



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No.6**

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja,

17 FEB 2020

MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

DEMANDANTE: CONSORCIO PROSPERIDAD

DEMANDADO: MUNICIPIO DE SOGAMOSO

RADICADO: 150013333000201700847-00

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Sala de Decisión No.6 de la Corporación a dictar sentencia para resolver la demanda que, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, presentó el **CONSORCIO PROSPERIDAD** en contra del **MUNICIPIO DE SOGAMOSO**.

II. ANTECEDENTES

2.1. Resumen de la demanda: La parte demandante, a través de apoderado judicial, pretende que se declare lo siguiente:

- La nulidad de la Resolución No 1315 del 6 de junio de 2017, proferida por el Municipio de Sogamoso, "*POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL AL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA NO. 2014-773 Y SE IMPONE UNA MULTA*".
- La nulidad de la Resolución 1586 del 25 de julio de 2017, proferida

por el Municipio de Sogamoso, *"POR MEDIO DE LA CUAL SE LIQUIDA UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA No. 2014773"*.

- La nulidad de la Resolución 1777 del 18 de agosto de 2017, proferida por el Municipio de Sogamoso, *"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN NO. 1586 DE 25 DE JULIO DE 2017"*.
- Que el Municipio de Sogamoso incumplió de manera grave y determinante el Contrato de Obra Pública 2014773, cuyo objeto es *"RECUPERACIÓN DE LA MALLA VIAL URBANA DEL MUNICIPIO DE SOGAMOSO"*, al no entregar al contratista los planos, diseños y demás elementos técnicos contractuales para la debida ejecución del contrato.
- Que, con ocasión del incumplimiento del Municipio de Sogamoso, se generó una razonable imposibilidad de cumplir para el Consorcio Prosperidad, de manera que el contratista se encuentra liberado de sus cargas obligacionales por virtud de la excepción de contrato no cumplido.
- Que el Contrato de Obra Pública 2014773 fue alterado en sus condiciones técnicas y financieras existentes al momento de proponer, llevando al Consorcio Prosperidad a soportar una pérdida inusual, como consecuencia del inicio tardío del contrato, la pérdida de poder adquisitivo del valor ofertado y pactado; y la mayor permanencia en obra por causas no imputables al contratista.
- Declarar patrimonialmente responsable al Municipio de Sogamoso, por los perjuicios causados al contratista, relativos al daño emergente y al lucro cesante.

Como consecuencia de las declaraciones anteriores, solicitó, se condene al Municipio de Sogamoso a:

- Pagar al Consorcio Prosperidad la suma de \$ 778.702.250 o el valor que se demuestre correspondiente a los mayores gastos administrativos incurridos por el Consorcio y asociados a la mayor

- permanencia en obra, no imputables al contratista.
- Pagar al Consorcio Prosperidad la suma de \$1.690.000.000 o el valor que se demuestre, equivalente al reajuste sobre el valor ejecutado a la fecha, asociado al inicio tardío del proyecto y al mayor tiempo de ejecución no imputable al contratista.
 - Pagar al Consorcio Prosperidad los intereses moratorios sobre la suma de \$218.000.000, valor este que correspondió al pago para el perfeccionamiento y legalización del contrato y cuya ejecución se dio de manera tardía, por causas no imputables al contratista.
 - Pagar al Consorcio Prosperidad, la utilidad dejada de percibir al no haber logrado ejecutar el contrato en la forma y tiempo debidos, frustrándose con ello la posibilidad de percibir de acuerdo al plazo ofertado la correspondiente ganancia.
 - Que el valor de las pretensiones de condena sea actualizado al momento de su pago efectivo y sobre ellas procedan los intereses a la tasa legal aplicable, de conformidad con lo establecido en el artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011, respectivamente.
 - Devolver a favor del CONSORCIO PROSPERIDAD, cualquier suma de dinero que hubiese tenido que pagar con ocasión de las resoluciones demandadas, con sus correspondientes rendimientos financieros.

Los **hechos** que el consorcio accionante relata como fundamento de sus pretensiones son:

El Municipio de Sogamoso y el Departamento Administrativo Para la Prosperidad Social (DPS), suscribieron el Convenio Interadministrativo No. 210 de 2013, con el objeto de *"aunar esfuerzos técnicos, financieros, y sociales con el fin de contribuir a la ejecución y sostenibilidad de obras en intervención social comunitaria e infraestructura con el propósito de aportar a la inclusión socioeconómica, la generación de ingresos, la superación de la pobreza, y la consolidación de territorios"* por valor de \$ 14.840.351.149.

El día 28 de marzo de 2014, la entidad demandada publicó los estudios

previos describiendo la siguiente necesidad:

"(...)En el plan de desarrollo 2012 - 2015 "Sogamoso, ciudad competitiva", se contempla en el sector de Infraestructura como objetivo estratégico "potenciar y adecuar la infraestructura y equipamientos con el fin de fortalecer el desarrollo competitivo del Municipio de Sogamoso" que tiene entre sus estrategias: "Se desarrollarán iniciativas públicas lideradas por el Municipio con el fin de gestionar recursos que permitan la consolidación de una estructura de conectividad regional", y "Se vinculará a las comunidades en los procesos de recuperación y mantenimiento de la red vial local tanto a nivel urbano como rural, en actividades como suministro de materiales y la prestación de mano de obra no calificada", que tiene el programa "Sogamoso con Infraestructura Competitiva" y el proyecto "Mantenimiento de la Malla Vial Urbana y Rural" que tiene entre sus metas de producto asociadas la Intervención de 100 kilómetros de malla vial rural y la Intervención de 500 tramos de la malla vial urbana. La ejecución de este contrato contribuye al cumplimiento de estas metas de producto planteadas."

Los estudios previos señalaron que para llevar a cabo esta actividad – rehabilitación vial-, el Municipio de Sogamoso contaba con recursos económicos provenientes del Departamento para la Prosperidad Social – DPS -, los cuales ascendían a la suma de: NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS CUATRO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS MCTE. (\$ 9.585'304,475), valor que se presupuestó teniendo en cuenta los precios establecidos por la Gobernación de Boyacá mediante Resolución 076 del 23 de agosto del 2013.

Así mismo, se planeó un plazo de ejecución de 13 meses contados a partir del acta de inicio y dentro de las obligaciones para el futuro contratista, se preveían las siguientes: *"Seguir estrictamente las instrucciones, diseños, planos y/o proyectos que han dado origen al presente contrato. 9) El contratista ejecutará las cantidades de obra contratada, en el sitio definido en el texto del contrato, cumpliendo con las especificaciones definidas en el presupuesto oficial y lo requerido por el interventor."*

Luego de realizar los estudios y documentos previos, el Municipio, mediante Resolución No. 1268 de 1 de septiembre de 2014 ordenó la apertura de la Licitación Pública L-007-2014, adjudicando el contrato al

CONSORCIO PROSPERIDAD a través de la Resolución No. 1469 de 29 de septiembre de 2014.

El 20 de octubre de 2014, el Municipio de Sogamoso y el Consorcio Prosperidad, celebraron el Contrato de Obra Pública 2014-773, cuyo objeto es "RECUPERACIÓN DE LA MALLA VIAL URBANA DEL MUNICIPIO DE SOGAMOSO". El valor se pactó en la suma de \$9.572.959.181 MCTE, valor este que corresponde a la oferta del contratista y aceptada por la entidad, el cual se sujetó además al presupuesto y a los precios establecidos por la Gobernación de Boyacá con su correspondiente actualización, Resolución 076 del 23 de agosto del 2013.

Posterior a la celebración del contrato, las partes suscribieron los siguientes otrosíes:

- Otrosí modificadorio 1 al Contrato de Obra Pública 2014-773.
- Otrosí modificadorio 2 al Contrato de Obra Pública 2014-773.
- Prórroga No. 1 al Contrato de Obra Pública 2014-773, por un término de 4 meses, quedando como plazo para la finalización del contrato, el 6 de marzo de 2017.

El valor ofertado por el contratista y aceptado por la entidad, para un plazo de ejecución de 13 meses y para un periodo de ejecución 2014-2015, se resume en los siguientes elementos:

VALOR TOTAL COSTOS DIRECTOS	7.335.600.904,98
VALOR TOTAL COSTOS INDIRECTOS	2.200.680.271,49
ADMINISTRACIÓN 23%	1.687.188.208,15
IMPREVISTOS 2%	146.712.018,10
UTILIDAD 5%	366.780.045,25

El plazo de ejecución se estableció en 13 meses contados a partir del acta de inicio, de donde se colige que el contrato debía concluir en el año 2015.

Una vez celebrado el contrato, el contratista procedió a la legalización y perfeccionamiento del mismo, para lo cual tuvo que incurrir en un gasto de \$218.000.000, correspondiente a los siguientes rubros:

- Estampilla Pro-Cultura
- Certificados de paz y salvos
- Perifoneo
- Trasteos
- Registro tributario municipal
- Impuestos de Industria y Comercio
- Pólizas

No obstante el perfeccionamiento oportuno del contrato, tan solo 11 meses después se suscribió el acta de inicio del mismo, esto es, el 14 de septiembre de 2015, privándose de esta manera al contratista de la posibilidad de ejecutar el contrato de manera inmediata y de acuerdo con los precios que se habían pactado.

Esta situación generó que el contratista tuviera que entrar a ejecutar un contrato ya desequilibrado, pues, tanto el precio como el plazo, siendo elementos determinantes la economía del contrato, ya habían sido resquebrajados.

Dentro de la asignación de riesgos se establecieron los siguientes:

"(...) a. Incremento en el presupuesto: Riesgo presentado por la fluctuación de precios en los materiales cuyos precios están regulados por el Gobierno. Riesgo que asume EL MUNICIPIO en el caso de que el incremento sobrepase el determinado por los índices del DANE (ICCP) y a partir del precio determinado en el presupuesto oficial.

b. Demora en las obras No cumplimiento en el plazo pactado: Riesgo de mayor permanencia y standby de maquinaria y disponibilidad de personal, por el no inicio de las obras y/o parálisis de la mismas por demoras ocasionadas por la no entrega oportuna de los cálculos y/o diseños y/o estudios definitivos del contrato derivados de la no oportuna ejecución de los cálculos y/o diseños y/o estudios para el desarrollo del contrato, en caso de que los cálculos y/o diseños y/o estudios estén a cargo del CONTRATISTA. Riesgo que asume el CONTRATISTA."

Conforme a los estudios previos, el pliego y el contrato, el Municipio de Sogamoso estaba obligado a entregar de manera oportuna los planos, y/o diseños y/o estudios definitivos para el desarrollo y ejecución del contrato.

A su turno, el contratista estaba obligado, de acuerdo con el contrato, a seguir estrictamente las instrucciones, diseños, planos y/o proyectos que han dado origen al presente contrato. Adicionalmente, el contratista se obligó a ejecutar las cantidades de obra contratada, en el sitio definido en el texto del contrato, cumpliendo con las especificaciones definidas en el presupuesto oficial y lo requerido por el interventor.

Una vez se dio inicio a las obras, se evidenció que las redes de acueducto y alcantarillado se encontraban combinadas y en mal estado, lo que afectaba el rendimiento de la misma.

El 10 de agosto de 2015 se envió un oficio dirigido al secretario de infraestructura solicitándole, entre otros, *"planos de ubicación de redes existentes eléctricas, gas, acueducto y alcantarillado de los 17 tramos a intervenir, teniendo en cuenta que son primordiales para el inicio de la excavación, y así evitar posibles accidentes de daños en las tuberías existentes en cada una de las vías que generarían desconectar los servicios públicos"*.

El 31 de agosto de 2015, en el Oficio CPR-12-2015, se solicitó al Municipio *"realizar una inspección interna con cámara de video del estado actual de las tuberías existentes en los tramos a intervenir. La anterior solicitud es de gran importancia, teniendo en cuenta que puede existir la probabilidad de encontrar tubería en mal estado, y es necesario tener claridad antes de iniciar labores de excavación."*

Mediante Oficio CPR-25-2016 del 31 de marzo, se informó el mal estado de la tubería: *"es importante mencionar que en la red de aguas negras y*

lluvias (sistema combinado) de esta vía se observa en algunas horas del día en periodo de verano que el flujo de agua por la red principal trabaja a tubo lleno, produciendo gran presión sobre la tubería de 24", no obstante en periodos de invierno con una intensidad media a máxima de aguas lluvias posiblemente presentaría problemas de rompimiento de la tubería como sucedió el fin de semana".

Entre los meses de septiembre y diciembre de 2016, se presentaron fuertes lluvias que imposibilitaron el suministro de material, toda vez que los patios de acopio se inundaron, las vías se encontraban saturadas, entre otros imponderables.

Mediante el Oficio CPR-70-2016 del 18 de noviembre, se puso de presente el bajo rendimiento, casi nulo, pues actividades de ruta crítica, como excavación, conformación de sub-rasante, e instalación de granulares y asfalto, se dificultaron por las fuertes lluvias, circunstancias que se reiteraron a través de Oficio CPR-77 del 6 de diciembre de 2016, manifestando además lo siguiente:

"(...)

(i) que la maquinaria y el material necesario para la instalación de granulares y mezcla asfáltica estaba disponible y a la espera de que las condiciones climáticas permitieran su instalación.

(ii) que las redes principales de alcantarillado y algunas redes de agua potable habían colapsado, lo que generó el deterioro del material granular instalado.

(iii) Que las demoras en las reparaciones de las redes de alcantarillado por parte de la empresa Cooservicios generó atrasos e imposibilidad de cumplir con las obligaciones contractuales."

En Oficio del 6 de diciembre de 2016 (CPR-78-2016) se aportaron las respectivas pruebas de las situaciones ajenas al contrato que dificultaron su cumplimiento en los tiempos establecidos.

Puso de presente que, El Municipio de Sogamoso tenía la obligación de entregar los diseños geométricos para la ejecución de la obra, lo cual nunca hizo, pese a ser solicitado reiteradamente por el contratista de obra y el interventor. Esto lo conoció la Entidad desde antes del inicio del

contrato, en Oficio del 10 de agosto de 2015.

El ingeniero Neimar Castro Peláez por parte de la interventoría envió un oficio con fecha 1º de septiembre de 2015 en el cual da el siguiente concepto:

- *NO SE ENCUENTRAN DEFINIDAS LAS ZONAS Y O TRAMOS DE CONSTRUCCION TOTAL Y/O REABILITACION."*
- *"NO SE PRESENTA LA LOCALIZACIÓN DE LA EXPLORACIÓN NI LOS RESULTADOS DE LABORATORIO, SITUACION QUE DIFICULTA LA REALIZACION Y/O ESTABLECIMIENTO DE ZONAS HOMOGENEAS PARA LA EJECUCION DE LOS DISEÑOS. SE SOLICITA PRESENTAR DICHOS ANALISIS."*
- *"NO SE PRESENTA UN TRATAMIENTO ESTADISTICO PARA LOS ANALISIS DE ENSAYOS DE LABORATORIO. SE SOLICITA PRESENTAR DISCHOS ANALISIS."*
- *"NO HAY RESULTADOS CUANTITATIVOS DE LA AUSCULACION VISUAL REALIZADA. LA DESCRIPCION REALIZADA ES CUALITATIVA. SE RECOMIENDA EMPLEAR METODOLOGIA DE AUSCULTACION EMPLEADA POR INVIAS, LA CUAL CORRESPONDE AL METODO VIZIR. SE RECOMIENDA EFECTUAR LA OSCULTACION POR EL METODO MENCIONADO."*

CON BASE EN LA VIÑETA 1 Y 4 SE PUEDE ESTABLECER QUE EL DISEÑO DE PAVIMENTOS ES SOLO PARA ESTRUCTURAS NUEVAS, NO SE PRESENTO DISEÑO PARA LAS ZONAS DE RAHABILITACION. SE SOLICITA PRESENTAR LOS MENCIONADOS ANALISIS."

En el Contrato de Obra Pública 2014-773 se aprobaron 20 ítems no previstos, cuando los ítems contractuales eran apenas 15, mostrando la evidente falta de planeación.

El Municipio no entregó al Consorcio todos los tramos a intervenir, por diferentes situaciones, como (i) acción de tutela; (ii) intervenciones de Cooservicios; (iii) tala de árboles. Adicionalmente, Durante la ejecución del contrato, se han presentado las siguientes suspensiones:

- Acta de suspensión 1: suspensión de 24 días, desde el 8 de julio hasta el 1º de agosto, motivado en el paro camionero. El 1º de agosto se suscribió acta de reinicio.
- Acta de suspensión 2: suspensión de 60 días, desde el 6 de enero de 2017 hasta el 6 de marzo de 2017, motivado en la falta

interventoría. Esta suspensión se amplió por 20 días mediante el Acta de Ampliación No. 1 a la Suspensión No. 2. Posteriormente, mediante el Acta de Ampliación No. 2 a la Suspensión No. 2, se amplió la suspensión por 15 días.

Adujo que el Consorcio Prosperidad ha sufrido los costos de la mayor permanencia en obra, por causas no atribuibles al contratista, pues el Contrato de Obra Pública 2014-773 debió finalizar el 14 de octubre de 2016, incurriendo, además, en mayores costos administrativos a los inicialmente ofertados. Igualmente, el Contrato de Obra Pública referido sufrió desequilibrio económico, pues el costo de los materiales se aumentó al ser gravados con IVA por la reforma tributaria, alterando las condiciones ofertadas y pactadas.

Respecto a la entrega de los estudios y diseños, destacó lo siguiente:

1. En acta de reunión del 3 de abril de 2017, el contratista indica que aún no cuenta con los diseños necesarios y no hay claridad sobre el espacio público.
2. Mediante correo electrónico del 4 de abril de 2017, Frank Giovanni Ramírez Celis, ingeniero GIT Infraestructura Social del DPS, recordó al alcalde que el municipio debía entregar los diseños geométricos y señalización de las vías.
3. Mediante Oficio IO-CIF-1874-15 del 19 de abril de 2017, la interventoría manifestó a la entidad demandada lo siguiente: "Esta interventoría no ha solicitado una nueva reprogramación de obra por los siguientes motivos: - No se tiene claro la localización de la vía No 15. - No se cuenta con los diseños geométricos completos de las vías. - Faltan diseños de espacio público.
4. En reunión del 27 de abril de 2017, el contratista nuevamente solicitó la entrega de los diseños geométricos y de espacio público, comprometiéndose así el Municipio de Sogamoso con tal actividad, pero que nunca cumplió.

5. El 26 de abril de 2017, en acta de seguimiento de contrato, se plantearon los siguientes compromisos a cargo de la entidad demandada: "entrega de certificación nomenclatura, diseño, suelos, y geométrico, pavimento vía 15" y "entrega ajuste diseño geométrico vía 6 y vía 7" compromisos que no fueron cumplidos.

Todo lo anterior, llevó a que el contratista radicara, dentro de la ejecución del contrato, una solicitud de conciliación prejudicial en procura de lograr un acuerdo con la entidad y evitar la frustración del proyecto. Se propusieron las siguientes pretensiones:

"(...) PRINCIPALES

PRIMERA: DECLARAR que el Municipio de Sogamoso incumplió de manera grave y determinante el Contrato de Obra Pública 2014773, cuyo objeto es "RECUPERACIÓN DE LA MALLA VIAL URBANA DEL MUNICIPIO DE SOGAMOSO", al no entregar al contratista los planos, diseños y demás elementos técnicos contractuales para la debida ejecución del contrato.

SEGUNDA: DECLARAR que, con ocasión del incumplimiento del Municipio de Sogamoso, se generó una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR para el Consorcio Prosperidad, de manera que el contratista se encuentra liberado de sus cargas obligacionales por virtud de la excepción del contrato no cumplido.

TERCERA: DECLARAR que el Contrato de Obra Pública 2014773, fue alterado en sus condiciones técnicas y financieras existentes al momento de proponer, llevando al Consorcio Prosperidad a soportar una pérdida inusual, como consecuencia del inicio tardío del contrato, la pérdida de poder adquisitivo del valor ofertado y pactado; y la mayor permanencia en obra no imputables al contratista.

CUARTA: DECLARAR patrimonialmente responsable al Municipio de Sogamoso, por los perjuicios causados al contratista relativos al daño emergente y al lucro cesante.

Condenatorias

PRIMERA: CONDENAR al Municipio de Sogamoso, a pagar al Consorcio Prosperidad la suma de \$ 778.702.250, correspondientes a los mayores gastos administrativos incurridos por el Consorcio y asociados a la mayor permanencia en obra no imputables al contratista.

SEGUNDA: CONDENAR al Municipio de Sogamoso a pagar al Consorcio Prosperidad la suma de \$ 1.690.000.000, equivalente al

reajuste sobre el valor ejecutado a la fecha, asociado al inicio tardío del proyecto y al mayor tiempo de ejecución no imputable al contratista.

TERCERA: *CONDENAR al Municipio de Sogamoso, a pagar al Consorcio Prosperidad, los intereses moratorios sobre la suma de \$218.000.000, valor este que correspondió al pago para el perfeccionamiento y legalización del contrato y cuya ejecución se dio de manera tardía, por causas no imputables al contratista.*

CUARTA: *CONDENAR al Municipio de Sogamoso, a pagar al Consorcio Prosperidad, la utilidad dejada de percibir al no haber logrado ejecutar el contrato en la forma y tiempo debidos, frustrándose con ello la posibilidad de percibir de acuerdo al plazo ofertado la correspondiente ganancia.*

QUINTA: *Que el valor de las pretensiones de condena sean actualizadas al momento de su pago efectivo y sobre ellas procedan los intereses a la tasa legal aplicable, de conformidad con lo establecido en los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011, respectivamente.*

SEXTA: *Condenar en costas y agencias en derecho al demandado.*

SUBSIDIARIAS

PRIMERA: *Se acuerde entre las partes una renegociación del contrato, dentro del cual se establezca nuevos elementos en cuanto al plazo, precio y condiciones técnicas.*

SEGUNDA: *Para el efecto anterior, se propone como fórmula de conciliación los siguientes elementos: Reajustar el valor del contrato teniendo en cuenta la Resolución 019 de 06 de febrero de 2017. Los precios ofertados y pactados corresponden a precios del 2013 y para ser ejecutados en el año 2015. Para este escenario, se requiere que se conceda un término de 7 meses adicionales para lograr la terminación del contrato. Consecuencialmente con ello, se entregue al contratista todos los insumos técnicos para la correcta ejecución.
(...)*

El 19 de mayo de 2017 se llevó a cabo audiencia de conciliación prejudicial, a la cual concurrió el apoderado de la entidad con la siguiente fórmula conciliatoria:

"(...)

En sesión del comité de conciliación de fecha 17 de mayo del presente año se me faculta para conciliar en cuanto a la petición subsidiaria 2, literal B que consiste en terminar el contrato de manera anticipada en el que consigne las respectivas salvedades para que sean surtidas ante el respectivo Juez del contrato, también me traza la directriz que debo seguir en cuanto a que esta terminación anticipada debe suscribirse antes del término del vencimiento de plazo del contrato es decir 3 de junio de 2017, junto con la liquidación del contrato, anexo copia del

acta formal en 1 folio."

Por su parte, el apoderado del contratista manifestó:

"(...) El consorcio convocante acepta la propuesta conciliatoria del Municipio de Sogamoso para lo cual me permito manifestar lo siguiente: 1.- Simultáneamente con el acta de terminación se suscriba el acta de terminación bilateral con las respectivas salvedades y 2.- lo anterior se hace bajo el entendido de que no exista ni se prosiga algún procedimiento sancionatorio contra el contratista"

Habiendo propuesto la entidad la anterior fórmula conciliatoria, terminó sorprendiendo al contratista con una citación para audiencia de descargos, la cual se llevó a cabo el 6 de junio de 2017, y en la cual se impuso una multa al contratista, echando de menos que para ese día ya el contrato se encontraba fenecido, situación que estaba totalmente clara, pues en la audiencia de conciliación ya habían indicado que el plazo del contrato vencía el 3 de junio de 2017.

Posteriormente el Municipio procedió a liquidar unilateralmente el contrato, imponiendo al contratista varias cargas obligacionales así:

*"(...) **CUARTO:** Como saldo a favor de (sic) Municipio quedara (sic) el valor de MIL TRESCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS CATORCE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS (\$1.328.914.941) como resultado de valor del anticipo por amortizar la suma de MIL DOSCIENTOS SIETE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON VEINTINUEVE CENTAVOS (\$1.207.365.529,29) y valor por concepto de lo no recibido a satisfacción, la suma de CIENTO VEINTIÚN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS DOCE PESOS CON DIECISIETE CENTAVOS (\$121.549.412,17) cobro que se realizará a través de la jurisdicción coactiva de la Administración Municipal y/o Jurisdicción contenciosa."*

Luego de liquidado el contrato, el Municipio de Sogamoso abrió nuevo proceso licitatorio para ejecutar las obras inconclusas; en este nuevo proceso, los precios aumentaron – entre 20 y 30 %- en relación con los precios fijados para el Contrato 2014-773.

El municipio demandado liquidó unilateralmente el contrato sin tener

competencia temporal para ello, pues no se encontraba dentro de los 2 meses siguientes a los 4 meses previstos para liquidar bilateralmente el contrato.

Según lo consignó el municipio en la resolución, la liquidación unilateral se hizo "*con base en las Acta de Mayores y Menores Cantidades e Ítems no previstos y el Acta de Entrega y Recibo Final del Objeto Contractual*"². Sin embargo, no existe acta de entrega y recibo final suscrita por el contratista de obra, lo cual es indispensable para la validez de dicho documento. Adicionalmente, existe un acta de terminación de contrato, la cual tampoco fue suscrita por el representante del Consorcio Prosperidad.

Como **hechos** que acaecieron con ocasión de la liquidación unilateral del contrato, refirió los siguientes:

El Municipio de Sogamoso citó al Consorcio Prosperidad para que se presentara en la entidad con el fin de liquidar bilateralmente el Contrato 2014-773, el 21 de junio de 2017, a las 9 AM. Llegada la fecha y hora establecida, el representante del Consorcio Prosperidad junto con su apoderada, llegaron a las instalaciones de la entidad demandada a la respectiva diligencia. Luego de esperar una hora, la apoderada del Consorcio Prosperidad salió a hablar con el representante, y, teniendo en cuenta que el interventor no se había hecho presente, fueron a la notaría a hacerle presentación al poder para asistir a la diligencia. Pasados 20 minutos, al regresar a la sala de audiencias, los funcionarios del Municipio de Sogamoso habían levantado un acta, en donde hicieron constar que el Consorcio Prosperidad no se había hecho presente a la diligencia, lo cual es totalmente falso.

Adicionalmente, argumentó la entidad demandada que no hubo acuerdo entre las partes para liquidar el contrato, razón por la que el Municipio de Sogamoso profirió la Resolución 1586 del 25 de julio de 2017, "*POR MEDIO DE LA CUAL SE LIQUIDA*

UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA NO. 2014773", que resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

"(...) TERCERO: Las multas impuestas en contra del CONSORCIO PROSPERIDAD con Nit. 900780899, representada por HECTOR MAURICIO ROMERO CHARRY, es por valor de **NOVENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS VEINTINUEVE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y UN PESOS CON OCHENTA Y UN CENTAVOS (\$95.729.591,81)** cuyo pago se hará efectivo con cargo a la garantía única de las obligaciones del contrato, y si esto no fuere posible a través de la jurisdicción coactiva de la administración municipal.

CUARTO: Como saldo a favor de Municipio quedara el valor de MIL TRESCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS CATORCE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS (\$1.328.914.941) como resultado de valor del anticipo por amortizar la suma de MIL DOSCIENTOS SIETE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON VEINTINUEVE CENTAVOS (\$1.207.365.529,29) y valor por concepto de lo no recibido a satisfacción, la suma de CIENTO VEINTIUN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS DOCE PESOS CON DIECISIETE CENTAVOS (\$121.549.412,17) cobro que se realizará a través de la jurisdicción coactiva de la Administración Municipal y/o Jurisdicción contenciosa. (...)"

Según lo consignó el municipio en la resolución, la liquidación unilateral se hizo "con base en las Acta de Mayores y Menores Cantidades e Ítems no previstos y el Acta de Entrega y Recibo Final del Objeto Contractual". Sin embargo, no existe acta de entrega y recibo final suscrita por el contratista de obra, lo cual es indispensable para la validez de dicho documento. Adicionalmente, existe un acta de terminación de contrato, la cual tampoco fue suscrita por el representante del Consorcio Prosperidad.

El contratista invirtió todos los recursos del anticipo en la ejecución del contrato, todo lo cual fue debidamente avalado y verificado por la interventoría y la entidad contratante, recursos además que no podían ser manejados al antojo y capricho del contratista, sino que se encontraban sujetos a un plan de inversión y manejados bajo el ejercicio y control exigido por el artículo 91 de la ley 1474 de 2011.

Por último, en cuanto a los **hechos** relacionados con la expedición de la resolución que declara el incumplimiento del contrato, afirmó los siguientes:

Mediante el Oficio 20171700070221 del 23 de mayo de 2017, el Municipio de Sogamoso, a través de la oficina asesora jurídica, citó al Consorcio Prosperidad a audiencia, de la que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para llevarla a cabo del 30 de mayo de 2017. La misma fue aplazada, reprogramándose para el 6 de junio de 2017, por solicitud del consorcio.

En el curso de la audiencia, el apoderado del Consorcio Prosperidad rindió descargos, en los que manifestó, concretamente, que de acuerdo al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, no era procedente imponer una multa cuando el plazo contractual ya estaba vencido. Lo anterior, con fundamento en que el plazo contractual venció el 3 de junio de 2017, y la audiencia se celebró el 6 de junio de 2017.

Pese a que el plazo contractual estaba vencido, la entidad demandada manifestó que *"...revisado el material probatorio arrimado a este despacho, se logró establecer que el contrato de obra pública se encuentra vigente a la fecha"*. En consecuencia, profirió la Resolución 1315 del 6 de junio de 2017, en la que resolvió, entre otras cosas, DECLARAR que el CONSORCIO PROSPERIDAD, en ejecución del contrato de obra pública No. 2014-773, ha incurrido en incumplimiento parcial de sus obligaciones contractuales relacionadas en la **CLAUSULA SEGUNDA LITERAL B) OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL NUMERAL QUINTO** del programa de obra, de conformidad con lo expuesto en la (sic) consideraciones del presente acto administrativo y se declara el siniestro amparado por la póliza N° GU62266 de la Compañía Aseguradora Confianza S.A., a favor del Municipio de Sogamoso y en consecuencia imponer al CONSORCIO PROSPERIDAD en calidad de multa, la suma **\$95.729.591,81**, de conformidad con lo pactado en el contrato y los considerandos en la presente resolución.

Contra la anterior resolución, el apoderado del Consorcio interpuso recurso de reposición, el cual, según indicó la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ente territorial debía ser sustentado inmediatamente. El apoderado del Consorcio Prosperidad manifestó que debían otorgarle un plazo razonable para preparar el recurso, a lo que, el jefe de la Oficina Asesora Jurídica respondió que, según el artículo 86 de la Ley 1474, debía interponerse en la misma audiencia y de manera inmediata, y afirmó fehacientemente que ella debía resolver el recurso ese mismo día.

Finalmente, por la evidente falta de garantías, el apoderado del contratista de obra desistió de la interposición del recurso y, consecuentemente, dicha resolución fue confirmada en la audiencia.

2.2. Contestación de la demanda.

Municipio de Sogamoso (fls. 280-298).

En el escrito de contestación, el municipio demandado se opuso a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones argumentando que, la Resolución No. 1315 de 6 de junio de 2017 "por la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato de Obra pública No. 2014-773 y en consecuencia se impuso multa, fue expedida dentro del marco de los derechos de audiencia y debido proceso, en tanto, para la fecha de la declaratoria del incumplimiento parcial del contrato, el mismo se encontraba vigente, tal como lo demuestra la documental que obra en el expediente.

La documental a la que se hace referencia es:

1. Acta de suspensión de 7 de julio de 2014
2. Acta de reinicio de 1 de agosto de 2016
3. Prórroga No. 1 al contrato de obra pública No. 2014-773, suscrita

el 2 de noviembre de 2016 donde se pactó aumentar el plazo de ejecución contractual en 4 meses.

4. Acta de suspensión No. 2 de fecha 6 de enero de 2017.
5. Acta de ampliación No. 1 a la suspensión No. 2 de fecha 6 de marzo de 2017.
6. Acta de ampliación No. 2 a la suspensión No. 2 de fecha 27 de marzo de 2017.
7. Reinicio de obra de 3 de abril de 2017 (60 días).

Adicionalmente, la imposición de la multa se efectuó dentro del marco de la legalidad, puesto que el municipio de Sogamoso, en aplicación de las disposiciones contractuales, previo: "(...) **MULTAS (contrato obra pública No. 2014-773)** en caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones que en virtud de este contrato contrae el CONTRATISTA, el CONTRATANTE, podrá imponerle mediante resolución motivada, en calidad de multas, sanciones pecuniarias equivalentes al uno por cientos (1%) del valor del contrato, las cuales sumadas entre sí, no podrán exceder del diez por ciento (10%) de dicho valor, salvo circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito ..."

Así las cosas, ante el flagrante incumplimiento por parte del contratista, se hacía necesario sancionarlo pecuniariamente, aunado a que según el informe "IO-CIF-1883-15 de 25 de abril de 2017" allegado por la INTERVENTORIA - CONSORCIO INTERFAS, el CONSORCIO POSPERIDAD se encontraba en un atraso del 23,43% en las obras "... de acuerdo con la programación aprobada, incumpliendo la cláusula segunda literal B) obligaciones específicas del numeral quinto..."

De otra parte, en lo que respecta a la violación directa del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 invocada por la parte demandante en punto a la resolución que declaró el incumplimiento parcial del contratista, adujo el ente territorial demandado que carece de asidero jurídico, en tanto, la Ley 1474 de 2011 en su artículo 86 lit c) prevé que la decisión que imponga la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento se entenderá notificada

en dicho acto público y que contra ella solo procederá el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia, es decir que la Jefe de la Ofician Asesora del Municipio, expidió la citada resolución conforme a derecho.

Ahora en cuanto a la Resolución No. 1586 de 25 de julio de 2017, "*por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato de obra pública No. 2014-773*" señaló que fue proferida dentro el ámbito de competencias, toda vez que la liquidación unilateral se realizó en el mes de julio de 2017. De otra parte, adujo que no es cierto que con la expedición de la citada resolución se haya vulnerado el debido proceso al Consorcio Prosperidad, por cuanto, siempre estuvo sujeta a los principios de publicidad, transparencia y eficacia.

Finalmente, en cuanto al supuesto desequilibrio económico aludido, sostuvo que las situaciones fácticas que configuran el incumplimiento, deben afectar de manera profunda o grave la estructura económica del contrato, lo cual debe ser probado en forma rigurosa, objetiva y debidamente soportada.

2.3 Alegatos de conclusión:

A través de escrito que reposa a folios 493 a 515 del expediente, el Consorcio Prosperidad presentó alegatos de conclusión señalando, en primer lugar, que la multa como sanción coercitiva, ha sido entendida como previsión contractual, según la cual, en el evento de incumplimiento parcial o de mora en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, acaecidas dentro del plazo previsto para la ejecución del contrato, éste se hará acreedor a una sanción de tipo pecuniario por parte de la administración, con miras a constreñirlo o conminarlo, hasta que cumpla.

El carácter conminatorio de la multa va en total armonía con su

finalidad, la cual no es otra que constreñir al contratista al cumplimiento de una obligación parcial. Y, siendo así, al momento que el contratista cumpla, la multa pierde su razón de ser. Es decir, no se podría imponer una multa a un contratista por una obligación ya cumplida, sin importar si hubo retraso o no en el cumplimiento.

En el presente caso, según el entender de todos los intervinientes en el contrato, el plazo iba hasta el 3 de junio de 2017: así estaba consignado en diversos documentos, suscritos por la interventoría, e incluso por la misma entidad demandada. En ese sentido, a la fecha en la que se impuso la multa, ya había finalizado el plazo del contrato, por lo que no había lugar a conminar al contratista a cumplir con las obligaciones contractuales.

Ahora bien, es preciso recordar que en el procedimiento de imposición de multas la entidad se negó a precisar cuál era la fecha de vencimiento del plazo contractual y solo se limitó a señalar que el contrato se encontraba vigente. Solo hasta el acta de liquidación unilateral la entidad se atrevió a manifestar que el contrato tenía como plazo de finalización el 6 de junio de 2017.

De tal manera, la multa impuesta ya no tenía como función primordial de compeler al contratista a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, no tenía una finalidad eminentemente conminatoria, pues, como lo acepta el apoderado del Municipio, profesional que también asesoró a la entidad dentro del procedimiento sancionatorio, lo que se buscaba era sancionar al contratista para mitigar el daño o el detrimento ocasionado por el contratista, es decir, que se usó la multa como si fuera una cláusula penal pecuniaria, esto es, como resarcitoria de perjuicios.

Puso de presente, que dentro de la contestación de la demanda — folio 290- el apoderado del Municipio manifestó que, para la fecha de la

declaratoria del incumplimiento parcial del contrato, este se encontraba vigente, bajo el entendido que los días en el contrato se entendían HÁBILES, consideración totalmente extraña, pues, bajo ese presupuesto el plazo contractual habría ido mucho más allá del plazo del 6 junio que estableció la entidad dentro de la liquidación unilateral.

De otra parte, en lo que se refiere específicamente a los tiempos y medios adecuados para la preparación de la defensa, se desconoció las garantías que comprenden el derecho fundamental al debido proceso, pues no se explica como el Municipio de Sogamoso pretendió que, con la sola lectura de la resolución, la defensa del contratista sustentara un recurso de reposición.

Entender lo contrario es una clara afrenta al derecho de defensa y de audiencia pues, es completamente improbable que pueda ser sustentado un recurso que garantice una defensa técnica y razonable. Y es que cuando le otorgaron la palabra ni siquiera le habían entregado una copia de la "resolución", entre comillas porque aún le estaban haciendo correcciones.

En diligencia de conciliación llevaba a cabo ante la Procuraduría 121 Judicial II para Asuntos Administrativos de Tunja, la entidad contratante había aceptado la propuesta del contratista de terminar el contrato de manera anticipada, todo lo cual quedó consignada en la respectiva diligencia del 19 de mayo de 2017

Sin embargo, a la semana siguiente, esto es, después de haberse desarrollado la audiencia de conciliación y esperando el proyecto de terminación anticipada para ser suscrita, el contratista fue sorprendido con una citación para rendir descargos dentro del procedimiento sancionatorio que culminó con la multa que acá se demanda.

De manera que no se entiende el por qué la entidad después de haber

aceptado terminar el contrato de manera anticipada y después de haber admitido que las razones expuestas por el contratista dentro de la conciliación prejudicial y que imposibilitaban la ejecución del contrato eran ajenas al contratista, seguidamente inicia un proceso de multa en contra del contratista, lo sanciona y además termina liquidando un contrato atribuyéndole unas cargas prestacionales totalmente injustificadas.

En cuanto a la ilegalidad de la liquidación unilateral y la falta de competencia temporal para liquidar unilateralmente el contrato, reiteró que de acuerdo al artículo 11 de la ley 1150 de 2007, las partes tienen el término de 4 meses para liquidar bilateralmente el contrato, a partir de *la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga*. Vencido este término, nace la facultad para la entidad de liquidar unilateralmente, dentro de los 2 meses siguientes a los 4 meses previstos para la liquidación bilateral.

La lectura y aplicación de la cláusula Décima Séptima del contrato debe hacerse con apego a la citada norma, esto es, bajo el entendimiento que los 4 meses allí pactados se refieren al plazo máximo para liquidar bilateralmente el contrato, pues, el legislador sólo autorizó la negociación entre las partes únicamente para efectos del término de la liquidación bilateral más no frente al término de la liquidación unilateral; de modo que el término para la liquidación unilateral se estableció legalmente en 2 meses siguientes al vencimiento del término para la liquidación bilateral.

En el presente caso, el Municipio de Sogamoso profirió la Resolución 1586 del 25 de julio de 2017 cuando no habían transcurrido 4 meses. Es decir, por disposición legal, no le asistía competencia para proferir tal acto, configurándose con suma claridad la falta de competencia, causal de nulidad de las más graves que, incluso, puede ser declarada de oficio.

El Municipio de Sogamoso ordenó reconocimiento de obligaciones

amparadas en la garantía de cumplimiento, sin cumplir un procedimiento o audiencia del afectado, en la que se garantizara el derecho a la defensa del Consorcio Prosperidad y la compañía aseguradora. En otras palabras, el ente ordena el reconocimiento de la obligación y, a su vez, indica que debe ser pagado por el consorcio o la compañía aseguradora, esto es, hace efectiva la póliza; es decir, lo que realmente hizo fue declarar el siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

Con lo anterior, se configura entonces una auténtica violación al debido proceso, pues el Municipio de Sogamoso sorprendió al contratista de obra y su garante con las órdenes y reconocimientos realizados, sin otorgar la oportunidad de controvertir y defenderse respecto a esta decisión, máxime cuando esta actuación administrativa fue totalmente oculta a los interesados quienes solamente se enteraron de su existencia con la notificación de la resolución.

No hay lugar a pretender hacer efectiva la garantía única de cumplimiento en un contrato estatal, sin que antes haya una audiencia del afectado, pues esa actuación sería abiertamente ilegal, violatoria del debido proceso y, específicamente, del derecho de defensa del contratista y de la aseguradora

De otra parte, advirtió que las Resoluciones 1586 del 25 de julio de 2017 y 1777 del 18 de agosto de 2017 adolecen de falsa motivación por dos aspectos, que se precisan inmediatamente. Primeramente, el Municipio liquidó unilateralmente el contrato con fundamento, supuestamente, en el Acta de Entrega y Recibo Final del Objeto Contractual, la cual no existe, por cuanto dicho documento no tiene ninguna validez al faltar la firma del contratista, quien no estuvo de acuerdo con el proyecto presentado. No podría bajo ninguna circunstancia darle relevancia jurídica a un documento que exige la firma de las partes.

Aunado a que el municipio da por cierta la no inversión del anticipo,

cuando según el balance financiero aceptado por la misma entidad se estipula un valor ejecutado de \$4.743.497.063. No podría entonces afirmar la entidad que no se invirtió la totalidad del anticipo, y mucho menos admitirse, sin ningún tipo de oportunidad de contracción, la declaratoria de siniestro.

Finalmente, reiteró que el Contrato de Obra Pública 2014773 sufrió un desequilibrio económico por diversas circunstancias, en su mayoría, atribuibles a la entidad contratante y, en otros casos, a hechos ajenos a las partes involucradas en el negocio.

Reiteró lo negligente de la entidad al desconocer la abrupta variación de precios que afectó el contrato, y no solo por los años que transcurrieron entre la suscripción del contrato y la liquidación, sino también por las suspensiones por ausencia de interventoría, reforma tributaria, nueva resolución de precios (Resolución 019 del 6 de febrero de 2017), para luego, liquidar unilateralmente el contrato, y establecer nuevos precios en el pliego de condiciones de la licitación pública para contratar la terminación de las obras. Es decir, le otorgó la razón al Consorcio Prosperidad.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Problema jurídico: Se contrae a determinar si los actos administrativos demandados, mediante los cuales se declaró el incumplimiento parcial del contrato de obra pública No. 2014-773, se impuso multa y se liquidó unilateralmente el mismo, fueron expedidos con violación de las normas en que debían fundarse, falta de competencia, violación del derecho de audiencia y defensa y violación del debido proceso.

Así mismo, establecer: (1) si el municipio de Sogamoso incumplió de manera grave las obligaciones del contrato de Obra Pública No. 2014-773, (2) en caso afirmativo, si ello implicó para el consorcio la imposibilidad de

ejecutarlo durante el plazo convenido y (3) si dicho incumplimiento generó un desequilibrio económico en contra del consorcio.

De resultar favorable lo anterior, si hay lugar a condenar al municipio de Sogamoso al pago de las condenas pretendidas por el consorcio prosperidad.

Para desatar el problema jurídico planteado, procederá la Sala a analizar los siguientes aspectos, 1) de la facultad de declarar el incumplimiento contractual e imponer multas al contratista incumplido; 2) del marco normativo que regula su declaratoria; 3) de la naturaleza y alcance de las multas; 4) del límite temporal para su ejercicio; 5) liquidación unilateral del contrato; 6) desequilibrio económico por mayor permanencia y 7) Caso concreto.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Facultad de declarar el incumplimiento contractual e imponer multas al contratista incumplido.

En orden a analizar la competencia para proferir los actos administrativos que se acusan, es necesario referirse al marco normativo que en materia de contratación estatal ha regulado la facultad para declarar el incumplimiento e imponer multas al contratista particular, a la naturaleza y alcance de esta figura, así como al límite temporal para su ejercicio.

Del marco normativo que regula su declaratoria.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, a través de su artículo 17, se abrió paso a la posibilidad de que las entidades estatales tuvieran la potestad legal para imponer multas unilateralmente y para declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal, posibilidad que no se encontraba prevista en la Ley 80 de 1993.

No obstante lo anterior, el párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150, atribuyó un efecto retrospectivo al ejercicio de la facultad concedida, en cuya virtud se activó la procedencia de que la entidad estatal impusiera multas al contratista, aun en contratos celebrados al amparo de la Ley 80 de 1993, siempre que se encontrara pactada expresamente dentro del texto convencional. Sin embargo, su ejercicio habría de ser válido en la medida en que el procedimiento sancionatorio, así como el acto impositivo de la multa que lo culminara se hubieren producido en vigencia de la Ley 1150 de 2007.

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

“ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS 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 observarán el siguiente procedimiento:

- a) Evidenciado 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. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;
- b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al

garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

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

Con todo, no puede perderse de vista que con anterioridad a la expedición de esta última normativa, este tipo de decisiones debían adoptarse con estricto rigor al debido proceso¹, en desarrollo del artículo del artículo 29 de la Carta Política, aplicable a todas las actuaciones administrativas desplegadas por las entidades del Estado.

De la naturaleza y alcance de las multas.

En materia de contratación estatal, la doctrina ha sostenido que el objeto primordial de las multas, como expresión del poder de control y dirección de Estado en la ejecución del negocio "es actuar en forma compulsiva sobre este para constreñirlo al más exacto cumplimiento de sus obligaciones"².

A su turno, el Consejo de Estado, a propósito de su diferencia con la función resarcitoria -encaminada a reparar las consecuencias de la inejecución- o indemnizatoria que puede entrañar la sanción inmersa en

¹ Se puede consultar la sentencia proferida el 23 de junio de 2010, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, dentro del expediente No. 16.367, C.P. Enrique Gil Botero.

² BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos, Segunda edición, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980. Página 415

la cláusula penal pecuniaria propiamente, de manera reiterada ha destacado que la multa *"se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (...) con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una vez que se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual"*³. En otras palabras, las multas tienen una naturaleza conminatoria – sancionatoria y no indemnizatoria.⁴

Así mismo, la condición conminatoria de la multa en el ámbito de la contratación del Estado, se justifica la fuente legal que actualmente le otorga sustento, en cuanto consagra que estas *"proceden únicamente mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista"* y a través de su utilización lo que se procura es "conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones". De igual manera, es importante aclarar que, en atención al carácter conminatorio de la multa, resulta procedente su acumulación no solo al cumplimiento de la obligación debida como a los perjuicios que causa su tardanza; posibilidad que en todo caso se liga al hecho de que así se haya dispuesto por las partes.

Sumado a lo anterior, es relevante señalar que la multa se encuentra concebida para la ocurrencia de circunstancias constitutivas de incumplimientos parciales y atribuibles al contratista, toda vez que las situaciones que acarreen una infracción grave a los mandatos del negocio jurídico que ponga en riesgo la ejecución del objeto contractual y conlleve a su parálisis darán lugar al ejercicio de una sanción más severa⁵.

En suma, el origen e implementación de la multa, desde la perspectiva contractual, se correlaciona y halla su justificación en los eventos en los

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

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia del 12 de febrero de 2015, Exp. 28.278, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

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

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

Del límite temporal para su ejercicio.

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

No obstante, la Sección Tercera del Consejo de Estado retomó la posición consistente en que, el ejercicio de la potestad legal conferida a la Administración para la imposición de multas debía reservarse a la etapa de ejecución contractual, bajo la comprensión de que su naturaleza conminatoria se oponía jurídicamente a que su materialización tuviera ocurrencia luego de vencido el plazo pactado para el cumplimiento del objeto convenido.

Así se dispuso en la sentencia proferida el 28 de abril de 2005, en la cual, respecto de las multas señaló:

“... las mismas deben aplicarse antes del vencimiento del plazo contractual, lo que permite inferir que el incumplimiento objeto de sanción, se puede configurar aun cuando no se hayan cumplido los correspondientes plazos contractuales”⁶

A la misma conclusión se llegó en la sentencia dictada a comienzos del 2014 por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, Exp. 14.393, C.P. German Rodríguez Villamizar.

indicar que *"la potestad temporal para imponer multas, en vigencia del Decreto 222 de 1983, de ninguna manera era posible después del vencimiento del plazo o de liquidado el contrato"*⁷

Más recientemente en providencia de 2 de noviembre de 2016, en la cual, luego de realizar un recuento de las posturas jurisprudenciales que han existido sobre la materia concluyó:

"... la cláusula de multas sólo puede imponerse dentro del plazo contractual y siempre que se honre la finalidad de esa cláusula, que no es otra que la de apremiar al contratista para que cumpla. Si esta finalidad no se satisface, la administración perderá la competencia para su imposición"⁸.

La liquidación unilateral del contrato.

La liquidación unilateral es una actuación administrativa posterior a la terminación normal o anormal del contrato que se materializa en un acto administrativo motivado, mediante el cual la administración decide unilateralmente realizar el balance final o corte final de las cuentas del contrato estatal ya terminado, precisando quién le debe a quien y cuanto y que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ya sea porque el contratista no se presentó a ésta o porque las partes no llegaron a un acuerdo sobre las cuentas a finiquitar⁹.

En efecto, la entidad estatal, una vez expirado el plazo expreso indicado en los pliegos de condiciones o en el contrato o, en su defecto, el tácito o supletivo de cuatro meses previsto en la ley, sin que el contratista se haya presentado a la liquidación o las partes no hubieren llegado a un acuerdo, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, tendrá la facultad de liquidar el contrato en forma unilateral dentro de los dos (2)

⁷ 24 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de febrero de 2014, exp. 28206, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de noviembre de 2016, exp. 36396, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 15.239.

meses siguientes, para lo cual habrá de expedir un acto administrativo de conformidad con la normatividad aplicable.

Al respecto se debe tener en cuenta que la liquidación unilateral es subsidiaria o supletoria frente a la bilateral, dado que el contratista, de conformidad con el ordenamiento jurídico, tiene derecho a acordar la liquidación. Para tal efecto, el contratista debe ser convocado o citado por la entidad contratante con el fin de intentar la liquidación bilateral, **puesto que en el supuesto caso de que no sea así, la liquidación unilateral posterior que llegase a practicar la administración resultaría inválida, dado que no tendría competencia material para hacerla y por cuanto su adopción con tal omisión vulneraría el derecho del contratista al debido proceso y sus corolarios de defensa y contradicción y, además, configuraría un abuso de poder.** Sobre este punto la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación ha sido enfática al censurar dicha práctica así:

“(...) La finalidad del procedimiento administrativo de liquidación está encaminada, ante todo a procurar que el contrato culmine de la misma forma en que tuvo su génesis, es decir, mediante el acuerdo de voluntades. Para ello resulta indispensable que la entidad pública agote todos los medios a su disposición para procurar la participación activa del contratista en la liquidación... si el contratista nunca tuvo conocimiento del inicio del procedimiento, bien porque no fue convocado, o bien porque se le impidió intervenir en el trámite del mismo, resulta evidente que no será procedente ni legalmente viable el ejercicio de la prerrogativa de liquidación unilateral, entre otras razones por la vulneración del debido proceso.”¹⁰

En ese orden de ideas, el acto que contenga la liquidación unilateral del contrato estatal llevada a cabo por parte de la entidad estatal vulnerando los principios y reglas que atañen al contenido, la competencia, la publicidad o, en términos generales, la ley, estará afectado de invalidez y, por lo tanto, será susceptible de nulidad.

La liquidación unilateral se materializa, pues, en un acto administrativo y,

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 3 de octubre de 2012, Exp. n.º 23.400.

por ende, como su nombre lo indica y se desprende de su naturaleza jurídica, no es un acuerdo sino una imposición de la voluntad que la administración ejerce sobre el contratista -jamás a la inversa- acerca de la forma como terminó el negocio jurídico. Se trata entonces, como lo ha sostenido la jurisprudencia, de un poder exorbitante de la administración, porque la entidad estatal queda facultada para indicar unilateralmente las condiciones del estado que arroja la ejecución del contrato, donde puede declararse a paz y salvo o deudora o acreedora del contratista, lo mismo que tiene la potestad de determinar, según su apreciación de los hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato¹¹.

El principio del equilibrio económico del contrato del contrato estatal y las consecuencias de su ruptura.

El objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, es el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines¹². Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado.

En sus inicios, la institución del equilibrio financiero del negocio jurídico se concibió como un privilegio en cabeza del contratista particular que buscaba salvaguardar sus intereses económicos del poder dominante que investía a la entidad estatal contratante, poder que se traducía en el ejercicio de las potestades excepcionales otorgadas a esta última por el ordenamiento jurídico.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2010

¹² Como se reconoce en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública

No obstante, ese entendimiento sufrió una variación al aceptar que el restablecimiento de las cargas económicas del contrato podía reconocerse en cabeza de cualquiera de los extremos que concurrieran a la relación jurídico negocial, tal cual lo consagró el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, al disponer que cuando procediera la modificación unilateral del contrato "c) Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes".

Posteriormente, la Ley 80 de 1993, en el numeral 8) del artículo 4, contempló como deber de la entidad pública, la adopción de las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado, o de contratar en los casos de contratación directa, efecto para el cual señaló que utilizarían los mecanismos de ajuste y revisión de precios o acudirían a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución.

Correlativamente, el numeral 1) del artículo 5º del mismo cuerpo normativo, previó que el contratista, en su calidad de colaborador de la Administración en la consecución de su cometido, tendría derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se alterara o modificara durante la vigencia del contrato, añadiendo que tendría derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas.

Siguiendo esa misma línea, el artículo 27 ibídem, consagró que en los contratos estatales se habría de mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de tal suerte que si dicha equivalencia se llegare a fracturar por causas no imputables a quien hubiera resultado afectado, las partes

adoptarían, en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para su restablecimiento.

Así también, el artículo 28 de la Ley 80 previó que, en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en las de la cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrían en consideración, entre otros principios, el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Por su parte, el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, señaló respecto de la distribución de riesgos en los contratos estatales, que: "(...) Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación"

Este panorama normativo revela cómo el principio del equilibrio económico del contrato constituye un pilar medular de la relación que surge entre la Administración y su colaborador para la consecución de sus fines, armonía que está llamada a mantenerse durante toda la vida del negocio jurídico y que, ante la ocurrencia de circunstancias imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes que amenace con alterarla, debe protegerse a través de la adopción de los mecanismos previstos por los extremos contratantes o la misma ley para ese propósito, tales como las fórmulas de reajuste o la revisión de precios.

Debe entenderse entonces, que el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el procedimiento de la licitación o de contratar cuando se hubiere acudido a la modalidad de contratación directa; en ese contexto

resulta evidente que dicha equivalencia puede verse afectada ora por factores externos a las partes que están llamados a encuadrarse dentro de la Teoría de la Imprevisión ora por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad o en ejercicio de los poderes excepcionales de los cuales se encuentra investida en su condición de entidad estatal contratante.

La oportunidad como requisito de procedencia para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

En lo relativo a la alteración del equilibrio económico del contrato y la procedencia del restablecimiento de quien lo alega, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que:

"(...) debe recordarse que en todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso al restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractual (...)

Pero además de la prueba de tales hechos es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, que el factor de oportunidad no la haga improcedente.

En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo "los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar..."

Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como ya se dijo y ahora se reitera, la buena fe contractual, que es la objetiva, "consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo

convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”¹³ (Se subraya).

En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración (sic) del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”¹⁴.

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato las partes proceden a suscribir actas de suspensión, modificaciones, prórroga, entregas parciales de las obras y actas de reajustes, pero en ninguna de éstas oportunidades el contratista formula salvedad o reclamación alguna relacionada con el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pero en ejercicio de la acción de controversias contractuales pretende su restablecimiento, es evidente que en ésta hipótesis sus pretensiones están destinadas al fracaso, por no cumplir con el requisito de oportunidad para formular esas reclamaciones como requisito de procedencia de la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

La necesidad de prueba idónea del vínculo entre la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato.

En torno a este aspecto, el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo precisó:

“debe aparecer la prueba fehaciente de que en virtud del incumplimiento

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Exp: 24.809.

contractual se presentó un resquebrajamiento grave de la ecuación contractual que compromete la ejecución del contrato. Esto es, que las situaciones fácticas configuradoras del incumplimiento tuvieran la virtud de afectar de manera tan profunda la estructura económica que no puede ser más que calificada de grave.

La prueba en materia de desequilibrio económico, así las cosas, no solo debe configurar el hecho mismo afectante y determinante del incumplimiento, sino también y de manera consecencial y objetivo el impacto cierto, claro, evidente en las bases que soportan las condiciones económicas y financieras del negocio, permitiendo visualizar al juzgador el daño que sobre las mismas se hubiere causado.

Se reitera: la carga de la prueba en este tipo de casos no se agota en la mera acreditación de ciertas circunstancias fácticas en el devenir de la relación contractual, ello no es más que un punto de inicio que necesariamente debe ser complementado con la suficiente acreditación probatoria y, sobre todo, técnica de las consecuencias negativas de tales hechos en el equilibrio económico del contrato estatal.

La Sala estima oportuno precisar que la prueba de tal desequilibrio no puede ser meramente retórica. El desequilibrio financiero del contrato es un asunto técnico y por ende su prueba debe ser rigurosa, objetiva y debidamente soportada; no bastan simples planteamientos doctrinales o jurisprudenciales; se hace necesario prueba idónea, adecuada y pertinente que evidencie en concreto, la magnitud del desajuste económico del negocio y su impacto en la conmutatividad del mismo.

Prueba, por lo tanto, de ser el caso, altamente técnica, razonablemente fundada en especiales consideraciones contables, económicas, financieras, que permitan deducir de manera objetiva, cómo las situaciones fácticas alegadas como afectantes del equilibrio contractual, inciden de manera cierta, evidente, clara y material en las estructuras económicas y financieras del negocio en los términos propuestos y pactados.(...)”¹⁵.

Así entonces, si lo que ocurre en un determinado asunto es que una de las partes en un contrato estatal pretende el restablecimiento del equilibrio económico, pero para demostrar el desequilibrio únicamente allega unas pruebas testimoniales, es evidente que en ésta hipótesis sus pretensiones de restablecimiento se encuentran totalmente destinadas al fracaso al no ser ésta una prueba idónea para demostrar el alegado desequilibrio económico.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 18 de marzo de 2015, Expediente. 33.223.

Caso concreto.

Del material probatorio que obra en el expediente se extrae lo siguiente:

A folios 1 y 63 y siguientes del plenario, obra la Resolución No.1315 de 6 de junio de 2017 por medio de la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato, imponiendo al contratista una multa de \$95. 729.591.

A través de Resolución No. 1469 de 29 de septiembre de 2014, el Municipio de Sogamoso adjudicó el Contrato de obra pública adelantado mediante licitación L-007-2014, cuyo objeto era "RECUPERACIÓN DE MALLA VIAL URBANA DEL MUNICIPIO DE SOGAMOSO", al CONSORCIO PROSPERIDAD, por la suma de \$9'572.959 (fls. 166 -167).

A folios 181 a 191 del plenario, reposa el contrato de obra pública No. 2014-773 celebrado entre el Municipio de Sogamoso y el Consorcio Prosperidad el 20 de octubre de 2014, en el que se dejó previsto, entre otras cláusulas, las siguientes:

"(...) **CLÁUSULA PRIMERA. DEL OBJETO.** "RECUPERACIÓN DE LA MALLA VIAL URBANA DEL MUNICIPIO DE SOGAMOSO" de acuerdo con los siguientes precios:
(...)

CLÁUSULA TERCERA. PLAZO DEL CONTRATO: El término del contrato será de trece (13) meses, contados a partir del acta de inicio, tiempo durante el cual, el contratista deberá adelantar todas las actividades y obligaciones correspondientes a la ejecución contractual. La fecha de terminación del plazo de ejecución de la obra, es la fecha en la cual se suscriba el acta de recibo final. Para que pueda suscribir el acta de recibo final, el contratista debe cumplir a cabalidad con los compromisos, obligaciones contenidos en el presente contrato y sus anexos. **CLÁUSULA CUARTA: VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO.** Como precio de este contrato de obra pública se fija la suma de NUEVE MIL QUINIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHENTA Y UN PESOS (\$9.572'959.801)
(...)

CLAUSULA NOVENA. MULTAS: en caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones que en virtud de este contrato contrae el CONTRATISTA, el CANTRATANTE podrá imponerle mediante resolución motivada en calidad de multa, sanciones pecuniarias equivalentes al

uno por ciento (1%) del contrato, las cuales sumadas entre sí, no podrán exceder del diez por ciento (10%) de dicho valor, salvo circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito.

(...)

CLÁUSULA DECIMA SEXTA. TERMINACIÓN DEL CONTRATO: además de las cláusulas legales, este contrato se podrá terminar anticipadamente por las siguientes causas: 1) por imposibilidad sobreviniente en la ejecución del presente contrato sea fuerza mayor o caso fortuito (...), 2) por mutuo acuerdo entre las partes siempre que haya causa que así lo justifique teniendo como fundamento legal el interés público **PARÁGRAFO.** En cualquier caso, el contrato se liquidará en el estado en que se encuentre, haciendo los reconocimientos económicos mutuos a que haya lugar. **CLÁUSULA DECIMA SÉPTIMA. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO:** El contrato será liquidado dentro del mes siguiente al cumplimiento total del objeto del contrato y/o servicios pactados, o en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación la fecha del acuerdo que la disponga. También en esta etapa las partes acordaran los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar (...)"

A folio 202 y vltio del expediente, se observa la prórroga 1 al contrato de obra pública No. 2014773 del 2 de noviembre de 2016, por 4 meses contados a partir del vencimiento del plazo inicialmente pactado. Es decir que el contrato se amplió a un plazo total de 17 meses (13 meses iniciales más 4 de la prórroga).

Según acta de iniciación del proyecto (*fl. 204*), se tiene que la ejecución del contrato No. 2014773 del 2 de noviembre de 2016 dio inició **el 14 de septiembre de 2015** señalando como fecha de terminación **13 de octubre de 2016**, para un total de 13 meses.

A folio 205 del plenario, se observa acta de suspensión No. 1 del contrato No. 2014773 de fecha 7 de julio de 2016, en la cual se dispuso como fechas de suspensión: Desde el 8 de julio de 2016 hasta el 1 de agosto de 2016, es decir por un plazo de 24 días, suspensión con ocasión del paro camionero.

Reposa igualmente en el expediente, acta de reinicio del citado contrato de fecha **1 de agosto de 2016**, por lo que el contrato terminaría el **7 de**

noviembre de 2016 (fl. 206).

Posteriormente se suscribió acta de suspensión No.2, por 60 días, entre el **6 de enero de 2017 y el 6 de marzo de 2017**, señalando como nueva fecha de terminación el **5 de mayo de 2017** (fl. 207-208).

El 6 de marzo de 2017, se suscribió acta de ampliación No. 1 a la suspensión No. 2, por 20 días más, la cual sería desde el **7 de marzo de 2017 hasta el 27 de marzo de 2017** (fl. 209-210). y según se observa en acta de ampliación No.2 a la suspensión No. 2 por 15 días más, es decir, **entre el 27 de marzo de 2017 hasta el 11 de abril de 2017** con nueva fecha de terminación de **9 de junio de 2017** (fls. 211 cdrno Ppal)).

Ahora bien, a través de Oficio CRP-005-2015 del **10 de agosto de 2015** (fl. 212-213 cdno Ppal) el representante del Consorcio Prosperidad solicitó al Secretario de Infraestructura y Valoración de la época, la siguiente información:

- “(…)1. Planos de Ubicación de redes existentes, eléctricas, gas, acueducto y alcantarillado de los 17 tramos a intervenir, teniendo en cuenta que son primordiales para el inicio de actividades de excavación (...)
2. revisión de las vigencias para los recursos del contrato de referencia, teniendo en cuenta que la propuesta fue adjudicada el pasado 29 de septiembre del año 2014, con un inicio en agosto del año 2015 y una terminación aproximada de 2016.
(...)
4. Permiso de los botaderos por parte de la ALCALDIA MUNICIPAL, teniendo en cuenta que e s un requisito para la aprobación de PGIO y es solicitado por la interventoría para el inicio del contrato (...)”

En respuesta a lo anterior, mediante Oficio de **18 de agosto de 2015**, suscrito por el Secretario de Infraestructura y Valorización del Municipio, se puso en conocimiento al Representante Legal del Consorcio Prosperidad, los planos de servicios públicos del contrato de obra pública No.2014-773 (acueducto, energía, alcantarillado y gas natural). Igualmente, se le informó acerca de los recursos del proyecto y su

aprobación y sobre requerimientos ambientales (fls.69-71 c. anexos).

Posteriormente, respecto de la ejecución del contrato, obra en el expediente acta No. 1 de comité de seguimiento al proyecto del **8 de septiembre de 2015** (fl. 57-58 ANEXO), en la que, en el "desarrollo y conclusiones" se lee lo siguiente:

"(...) Ing Caros Mauricio Morales – Secretario de Infraestructura-, realiza una descripción de las fases del proyecto y como han sido revisados en el DPS los estudios y diseños.

Informa que en diciembre de 2014 se realizaron ensayos de laboratorio en 3 vías incluidos en el alcance del proyecto, los resultados del CBR

(...)

Los 17 ejes viales cuentan con redes de servicios públicos en cuanto a la red de alcantarillado se presentó una certificación donde indica la no intervención de la misma en los próximos 5 años. La tubería actual existente es en asbesto cemento por lo que es posible que sucedan daños.

Las partes se comprometen a dar inicio el próximo lunes 14 de septiembre de 2015

(...)"

En efecto, las partes se comprometieron a dar inicio a la obra el día **14 de septiembre de 2015**, así como a realizar un recorrido a lo largo del proyecto para definir los tramos del mismo el **16 de septiembre de 2015**.

Se observa también Oficio No. 210-628 del **10 de junio de 2016**, suscrito por el Secretario de Infraestructura y valorización del municipio, dirigido al Consorcio Prosperidad, a través del cual, se advirtió lo siguiente (fls.72-73 vltto anexo)

"(...) en razón a su persistencia en sustentar los retrasos en la ejecución del contrato, en estudios y diseños según usted incompletos, me permito recordarle lo siguiente:

1) En apartes del numeral 13 de la cláusula segunda del contrato 2014773 que usted pactó, dice textualmente "13) DE LA INFORMACIÓN DEL PROYECTO Y ESPECIFICACIONES: después de la adjudicación y suscripción del contrato y previo a la iniciación de las obras, el contratista deberá obtener copia de la información que exista del proyecto, en cuyo caso la revisará y tomará la que considere necesaria para la ejecución del mismo.

Las obras se ejecutarán en todo, de acuerdo a los planos de construcción aprobados por el interventor, con las normas y especificaciones de ensayos de materiales para este tipo de obras y las especificaciones particulares del proyecto.

Los levantamientos topográficos para la ejecución del proyecto serán hechos por el contratista y se registran en las carteras adecuadas, una copia deberá ser entregada a la interventoría cuando esta lo solicite.

2) el comité de seguimiento al proyecto en Sala de juntas del DPS Bogotá, **el día 8 de septiembre de 2015**, previo a la firma de acta de inicio, el Ing Carlos Mauricio Morales Balaguera, secretario de infraestructura de la época, realiza una descripción de las fases del proyecto y como han sido revisadas en el DPS los estudios y diseños del proyecto, le recuerdo que usted estuvo presente junto con su ingeniero residente y especialista (...) en la cual ustedes no hicieron observaciones al respecto. No se corresponde porque después de nueve meses de ejecución de la obra justifique la no ejecución de obra y retrasos en estudios y diseños incompletos.

3) En comités de Actas de seguimiento del contrato se han tratado temas respecto a actividades necesarias y complementarias mediante la creación de ítems "no previstos". Se le ha solicitado a usted como contratista la presentación de estos ítems, ante la negativa suya de presentar estos documentos, la Entidad asume que no está en la disposición de aceptarlos y siguen vigentes las únicas modificaciones e ítems "no previstos" pactados en el "acta de modificación de mayores y menores cantidades e ítems no previstos No. 1, por lo demás rige lo actualmente pactado en el contrato.

4) como se dijo en el comité N. 41 de fecha 7 de junio de 2016, en uno de sus apartes, el contratista asumió la construcción de las obras con la firma del acta de inicio, conociendo de antemano los estudios, diseños y levantamientos topográficos y las vías a intervenir; en el comité No. 1 con asistencia del Secretario de Infraestructura de la época, supervisión del Municipio de Sogamoso, representante legal del contratista, supervisor del DPS, residentes de obra e interventoría en la cual se "visita de obra" a la mayoría de las vías, en el cual no se dejaron observaciones respecto a los Estudios, Diseños y levantamientos topográficos.

(...)"

Del mismo modo, el **15 de junio de 2016** se remitió oficio IO-CIF-1237-15, identificado como "*incumplimiento contratista*" a través del cual se puso de presente al municipio lo siguiente (*fl. 74 anexo*)

"(...) de acuerdo con el seguimiento que esta interventoría realiza a la ejecución del contrato de obra de la referencia, se observa que se viene presentando atrasos en las obras del contrato de la referencia de acuerdo a la programación aprobada, alzando un retraso de 23.49% sin que para la fecha se haya recibido plan de contingencia.

En reiteradas ocasiones, se le ha solicitado al contratista en comités de seguimiento y en el Oficio IO-CIF-1185-15, un plan de contingencia para

poder nivelar el avance de obra y así disminuir el retraso, pero a la fecha no nos ha sido entregado dicho plan y lo más preocupante es que el atraso sigue aumentando.

Así las cosas, esta interventoría recomienda al ente contratante tomar acciones pertinentes al presunto incumplimiento del contrato, de acuerdo a lo estipulado en la **CLÁUSULA SEGUNDA** "obligaciones específicas" y en la "**CLÁUSULA NOVENA: MULTAS: en caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones que en virtud de este contrato contra el CONTRATISTA (...)**"

El **21 de junio de 2016**, se realizó acta de seguimiento al contrato, suscrita por los representantes de prosperidad social, de la Alcaldía de Sogamoso, del Consorcio Prosperidad, la interventoría y la Alcaldesa del referido municipio, en la que se indica, entre otras cosas que, " (...) a la fecha el contrato presenta una ejecución de obra de 24.83% contra una programada de 52.58% lo que indica que presenta un atraso del 27.75% para lo cual, el contratista presentara un plan de contingencia para contrarrestar el atraso presente, se programa reunión para el próximo 7 de julio de 2016" (fls. 60-63 anexo)

En Acta de Comité Técnico No. 2 – contrato administrativo de obra pública No. 2014773- llevada a cabo el **5 de julio de 2016**, se puso de presente, una vez iniciada la etapa de construcción de las obras por parte del contratista, los ítems no previstos, con el fin de atender las necesidades propias en la etapa de construcción, dentro de los cuales se encontraba: i) estabilización de con rajón (sic); ii) construcción pozo de inspección; iii) mejoramiento de piso con material de relleno; iv) suministro de instalación cargue anillo—tapa pozo en concreto reforzado diámetro 75cm; instalación de tubería de alcantarillado (fl. 75-78 anexo)

Mediante Oficio IO-CIF-1678-15 del **15 de noviembre de 2016** la Representante Legal de la Interventoría realizó un llamado de atención al Consorcio contratista por bajo rendimiento en la obra, indicando que (fls. 83 y vltto anexo):

"(...) de acuerdo con los avances presentados durante los últimos periodos, la ejecución de la obra en septiembre correspondió al 34.65%, octubre el 43.235% y a la fecha presenta un avance aproximado al 47.5%, lo que deja en evidencia el bajo rendimiento de las actividades contractuales, en especial teniendo en cuenta que han transcurridos 14 meses de ejecución y esta situación podría estar generando un posible

incumplimiento, toda vez que la prórroga otorgada para la culminación de las obras corresponde a cuatro meses y no se han tomado las medidas necesarias por parte del contratista en cuanto al aumento de maquinaria, personal y disponibilidad de materiales de acuerdo con las necesidades de la obra con los cuales se demuestre el compromiso de generar avance que garantice la terminación de la obra en el plazo de establecido.

(...)

Por lo anterior se reitera la solicitud de cumplimiento de los compromisos generados en el desarrollo del contrato como la presentación de la reprogramación de la obra de acuerdo con el estado actual de la ejecución del contrato (...)"

En Acta de seguimiento del contrato de obra pública, realizada el **29 de noviembre de 2016** suscrita por las partes contratante, contratista y por el interventor (*fl. 87-91 anexo*) se discutieron entre otros, los siguientes aspectos:

"(...) 2. Se deja constancia que el contratista no ha entregado reprogramación y plan de contingencia con lo cual puede realizar una adecuada supervisión de los trabajos en ejecución.

(...)

La Secretaría de Infraestructura y Valoración manifiesta su preocupación por los continuos atrasos en la ejecución de las actividades de obra, de igual manera que se debe plantear un plan de contingencia que garantice el cumplimiento contractual dentro del plazo otorgado para la terminación de las obras.

El contratista manifiesta que se encuentra al día con pagos de parafiscales y que los temas referentes a temas laborales el consorcio los atenderá con la oficina de trabajo conforme a la ley. El representante legal del Consorcio se reunió con el comisario tercero de la oficina del trabajo de Sogamoso para temas laborales (...)"

Adicionalmente, en los compromisos adquiridos en la citada acta de seguimiento, se advierte que el contratista se comprometió a entregar entre el 6 y el 7 de diciembre de 2016: i) reprogramación de obra y plan de contingencia; ii) programación de entrega de vías a la interventoría y iii) copia de pagos de parafiscales y seguridad social (*fl. 91 anexo*).

Obra a folios 92 y 93 del plenario, escrito suscrito por el Secretario de Infraestructura y Valoración del municipio, a través del cual se le informa al Representante Legal de la interventoría lo siguiente:

"(...) Realizada visita a las diferentes vías del contrato el día de hoy

19 de diciembre de 2016. Entre la supervisión del Municipio de Sogamoso y el residente de interventoría del consorcio INTERFA, se verificó que los frentes de trabajo están inactivos, no hay personal en la obra, ni maquinaria, ni movimiento de materiales; así mismo se constató que en algunas vías como la No. 7 carrera 4 entre las calles 1c sur y 5 no hay carrotanque para la humectación de la vía, causando afectación a la comunidad aledaña que constantemente reclama (...)"

De otra parte, mediante Oficio IO-CIF-1774 -15 del **5 de enero de 2017**, la interventoría presentó a la Secretaría de Infraestructura y Valorización del Municipio de Sogamoso, informe del estado de la malla vial en el que concluyó que "(...) *De acuerdo a lo anterior se evidencia que a la fecha están pendientes de excavación mecánica ocho (8) vías, y por instalación de capas granulares y carpeta asfáltica once (11) vías, para lo cual y teniendo como referencia el tiempo restante a la finalización del contrato, se debe disponer de equipo y cuadrilla en cada una de las vías para cumplir, con la terminación en el plazo acordado.*"

Por su parte, el Consorcio Prosperidad con Oficios de fechas 31 de marzo de 2016 (fl. 215 *cdno Ppal*), 18 de noviembre de 2016 (fl. 218 *cdno Ppal*), 6 de diciembre de 2016 (fl. 221 *cdno Ppal*), puso en conocimiento del ente territorial, que con ocasión de las fuertes lluvias que se presentaron en la época, se vio afectada la ejecución del contrato y por consiguiente el rendimiento y avance de obra.

Ahora bien, según se evidencia en la documental que obra en el expediente a folios 107 a 122 del anexo, se citó para audiencia de conciliación y defensa judicial por parte del Municipio de Sogamoso, al contratista – CONSORCIO PROSPERIDAD-, para el día 28 de abril de 2017 con el fin de declarar el incumplimiento del contrato No. 2014773.

No obstante la audiencia fue reprogramada para el 15 de mayo de 2017, en la que, después de escuchar los argumentos de las partes sobre los hechos objeto de debate, dentro de los cuales destaca lo dicho por La ingeniera OLGA LUCIA, secretaria de Infraestructura en el sentido de indicar

que: *"... no es viable la terminación anticipadamente del contrato, puesto que no se puede recibir en el estado que se encuentran las obras, en el avance del 52% hay obras que por falta de recursos del contratista no ejecutaron la obra, no por causas técnicas de responsabilidad del municipio, no hay tramos totalmente terminados, es decir, con asfalto instalado, hay vías en la que colocaron base y sub base que el día de hoy está deteriorado por cuanto no colocaron la protección de la base", el comité de conciliación y de defensa judicial del ente territorial, "decide NO CONCILIAR, por cuanto el Municipio de Sogamoso cumplió con todas las obligaciones contractuales, quien ha incumplido con los requerimientos del contrato es el contratista"*

Posteriormente y como quiera que no hubo acuerdo conciliatorio alguno, **el 6 de junio de 2017** se reanudó la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, dentro del proceso sancionatorio adelantado en contra del CONSORCIO PROSPERIDAD (*fls. 120-122 del anexo*), en la que, luego de escuchar a las partes, la interventoría manifestó lo siguiente:

"(...) respecto del Oficio 1891, se hizo énfasis en los atrasos en pagos a los trabajadores por parte del CONSORCIO PROSPERIDAD, el mismo fue enviado a la supervisión toda vez que desde 2016 se viene evidenciando las diferentes quejas y reclamos de los trabajadores. Frente al Oficio 1883, es claro que a esa fecha se tenía un atraso importante más o menos del 33% y se sabía que de acuerdo a las obligaciones que el contratista había adquirido y al término que restaba de ejecución del contrato se veía que no se alcanzaría a culminar con el objeto del contrato, por lo que era obligación de ellos informar al municipio sobre los atrasos presentados. Manifiesta que queda por ejecutar el 48% de la obra contratada. "

Una vez se escucha a los intervinientes, el Despacho procede a suspender la audiencia 10 minutos para analizar el material probatorio allegado y después de ser reanudada, se procedió a leer la Resolución No.1315 de 6 de junio de 2017, a través de la cual se declara incumplimiento parcial del contrato y se impone la consecuente multa. Contra la resolución anterior no se interpuso recurso alguno.

De otro lado, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ente territorial expidió Oficio No. 210007381489, a través del cual citó al Representante legal del

Consorcio Prosperidad para el **16 de junio de 2017**, con el fin de proceder a suscribir liquidación bilateral del contrato de obra pública No. 2014773 (fs. 243 del cdrno Ppal).

El **11 de julio de 2017** a través de escrito suscrito por la apoderada del CONSORCIO PROSPERIDAD, remitido a través de correo electrónico, se le puso de presente al Municipio de Sogamoso que:

"(...) resulta menester recordarles la obligación adquirida en la reunión llevada a cabo el día 04 de julio de 2017, en la oficina de contratación del Municipio de Sogamoso:

"(...) en virtud de las diferencias que existen y las dudas del municipio ingeniero Juan Camilo solicita se haga una visita a las obras por parte de la interventoría y la Supervisión el 5 de julio de 2017, a partir de las nueve de la mañana y una vez concluida la visita se procederá a efectuar el acta de entrega y de recibo del objeto contractual, (...)"

Como consecuencia de lo anterior, se hace imposible asistir a la cita reprogramada para el 12 de julio del presente año, hasta que se dé cumplimiento a lo trascendido anteriormente.

Así las cosas, para no seguir con este desgaste e incertidumbre le solicitamos a la entidad que para la próxima oportunidad remita previamente un texto de liquidación del contrato al cual le agregaremos las correspondientes salvedades. Si la entidad no está de acuerdo con esta proposición, proceda a liquidar unilateralmente conforme a lo que le conste" (fl. 383 cdrno Ppal.

Seguidamente, el Jefe de la Oficina de Contratación del municipio, en respuesta al referido correo electrónico, remitió Oficio de 12 de julio de 2017 a la Representante Legal del Consorcio contratista, señalando (fl. 384 Cdrno Ppal):

"(..) Al respecto me permito informarle que una vez efectuada la reunión del interventor con los supervisores del contrato se logró la firma del acta de recibo y entrega del objeto contractual, en el día de ayer en horas de la tarde.

Así las cosas, en cumplimiento del compromiso por parte del municipio, adjunto me permito enviarle la citada acta, a fin de que sea suscrita por el contratista y de la misma manera actualice las pólizas y efectúe los pagos parafiscales y con los recibos y la póliza procederá a completar la información del acta de liquidación.

(...)

Por lo anterior, se cita nuevamente para el día martes 18 de julio a las 9:00 am, a fin de suscribir las respectivas actas (...)"

Finalmente, reposa en el expediente comunicado del 17 de julio de 2017, suscrito por la representante legal del CONSORCIO PROSPERIDAD, en el que le precisa al Municipio de Sogamoso que revisado el proyecto de liquidación enviado por este último, en primer lugar que la fecha de terminación del contrato de Obra No. 2014773 tuvo lugar el 1 de junio de 2017 y no el 6 de junio como se indica en el proyecto, aunado a que es incoherente firmar un acta cuando se han modificado los valores de ejecución del contrato. Así las cosas, solicitó proceder a liquidar unilateralmente el citado contrato (*fl 385 cdrno Ppal*).

En consecuencia, de lo anterior, mediante acta del 18 de julio de 2017 se procedió a informar de la situación al señor Alcalde Municipal como ordenador del gasto, para dar trámite a la liquidación unilateral del contrato de acuerdo con lo solicitado por la apoderada del consorcio (*fl. 321 Cdrno Ppal*).

Análisis probatorio.

La Sala abordará el estudio de las pruebas respecto de cada una de las Resoluciones Nos 1315 del 6 de junio de 2017, "*POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL AL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA NO. 2014-773 Y SE IMPONE UNA MULTA*" y 1586 del 25 de julio de 2017, "*POR MEDIO DE LA CUAL SE LIQUIDA UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA NO. 2014773*".

Resolución No 1315 del 6 de junio de 2017 - DECLARA EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA NO. 2014-773 E IMPONE UNA MULTA-

Manifiesta la parte demandante que el Municipio de Sogamoso, expidió la Resolución No. 1315 de 2017 en forma extemporánea, es decir, después de vencida la etapa de ejecución del contrato. Adicionalmente, afirma que

el ente territorial demandado al expedir dicha resolución desconoció los derechos al debido proceso y defensa del consorcio aunado a que adolece de falsa motivación.

Respecto de la competencia temporal del ente territorial para declarar el incumplimiento parcial del contrato de obra pública No. 2014-773, en primer lugar dirá la Sala que, si bien el CONSORCIO PROSPERIDAD afirmó en el escrito de demanda que el plazo contractual finalizó el 1 de junio de 2017 y en los alegatos de conclusión que fue el 3 de junio de 2017, lo cierto es que, de un lado, no allegó prueba alguna para demostrar su dicho, y de otro, del material probatorio que reposa en el expediente como es el caso del acta de ampliación No.2 a la suspensión No. 2 visible a folio 211 del cuaderno principal, la cual fue firmada por los representantes legales de la interventoría y del contratista, así como por el Secretario de Infraestructura y valorización del Municipio se observa como nueva fecha de terminación de **9 de junio de 2017**.

Así las cosas, tomando en consideración que la resolución a través de la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato de obra No. 2014-773 y en consecuencia se impuso al CONSORCIO PROSPERIDAD una multa de \$95'729.591 fue expedida el **6 de junio de 2017**, es evidente que el Municipio de Sogamoso se encontraba dentro del término del plazo contractual y en esa medida el referido acto administrativo fue emitido oportunamente.

En lo que se refiere a la falsa motivación alegada por el consorcio demandante se considera que no probó dicha afirmación, por el contrario del recuento probatorio anterior es posible concluir que durante el tiempo de ejecución del contrato se presentaron varios retrasos, paralizaciones e incumplimientos del contratista, los cuales fueron evidenciados en diferentes oportunidades, tanto por la interventoría como por el Municipio.

En efecto, el permanente y reiterado atraso quedó demostrado con el

Oficio IO-CIF-1237-15 de 15 de junio de 2016 a través del cual la interventoría puso en conocimiento del municipio de Sogamoso el atraso de obra del 23.49% que se venía presentando para ese momento, razón por la cual le recomendó al ente territorial contratante tomar las acciones pertinentes como la multa.

Adicionalmente, con el Oficio IO-CIF-1678-15 del 15 de noviembre de 2016 en el que se hizo al contratista un llamado de atención por bajo rendimiento en la obra además de reiterar la solicitud de la reprogramación de la obra teniendo en cuenta el estado en el que se encontraba. Lo anterior, se ratifica con el escrito elaborado por el Secretario de Infraestructura y Valorización del Municipio de Sogamoso en el que se le informó el representante legal del CONSORCIO PROSPERIDAD que en visita realizada en diciembre de 2016 se verificaron fuentes de trabajo inactivos, así como falta de personal, maquinaria y movimiento de materiales.

Del mismo modo se evidenciaron tales atrasos, en las diferentes actas de seguimiento al contrato, en las que luego de ponerlos en conocimiento de los asistentes a los comités, el Contratista – CONSORCIO PROSPERIDAD- se comprometía a presentar reprogramaciones a los cronogramas y planes de contingencia, sin que exista prueba en el plenario del cumplimiento de tales compromisos, lo que evidencia desinterés e irresponsabilidad del contratista.

No desconoce la Sala lo manifestado por el contratista en cuanto a que los atrasos e incumplimientos se presentaron ante la no entrega de Estudios técnicos y diseños por parte del Municipio de Sogamoso, manifestación que no comparte la Sala, pues de las pruebas que reposan en el expediente es claro que el 10 de agosto de 2015, esto es, antes de iniciar las obras, el representante del consorcio contratista solicitó al Municipio de Sogamoso entre otras cosas, los planos de ubicación de las redes existentes eléctricas, gas, acueducto y alcantarillado de los tramos que serían

intervenidos, información que fue entregada por el ente territorial el 18 de agosto de 2015, sin que el contratista realizara manifestación alguna respecto de la falta de estudios y diseños, o por lo menos no aparece demostrado en el expediente.

Igualmente ocurrió en las diferentes actas de seguimiento realizadas al contrato, en las que como ya se vio, el contratista nunca puso de presente la supuesta falta de estudios y diseños como justificación a los incumplimientos, sino por el contrario adquiría compromisos de reprogramaciones y planes de contingencia, los cuales, se reitera, no cumplió. Además, en el acta de Comité Técnico No. 2 en la que se previeron los "ítems no previstos", el consorcio contratista no relacionó la falta de estudios ni diseños como ítem no previsto, al igual que los daños en las tuberías de las calzadas que iban a intervenir, daños que ahora viene a invocar como excusa de los atrasos, a pesar que desde el comité de seguimiento No. 1 realizado el 8 de septiembre de 2015, antes de la iniciación de la obra, tuvo conocimiento de que era un riesgo teniendo en cuenta que la tubería era de asbesto y cemento y en esa oportunidad no manifestó desacuerdo alguno.

Así las cosas y tomando en consideración que, de un lado, en la **CLÁUSULA NOVENA** del contrato se previeron las multas en casos de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones por parte del contratista y de otro que se encuentra demostrado el retraso e incumplimiento de las obligaciones del contratista, consagradas en la **CLÁUSULA SEGUNDA** del contrato de obra No. 2014-773, es claro para la Sala que la Resolución No.1315 del 6 de junio de 2017 se encuentra debidamente motivada.

Adicionalmente, no encuentra la Sala violación alguna del derecho al debido proceso del CONSORCIO PROSPERIDAD, en tanto, quedó claro que previamente a la declaratoria de incumplimiento parcial del contrato se realizó, primero audiencia de conciliación prejudicial entre el contratante y el contratista. Posteriormente y como quiera que no hubo acuerdo

conciliatorio entre las partes, se dio trámite a la audiencia consagrada en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

Así entonces, en ambos procedimientos, se le otorgó al contratista – CONSORCIO PROSPERIDAD- la oportunidad de intervenir, rendir sus descargos, ejercer su derecho de defensa y contradicción tal como se observa en las actas que recogen el desarrollo de las citadas audiencias arriba relacionadas. En cuanto a la afirmación del representante legal del Consorcio respecto a que al no otorgársele plazo para sustentar el recurso de reposición se le desconoció el debido proceso, no le asiste razón, en tanto el artículo 86 de la referida ley, es claro al señalar que “(...) **Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia.** La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia”.

RESOLUCIÓN 1586 DEL 25 DE JULIO DE 2017, “POR MEDIO DE LA CUAL SE LIQUIDA UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA NO. 2014773”.

En primer lugar, aduce la parte demandante que, el Municipio de Sogamoso profirió la Resolución 1586 del 25 de julio de 2017 cuando no habían transcurrido 4 meses. Es decir, sin competencia para proferir tal acto, configurándose con suma claridad la falta de competencia.

Si bien es cierto, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, a partir de la expiración del término de ejecución del contrato, o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga, la partes cuentan con el término de 4 meses para liquidarlo bilateralmente, también lo es que, vencido este término, nace la facultad para la entidad de liquidar unilateralmente, dentro de los 2 meses siguientes a los 4 meses previstos para la liquidación bilateral.

En efecto, dicha posibilidad que nace para la administración se da cuando el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes.

En el presente asunto, se encuentra demostrado que, el Municipio de Sogamoso en varias oportunidades convocó al contratista con el fin de intentar la liquidación del contrato bilateralmente, manifestando para el efecto al consorcio prosperidad, que el 11 de julio de 2017 se logró la firma del acta de recibo y entrega del objeto contractual, por lo que le envió la citada acta para que fuera suscrita por el contratista. Sin embargo en comunicado del 17 de julio de 2017 el representante legal del citado consorcio manifestó no estar de acuerdo con el proyecto de acta de liquidación y solicitó proceder a la liquidación unilateral.

En consecuencia, es claro que, a pesar de varias citaciones realizadas por el ente territorial para liquidar el contrato en forma bilateral, citaciones que fueron realizadas dentro de los 4 meses que consagra la ley para el efecto, el contratista no se presentó aunado a que el mismo Consorcio solicitó al municipio que realizara la liquidación unilateral, en esa medida conociendo el ente contratante la falta de voluntad del CONSORCIO PROSPERIDAD para liquidar el contrato bilateralmente, no podía esperar a que vencieran dichos 4 meses para proceder a realizar la liquidación unilateral, es decir, desde el mismo momento en que tuvo conocimiento de que no se llegó a un acuerdo, nace la posibilidad para el municipio de liquidar unilateralmente el contrato sin que se configure nulidad de esta, como en efecto ocurrió en este caso.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la afirmación del demandante en cuanto a que en la liquidación unilateral desconoció abruptamente la variación de precios que afectó el contrato, tanto por los años que transcurrieron entre la suscripción del contrato y la liquidación, como por

las suspensiones por ausencia de interventoría, reforma tributaria, nueva resolución de precios, la Sala precisa que:

No es posible tener en cuenta dichos argumentos para entrar a analizar la liquidación efectuada por el municipio y llegar a una eventual conclusión de desequilibrio económico, pues de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, citada en párrafos anteriores, en casos en los que se pretenda el restablecimiento de equilibrio económico, el factor de oportunidad puede hacer improcedente tal pretensión, como se evidencia en el presente asunto.

En efecto, en este caso, el contratista consideró que se había configurado el acaecimiento de circunstancias que alteraron el equilibrio económico desde el inicio del contrato y que por virtud de las mismas desde el mismo instante de la adjudicación se vieron en la necesidad de incurrir en gastos adicionales lo que llevó a no poder ejecutar el contrato de manera inmediata y de acuerdo con los precios que se habían pactado, lo que redundó en que el contratista tuviera que entrar a ejecutar un contrato ya desequilibrado, pues, tanto el precio como el plazo, siendo elementos determinantes la economía del contrato, ya habían sido resquebrajados.

No obstante lo anterior, observa la Sala que el CONSORICO PROSPERIDAD suscribió los acuerdos de suspensiones, adiciones y prórrogas del plazo contractual sin manifestar nada al respecto, siendo esta la oportunidad, es decir, en el momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias, debió presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por la variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes que en su sentir rompieron el equilibrio económico del contrato.

Así las cosas, teniendo en cuenta que fue solo hasta la presentación de esta demanda que el contratista puso de presente el acaecimiento de circunstancias que lo llevaron al rompimiento de las condiciones

económicas del contrato las cuales hicieron, según su decir, que ejecutará un contrato desequilibrado desde el inicio, en criterio de la Sala, este comportamiento claramente va en contra vía del principio de la buena fe contractual pues conforme a este postulado, tan pronto como tuvo conocimiento de la inconformidad por un supuesto rompimiento del equilibrio económico del contrato debió manifestarlo al ente territorial contratante, con el fin de propender por su inmediata subsanación.

Así las cosas, el silencio del contratista durante todo el proceso contractual, se traduce en la aceptación tácita de las condiciones en que se celebró el contrato en cuestión y de la forma como se estaba ejecutando.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala negará las pretensiones de la demanda.

De la condena en Costas:

Se condena en costas a la parte demandante- por ser la parte vencida en el proceso y por encontrarse causadas, conforme lo establece el numeral 1º y 8º del artículo 365 del C.G.P.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, La Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, instaurada por el CONSORCIO PROSPERIDAD en contra del Municipio de Sogamoso, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se condena en costas a la parte vencida, liquídense por secretaría y aplíquese el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO: En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sesión de la fecha.

Los Magistrados


FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA


LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

37

