

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISION No. 1**

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, 28 AGO 2018

REFERENCIAS

Medio de Control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Expediente No. 150012333000201800156-00
Demandante: CONSORCIO HIDRO INTEGRAL 2009
Demandada: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS -INVIAS-

Se decide el recurso de reposición formulado por el apoderado de la parte actora contra el auto de fecha 12 de junio de 2018, por medio del cual se decidió negar la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados.

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio del medio de control de controversias contractuales, el CONSORCIO HIDRO-INTEGRAL 2009, por intermedio de apoderado judicial, solicitó que se declare la nulidad de las resoluciones con las cuales el Instituto Nacional de Vías declaró el incumplimiento del contrato de interventoría No. 1323 de 2009, haciendo efectiva la cláusula penal pecuniaria; como consecuencia de la anterior, pidió que se condene al demandado a pagar a la parte actora la suma de (\$1.048.838.503), valor derivado del pago de la cláusula penal impuesta en los actos administrativos demandados, así como al pago de los demás daños y/o perjuicios causados.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones demandadas; y como consecuencia de lo anterior, se valore el porcentaje del incumplimiento para efectos de

determinar el valor de la cláusula penal, dictando de esta manera un acto administrativo de reemplazo, en el que se establezca el valor de la mencionada cláusula, proporcional al incumplimiento que sea valorado por esta Corporación, ordenando el pago de la diferencia entre las sumas de dinero pagadas por la parte actora y el justiprecio de la cláusula penal establecida en la sentencia.

2. En escrito separado de la demanda, pidió la suspensión provisional de las resoluciones acusadas, con base en los siguientes cargos: *i)* Infracción de normas de superior jerarquía por transgresión del principio de confianza legítima y buena fe objetiva, *ii)* Infracción de normas de superior jerarquía por interpretación errónea de la Ley 1474 de 2011, *iii)* Infracción de las normas de superior jerarquía por inaplicación de la Resolución INVIAS No. 3662 de 2007, y *iv)* Desviación de poder por sancionar a quien hizo bien y no sancionar al que hizo mal, solicitud frente a la cual se refirió el apoderado del Instituto Nacional de Vías –INVIAS- mediante escrito del 15 de mayo de 2018.

3. Por auto del 12 de junio de 2018, el Despacho del Ponente negó la medida cautelar deprecada, al señalar que no se cumplía con el cuarto requisito del artículo 231 del C.P.A.C.A para su procedencia, toda vez que la parte actora no había acreditado sumariamente que con los actos acusados se le estuviere ocasionando algún daño.

II. EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Dentro del escrito del recurso, el apoderado de la parte actora sostuvo que de las pruebas aportadas hasta el momento, así como de conformidad con las razones expuestas en la demanda y en la solicitud de medida cautelar, sí podía concluirse la existencia de daños y perjuicios que se han causado y que se consolidarían si no se procede a la suspensión de los actos administrativos demandados, tal como es el caso del pago de la cláusula penal.

Que frente a la prueba sumaria de la existencia del perjuicio mencionado, dentro del expediente obra bastante material probatorio con el cual se acredita la existencia del mismo, tal como es el caso de las Resoluciones No. 04879 y 07089 de 2017, a través de las cuales se impuso dicho valor a cargo de la parte actora, aportando de igual manera el acuerdo de pago celebrado el día 08 de noviembre de 2017 entre el INVIAS y el CONSORCIO HIDRO-INTEGRAL 2009.

Por otro lado, señaló que dentro de la demanda se había formulado una pretensión de restablecimiento del derecho relacionada con los daños y perjuicios que se llegaron a causar por la imposición de la sanción derivada de los actos administrativos demandados, en especial los que podría generar para efectos de participar en procedimientos de selección adelantados por otras entidades estatales.

Insistió que es una práctica recurrente en algunas entidades públicas establecer en los pliegos de condiciones, dentro de los factores de evaluación, deducciones en el puntaje final de los proponentes, cuando los mismos hayan sido objeto de imposición de multas o declaratorias de incumplimiento en vigencias fiscales anteriores.

En efecto, que prueba de dicho perjuicio era el procedimiento de selección No. CRW2007 adelantado por Empresas Públicas de Medellín E.S.P., proceso en el que participó la actora, presentado propuesta al interior del mismo, pero que en los pliegos de condiciones se estableció una reducción de puntaje para los proponentes que hubiere sido objeto de imposición de multas, declaraciones de incumplimiento o medidas de apremio durante los tres (3) años anteriores.

Así las cosas, que en virtud de la declaratoria de incumplimiento dada en los actos administrativos demandados, la actora se vio obligada a señalar la imposición de dicha medida dentro del referido proceso de selección, lo cual generó que en la evaluación de las propuestas, INTEGRAL S.A ocupara el primer lugar en el criterio de precio, pero que con fundamento en la declaratoria de incumplimiento que le fue impuesta a través de los actos administrativos demandados, perdió 10 puntos, obteniendo un puntaje total de 90 puntos, mientras que la empresa que resultó adjudicataria obtuvo 93.91.

Que por lo anterior, el descuento de los 10 puntos derivado de la declaratoria de incumplimiento por el INVIAS en virtud de los actos administrativos demandados, fue la causa determinante de que INTEGRAL S.A ocupara el segundo lugar en el procedimiento de selección adelantado por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

III. CONSIDERACIONES

FORMULACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.

A efectos de establecer si la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados que fue solicitada por el apoderado de la parte actora resulta procedente, la Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

En primer lugar, se deberá establecer si la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de las resoluciones acusadas que fue solicitada por la parte actora, cumple con el cuarto requisito a que hace referencia el artículo 231 del C.P.A.C.A para efectos de su procedencia, esto es, si se demostró sumariamente que con los actos acusados se le estuviere ocasionando algún perjuicio a la parte demandante.

En caso de que al anterior problema jurídico sea contestado de manera positiva, le corresponderá a la Sala determinar si la medida cautelar solicitada por la parte actora, reúne los demás requisitos a que hace referencia el artículo 231 *ibídem* para su procedencia.

III.1 DE LA DEMOSTRACION SUMARIA DEL PERJUICIO.

Debe señalarse que el artículo 231 del C.P.A.C.A., establece como requisito para la procedencia de la medida cautelar que: "*Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos*", requisito que se exige solo en los eventos en que a la nulidad se acumule la pretensión de restablecimiento del derecho, tal como ocurre para el asunto en estudio, lo que implica entonces que la parte interesada en el decreto de la medida deba demostrar de forma sumaria el perjuicio que pueda ocasionarle el acto cuya suspensión de sus efectos se solicita.

Para efectos de acreditar el cumplimiento de este requisito, el Consorcio demandante hizo alusión a dos perjuicios que presuntamente le están ocasionando los actos administrativos demandados, los cuales pasan a analizarse conforme a los siguientes argumentos:

- El pago de la cláusula penal impuesta mediante los actos administrativos demandados, la cual asciende a la suma de MIL CUARENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL QUINIENTOS TRES PESOS (\$1.048.838.503)

En el expediente se encuentra copia de las Resoluciones Nos. 04879 y 07089 de 2017, a través de las cuales se declaró el incumplimiento del contrato de interventoría No. 1323 de 2009 y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, y se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la primera, respectivamente. (Fls. 104-223 Cdo principal)

De igual manera, se cuenta con copia del acuerdo de pago celebrado entre el INVIAS y el CONSORCIO HIDRO-INTEGRAL 2009 de fecha 08 de noviembre de 2017, en el cual dichas partes acordaron la forma de pago en lo que respecta al valor de la cláusula penal que le fue impuesta al demandante. (Fls. 232-236 Cdo principal)

De las pruebas antes mencionadas, se advierte que a la sociedad actora, a través de los actos administrativos demandados, se le impuso el pago de una suma de dinero por concepto de cláusula penal pecuniaria que asciende a (\$1.031.379.533), y que como consecuencia del acuerdo de pago al que llegaron las partes de fecha 08 de noviembre de 2017, desde el mes de enero de 2017 y hasta el 30 de enero de 2019, se ve obligada a cancelar periódicamente las sumas de dinero por dicho concepto, tal como se advierte de las consignaciones efectuadas en el Banco de la República por concepto del ya referido acuerdo de pago. (Fls. 149-151 Cdo medidas cautelares)

Pues bien, en lo que respecta a este perjuicio derivado de los actos administrativos demandados, ha de señalarse que cuenta con prueba sumaria suficiente para su acreditación conforme a los documentos ya referidos.

- De los perjuicios que podría generar para la actora la declaratoria de incumplimiento del contrato de interventoría, para efectos de participar en procedimientos de selección adelantados por entidades públicas.

Al respecto, debe señalarse que si bien con la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, la parte actora no allegó prueba alguna que los demostrara, limitándose tan solo a mencionar que la declaratoria de incumplimiento lo perjudicaría para participar en procesos de selección, lo cierto es que con el escrito del recurso de reposición se allegó una serie de documentos con los cuales se pretende demostrar los mismos.

En efecto, se encuentra acreditado que HIDRO-INTEGRAL 2009 se presentó en el proceso de selección No. CRW20077 adelantado por Empresas Públicas de Medellín-EPM. También se encuentra acreditado que dentro de los pliegos de condiciones EPM estableció una reducción en el puntaje para el ítem de cumplimiento, en lo que respecta a los proponentes que hubieren sido objeto de imposición de multas, declaraciones de incumplimiento o medidas de apremio durante los tres años anteriores. (Fls. 154-189 Cdo medidas cautelares), así:

"4.1.2.1. Ponderación cumplimiento

(...)

*4.1.2.1.1. **El demérito en el puntaje que se aplicará al oferente por concepto de cada multa** cuando el acto respectivo se encuentre en firme o ejecutoriado, o haya sido efectivamente aplicado, o cuando la medida de apremio aplicada por cualquiera de las empresas del Grupo Empresarial EPM sea definitiva será de diez (10) puntos, sin considerar si el contrato se encuentra terminado o en ejecución."*

Conforme a lo expuesto, la parte actora aduce que como consecuencia de dicho requisito plasmado en el pliego de condiciones, HIDRO-INTEGRAL S.A se vio obligada a declarar el incumplimiento que le había sido impuesto por el INVIAS a través de los actos administrativos demandados, lo cual generó que si bien dicha sociedad ocupara el primer puesto en el criterio de precio, no obstante, con fundamento en la declaratoria de incumplimiento perdió 10 puntos, obteniendo un total de 90, mientras que la empresa que resultó adjudicataria del proceso de selección obtuvo 93.91.

Sin embargo, ha de advertirse que no se allegó prueba sumaria del proceso de calificación efectuado por E.P.M, para efectos de demostrar que dicha sociedad en efecto hubiere ocupado el segundo puesto en razón de la ya referida declaratoria de incumplimiento. (Fls. 156-192 Cdo medidas cautelares)

A pesar de lo anterior, lo cierto es que se acredita prueba sumaria del perjuicio relacionado con el pago de la cláusula penal pecuniaria, tal como líneas atrás se explicó, razón por la Sala encuentra que el Consorcio demandante acreditó sumariamente el perjuicio de que trata el cuarto requisito exigido por el artículo 231 del CPACA para la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados.

No obstante, se debe advertir que dentro del auto recurrido y por razones prácticas, el Despacho del Ponente se ocupó de estudiar tan solo el cuarto requisito exigido por el artículo 231 del CPACA, sin hacer un análisis de los demás requisitos que exige dicha norma para la procedencia de las medidas cautelares de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, razón por la cual, en esta oportunidad la Sala se detendrá brevemente en las demás hipótesis que legalmente están señaladas y sobre las cuales es posible decretar la medida cautelar de suspensión.

- **Que la medida sea solicitada en la demanda o por escrito separado.**

La Sala encuentra que efectivamente la parte actora solicitó como medida cautelar en escrito separado de la demanda, la suspensión provisional de los actos administrativos demandados.

- **Que la causa para solicitar la medida cautelar sea la violación de normas invocadas en la demanda o en escrito separado.**

Se evidencia que la causa por la cual la parte actora solicita la suspensión provisional de las resoluciones acusadas, consiste en que el Instituto Nacional de Vías, al expedir los actos administrativos demandados, vulneró el principio de confianza legítima y buena fe contractual, incurrió en una interpretación errónea del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, omitió dar aplicación a la Resolución No. 3662 de 2007 del INVIAS y actuó con desviación de poder por sancionar a quien hizo bien y no al que hizo mal, evidenciándose que la referida solicitud se fundamenta en los mismos argumentos expuestos tanto en la demanda, como en la solicitud de la medida cautelar, por lo que el demandante frente a este requisito también dio cumplimiento.

En este punto, resulta importante referirse al argumento expuesto por el apoderado de la entidad demandada, consistente en que los argumentos expuestos por el actor corresponden a los mismos que fueron puestos de presente durante el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio, razón por la cual considera que respecto de los mismos ya se realizó un análisis jurídico al momento de proferir las resoluciones acusadas.

En lo que se refiere a dicho argumento, ha de señalarse que precisamente el actor considera que las decisiones adoptadas por el Instituto Nacional de Vías dentro de las resoluciones acusadas, resultan contrarias a la ley, por lo que con independencia de si se

están formulando los mismos cargos que fueron planteados en sede administrativa, lo cierto es que es al juez administrativo al que le corresponde estudiar la legalidad de las decisiones adoptadas por la administración.

Así las cosas, no es cierto, como lo asegura el apoderado de la entidad demandada, que sobre los cargos formulados en esta instancia ya hubo un análisis jurídico por parte de la administración, y que en ese sentido, el actor no podía volver a plantear los mismos cargos en sede judicial, pues es al juez administrativo y no a la administración, al que le corresponde hacer el control de legalidad de las decisiones que esta última adopte para la preservación del orden jurídico tal como lo prevé el inciso 1 del artículo 103 del CPACA.

De otro lado, en lo relacionado con el argumento del apoderado de la entidad demandada relacionado con el hecho de que los asuntos planteados corresponden analizarse en el fondo de la Litis y no en esta instancia, pues de lo contrario se estaría incurriendo en un prejuzgamiento, debe recordarse que conforme al inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A., la decisión de las medidas cautelares no implican un prejuzgamiento.

➤ **Que la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas.**

En lo que respecta a este requisito, la Sala hará un análisis preliminar sobre los cargos que fueron formulados por la parte actora, y con base en los cuales se sustenta la medida cautelar de suspensión de los actos administrativos demandados.

De la transgresión del principio de confianza legítima y buena fe objetiva.

Considera la parte actora que la entidad demandada le vulneró dichos principios, toda vez que, a pesar que el contrato de interventoría tuvo una vigencia de seis (6) años, el INVIAS nunca lo requirió, advirtió o informó que se estuviera presentando incumplimiento alguno, por lo que resulta ser una manifestación inequívoca de que durante su vigencia sus labores estaban conformes a lo acordado; así mismo, porque al momento de suscribirse el acta de entrega y recibo definitivo de la Interventoría, el Gestor Técnico del Contrato dejó expresa constancia que el Consorcio Interventor había cumplido con el objeto del mismo, sin hacer salvedad alguna.

Pues bien, para efectos de resolver el cargo en cuestión, se debe señalar, en primer lugar, que la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal se diseñó precisamente para después del plazo contractual, toda vez que es en dicho momento cuando la administración y también el contratista, pueden definir si el objeto contractual se ejecutó en la forma acordada o no, sin perjuicio de que se pueda anticipar su declaratoria cuando las circunstancias particulares y por razones del servicio así lo imponga.

De tiempo atrás, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la posibilidad que tiene la administración para efectos de declarar el incumplimiento del contrato, y de esta manera hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, sosteniendo que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando el mismo ha finalizado, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la facultad sancionatoria que tiene la administración para efectos de declarar su incumplimiento.

La anterior tesis era manejada por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, aún incluso en vigencia del Decreto 222 de 1983, pues sostenía que a partir de una adecuada interpretación dada al artículo 72 de la mencionada norma, era posible predicar que la administración contaba con la facultad de declarar el incumplimiento del contrato, después de finalizado su término de ejecución. Al respecto dicha Corporación sostuvo:

*"... en los contratos de obra pública, de suministró o de prestación de servicios, por ejemplo, en los cuales la nota de tracto sucesivo se ve clara, **la administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual**, sin que este haya ejecutado la totalidad de las obras, entregando todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria".¹*

La anterior posición es compartida igualmente por la doctrina nacional, así: *"Casi unánimemente en la doctrina se encuentra que el ejercicio de cualquiera de estos poderes tiene como límite temporal el de la vigencia del contrato. Así ocurre porque se tiene en mente la posición dogmática que de manera reiterada había expuesto el Consejo de Estado para quien después del vencimiento del plazo, no eran pertinentes ni, en consecuencia, lícito su uso por cuanto se entendía que no tenía sentido la protección del interés*

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera - nueve (09) de marzo de dos mil (2000). Radicación: (10540) - C.P. Ricardo Hoyos Duque.

público que las motiva en momentos en que el contrato ya estaba muerto, salvo para el caso de la declaratoria de incumplimiento que se diseñó precisamente para después del fin del plazo contractual.²

Actualmente, según el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la Administración cuenta con la facultad de declarar el incumplimiento del contrato durante el plazo de ejecución y su vigencia, esto es, siempre y cuando el referido negocio jurídico no se hubiere liquidado, pues precisamente, una vez finalizado el término de ejecución pactado, las partes podrán establecer el porcentaje de cumplimiento, determinando si el objeto contractual se cumplió en la forma establecida o no.

En ese sentido, no puede predicarse como regla general y absoluta que, para la declaratoria de incumplimiento, la administración deba previamente requerir al contratista incumplido, para luego sí proceder a la declaratoria del incumplimiento, cuando lo cierto es que, al expirar el plazo de ejecución, partes podrán determinar el porcentaje de cumplimiento del objeto contractual.

Ahora bien, frente al argumento consistente en que la entidad contratante había suscrito el acta de entrega y recibo definitivo sin haber dejado salvedad alguna, el INVIAS sostuvo que en virtud del decreto del testimonio del Gestor Técnico del Contrato, este había contestado que no se dejó salvedad alguna porque los dos incumplimientos que habían sido advertidos, ya habían sido superados, más aun cuando uno de estos se refería a la falta de suscripción de la referida acta.

Así las cosas, que al haberse suscrito la misma en el marco del proceso administrativo sancionatorio, el Gestor Técnico del Contrato tuvo por superado el referido incumplimiento, igual como sucedió con el segundo incumplimiento advertido y que se relacionaba con los ensayos de laboratorio, de los cuales también se comprobó que el contratista interventor dio cumplimiento, de ahí que se hubiere suscrito el acta de entrega y recibo definitivo.

De igual manera, la parte demandada sostuvo que la frase "*la interventoría cumplió con el objeto del contrato de interventoría*", dentro del formato MSE-FR 26 que debe ser utilizado para elaborar las actas finales, se encuentra preestablecida dicha frase, sin que resulte posible la modificación del referido formato, y que en ese

² Dávila Valenzuela Luis Guillermo, Régimen jurídico de la contratación estatal. Bogotá: LEGIS, 2016. p. 629.

sentido no se pueda tomar como una manifestación de voluntad de quien la suscribió.

Pues bien, en lo que respecta a este punto, debe señalarse que según lo expuesto en la Resolución No. 04879 de 2017, por medio de la cual se declaró el incumplimiento definitivo y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato de interventoría No. 1323 de 2009, el Gestor Técnico, en representación de la Dirección Territorial Boyacá, a través del memorando DT-BOY 23017 del 19 de abril de 2016, le solicitó a la Unidad Ejecutora-Subdirección Red Nacional de Carreteras que se diera inicio al procedimiento administrativo sancionatorio en contra del consorcio interventor por incumplimiento definitivo del referido negocio jurídico, consistente en tres puntos básicos: *i)* Incumplimiento a las obligaciones contractuales señaladas en la cláusula séptima del contrato de interventoría, *ii)* Incumplimiento en el seguimiento a la calidad de los materiales necesarios y utilizados en la construcción, *iii)* Incumplimiento en el acta de entrega y recibo definitivo de la interventoría y del informe final.

Como consecuencia de dicha solicitud, la Unidad Ejecutora-Subdirección Red Nacional de Carreteras, a través de los memorandos SRN 24704 y SRN 34311 de 2016, le solicitó a la Oficina Jurídica del INVIAS que diera inicio al referido procedimiento administrativo sancionatorio en contra del contratista interventor, entidad que, mediante Oficio No. OAJ 26433 del 08 de junio de 2016, le imputó un presunto incumplimiento del contrato de interventoría No. 1323 de 2009, específicamente por las mismas situaciones advertidas por el Gestor Técnico. (Fls. 105-187 Cdo principal)

Atendiendo a dicha imputación, se dio inicio al proceso administrativo sancionatorio que culminó con la expedición de la Resolución No. 04879 de 2017. (Fls. 111-187 Cdo principal)

De igual manera, se encuentra acreditado que tanto el representante legal de la interventoría como el Gestor Técnico del Contrato No. 1323 de 2009, suscribieron acta de entrega y recibo definitivo del referido negocio jurídico el día 18 de agosto de 2016, sin que se hubiere dejado salvedad alguna. (Fls. 227-231 Cdo principal)

Conforme al breve resumen, se tiene que contrario a lo expuesto por el Gestor Técnico del Contrato, no es cierto que este hubiere solicitado el inicio del proceso administrativo sancionatorio, solo porque el Consorcio Hidro-Integral 2009 no hubiere entregado los

soportes de los análisis de laboratorio y por no haber suscrito la referida acta de entrega y recibo definitivo, sino también por haber incumplido con las obligaciones señaladas en la cláusula séptima del referido negocio jurídico, relacionada con las obligaciones generales de la interventoría.

Así las cosas, si entre los incumplimientos por los cuales el Supervisor del contrato solicitó el inicio del proceso administrativo sancionatorio se encontraba el incumplimiento de las obligaciones de la interventoría, no se entiende entonces por qué procedió a suscribir el acta de entrega y recibo definitivo de fecha 18 de agosto de 2016 sin dejar salvedad alguna, y bajo la manifestación de que la interventoría había cumplido con el objeto del contrato, cuando según lo manifestado por este, tan solo se cumplió con dos de los tres incumplimientos aducidos.

En este punto, se hace necesario hacer referencia a la importancia que merece el acta de entrega y recibo definitivo de la obra en materia de contratación estatal, la cual ha sido concebida como el documento a través del cual se puede verificar el cumplimiento del objeto contractual por parte del contratista. Al respecto, el H. Consejo de Estado señaló:

"...dicha acta de recibo final es concebida como un medio de verificación de la ejecución del objeto contractual, para determinar si el mismo se efectuó cabalmente y de acuerdo con las especificaciones pactadas en el contrato, lo que significa que dicha acta constituye un elemento anterior y útil para la liquidación de los contratos, puesto que a través de ella se constata cualitativa y cuantitativamente el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista como paso previo para efectuar el respectivo corte de cuentas que implica la liquidación del contrato..."³

Conforme a lo anterior, al haberse suscrito a satisfacción el acta de entrega y recibo definitivo del Contrato de Interventoría, ello implicaba que con posterioridad no podía la administración, sin justificación alguna venir en contra de sus propios actos, para aducir que el contratista interventor incumplió con las obligaciones acordadas en el respectivo negocio jurídico, amenazando con ello el principio de la buena fe objetiva que debe reinar durante todo el iter contractual, esto es, antes, durante y después de la celebración del contrato.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera. veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013). - Radicado 25000-23-26-000-2001-02118-01 (25199) C.P. Danilo Rojas Betancourth.

En efecto, debe recordarse que reiterada ha sido la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, consistente en que dentro de las reglas que integran la buena fe contractual u objetiva se encuentra la teoría de los actos propios o *venire contra factum proprium non valet*, consistente en que la conducta anterior de una parte y la objetiva confianza que tal obrar le genera a la contraparte, le vincula para sus actos posteriores, de modo que le está proscrito vulnerar la legítima expectativa generada. Al respecto, el H. Consejo de Estado señaló:

"Se precisa que existe una relación directa entre la teoría de los actos propios y el principio de la confianza legítima que estriba en que de ambos se desprende para los administrados la garantía de que el Estado, a través de sus entidades, le asiste en deber de obrar con rectitud, claridad y precisión, cuestión que a su turno le impide actuar de manera opuesta e inconcordante o de emitir decisiones contrarias a aquellas que anteladamente emanaron de la misma entidad pública y en mérito de las cuales se generó un convencimiento frente a determinados asuntos. También concurre una relación inescindible entre el principio de confianza legítima y el principio de buena fe, en cuanto este último impone a ambas partes una actitud de lealtad mutua, de fidelidad y honestidad, todo lo cual se traduce en el respeto a las reglas prestablecidas y conocidas por ambas partes (...) por contera, cualquier variación sorpresiva de tales cánones por una de las partes, sin duda resultaría contraria a la esperada y exigible buena fe".⁴

Con este panorama preliminar, la Sala puede concluir que el actuar del INVIAS no se ajustó con sus actos propio actos, atentando contra el principio de la buena fe objetiva que debe regir en los contratos, toda vez que no resulta jurídico que se proceda a suscribir una acta de entrega y recibo definitivo sin dejar salvedad alguna, para posteriormente contrariar dicha manifestación declarando el incumplimiento del referido negocio jurídico.

Al respecto, el Consejo de Estado sostuvo: "*La aplicación del principio de la buena fe lo que significa es que **la administración no puede crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados** y fundamentados en la convicción objetiva, esto es fundada en hechos externos de la administración*

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). - Radicado 25000-23-26-000-2012-00233-01 (52161) C.P. Marta Nubia Velázquez Rico.

*suficientemente concluyentes, que dan una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular.*⁵

Por otro lado, en cuanto a la afirmación consistente en que *"la interventoría cumplió con el objeto del contrato de interventoría"*, dicha frase se encuentra preestablecida dentro del formato MSE-FR 26, y que por lo tanto no podía tomarse como una manifestación del supervisor, ha de señalarse que aceptar dicho argumento sería tanto como establecer que en todos los eventos en los que el INVIAS advierta un posible incumplimiento dentro de los respectivos negocios jurídicos, no se puedan dejar las salvedades del caso, por cuanto el formato utilizado no lo permite, situación que implicaría la vulneración de los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 Constitucional, y sobre los cuales se edifica la contratación estatal.

Bajo este escenario, para la Sala resulta claro y evidente que a partir de un análisis de los actos administrativos demandados con la norma superior invocada por la parte actora, se ha infringido el mandato de la buena fe, y en particular el principio de confianza legítima, lo cual permite disponer la suspensión provisional de los actos administrativos demandados.

Infracción de normas de superior jerarquía por interpretación errónea de la Ley 1474 de 2011.

Sostuvo que el consorcio interventor sí cumplió con la obligación de informar al INVIAS sobre los incumplimientos del contratista de obra relacionados con las afectaciones de las losas de concreto, por lo que entonces el INVIAS interpretó de manera errónea el literal b) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pues no es cierto que para iniciar el procedimiento sancionatorio se requiera obligatoriamente el informe de la respectiva interventoría con unas formalidades claras y precisas.

En efecto, la entidad demandada señaló que la obligación del CONSORCIO HIDRO-INTEGRAL 2009 no se limitaba simplemente a informar, sino que tenía la obligación de solicitar el inicio de los procedimientos administrativos sancionatorios a que hubiere lugar ante los incumplimientos del contratista de obra, señalando sus causas y adjuntando el soporte de carácter técnico o fáctico.

Conforme a lo anterior, la Sala procede a analizar, en el contexto del trámite de la solicitud cautelar, el presente cargo, así:

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Fallo de 12 de noviembre de 2014. Radicado 41001-23-31-000-1999-00637-01 (27578). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 prescribe lo siguiente:

"ARTICULO 86. IMPOSICION DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARACIONES DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observaran el siguiente procedimiento.

Evidenciando un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación..."

Conforme a la norma que se acaba de transcribir, previo a la citación dirigida al contratista y su garante para que concurren a la audiencia en la que se debatirá el presunto incumplimiento, es necesario que el interventor o el supervisor del contrato, según el caso, elabore un informe detallado de la situación que constituye el presunto incumplimiento, lo que implica entonces que para poder dar inicio a un procedimiento administrativo sancionatorio, la ley exige que se cuente con un informe que bien puede provenir del interventor o del supervisor.

Ahora bien, para efectos de establecer si el informe debe provenir de la interventoría o del supervisor, dicha situación habrá que analizarse en concreto, toda vez que se trata de dos figuras distintas y que de conformidad con el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, por regla general, las mismas no son concurrentes en relación con un mismo contrato. Al respecto, dicha norma señala:

"ARTICULO 83. SUPERVISION E INTERVENTORIA CONTRACTUAL.

(...)

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad Estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Pública, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedaran a cargo de la Entidad a través del supervisor...".

Tal como puede evidenciarse, y contrario a lo manifestado por el apoderado de la parte actora, dicha disposición sí establece en qué casos dichas funciones pueden ser concurrentes, esto es, cuando la Entidad Estatal divida la vigilancia del respectivo negocio jurídico, situación que deberá quedar acordada en el respectivo contrato de interventoría.

Así las cosas, para el caso en estudio se advierte que de un análisis preliminar al Contrato de Interventoría No. 1323 de 2009, la Entidad Pública demandada (INVIAS) no dividió la vigilancia del contrato de obra entre la interventoría y la supervisión, por el contrario, del objeto del referido negocio jurídico se advierte que el INVIAS contrató de manera integral el seguimiento administrativo, técnico, financiero, legal y ambiental del contrato de obra, tal como se desprende de la cláusula primera en la que se acordó: "**OBJETO.** El INTERVENTOR se obliga a realizar, para EL INSTITUTO LA INTERVENTORIA TECNICA, LEGAL, FINANCIERA, ADMINISTRATIVA, AMBIENTAL, PREDIAL Y SOCIAL DEL PROYECTO "ESTUDIOS Y DISEÑOS, GESTION SOCIAL, PREDIAL, AMBIENTAL Y MEJORAMIENTO DEL PROYECTO TRANSVERSAL DE BOYACA".

En ese sentido, y teniendo en cuenta que para el asunto en estudio, la vigilancia del contrato de obra No. 780 de 2009 estaba a cargo del contratista interventor, era plausible suponer razonadamente que para que el INVIAS pudiera dar inicio al proceso sancionatorio, se requería del informe proveniente de la interventoría, toda vez que a cargo de esta se encontraba las funciones de vigilancia del ya referido contrato de obra.

El informe de interventoría que se llegare a considerar necesario para iniciar un procedimiento sancionatorio no tiene que ser expedido de oficio por el interventor, sino que puede ser requerido por la entidad pública.

En lo que respecta a este argumento, ha de señalarse que la función de vigilancia y control sobre el contrato de obra No. 780 de 2009 recaía en cabeza del Consorcio Hidro-Integral 2009 en su condición de interventor, de ahí que de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el informe para dar inicio al referido proceso sancionatorio debía ser elaborado por este último.

El informe de interventoría no tiene formalidades específicas, sino que puede ser cualquier informe en el que se ponga de presente un incumplimiento.

En lo que respecta a este argumento consistente en que no es el informe de interventoría sino la citación que envíe la entidad al contratista presuntamente incumplido, la que debe contener los requisitos que establece el INVIAS, sin que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 consagre que sea el informe de interventoría el que debe reunir dichos requisitos, ha de señalarse lo siguiente:

De un análisis al literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se establece que una vez la Entidad Pública advierta de un posible incumplimiento por parte del contratista de obra, lo citará a una audiencia para que en garantía del debido proceso explique lo ocurrido; a dicha citación deberá acompañarse el informe de la interventoría o de la supervisión, según el caso, en el que deberá sustentarse la actuación.

Quiere decir lo anterior, que no se trata simplemente de una comunicación dirigida a la entidad contratante en la que la interventoría le comunique de un posible incumplimiento por parte del contratista de obra. De ahí que la norma en mención consagre que dicho informe deberá sustentar el inicio del proceso administrativo sancionatorio, lo que implicaría entonces que además de la relación de los hechos constitutivos del presunto incumplimiento, también se deberá relacionar las cláusulas o normas incumplidas así como las consecuencias que ello traerá para el contratista incumplido.

Por otro lado, el artículo 84 *ibídem*, al referirse a los deberes de los supervisores e interventores, dispuso que: "Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán

responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente."

Así las cosas, de una interpretación armónica entre las dos disposiciones antes mencionadas, se logra advertir en esta etapa procesal que el deber de informar que tiene la interventoría para con la entidad pública contratante sobre presuntos incumplimientos del contrato de obra, no se limita simplemente a dar razón somera de ello, sino a desarrollar en concreto los hechos constitutivos de incumplimiento así como las cláusulas o normas incumplidas y las consecuencias para el contratista.

Nótese al respecto que el artículo 86 *ibídem* indica que dicho informe deberá sustentar el inicio del proceso administrativo sancionatorio, por lo que entonces no podría aceptarse que cualquier informe en el que se ponga de presente un incumplimiento, serviría de soporte para sustentar dicha actuación.

Ahora, si bien es cierto que se cuenta con varios informes enviados por el contratista interventor al INVIAS, en los que le comunica de ciertos incumplimientos por parte del contrato de obra, recomendando que dicha entidad estudiara la posibilidad de iniciar procesos de sanción (Fl. 315-CD Cdno principal), lo cierto es que de un estudio hasta el momento, se advierte que el consorcio interventor se dedicó a informar de posibles incumplimientos por parte del contratista de obra, sin realizar un informe que sustentara la posibilidad de dar inicio a procesos administrativos sancionatorios, por lo que entonces, del estudio realizado hasta el momento no se advierte que los informes presentados por Hidro-Integral 2009 resultaran suficientes para que el INVIAS pudiera adoptar la decisión de iniciar sanciones en contra del contratista de obra.

Infracción de normas de superior jerarquía por inaplicación de la Resolución INVIAS No. 3662 de 2007.

Señaló que las Resoluciones acusadas habían omitido la aplicación del artículo primero de la Resolución No. 3662 de 2007 del INVIAS, como quiera que de haberse considerado, como lo hizo la entidad demandada, que los informes presentados por el consorcio consultor no podían ser tenidos en cuenta para efectos de iniciar procedimientos sancionatorios, atendiendo a que debían contener unas formalidades específicas de las cuales supuestamente

adolecían, dicho argumento tendría una respuesta señalada en el numeral 4º del artículo 1º de la Resolución ya mencionada, toda vez que dicha disposición señala: *"Si el incumplimiento es conocido por el supervisor éste debe ponerlo en conocimiento del interventor, solicitando su concepto y demandando los motivos por los cuales el interventor no había informado el incumplimiento"*.

Por otro lado, la entidad demandada adujo que la noción de informar tiene una noción amplia y no la que pretende hacer ver la parte actora, máxime si se tiene en cuenta las obligaciones previstas en el Contrato de Interventoría No. 1323 de 2009 y lo contenido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, de lo cual se desprende que el informe para que se adelante un procedimiento administrativo sancionatorio, es una obligación en cabeza de quien ostenta la vigilancia y control del contrato, y que para el caso en estudio corresponde a la interventoría.

Pues bien, para el caso en estudio se debe advertir que el numeral 4º del artículo 1º de la Resolución No. 3662 de 2007 del INVIAS, consagra que: *"Si el incumplimiento es conocido por el supervisor este debe ponerlo en conocimiento del interventor, solicitando su concepto y demandando los motivos por los cuales el interventor no había informado del incumplimiento..."*.

Tal como puede evidenciarse, la norma antes mencionada en ningún momento consagra que el supervisor del contrato tenga que requerir al interventor cuando considere que los informes presentados por este no cumplen con la condiciones para iniciar procesos administrativos sancionatorios, lo que indica es que si el incumplimiento es conocido primero por el supervisor, este deberá requerir al interventor para que informe la razón por la cual no había informado del mismo a la entidad pública, situación que no es la que se debate en el caso en estudio.

Desviación de poder.

Sostuvo que el origen de todos los sucesos fue el incumplimiento reiterado de las obligaciones del contratista de obra, tal como lo advirtió la interventoría desde que dichos incumplimientos se evidenciaron.

Que una vez advertidos los incumplimientos y notificados los mismos al INVIAS, la entidad demandada decidió ordenar al interventor suspender los descuentos de las losas fracturadas, luego de que se hubiere acordado con el mismo INVIAS que era una medida necesaria para presionar al contratista y evitar detrimentos

a esta última. Así mismo, que ante las cuatro solicitudes del inicio de procedimientos sancionatorios presentados por el consorcio interventor, la entidad demandada había decidido no dar inicio a los mismos esgrimiendo razones no justificadas.

Pese a lo anterior, a la fecha no se ha sancionado al contratista de obra y no se han sancionado a los funcionarios del INVIAS que incumplieron sus funciones y permitieron que se perpetuaran los incumplimientos del primero.

Por su parte, la entidad demandada sostuvo que se había tomado la decisión de suspender los descuentos de las losas fracturadas por cuanto se trataba de una práctica no prevista en la ley, como sí lo era la multa contractual que puede ser impuesta previo el agotamiento de un debido proceso.

Adicional a lo anterior, señaló que el objeto de debate no es el incumplimiento de las obligaciones del contratista de obra, sino por la actitud del interventor de no haber adoptado los mecanismos previstos en la ley y el contrato para conminar al primero a ejecutar la reparación de las losas fisuradas, razón por la cual, si se hubieren adelantado en debida forma los procedimientos administrativos sancionatorios, y el contratista de obra igualmente no se hubiere allanado a reparar las losas, la responsabilidad de la interventoría no estaría comprometida.

En lo que respecta a este argumento, mas allá de establecer si el contratista de obra (UTTB) cumplió con las obligaciones señaladas en el contrato No. 780 de 2009 y, por lo tanto, merecía ser sancionado, lo cierto es que como lo señala el INVIAS, lo que se encuentra en discusión en el caso en estudio es el posible incumplimiento de las obligaciones del contratista interventor, al no haber adelantado las gestiones necesarias para dar inicio a los procesos administrativos sancionatorios a que hubiere lugar.

En efecto, el incumplimiento del contrato de interventoría No. 1323 de 2009, no se declaró por el presunto incumplimiento de las obligaciones del contrato de obra, sino porque no se cumplieron con las obligaciones contenidas en el mencionado negocio jurídico, de ahí que lo que incumbe estudiar en este momento es si el contratista interventor cumplió o no con sus obligaciones contractuales, sin que resulte procedente inmiscuirse en la responsabilidad que pueda tener el contratista de obra e incluso los funcionarios del INVIAS.

Así las cosas, conforme a lo que se acaba de exponer, la Sala decretará la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones 04879 y 07089 de 2017 que fueron proferidas por el Instituto Nacional de Vías INVIAS.

Finalmente, ha de señalarse que el inciso tercero del artículo 232 del CP.A.C.A. exime la caución como requisito para decretar las medidas cautelares cuando se trata de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos. Por ello, la Sala se abstendrá de fijar caución.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

IV. RESUELVE:

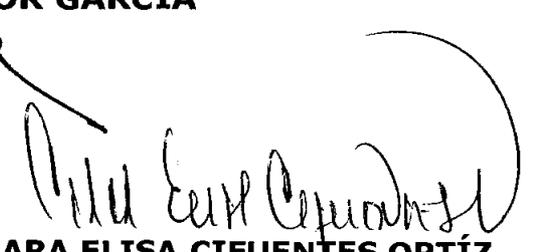
PRIMERO: REPONER el auto de fecha doce (12) de junio de 2018, conforme a las razones antes expuestas.

SEGUNDO: SUSPENDER provisionalmente los efectos de las Resoluciones Nos. 04879 y 07089 de 2017, por medio de las cuales el INVIAS declaró el incumplimiento del contrato de interventoría No. 1323 de 2009 y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria.

NOTIFÍQUESE


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado


LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado


CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

dago

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
SECRETARIA**

AL DESPACHO HOY. _____

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA**

NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado

No. 144 de hoy, 29 AGO 2018

EL SECRETARIO
