DEL K 0+000 AL K 13+500 CON UNA LONGITUD DE 13.50 KILÓMETROS EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, de conformidad con los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública DG-164-2004...", fijó un plazo para la ejecución en la cláusula cuarta, donde se dijo que "el plazo máximo de ejecución del contrato es de hasta VEINTIUN (21) meses, contados a partir de la orden de iniciación que impartirá el Secretario General Técnico del INSTITUTO... El plazo aquí señalado se discrimina de la siguiente forma: TRES (3) meses para la ETAPA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS y hasta DIECIOCHO (18) meses para la ETAPA DE CONSTRUCCIÓN DE CONFORMIDAD CON EL ANEXO 1"⁵¹.

Como quiera que la ejecución del contrato, como viene de verse, se dividía en dos etapas, la primera, correspondiente a estudios y diseños, se acordó por las partes iniciarla el **30 de noviembre de 2005**, mediante acta de iniciación de

⁵⁰ Folios 279 a 285 c1; 228 a 235 anexo 3

⁵¹ Folios específicos 146 vto. y 147.

obra de la misma fecha⁵², momento a partir del cual se contaría el plazo contractual de los veintiún meses y a su vez los tres meses de la primera fase.

Por ende, la segunda etapa, esto es, la de construcción, inició el día 1º de marzo de 2006, previéndose su terminación el **29 de agosto de 2007** tal y como consta en el acta suscrita el 30 de marzo de 2006⁵³.

Así las cosas tenemos que atendiendo a que al plenario no se allegó documento alguno en donde se evidencie que hubo suspensión o prórroga alguna del contrato No. 1871 de 6 de octubre de 2005, los veintiún meses se cuentan de corrido.

Visto lo anterior, es claro para la Sala que la resolución que declaró la caducidad se expidió el *28 de abril de 2008*, siendo confirmada mediante resolución 006101 del *31 de octubre de 2008*,

De lo aquí descrito y atendiendo el precedente jurisprudencial antes señalado, se tiene que el INVIAS, podía haber declarado la caducidad del contrato dentro del término de ejecución del mismo es decir, desde el 30 de noviembre de 2005 y hasta el 29 de agosto de 2007. El acto que declaró la caducidad se profiere por parte de la Administración el 28 de abril de 2008, esto es *por fuera del término antes mencionado, por tanto* forzoso es concluir que la entidad demandada actúo por fuera de la oportunidad establecida para declarar la caducidad del contrato, esto es, cuando ya había fenecido el ámbito de competencia para el ejercicio de sus potestades exorbitantes.

De esta manera, encontrándose acreditada la extemporaneidad en el ejercicio de la competencia de la entidad demandada para proferir la Resolución No. 01935 de 28 de abril de 2008, por medio de la cual el INVIAS, declaró la caducidad del Contrato de Obra No. 1871 de 2005, confirmada mediante Resolución No. 006101 del 31 de octubre de 2008, se declararán nulas tales decisiones.

Aunado a todo lo anterior precisa la Sala que la anterior decisión también se sustenta que lo siguiente: i) sobre el asunto sub-judice se tramitó un caso similar

⁵² Folios 266 a 269, anexo 3.

⁵³ Folio 299 a 301 anexo3.

identificado con el número 150012331001-200900261-01, en donde el demandante correspondía al Consorcio GOMGON 24 y demandado el INVIAS, proceso que fue decidido por la Sala de Descongestion No. 6, ponencia del Dr. Javier Humberto Pereira, declarando la falta de competencia temporal del Invias para haber declarado la caducidad del contrato objeto de la Litis; y ii) que a folios 148 y ss, obra auto del 19 de octubre de 2011 proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la cual se ordenó la suspensión provisional de las resoluciones 01935 del 28 de abril de 2008 y 0601 del 31 de octubre de 2008, proferidas por el INVIAS, y a través de las cuales se declaró la caducidad del contrato y se resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión.

Igualmente, la Sala advierte que la competencia para proferir la caducidad, es exclusiva del INVIAS, por ser la entidad contratante que tenía a su cargo la dirección, control y la vigilancia del contrato, como única competente para tomar la decisión de caducar el mismo, imponer al contratista las sanciones a que hubiese lugar o declarar la terminación unilateral con ocasión de su incumplimiento contractual, independiente del concepto de la interventoría, quien en cumplimiento de sus obligaciones, realizó las recomendaciones pertinentes.

Ahora bien, en lo que respecta a la Resolución No. 04269 del 17 de julio de 2009, proferida por el Secretario General Técnico del INVIAS, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato de obra No. 1871 de 2005 y se declaró el siniestro del anticipo y se ordenó hacer efectiva la garantía No.1012000159601 expedida por la COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A (hoy SURAMERICANA DE SEGUROS S.A); es necesario reiterar por esta Sala que la liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.

En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance

tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual, conforme al precepto del artículo 289 del Decreto 222 de 1983.

En armonía con lo anterior, es necesario señalar también que por mandato legal el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 los contratos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue por suspensión inicial y en términos generales todo contrato estatal, son objeto de liquidación de común acuerdo por las partes intervinientes, dentro de término fijado en el pliego de condiciones o en su defecto dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización del mismo, o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

Concordante con lo anterior, el artículo 61 *ibídem* dispone que si la liquidación no se logra de mutuo acuerdo o el contratista no se presenta, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado, susceptible del recurso de reposición.

De esta manera el inciso final del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, señaló: *"Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo"*.

Colige la Sala que los términos para efectuar la liquidación del contrato estatal, a lo largo del recuento normativo, han permanecido incólumes frente a la liquidación de los mismo bien sea por mutuo acuerdo o unilateralmente y que en condiciones ideales y normales, el contrato celebrado y ejecutado, debe ser liquidado satisfactoriamente por ambas partes.

Sin embargo, cuando alrededor de la ejecución se presenten irregularidades, contratiempos y circunstancias sobrevenidas que alteren el desarrollo normal de lo contratado y adjudicado, conlleva a la administración a ejercer otra potestad

excepcional como es la liquidación unilateral y declarar el estado en el que quedo el contrato.

De allí que constituya un requisito de la acción contractual la existencia de la inconformidad, que debe quedar expresa y escrita en el acta de liquidación por parte del contratista, así lo ha considerado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en sentencia de julio 6 de 2.005- exp. 14.113, en que se indicó:

"... la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión de contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico económica, pero si debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad..." (Subrayas de la Sala)

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que para el caso en estudio, en la cláusula vigésimo cuarta del contrato 1871 de 2005, se determinó que le serían aplicables para la liquidación, las disposiciones de la Ley 80 de 1993, es decir dentro de los 4 meses siguientes a su vencimiento o a la expedición del acto administrativo que ordenara su terminación o a la fecha del acuerdo que la dispusiera; señalando que el termino para la liquidación se empezaría a contar a "partir del acta de recibo definitivo o final de la obra, que se suscribirá máximo dentro de los 45 días calendario siguientes al vencimiento del plazo de ejecución del contrato", y determinando también que si el contratista no se presentare para efectos de la liquidación del contrato o las partes no llegaren a ningún acuerdo, el INVÍAS procedería a su liquidación unilateral.

En virtud de lo anterior, las partes acordaron expresamente un término máximo de 5 meses y 15 días para la liquidación de común acuerdo, pues si bien aludieron al plazo de 4 meses que trae el estatuto de contratación, también estipularon que el mismo debía iniciarse a más tardar dentro de los 45 días calendario siguientes al vencimiento del plazo de ejecución del contrato.

En este punto, hay que señalar que el estatuto de contratación no estableció el término dentro del cual la entidad debía proceder a liquidar unilateralmente el

contrato cuando se daban las condiciones para ello, pero este defecto fue suplido por el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo modificado por el art. 44 de la Ley 446 de 1998, *norma conforme a la cual la entidad tiene 2 meses para liquidarlo unilateralmente una vez vencido el plazo convenido* por las partes o en su defecto, del establecido por la ley.

En consecuencia, el plazo de 2 meses para la liquidación unilateral del contrato cuando no fuera posible hacerlo de común acuerdo por las partes, fue establecido por el Código Contencioso Administrativo para efectos de contabilizar el término de caducidad de la acción de controversias contractuales⁵⁴, por lo cual el hecho de que transcurra ese plazo sin que la entidad haya utilizado esa facultad unilateral, no significa que pierda su competencia para hacerlo y por lo tanto, podrá liquidar unilateralmente el contrato, aún después de los 2 meses a los que alude la norma, siempre que lo haga dentro del término de caducidad de la acción contractual, que es de 2 años y en tanto no le haya sido notificada demanda en la que se hubiere pedido al juez la liquidación del contrato.

03.....

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado precisó:

"(...) ha precisado la Sala que dicho término no es perentorio, vale decir, que pasados ahora 6 meses de haberse vencido el plazo del contrato sin que éste se haya liquidado no se pierde competencia para hacerla. Pueden practicarla los contratantes por mutuo acuerdo o la administración unilateralmente, ya que el fin último es que el contrato se liquide y se definan las prestaciones a cargo de las partes (...)".⁵⁵

⁵⁴ De acuerdo con lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 136 del CCA, el término de caducidad de la acción contractual en aquellos contratos susceptibles de liquidación, empieza a contabilizarse una vez el contrato se liquida -de común acuerdo, dentro de los 4 meses siguientes a su terminación o unilateralmente, dentro de los 2 meses siguientes al vencimiento del término para hacerlo en forma bilateral-; y si el contrato no es liquidado dentro de estos plazos, una vez corren los 2 meses para que la entidad lo haga en forma unilateral, empezarán a correr los 2 años para presentar la demanda. Es decir que, en total -si las partes no dispusieron otra cosa- serán 6 meses para liquidar el contrato, terminados los cuales empieza a correr el término de caducidad de la acción.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2001, expediente 14384, C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez; citada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de julio de 2013, expediente 26937, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En fecha más reciente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de marzo de 2015, expediente 29430, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de junio de 2016, expediente 39665, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E), en la cual se dijo: "(...) en lo relativo a la competencia temporal de la administración para liquidar los contratos estatales, conforme a lo previsto en los artículos 60⁵⁵ y 61⁵⁵ de la Ley 80 de 1993 con la reforma introducida por la ley 446 de 1998, se tiene que una vez vencido el plazo contractual la administración dispone de 4 meses para efectuar la liquidación bilateral, en caso de no realizarse así tiene 2 meses más para hacerlo unilateralmente y en el evento en que así no lo hubiere hecho, podrá intentarla hasta antes de que transcurra el término de 2 años más para que opere la caducidad de la acción contractual".

En el caso sub-judice, el contrato No. 1871 de 2005, celebrado por las partes se terminó el 29 de agosto de 2007 y por tratarse de un típico contrato de tracto sucesivo, era susceptible de ser liquidado, para lo cual, las partes acordaron un plazo de 5 meses y 15 días, para hacerlo de común acuerdo, lo que no sucedió; en consecuencia, la entidad tenía legalmente otros 2 meses para hacerlo en forma unilateral, es decir hasta el *15 de abril de 2008*, fecha a partir de la cual, de acuerdo con lo establecido en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA⁵⁶, empezó a correr el término de caducidad de la acción de controversias contractuales, el cual por lo tanto, vencía *el 15 de abril de 2010*, si el conteo es de corrido, pero si atendemos que los dos (2) años, para ejercer el derecho, se cuenta desde la ejecutoria del acto que la apruebe.

De esta manera, y teniendo en cuenta los documentos obrantes en el expediente, el INVÍAS liquidó unilateralmente el contrato No. 1871 de 2005, a través de la Resolución No. 04269 de 17 de julio de 2009, debidamente ejecutoriada conforme al edicto fijado desde el 25 de agosto hasta el 7 de septiembre de 2009, quedando en firme el 15 de septiembre de 2009, según constancia obrante a folio 473 del anexo 3; lo que significa que se expidió el acto administrativo liquidatorio en el transcurso del término procesal de la caducidad de la acción y de acuerdo con lo expuesto en líneas anteriores, la entidad *sí tenía competencia para liquidar* en forma unilateral el referido contrato, por ende dicha decisión se mantendrá incólume.

Para concluir, la sala dirá que: i) la declaratoria de caducidad es una terminación unilateral y anticipada del contrato por parte de la administración contratante, siempre que se den las causales legalmente consagradas para ello, que en el caso de la Ley 80 de 1993, no son otras que el grave incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y que amenace la efectiva ejecución del objeto contractual; ii) el ejercicio de las facultades excepcionales y específicamente para declarar la caducidad del contrato, ha suscitado diversas posiciones jurisprudenciales, lo que condujo a que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, profiriera

⁵⁶ "10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

(...)

d) En los que requieran de liquidación y **ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe**. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;

(...)"

sentencia de unificación, determinando que el término dentro del cual la administración puede declarar la caducidad de un contrato estatal *es aquél establecido como el plazo de ejecución contractual*; y; ii) que el INVÍAS liquidó unilateralmente el contrato N. 1871 de 2005, a través de la Resolución No. 04269 del 17 de julio de 2009, lo que significa que expidió el acto administrativo en el transcurso del término de caducidad de la acción, coligiéndose de ello, que la entidad sí tenía competencia temporal para efectuar dicha liquidación.

5.-Costas

No se condenará en costas en esta instancia, toda vez que las partes se limitaron al ejercicio de los derechos y actuaciones procesales pertinentes y no se observó una conducta dilatoria o de mala fe, según lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión No 6, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR LA NULIDAD de las Resolución No. 01935 de 28 de abril de 2008, por medio de la cual el INVÍAS, declaró la caducidad del Contrato de Obra No. 1871 de 2005, y de la Resolución No. 006101 del 31 de octubre de 2008, que confirma la primera, por las razones expuestas en las motivaciones del presente fallo.

SEGUNDO.- NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO.--Sin condena en costas para la parte vencida.

CUARTO.- La sentencia se cumplirá dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 el C.C.A.

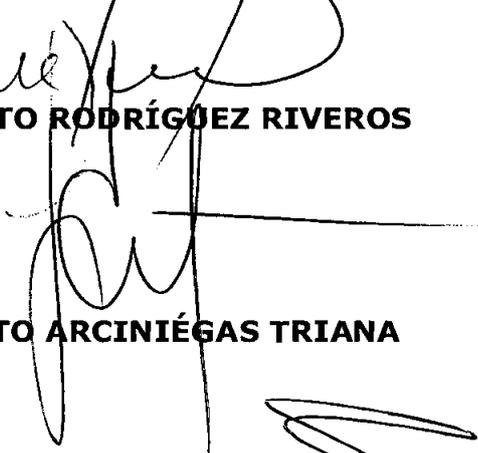
QUINTO.- Una vez en firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Los magistrados,



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS



LUÍS ERNESTO ARCINIÉGAS TRIANA



FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA