

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
DEMANDANTE: CONSORCIO KRASIA Y OTRO
DEMANDADO: AERONAUTICA CIVIL
RADICADO: 15001233300020170051500

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 KRASIA Y OTRO, en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONAUTICA CIVIL.

II. ANTECEDENTES

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

-

a. Pretensiones Declarativas

PRIMERA: DECLARAR la nulidad de la Resolución 02185 del 28 de julio de 2016, expedida por la Aeronáutica Civil, mediante la cual se declaró el incumplimiento parcial del Contrato de Obra 15000121-OK-2015 y se impuso al Consorcio Krasia, a título de cláusula penal, el pago de \$ 1.239.536.983.40.

SEGUNDA: DECLARAR la nulidad de la Resolución 02338 del 11 de agosto de 2016, expedida por la Aeronáutica Civil, que modificó el artículo segundo de la

Resolución 02185 del 28 de julio de 2016, imponiendo el pago a título de cláusula penal de \$ 708.147.479 y confirmó los demás términos, condiciones y obligaciones establecidas en la misma.

TERCERA: DECLARAR la nulidad de la Resolución 00920 del 7 de abril de 2016 «Por medio de la cual se decide sobre la imposición de multa por el presunto incumplimiento parcial de las obligaciones descritas en el Contrato de obra No. 15000121-OK-2015, celebrado entre la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL y el CONSORCIO KRASIA.

CUARTA: DECLARAR la nulidad de la Resolución 00992 del 14 de abril de 2016, «Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición presentados contra la Resolución No 00920 del 07 de abril de 2016», expedida por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

QUINTA: DECLARAR la nulidad de la Resolución 03485 del 18 de diciembre de 2015 «Por medio del cual se impone una multa dentro de la actuación administrativa adelantada contra el CONSORCIO KRASIA con ocasión del contrato de obra número 15000121-OK-2015», expedida por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

SEXTA: DECLARAR la nulidad de la Resolución 00176 del 22 de enero de 2016 «Por medio de la cual se deciden dos recursos de reposición en contra de la Resolución 3485 del 18 de diciembre de 2015 dentro de una actuación administrativa del contrato No. 15000121-OK-2015, celebrado entre la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL y el Consorcio Krasia».

SÉPTIMA: Que, como consecuencia de la nulidad de las resoluciones 02185 del 28 de julio de 2016, 02338 del 11 de agosto de 2016, 920 del 7 de abril de 2016, 992 del 14 de abril de 2016, 3485 del 18 de diciembre de 2015 y 000176 del 22 de enero de 2016, **DECLARAR** que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil es responsable patrimonialmente por los perjuicios causados al Consorcio Krasia y a sus integrantes, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

OCTAVA: DECLARAR la nulidad de la Resolución 03202 del 28 de octubre de 2016 «Por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato de obra 15000121-OK-2015, celebrado entre la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL y el CONSORCIO KRASIA», expedida por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, que resolvió.

NOVENA: DECLARAR la nulidad de la Resolución 00260 del 30 de enero de 2017 «Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución 3202 del 28 de octubre de 2016, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato de obra 15000121-OK-2015, celebrado entre la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL y el CONSORCIO KRASIA», expedida por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica.

DÉCIMA: como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones octava y novena, se **REALICE** una nueva liquidación del Contrato 15000121-OK-2015, en donde se declare: a) Que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil adeuda al Consorcio Krasia la suma de \$ 52.012.706, por concepto de obras ejecutadas no reconocidas ni pagadas, y que corresponden a los siguientes ítems: (i) Sello de juntas tipo Polybit o similar en área; (ii) Localización y replanteo y (iii) remoción de capa superficial. b) Que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil adeuda al Consorcio Krasia la suma

de \$ 18.683.193 por concepto de la compensación realizada por la entidad por el saldo de la multa impuesta mediante la Resolución 03485 del 18 de noviembre de 2015, confirmada mediante la Resolución 176 del 22 de enero de 2016. c) Que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil adeuda al Consorcio Krasia la suma de \$ 32.885.814 por concepto de la compensación realizada por la entidad por el saldo de la multa impuesta mediante la Resolución 00920 del 7 de abril de 2016, confirmada mediante la Resolución 00992 del 14 de abril de 2016.

b. Pretensiones Condenatorias

PRIMERA: CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil a pagar al Consorcio Krasia y a sus integrantes la suma de \$ 52.012.706 o lo que se pruebe en el proceso, resultante del saldo adeudado de conformidad con la nueva liquidación del Contrato 15000121-OK-2015.

Conforme al acta de la audiencia inicial (fl. 252), la parte demandante desistió de las pretensiones -11 declarativa y, -2 y 3 condenatoria, siendo admitidas por el Despacho, por lo cual no fueron enlistadas anteriormente.

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

Luego de surtido el proceso licitatorio N1500021 OL de 2015, el 19 de junio de 2015 la AERONAUTICA y el CONSORCIO KRASIA suscribieron el contrato de obra así:

No. Contrato	No. 1500021-OK-2015
Objeto	"Realizar el estudio, diseño y mantenimiento de pista, para los aeropuertos de Sogamoso y Puerto Leguizamó".
Valor	SEIS MIL CIENTO NOVENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS DIECISIETE PESOS (\$6.197.684.917).
Plazo Inicial	180 días a partir del acta de inicio.
Integrantes CONSORCIO	-MSB Solucitons SAS con participación del 50% - Jaime Vargas Galindo con una participación del 40% -Masawa SAS con una participación del 10%

En torno al contrato en mención se dieron los siguientes hechos:

Interventoría	CONSORCIO AEROPUERTOS EJ
06/08/2015 Inicio	Suscripción acta de inicio del contrato No. 1500021-OK-2015
18/12/2015 Declaración Incumplimiento Imposición multa	La AERONAUTICA CIVIL mediante Resolución 03485 del 18 de diciembre de 2015, confirmada por la Resolución No. 00176 del 22 de enero de 2016, declaró el incumplimiento parcial del contrato No. 1500021-OK-2015 y multó al CONSORCIO KRASIA por la suma de \$18.683.193 por el incumplimiento en la entrega de los estudios y diseños de los aeropuertos de Sogamoso y de Puerto Leguizamo.
01/02/2016 Prórroga	Acto de prórroga No. 1 - Amplió el término de ejecución del contrato en 90 días calendario, esto es, hasta el 01 de mayo de 2016 y estableció obligaciones adicionales: <ul style="list-style-type: none"> a. Al 29 de febrero de 2016 se deberá ejecutar el 100% de las obras de mantenimiento de pista del Aeropuerto de Sogamoso. b. Al 15 de marzo de 2016 se deberá ejecutar el 40% de las obras de mantenimiento de pista del Aeropuerto de Puerto Leguizamo. c. Al 30 de abril de 2016 se deberá ejecutar el 100% de las obras de mantenimiento de pista del Aeropuerto de Puerto Leguizamo.
07/04/2016 Declaración Incumplimiento Imposición multa	La AERONAUTICA CIVIL mediante Resolución 00920 del 07 de abril de 2016, confirmada por la Resolución No. 00992 del 14 de abril de 2016, declaró el incumplimiento parcial del contrato No. 1500021-OK-2015 y multó al CONSORCIO KRASIA por la suma de \$32.885.814 por el retraso en las obras. previstas para el Aeropuerto Puerto Leguizamo.
29/04/2016 Terminación	Suscripción de la terminación anticipada de mutuo acuerdo del contrato No. 1500021-OK-2015.
23/06/2016 Recibo final	Suscripción acta de recibo final del contrato No. 1500021-OK-2015.
28/07/2016 Declaración Incumplimiento -Cláusula penal	La AERONAUTICA CIVIL mediante Resolución 02185 del 28 de julio de 2016, confirmada por la Resolución No. 02338 del 11 de agosto de 2016, declaró el incumplimiento parcial e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato No. 1500021-OK-2015
28/10/2016 Liquidación unilateral	La AERONAUTICA CIVIL mediante Resolución 03202 del 28 de octubre de 2016, confirmada por la Resolución No. 00260 del 30 de enero de 2017, liquidó unilateralmente el contrato No. 1500021-OK-2015.

Los hechos mencionados por el demandante respecto a los actos administrativos proferidos por la AEROCIVIL, se resumen de la siguiente manera:

-En lo relativo a la declaratoria de incumplimiento en la entrega de los estudios y diseños de los Aeropuertos y aplicación de multa por la suma de \$18.683,193.oo (Resolución 03485 del 18 de diciembre

de 2015, confirmada por la Resolución No. 00176 del 22 de enero de 2016), el demandante argumentó lo siguiente:

Que el consorcio presentó sus descargos enfatizando en i) la no definición clara de la consecuencia jurídica que podía derivarse para el contratista ii) violación al principio de tipicidad de la conducta, iii) desconocimiento del verbo rector y iv) modificación ilegal del plazo contractual. Adujo que debido al cambio de materiales, el contratista debió realizar ajustes a lo entregado inicialmente y el plazo otorgado era muy corto teniendo en cuenta que a interventoría tenía que revisar y aprobar.

Al ser desestimados sus argumentos, presentó recurso de reposición adicionando los siguientes: i) aplicación indebida del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y, ii) cumplimiento de las obligaciones contractuales.

No obstante, la decisión de la AERONAUTICA CIVIL fue confirmar mediante Resolución 00176 del 22 de enero de 2016, la cual fue notificada el 29 de marzo de 2016, es decir, la Resolución 03485 del 18 de diciembre de 2015 fue confirmada 3 meses y 11 días después de ser emitida, fecha en la cual el CONSORCIO KRASIA ya había superado la etapa de estudios y diseños.

- En lo relativo a la declaratoria de incumplimiento parcial por el retraso en la ejecución de las obras previstas para el Aeropuerto de Puerto Leguizamo y aplicación de multa por la suma de \$32.885.814.00 (Resolución 00920 del 07 de abril de 2016 de la Aeronáutica Civil, confirmada por la Resolución No. 00992 del 14 de abril de 2016), el demandante mencionó lo siguiente:

Que la AERONAUTICA CIVIL programó audiencia pública con el objeto de verificar el cumplimiento del contrato, con fundamento en los informes de interventoría CON-EJ-207-OH-211-15 del 16 de febrero de 2016 y CON-EJ-207-OH-226-15 del 29 de febrero de 2016; Posteriormente, el interventor actualizó el informe del cual se dio traslado en la audiencia. En la rendición de descargos el CONSORCIO argumentó: i) violación al debido proceso por no incluir el informe de interventoría actualizado en la citación a audiencia,

ii) cambio de los aspectos fácticos, iii) imposibilidad de imponer sanciones basado en unos hitos, pues el plazo contractual es uno solo y el contratista podía cumplir antes de terminar ese plazo, iv) falencias en los estudios previos, específicamente en los precios del mercado, v) imposibilidad jurídica de cumplir con la ejecución de la obra del aeropuerto de Puerto Leguízamo por la dificultad para obtener las licencias ambientales de las fuentes de material.

Como la AERONAUTICA CIVIL desestimó los argumentos, interpuso recurso de reposición, el cual debió sustentarse en tan sólo el término de una hora ya que el Consorcio solicitó el término de 10 días para sustentarlo como lo establece el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 y no le fue concedido.

Dentro de los argumentos del recurso se encontraban los defectos formales en el procedimiento y el fondo del asunto, el no pronunciamiento sobre el concepto favorable de la interventoría para la suspensión del contrato, la indefinición de la consecuencia jurídica que podía derivarse de la audiencia de incumplimiento. Así mismo, solicitó unas pruebas que le fueron negadas aduciendo que la etapa probatoria ya había concluido.

-En cuanto a la declaratoria de incumplimiento parcial y aplicación de la cláusula penal pecuniaria del contrato No. 1500021-OK-2015 por valor de \$1.239.536.983,40. (Resolución 02185 del 28 de julio de 2016 de la Aeronáutica Civil, confirmada por la Resolución No. 02338 del 11 de agosto de 2016), el demandante adujo lo siguiente:

El 22 de junio de 2016 la AERONAUTICA CIVIL citó al CONSORCIO KRASIA a audiencia pública con el objeto de verificar el cumplimiento del contrato plurimencionado. Indicó el demandante que en tal citación se mencionó que el objeto era la aplicación de la cláusula penal pecuniaria y el siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

Dentro de la audiencia desarrollada el 29 de junio de 2016 el Consorcio rindió descargos exponiendo los siguientes argumentos de: i) Imposibilidad de declarar incumplimiento por virtud del acta de terminación anticipada

del contrato sin consignar las respectivas salvedades. ii) Imposibilidad de culminar las obras debido a la inhabilidad sobreviniente de un integrante del consorcio y la decisión de impedir que cediera su participación en el CONSORCIO KRASIA. iii) Imposibilidad de cumplir las obras del aeropuerto de Puerto Leguízamo. iv) Inexistencia de ocurrencia del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

Los anteriores argumentos fueron desestimados y el Consorcio interpuso recurso de reposición adicionando argumentos relacionados con la violación al derecho a la defensa por no tener la oportunidad de controvertir el informe de interventoría, en el cual se determinó el porcentaje de cumplimiento del contrato a fin de tasar la cláusula penal, que no se aplicó el principio de proporcionalidad, así mismo que no había claridad en el tipo de incumplimiento declarado y la imposibilidad de efectuar compensaciones debido a que MSB Solutions SAS había iniciado un proceso de reorganización empresarial. De estos argumentos solo se admitió el referente a la proporcionalidad.

-En cuanto a la liquidación unilateral del contrato No. 1500021-OK-2015, (Resolución 03202 del 28 de octubre de 2016 de la Aeronáutica Civil, confirmada por la Resolución No. 00260 del 30 de enero de 2017), el demandante indicó lo siguiente:

Que el 25 de agosto de 2016 se llevó a cabo reunión en la AEROCIVIL para tratar el tema de la liquidación del contrato y pese a que se acordó que la interventoría enviaría el proyecto de liquidación, eso no sucedió. Y en ningún momento la AERONAUTICA CIVIL envió notificación o requerimiento para liquidar bilateralmente el contrato, desconociendo lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2011, el manual de contratación de la entidad y el manual de supervisión e interventoría.

Adujo el demandante que en el acta de recibo final suscrita el 23 de junio de 2016 se dejó constancia que la AERONAUTICA CIVIL adeuda al CONSORCIO KRASIA la suma de \$52.012.706 por concepto de obras ejecutadas no reconocidas ni pagadas, además que adeuda la suma de

\$732.882.286,67 por concepto de mayor permanencia en la obra, y la suma de \$220.000.000 por concepto de stand by de equipos por causas no imputables al contratista.

De otro lado, en cuanto a la inhabilidad sobreviniente de la sociedad MBS Solutions SAS (integrante del CONSORCIO KRASIA) y la imposibilidad de ceder el contrato por decisiones de la AEROCIVIL, mencionó el demandante que de acuerdo a los compromisos adquiridos, el día 27 de abril (un día después de la reunión en la que se trataron los temas de suspensión y cesión de los contratos), fueron enviadas las actas de suspensión cuyo fin era suspender los contratos mientras se presentaban los cesionarios. No obstante, la AEROCIVIL no las admitió e indicó que ya había vencido el plazo para las ofertas de cesión. Además, indicó que la AERONAUTICA impidió la participación del consorciado MBS Solutions SAS aún cuando la inhabilidad sobreviniente no estaba en firme.

2.2. Contestación de la demanda.

Unidad Administrativa especial Aeronáutica Civil (fls. 137-171).

La AERONÁUTICA CIVIL indicó que las pretensiones de la demanda no tiene vocación de prosperar e indicó que el desarrollo del proceso permitirá establecer que quien resultó perjudicado y a quien se le debe indemnizar es a la entidad que contrató la obra a fin de poner en operación un aeropuerto sin que a la fecha lo haya logrado, debido a la no ejecución de la totalidad de las obras.

En cuanto a las pretensiones declarativas, precisó que no hay lugar a su reconocimiento, pues las actuaciones de la entidad se ajustaron a derecho, basadas en el principio de legalidad y seguridad jurídica, cumpliendo con las obligaciones contractuales, teniendo en cuenta que la terminación anticipada y la liquidación unilateral se dieron por causas imputables al contratista, quien incumplió además, con sus obligaciones contractuales por lo que se vio avocada a hacer efectiva la cláusula penal.

Indicó también que los actos administrativos demandados fueron debidamente motivados en las circunstancias de hecho y de derecho, se encuentran debidamente ejecutoriados y en firme, sin que exista una causal que permita su declaratoria de nulidad. De acuerdo a esto, señaló que no es procedente realizar una nueva liquidación del contrato 15000121-OK-2015 pues además, el demandante no agotó la vía gubernativa al no presentar recurso sobre la misma.

Se opuso a las pretensiones condenatorias siendo evidente que el demandante no tiene certeza de la ocurrencia y cuantificación de los perjuicios reclamados, aduciendo que quien pretende judicialmente la reparación de un daño, debe probarlo.

Como razones de su defensa argumentó que el contratista incumplió normas como los artículos 5º y 52 de la Ley 80 de 1993, así como las obligaciones contractuales, por lo que no existe la aludida falsa motivación en los actos administrativos, en los cuales se enuncian las razones de hecho y de derecho por las cuales se decide declarar un incumplimiento.

A su vez, señaló que la entidad no perdió competencia para declarar el incumplimiento por el hecho de no expresar alguna salvedad en el acta de terminación anticipada de mutuo acuerdo, ya que estas operan solo sobre el acto de terminación en sí y no sobre el corte final de cuentas del contrato. Mencionó la facultad expresa para adelantar el proceso de imposición y multas y declarar el incumplimiento parcial definitivo antes de la liquidación de los contratos.

Finalmente en el capítulo de excepciones precisó sobre el cobro de lo no debido dado que los valores que el contratista reclama e indica se encuentran pendientes de pago, no concuerdan con el balance financiero del contrato, por el contrario, el contratista tiene un saldo por amortizar del anticipo a favor de la entidad. Así mismo dijo, que no se puede responsabilizar a la entidad de las consecuencias negativas que fueron resultado del incumplimiento del contratista.

2.3. Intervención del litisconsorte cuasi necesario.

Liberty Seguros S.A. (Fls. 200 a 215)

Coadyuvó las pretensiones de su afianzado, los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y solicitó se condene a la UAE AERONAUTICA CIVIL a restituir a LIBERTY SEGUROS S.A las sumas de dinero que hayan sido pagadas en cumplimiento de las resoluciones acusadas.

En los fundamentos expresó que la Resolución 02185 del 28 de julio de 2016 y la Resolución 02338 del 28 de agosto de 2016 presentan vicios de incompetencia ya que fueron expedidas con posterioridad a la terminación del contrato. Las acusa también de falsa motivación porque la demanda no podía declarar el incumplimiento del contrato, puesto que ya había suscrito el acta de terminación anticipada del contrato y no dejó en ella las respectivas salvedades. Presenta también cargos por violación al debido proceso en los procedimientos sancionatorios adelantados para la imposición de multas como para la liquidación unilateral, indicando que para la expedición de las resoluciones 920 y 992 se puso en su conocimiento el informe de interventoría durante la audiencia, y en cuanto a la liquidación unilateral, esta no pudo ser controvertida pues solo fue conocida con la notificación del acto administrativo.

También invocó la violación del principio *venire contra factum proprium non valet*, puesto que la AEROCIVIL al suscribir la terminación del contrato dio a entender que no iba a imponer clausula penal, además que no iba a liquidar unilateralmente.

2.4 Alegatos de conclusión:

- **Consortio Krasia (fls. 526 a 531):** Ratificó los argumentos de la demanda e indicó que el Despacho debe reconocer el saldo a favor del Consortio Krasia conforme lo dictaminó el perito auxiliar de la justicia.
- **Unidad Administrativa especial Aeronáutica Civil (fls. 487-511):** Ratificó los argumentos de la contestación de la demanda.
- **Liberty Seguros S.A. (Fls. 512 a 525):** Ratificó los argumentos de la intervención como litisconsorte cuasi necesario.

III. 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. 15000121-OK-2015, se liquidó unilateralmente el mismo, se impusieron multas y pago de cláusula penal, suscrito entre la UAE AERONAUTICA CIVIL y el CONSORCIO KRASIA para el estudio, diseño y mantenimiento de pista de los Aeropuertos de Sogamoso y Puerto Leguizamo, fueron expedidos con violación de las normas en que debían fundarse, falta de competencia, violación del derecho de audiencia y defensa y violación al debido proceso.

Así mismo, se estudiará la validez de los actos administrativos demandados teniendo como referente la violación al principio según el cual no se puede prevaler de los actos propios, el cual deriva del principio de la buena fe.

De resultar favorable lo anterior, si hay lugar a realizar una nueva liquidación del contrato de obra y en consecuencia, si la demandada deberá reconocer los valores que el consorcio demandante manifiesta se le adeudan por este concepto y si la misma, deberá restituir las sumas que hayan sido pagadas por LIBERTY SEGUROS en cumplimiento de las sumas pagadas por los actos demandados.

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 y hacer efectiva la cláusula penal al contratista incumplido; 2) del marco normativo que regula su declaratoria; 3) de la naturaleza, el alcance y el límite temporal para su ejercicio; 4) liquidación unilateral del contrato; y 5) Caso concreto.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Facultad de declarar el incumplimiento contractual e imponer multas y sanción penal pecuniaria 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 y hacer efectiva la cláusula penal al contratista particular, a la naturaleza y alcance de estas figuras, 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.

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. 16367, C.P. Enrique Gil Botero.

De la naturaleza, alcance y límite temporal de las multas y la sanción penal pecuniaria.

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 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 indemnizatoria⁴.

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.

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

³ 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. 28278, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

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 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.

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

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 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.

Cosa distinta sucede con la declaratoria de incumplimiento del contrato cuyo fin sea el cobro de los perjuicios derivados del incumplimiento, en cuyo caso, esta podrá hacerse aún después de vencido el plazo contractual, como lo ha indicado el Consejo de Estado:

*"Sea lo primero decir que la declaratoria de incumplimiento del contrato, a diferencia de la caducidad, la cual constituye una de las formas de terminación anticipada del contrato, podrá hacerse después de vencido el término del convenio, con la finalidad de permitir a la Administración el cobro de los perjuicios derivados del incumplimiento, constituidos, entre otros, por el monto de la cláusula penal pecuniaria pactada por las partes"*⁹.

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.

⁷ 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, Subsección A, Sentencia del 13 de marzo de 2013, Exp. 20628.

En síntesis, entre la multa y la cláusula penal puede hacerse la siguiente diferenciación conforme lo ha interpretado el Consejo de Estado¹⁰:

Multa	Cláusula Penal
Se define como una sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.	Se define como un negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación.
Su función primordial es compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria.	Medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista. Su razón de ser es meramente indemnizatoria.
Las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista.	La cláusula penal debido al incumplimiento de un contratista puede hacerse efectiva después de la fecha que se tenía estipulado para la ejecución del contrato pero antes de la liquidación del contrato

La liquidación unilateral del contrato.

La liquidación unilateral es una actuación administrativa posterior a la terminación 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 quién y cuánto, 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 finiquitar*¹¹.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. 28875, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 01 de febrero de 2018, Exp. 52549, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 15239.

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) 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 proceso¹²."

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

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 3 de octubre de 2012, Exp. 23400.

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, 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 contrato¹³.

Caso concreto.

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

A folios 181 a 187 del cuaderno de pruebas y anexos aportado por el demandante, reposa el contrato de obra No. 15000121-OK-2015 suscrito el 19 de junio de 2015 por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONAUTICA CIVIL y el CONSORCIO KRASIA, cuyo objeto es **“REALIZAR EL ESTUDIO, DISEÑO Y MANTENIMIENTO DE PISTA PARA LOS AEROPUERTOS DE SOGAMOSO Y PUERTO LEGUIZAMO”**, en un plazo inicial de **CIENTO OCHENTA (180) DIAS CALENDARIO** contados a partir de la suscripción del acta de inicio.

A folios 178 y 179 187 del cuaderno de pruebas y anexos se observa el formato No. 2A – modelo Constitución de Consorcio por medio del cual se asociaron en consorcio: -MSB Solucitons SAS con participación del 50%; Jaime Vargas Galindo con una participación del 40%; -Masawa SAS con

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2010.

una participación del 10%; con el fin de participar en la licitación pública No. 15000021-OL de 2015 cuyo objeto es **CONTRATAR EL ESTUDIO, DISEÑO Y MANTENIMIENTO DE PISTA PARA LOS AEROPUERTOS DE SOGAMOSO Y PUERTO LEGUIZAMO (...)**.

A folios 191 y 192 del cuaderno de pruebas y anexos, obra póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 2534513 expedida por LIBERTY SEGUROS S.A, cuyo objeto es "**GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL GARANTIZADO, ORIGINADOS EN VIRTUD DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO No. 15000121-OK-2015 (...)**". Así mismo, a folios 198 y 199 se observa el anexo de modificación a la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 2534513. Los amparos de esta póliza se establecieron así:

Amparo	Vr. Asegurado
Cumplimiento del contrato	\$1.239.536.983
Buen manejo del anticipo	\$1.239.536.983
Estabilidad de la obra	\$1.859.305.475
Calidad del servicio	\$41.274.000
Salarios y prestaciones sociales	\$1.239.536.983

A su vez, a folio 205 del cuaderno de pruebas y anexos, se encuentra el acta de inicio del contrato de obra No. 15000121-OK-2015 fechada del **06 de agosto de 2015**.

A folio 189 del cuaderno de pruebas y anexos, se observa el acto de prórroga 01 al contrato de obra No. 15000121-OK-2015, suscrito el 01 de febrero de 2016, en el cual se PRORROGÓ el pazo de ejecución por un término de **NOVENTA (90) DIAS CALENDARIO**, que irían del 02 de febrero de 2016 al **01 de mayo de 2016, inclusive**. Es decir que el contrato se amplió a un plazo total de 270 días calendario (180 días calendario iniciales más 90 de la prórroga).

A folios 234 y 235 del cuaderno de pruebas y anexos se encuentra en acta de terminación anticipada de mutuo acuerdo del contrato No. 15000121-OK-2015, calendada del 29 de abril de 2016 (sin firmas), en la cual se acordó terminar anticipadamente el contrato de obra No. 15000121-OK-

2015 por renuncia del contratista a la ejecución del contrato. En el documento, la entidad contratante no dejó estipulada ninguna salvedad, caso contrario, el contratista dejó consignadas las siguientes salvedades:

"SALVEDADES DEL CONTRATISTA.

- 1.-El contratista se reserva el derecho de iniciar y llevar hasta su terminación las acciones legales que se estimen con propósito de solicitar la nulidad de las multas y sanciones impuestas, y como consecuencia de ello, las indemnizaciones a que hubiere lugar.
- 2.-El contratista se reserva el derecho de iniciar y llevar a su terminación con las acciones legales que se estimen con el fin de solicitar las indemnizaciones del caso como consecuencia de la inhabilidad estimada por la entidad y la consecuente inejecución contractual.
- 3.-El contratista se reserva el derecho de iniciar y llevar hasta su terminación con las actuaciones legales que se estimen con el fin de solicitar las indemnizaciones del caso como consecuencia de la declaratoria del supuesto fenecimiento del plazo para ceder el contrato".

A folios 207 a 232 del cuaderno de pruebas y anexos se observa el acta de obra final y anexos a la misma, suscrita el 23 de junio de 2016, en la que se aprecia que en el acápite de reclamaciones del contratista de obra lo siguiente (fl. 232):

"El contratista CONSORCIO KRASIA, se reserva el derecho de iniciar y llevar a su terminación las acciones legales que se estimen con el propósito de cobrar actividades ya ejecutadas, cantidades y valores de cada una y que están pendientes por pagar. Estas actividades estuvieron bajo supervisión del interventor AD-HOC y la interventoría CONSORCIO AEROPUERTO EJ. Se adjunta cuadro con la relación de dichas actividades junto con sus valores".

ITEM	ACTIVIDAD	UN	CANTIDAD A COBRAR	VR UNITARIO	VR PARCIAL
4.2.1	SELLO DE JUNTAS TIPO POLYBIT O SIMILAR EN AREA DE PAVIMENTO RIGIDO	M	19.00	\$4.276,36	\$81.251,00
4.3.1	LOCALIZACION Y REPLANTEO (INCLUYE TOPOGRAFÍA)	M2	11.994,50	\$2.540,03	\$30.466.390,00
NP 7	REMOCIÓN DE CAPA SUPERFICIAL	M2	10.626,27	\$2.020,00	\$21.465.065,00
COSTO DIRECTO PENDIENTE DE PAGO					\$52.012.706,00

Valga la pena recordar que en audiencia de pruebas realizada por el Magistrado Ponente el día nueve (09) de agosto de 2018, compareció el señor JUAN AMADO LIZARAZO en calidad de representante del CONSORCIO AEROPUERTO EJ, interventor del contrato de obra No. 15000121-OK-2015, quien indicó que en lo referente a los ítems que aduce el contratista que ejecutó y no se le han pagado, se incluye el ítem de localización y replanteo pero como nunca terminaron estudios, esa

actividad no se realizó, respecto a sello de juntas tipo polybit dice que en el Aeropuerto de Puerto Leguizamó no había juntas de este tipo porque allá el concreto de la pista es flexible, en cuanto a la remoción de capa superficial dijo que ese dinero se iba a utilizar en la prolongación de la pista en unos metros y en ampliación lateral, por lo que esa actividad, es un ítem contractual no previsto y el contratista sin autorización de la interventoría la ejecutó, sin haberse fijado precio unitario (minutos 17:09 a 21:40 CD Audiencia de pruebas del 09/08/2018 fl. 446). Lo mencionado también se corrobora en oficio CON-EJ-OH-288-15 (fls. 300 y 301 del cuaderno principal).

En el mismo sentido, a folio 266 del cuaderno principal se encuentra el oficio CON-EJ-OH-296-15 relacionado con los ítems no previstos para las obras del Aeropuerto Caucajá en el cual el Director de Interventoría informa que de conformidad con el párrafo 4 del numeral 10 de anexo técnico No. 2, *“todo cambio o modificación que proponga el contratista deberá consultarse por escrito al interventor, sólo se podrá proceder a su ejecución con la aprobación escrita de éste y el aval del propietario de la obra y/o coordinador delegado. En caso contrario, cualquier trabajo ejecutado será por cuenta y riesgo del contratista”*.

A su vez, en audiencia de contradicción del dictamen pericial celebrada el 19 de febrero de 2019, el perito designado ingeniero EDISON DUVAN ARIAS BOHÓRQUEZ le indicó al Magistrado Ponente que respecto a las actividades presuntamente ejecutadas, que no fueron reconocidas y pagadas, dijo que revisó al acta de recibo final y allí habían sido reconocidas (Minuto 18:32 y siguientes CD Audiencia contradicción dictamen pericial 19/02/2019 fl. 485-A), insistió el Magistrado en preguntarle cómo dedujo que estos ítems se ejecutaron efectivamente, en qué momento se autorizaron y si realmente no se pagaron?; A minuto 29:04 y siguientes repitió que lo verificó por el acta de recibo final.

Así mismo, en el acta de obra final hay un acápite de precisiones de la interventoría en el que se estableció (fl. 232):

"a. El contrato de obra fue objeto de terminación anticipada por mutuo acuerdo entre el contratista y la entidad contratante, sin injerencia de la interventoría, el día 29 de abril de 2016. b. Con respecto a las reclamaciones del contratista, la interventoría presentó las observaciones correspondientes en los oficios CON-EJ-207-OH-288-15 del 2 de junio de 2016, CON-EJ-207-OH-295 del 21 de junio de 2016 y CON-EJ207-OH-296-15 del 22 de junio de 2016. c. Las obras proyectadas para el Aeropuerto Lleras Camargo de Sogamoso se ejecutaron un 100%. d. Las obras proyectadas para el Aeropuerto Caucajá de Puerto Leguizamo se ejecutaron un 3,35%. e. Debido a que a la fecha de terminación del contrato de obra se había ejecutado un 42,87% del objeto contractual, está en curso un proceso de aplicación de la CLAUSULA DECIMA QUINTA: CLAUSULA PENAL por incumplimiento del mismo. f. A la fecha de suscripción del acta de recibo de obra final el contratista de obra no ha amortizado el 45,15% del anticipo concedido, porcentaje equivalente a \$559.466.024.00".

En cuanto a los actos administrativos demandados, estos obran en el expediente dentro del cuaderno de pruebas y anexos conforme se indica a continuación:

FLS	ACTO ADMIN	FECHA	DECISIÓN
93 a 109	Resolución 03485	18/12/2015	Declaró incumplimiento parcial frente a la obligación de entrega de estudios y diseños, e impuso multa por un valor de \$18.683.193.
111 a 123	Resolución 00176	22/01/2016	Confirmó en su totalidad la Resolución 03485 del 18 de diciembre de 2015.
61 a 73	Resolución 00920	07/04/2016	Declaró en incumplimiento parcial de las obligaciones en cuanto a la ejecución de las obras previstas para el aeropuerto de Puerto Leguizamo, e impuso una multa por valor de \$32.885.814
84 a 91	Resolución 00992	14/04/2016	Confirmó en su totalidad la Resolución 00920 del 07 de abril de 2016
39 a 52	Resolución 02185	28/07/2016	Declaró el incumplimiento parcial del Contrato de Obra 15000121-OK-2015; declaró la ocurrencia de siniestro de incumplimiento amparado en la póliza de cumplimiento por lo cual hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria con una estimación de \$ 1.239.536.983.40
54 a 59	Resolución 02338	28/08/2016	Modificó el artículo segundo de la Resolución 02185 del 28 de julio de 2016, imponiendo el pago a título de cláusula penal pecuniaria por valor de \$ 708.147.479 y confirmó los demás términos, condiciones y obligaciones establecidas en la misma.
125 a 132	Resolución 03202	28/10/2016	Liquidó unilateralmente el contrato de obra 15000121-OK-2015, ordenó el

			reconocimiento de \$577.546.403 por concepto de saldo del anticipo sin amortizar.
134 a 140	Resolución 00260	30/01/2017	Resolvió recurso de reposición presentado por la Aseguradora contra Resolución 03202 del 28 de octubre de 2016 confirmándola en su totalidad.

Además de lo anterior, en el expediente obran actas de reuniones, comunicaciones y documentos de los que se hará un recuento en la medida en que sean relevantes para justificar el sentido de la decisión que se adoptará.

Análisis probatorio.

La Sala abordará el estudio de los actos administrativos demandados y las pruebas correspondientes en el orden cronológico de los mismos, como sigue:

1. Tema: Declaratoria de incumplimiento parcial frente a la obligación de entrega de estudios y diseños e imposición de multa.

FLS	ACTO ADMIN	FECHA	DECISIÓN
93 a 109	Resolución 03485	18/12/2015	Declaró incumplimiento parcial frente a la obligación de entrega de estudios y diseños, e impuso multa por un valor de \$18.683.193.
111 a 123	Resolución 00176	22/01/2016	Confirmó en su totalidad la Resolución 03485 del 18 de diciembre de 2015.

Las razones por las cuales se solicita la nulidad de la Resolución 03485 del 18 de diciembre de 2015 y la Resolución 00176 del 22 de enero de 2016, se resumen así:

-Indebida aplicación del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que, si la obligación pendiente se encuentra cumplida, no es procedente imponer una multa así se haya cumplido de manera tardía. Específicamente mencionó que cuando le notificaron la resolución que resolvió el recurso de reposición (notificada vía correo electrónico el 29 de marzo de 2016), ya se había terminado la etapa de estudios y diseños, e incluso ya se iban a terminar las obras en el Aeropuerto de Sogamoso,

razón por la cual la multa impuesta no cumplía su finalidad de conminar al cumplimiento por parte del contratista.

-Violación al debido proceso por ausencia de tipicidad de la conducta sancionada, teniendo en cuenta que la AERONÁUTICA CIVIL no cuenta con una reglamentación completa para los procedimientos administrativos sancionatorios en el cual se establezcan las causales para la imposición de las multas, ni se pactaron causales específicas en el contrato.

-Interpretación errónea del verbo rector de la conducta presuntamente incumplida, dado que la sanción impuesta se dio por la entrega tardía de los estudios y diseños, sin embargo, conforme a los anexos técnicos, pliego de condiciones y en el contrato mismo, se exige que el contratista haya entregado los estudios y diseños, más no que estos estuvieran aprobados.

Frente al tema de la obligación pendiente que se cumplió durante el procedimiento sancionatorio, el Consejo de Estado¹⁴ ha señalado al admitir que se aplique la sanción únicamente si el contratista se encuentra en estado de incumplimiento, facultaría al contratista para manipular y jugar con la potestad sancionatoria de la administración, porque podría ponerse al día durante el procedimiento sancionatorio con el propósito de burlar la sanción que tiene merecida, señalando:

“Esta tesis sólo tiene una salvedad posible -ni siquiera necesaria u obligada- tratándose de sanciones de todo tipo, y esto en vigencia de la Ley 1150 -que además no rige para el caso concreto-, puesto que el literal d) del art. 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que ‘La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento’ -negritas fuera de texto-, lo que significa que la administración puede imponer la sanción o perdonarla, pero el contratista no tiene el derecho a exigir lo último, por el hecho de ponerse al día en las obligaciones, pues se trata de una potestad para la administración y no de un derecho de aquél.”¹⁵

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de octubre de 2013, Exp. No.24697.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de febrero de 2015, Exp. No. 26938.

Al efecto, es importante mencionar que si bien la finalidad de la multa es la de apremiar al contratista, así mismo, que en el caso concreto es aplicable el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 el cual establece que “*la entidad **podrá** dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento*” (negrilla fuera de texto), de lo cual se infiere que la norma deja la potestad a la administración de terminar o no el procedimiento sancionatorio cuando conoce de la cesación del incumplimiento, sin que el contratista pueda exigir lo uno o lo otro.

Por tanto, no es aceptable la tesis del demandante al indicar que cuando fue notificado de la Resolución 00176 del 22 de enero de 2016, ya había cumplido sus obligaciones y por tanto no era aplicable la multa.

En lo relacionado con la tipicidad de la conducta sancionada, le asiste razón al demandante al afirmar que la multa y la caducidad están autorizadas en la ley, sin embargo, son las partes las que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad quienes deban establecerlas en los contratos. Lo cual se encuentra estipulado en el segundo inciso del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que otorga la facultad a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de **imponer las multas que hayan sido pactadas** con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

En virtud de lo anterior y revisando el contrato de obra No. 15000121-OK-2015 se observa que en la cláusula decima cuarta se estipuló lo siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA. MULTAS: *En caso de mora o incumplimiento parcial en la ejecución del contrato por parte del contratista, se causarán multas sucesivas diarias del 0.1% de valor del contrato no ejecutado, sin sobrepasar el 10% del valor total del mismo. Si el contratista no cumple con cualquiera de las obligaciones y responsabilidades que le han sido impuestas y que ha aceptado asumir en el presente contrato y en el manual de contratación de LA AEROCIVIL, se le aplicará la multa correspondiente a partir de la fecha en que cada obligación se hace exigible (...)*”.

A su vez, en la cláusula segunda del contrato se estableció:

"(...)La obra pública a desarrollar tiene como especificaciones técnicas, las contenidas en el Anexo Técnico No.2 – Especificaciones Técnicas-, los documentos del proceso de selección y la propuesta que hacen parte integral del contrato(...).

Y en la cláusula tercera del contrato se estipuló:

"(...) El cronograma estimado del Estudio, Diseño y Obra del presente contrato resulta del análisis conjunto del Contratista y del Contratante y forman parte del presente contrato(...)".

En ese sentido, en el Anexo Técnico No.2 – Especificaciones Técnicas- (fl 93) se estableció que *"El contratista debe presentar un (1) mes después de la firma del acta de inicio, el diseño y estudio de mantenimiento contemplado, (...)"*, lo cual permite establecer que si el 6 de agosto de 2015 se suscribió el acta de inicio (fl. 205 cuaderno de pruebas y anexos), el contratista tenía un mes a partir de esa fecha para presentar el diseño y estudio pertinente, de lo contrario, incumpliría una de las obligaciones y responsabilidades contractuales que facultaban a la AEROCIVIL a dar aplicación a la Cláusula Décima Cuarta del contrato relacionada con – multas-.

De esa manera, al incumplir el contratista la obligación contraída (incumplimiento ampliamente documentado en el plenario oficios de interventoría CON-EJ-207-OH-040-15 de octubre 28 de 2015, CON-EJ-207-OH-004-15 de septiembre 23 de 2015, CON-EJ-207-OH-030-15 de octubre 15 de 2015, CON-EJ-207-OH-032-15 de octubre 19 de 2015, entre otros (fls. 281 vto y siguientes el cuaderno principal)), se constituye la causal para la imposición de la multa que se había pactado en el contrato y demás anexos que hacen parte del mismo. Por lo tanto, no hay **ausencia de tipicidad de la conducta** sancionada y el procedimiento para la declaratoria de incumplimiento e imposición de multas es el establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 conforme lo aplicó la demanda.

En lo atinente a la interpretación errónea del verbo rector de la conducta presuntamente incumplida, en la que el demandante adujo que el verbo rector es entregar más no que se hayan aprobado los estudios y diseños,

advierte la Sala que el demandante no allegó prueba que demuestre que dentro del plazo convenido (un mes después de suscrita el acta de inicio), **haya entregado de forma completa** lo exigido conforme al Anexo Técnico No.2, por el contrario, en el expediente obran oficios suscritos por el Director de Interventoría, No. CON-EJ-207-OH-030-15 del 15 de octubre de 2015 (fl. 285) y el oficio No. CON-EJ-207-OH-032-15 del 19 de octubre de 2015 (fl. 286), CON-EJ-207-OH-040-15 de octubre 28 de 2015 (fl. 281 vuelto), en los que manifiesta que el CONSORCIO KRASIA ha presentado de forma incompleta los estudios y diseños, generando demora en el inicio de actividades de la obra, configurándose el incumplimiento de sus obligaciones.

De esta manera, aún concibiendo que el verbo rector sea “entregar” los estudios y diseños, el demandante no probó que haya cumplido con esa obligación para la época en que se inició el procedimiento administrativo sancionatorio, incluso, se evidencia conforme lo expresado por la interventoría, que a la fecha de terminación del contrato no completó los estudios y diseños del Aeropuerto de Puerto Leguízamo (minuto 34:52 y siguientes CD Audiencia de pruebas del 09/08/2018 fl. 446).

2. Tema: Declaratoria de incumplimiento parcial frente a los hitos de entrega establecidos en la prórroga No. 1 del contrato de obra e imposición de multa.

FLS	ACTO ADM	FECHA	DECISIÓN
61 a 73	Resolución 00920	07/04/2016	Declaró en incumplimiento parcial de las obligaciones en cuanto a la ejecución de las obras previstas para el aeropuerto de Puerto Leguízamo, e impuso una multa por valor de \$32.885.814
84 a 91	Resolución 00992	14/04/2016	Confirmó en su totalidad la Resolución 00920 del 07 de abril de 2016

Las razones por las cuales solicita la declaratoria de nulidad de la Resolución 00920 del 07 de abril de 2016 y la Resolución 00992 del 14 de abril de 2016 son:

-Violación al derecho de audiencia y defensa ya que la AERONÁUTICA CIVIL dio un plazo insuficiente para analizar el informe de interventoría en el que se sustentó la actuación disciplinaria, el cual fue dado a conocer en la audiencia y se dio traslado por el término de 15 minutos para su análisis y descargos por parte del ahora demandante, porque el informe que dio inicio a la actuación estaba desactualizado.

-Corto el plazo para la preparación y sustentación del recurso de reposición pues tan solo les otorgaron dos horas, siendo que en actuaciones anteriores se habían otorgado plazos entre 5 y 10 días.

-Interpretación errónea del artículo 86 – recurso de reposición, ya que la AEROCIVIL no aceptó que es admisible la aplicación de otras disposiciones (como la Ley 1437 de 2011) para llenar los vacíos normativos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Por esta razón, negó un término razonable para sustentar el recurso de reposición y rechazó las pruebas solicitadas dentro del mismo recurso. Siendo que para efectos de la imposición de sanciones administrativas, se deben aplicar, en primer lugar las reglas especiales que regulen la sanción, si hay vacíos, se debe acudir a los artículos 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 y si estos persisten, se aplica la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo.

En consonancia, el Consejo de Estado¹⁶ ha indicado que es necesario remitirse a la Ley 1437 de 2011 (en concordancia con el inciso 3º del artículo 2), cuando en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se adviertan vacíos normativos.

No obstante, de conformidad con los hechos narrados por el demandante, se puede evidenciar que las circunstancias del caso se encontraban estipuladas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por lo que no era necesario acudir a la norma supletoria. En cuanto al término relacionado con el recurso de reposición el literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 21 de marzo de 2012, Exp. No. 39477.

2011 contempla que una vez la entidad haya decidido sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento sólo procede el recurso de reposición contra esa decisión, **este recurso se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia.**

De acuerdo a lo anterior, el término de dos horas otorgado por la AEROCIVIL para la sustentación del recurso se encuentra dentro de lo establecido en la norma.

En el mismo sentido, en cuanto a la negativa de la AEROCIVIL de conceder las pruebas solicitadas en el recurso de reposición, (que no habían sido solicitadas al momento de rendir descargo y que no probó el demandante que se tratará de hechos nuevos que necesitaran probarse), tienen asidero en lo normado en el literal b) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 el cual indica que luego de que el jefe de la entidad o su delegado, presente las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enuncie las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación, **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.** Es decir, que el momento para aportar pruebas corresponde al momento en que se rinden descargos, o en cualquier momento del desarrollo de la audiencia, siempre y cuando no se haya proferido una decisión definitiva, o habiéndose proferido, sea necesario probar hechos nuevos relevantes y definatorios.

No obstante, el literal d) del mencionado artículo indica que el jefe de la entidad o su delegado, **podrá** suspender la audiencia en cualquier momento, cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes.

Nótese que lo enunciado no es un imperativo sino una facultad de la cual puede o no hacer uso el jefe de la entidad o su delegado, razón por la cual, a juicio de la Sala, la actuación de la AEROCIVIL de rechazar la prueba solicitada en el recurso de reposición fue una manifestación de la facultad que le otorga la ley conforme a lo mencionado.

En el sentido de verificar que en la audiencia se haya respetado el debido proceso, derecho de audiencia y defensa, observa la Sala que en la audiencia llevada a cabo el 29 de marzo de 2016 (CD allegado por la parte demandada llamado "audiencia incumplimiento 29 de marzo de 2016" video "15000121-OK-VIDEO 3 -min 02:59 y siguientes)), la AEROCIVIL atendió favorablemente la solicitud del apoderado del CONSORCIO KRASIA en el sentido de suspender la audiencia porque ese mismo día se estaba llevando a cabo en Sogamoso una diligencia de entrega de la obra, razón que la demandada consideró aceptable por lo que fijó fecha para continuación de la audiencia para el lunes 4 de abril de 2016 a las 2:00 pm..

En audiencia del 4 de abril de 2016 (CD Audiencia incumplimiento 4 y 5 de abril – 18 de julio video 15000121-ok-VIDEO 1; minuto 2:00 y siguientes) el representante de la interventoría actualizó su informe de interventoría indicando que en el aeropuerto de Sogamoso sólo quedaba pendiente la demarcación de la pista y en el Aeropuerto Puerto Leguizamo se había ejecutado un 0.64%. (Minuto 9:25) La directora de la audiencia indicó que teniendo en cuenta lo dicho por el interventor, era necesario verificar la tasación y ajuste de la multa, por lo que pidió al interventor que presentara por escrito lo expuesto en la audiencia (y que había sido de pleno conocimiento de todos los asistentes a la audiencia). Por este motivo, la audiencia se suspendió y al día siguiente, en la continuación de la audiencia se dio a conocer el documento presentado por el interventor (fls. 278 y 279), en el cual se evidencia que no hay información nueva respecto a lo expresado el día anterior en audiencia.

Por tanto, se colige que el derecho de audiencia y defensa no se violó, ya que el plazo que dio la AERONÁUTICA CIVIL para analizar el informe de interventoría no puede predicarse insuficiente.

3. Tema: Declaratoria ocurrencia de siniestro de incumplimiento del Contrato de Obra 15000121-OK-2015 e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria.

FLS	ACTO ADM	FECHA	DECISIÓN
39 a 52	Resolución 02185	28/07/2016	Declaró el incumplimiento parcial del Contrato de Obra 15000121-OK-2015; declaró la ocurrencia de siniestro de incumplimiento amparado en la póliza de cumplimiento por lo cual hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria con una estimación de \$ 1.239.536.983.40.
54 a 59	Resolución 02338	28/08/2016	Modificó el artículo segundo de la Resolución 02185 del 28 de julio de 2016, imponiendo el pago a título de cláusula penal pecuniaria por valor de \$ 708.147.479 y confirmó los demás términos, condiciones y obligaciones establecidas en la misma.

Los argumentos expuestos para solicitar la declaratoria de nulidad de la Resolución 02185 del 28 de julio de 2016 y la Resolución 02338 del 28 de agosto de 2016 son:

-Falta de competencia de la entidad para declarar el incumplimiento del contrato teniendo en cuenta que el vínculo comercial se había extinguido de manera definitiva por virtud de la terminación anticipada celebrada de mutuo acuerdo del contrato 15000121-OK-2015, suscrita el 29 de abril de 2016, sin haberse consignado salvedades por parte del contratante.

Al respecto, adujo el demandante que no se dieron los presupuestos del principio de la buena fe objetiva ya que al no expresar la AERONAUTICA CIVIL ninguna inconformidad, ni puntos pendientes de resolver, no podía sorprender con reclamaciones posteriores, ya que su facultad sancionadora se extinguió en el momento en que suscribió el acuerdo.

-Nulidad por falsa motivación ya que la entidad miente en su motivación, al indicar que los miembros del consorcio no quisieron ceder su participación, pero no analizó el descargo planteado en el que se argumentó que la razón por la cual el Consorcio no cumplió de manera definitiva el contrato fue la inhabilidad sobreviniente, cimiento además del acta de la terminación anticipada.

En el caso sub judice, al analizar el cargo por falta de competencia de la entidad para declarar el incumplimiento del contrato, se tiene que además de la existencia legal de la facultad que se le otorgó a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de declarar el incumplimiento del contrato en virtud del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, las partes, en la cláusula décima quinta del Contrato de Obra Pública No. 15000121-OK-2015, establecieron:

“CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA. CLÁUSULA PENAL: *En caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones derivadas del contrato, por parte del contratista, o en caso de declaratoria de caducidad, la AEROCIVIL, mediante acto administrativo motivado, podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria a título de estimación anticipada de perjuicios en una suma equivalente al 20% del valor del contrato.(...)”.*

A su vez, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁷ en cuanto a la competencia temporal para imponer la cláusula penal pecuniaria, ha dicho que esta podrá hacerse efectiva no sólo dentro del plazo contractual, sino que se extiende hasta la liquidación del contrato, previsión hecha teniendo en cuenta que la verificación del cumplimiento íntegro de las obligaciones contractuales puede llevarse a cabo una vez ha concluido el plazo de ejecución, no obstante, este plazo como se dijo, tampoco podrá sobrepasar del momento en que se efectúe la liquidación del contrato.

El Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que el límite mencionado para declarar el incumplimiento (hasta la liquidación del contrato) aplica

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 01 de febrero de 2018, Exp. 52549.

sólo para efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, pues en lo relativo a multas el límite lo constituye el plazo contractual:

"... la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que se haya vencido el plazo contractual, sin que éste hubiere ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, únicamente como medida para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria"¹⁸ (Subrayado fuera de texto).

De lo mencionado se colige, que el hecho de haber suscrito el acta de terminación anticipada de mutuo acuerdo sin manifestar salvedades, no suprimió la facultad legal y contractual de la AEROCIVIL para declarar el incumplimiento de manera posterior, en aras de hacer efectiva la cláusula penal, no constituyó violación al principio de la buena fe objetiva o el principio *venire contra factum proprium non valet*.

En cuanto a la falsa motivación porque según el demandante la AEROCIVIL no permitió la cesión de los contratos y luego se limitó a decir que los miembros del consorcio no quisieron ceder su participación a causa de la inhabilidad sobreviniente, es pertinente mencionar que de conformidad con el oficio 4000-2016014019 de la AERONAUTICA CIVIL dirigido a Martha Liliana Salazar Representante Legal del CONSORCIO KRASIA (fls. 327 y 328 del cuaderno de pruebas y anexos), radicado el 21 de abril de 2016, se solicitó propuesta de cesión de contratos la cual debía ser allegada en un máximo de 5 días calendario (es decir, hasta el 26 de abril de 2016) para evaluación y aprobación por parte de la entidad.

Sin embargo, en el acta de la reunión llevada a cabo el día 26 de abril de 2016 a las 9:30 am. (fls. 338 y 339 del cuaderno de pruebas y anexos) se precisó que:

"(...) 4. Es necesario que la Representante Legal envíe una comunicación el día de hoy o la adjunte a las actas de suspensión, en la cual aclare que si tiene disposición de ceder.

5. (...)Sin embargo el plazo máximo para que la representante legal presente su oferta de cesión o de renuncia a los contratos hasta el 10 de mayo de 2016(...)"

Lo mencionado permite concluir que la AERONAUTICA no impidió la cesión del contrato, por el contrario, actuó en procura de la misma, si se tiene

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de marzo de 2013, Exp. No. 20628.

en cuenta que inicialmente había previsto que la propuesta de cesión se allegara a más tardar el 26 de abril de 2016 y luego definió que a esa fecha **se aclarara si tenía la disposición de ceder**, y de ser así, otorgó un plazo adicional (hasta el 10 de mayo de 2016) para presentar la oferta de cesión. Como la representante legal del CONSORCIO KRASIA no se pronunció en la fecha establecida manifestando su voluntad de ceder, no hay lugar a afirmar que la AEROVICIL haya impedido la cesión del contrato.

En consecuencia, la Sala advierte que la entidad demandada no incurrió en falsa motivación al proferir los actos administrativos demandados, pues su decisión se fundó en normas jurídicas aplicables al caso y en hechos acreditados que ponían de presente el incumplimiento del contratista.

4. Tema: Liquidación unilateral del Contrato de Obra 15000121-OK-2015.

FLS	ACTO ADM	FECHA	DECISIÓN
125 a 132	Resolución 03202	28/10/2016	Liquidó unilateralmente el contrato de obra 15000121-OK-2015, ordenó el reconocimiento de \$577.546.403 por concepto de saldo del anticipo sin amortizar.
134 a 140	Resolución 00260	30/01/2017	Resolvió recurso de reposición presentado por la Aseguradora contra Resolución 03202 del 28 de octubre de 2016 confirmándola en su totalidad.

Los argumentos que sustentan la solicitud de declaratoria de nulidad de la Resolución 03202 del 28 de octubre de 2016 y la Resolución 00260 del 30 de enero de 2017 corresponden a:

-Violación directa de ley, del reglamento y del contrato dado que la entidad demandada no agotó la etapa de liquidación bilateral conforme lo establece el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, la Resolución 03553 del 17 de julio de 2013, la Resolución 00589 del 1 de julio de 2013 de la Aeronáutica Civil y el mismo contrato.

-Violación al debido proceso porque se declaró siniestro por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo sin citar al contratista y a su garante a debatir lo ocurrido con el anticipo.

Conforme se enunció en el marco jurídico y jurisprudencial de esta providencia, 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 (4) 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) meses siguientes, para lo cual habrá de expedir un acto administrativo de conformidad con la normatividad aplicable, sin olvidar 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.

Si bien el demandante afirma que el CONSORCIO KRASIA no fue citado por el ordenador del gasto – Secretario de Sistemas Operacionales de la Entidad- a suscribir el acta de liquidación y nunca remitieron el proyecto al contratista (conforme a las obligaciones contenidas en el Manual de Contratación de la Aeronáutica Civil), lo cierto es que de las pruebas aportadas se puede inferir que no fue posible consolidar un acta de liquidación bilateral debido a que no hubo acuerdo entre las partes, no significando lo anterior, que no se haya intentado llevar a cabo el proceso de liquidación bilateral.

A folios 258 y 259 del cuaderno de pruebas y anexos se observa acta de fecha 26 de agosto de 2016 (estando dentro de los cuatro meses para la liquidación bilateral, teniendo en cuenta que el acta de terminación anticipada se suscribió el 29 de abril de 2016) en la que se planteó la necesidad de liquidar los contratos lo más pronto posible, considerando que lo más conveniente es la liquidación bilateral con sus respectivas notas.

El acta mencionada le permite inferir a la Sala que entre el contratista y contratante si hubo acercamientos para intentar la liquidación bilateral del contrato. Ante el fallido intento, se habilitó la posibilidad de que la AEROCIVIL realizara la liquidación de manera unilateral conforme lo habilita el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

Ahora bien, en lo relacionado con la declaratoria de siniestro por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo sin citar al contratista y a su garante a debatir lo ocurrido con el anticipo, la Sala disiente con el demandante y su garante teniendo en cuenta que el tema relacionado con el anticipo se da en el contexto de la liquidación del contrato, que en palabras del Consejo de Estado es la etapa en la cual se hace un corte de cuentas para definir el estado económico final del contrato:

"La liquidación del contrato constituye la etapa final del negocio jurídico, en la cual las partes se ponen de acuerdo sobre el resultado último de la ejecución de las prestaciones a su cargo y efectúan un corte de cuentas, para definir, en últimas, quién debe a quién y cuánto, es decir para establecer el estado económico final del contrato, finiquitando de esa forma la relación negocial"¹⁹.

Particularmente en este caso, encontrándose en etapa de liquidación unilateral y no habiendo sido posible hacer la liquidación bilateral, la AEROCIVIL fundamentada en el acta de recibo final suscrita por la Representante Legal del Consorcio Krasia, el Representante Legal de la Interventoría, el Director de Desarrollo Aeroportuario de la Aeronáutica Civil y otros (fl 207 y siguientes del cuaderno de pruebas y anexos), realizó el corte de cuentas lo cual es pertinente para definir el balance financiero final del contrato.

Además, la Sala echa de menos que el demandante no haya hecho uso del recurso de reposición en la vía gubernativa para debatir los puntos en

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 09 de octubre de 2014, Exp. No. 28881.

los cuales no estaba de acuerdo con lo definido por la AEROCIVIL en el acta de liquidación unilateral.

Ahora bien, la pretensión relativa a condenar a la AEROCIVIL a pagar al CONSORCIO KRASIA la suma de \$ 52.012.706.00 por obras ejecutadas y no pagadas, será denegada por cuanto se demostró que los ítems y las correspondientes actividades a las que se hace alusión, no se ejecutaron, están incluidas en otros ítems o no fueron debidamente autorizadas por lo que corrieron a riesgo del contratista (minutos 17:09 a 21:40 CD Audiencia de pruebas del 09/08/2018 fl. 446); Oficio CON-EJ-OH-288-15 (fls. 300 y 301 del cuaderno principal); Oficio CON-EJ-OH-296-15 (fls. 294 y 295 del cuaderno principal). El demandante no allegó prueba como bitácora de obra, fotos, videos, recibido a satisfacción, o cualquier otro medio probatorio, ya que el dictamen pericial fue insuficiente para establecer con certeza la realización de tales actividades por cuanto se atuvo solamente a la reclamación del contratista de obra efectuada en el acta de recibo final.

En síntesis, para la Sala es claro que no prosperan ninguno de los cargos de nulidad elevados por la parte actora frente a los actos administrativos demandados, pues las pruebas allegadas permiten acreditar que sí hubo un incumplimiento por parte de la contratista en el contrato de obra No. 15000121-OK-2015 y que la entidad contratante era competente para así declararlo e imponer las multas y la sanción penal pecuniaria respectivas, así mismo, que la liquidación unilateral del contrato se ajustó a derecho y no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos respectivos, de conformidad con sustentado en precedencia.

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

De la condena en Costas:

Se codena 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.

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: Condenar en costas a la demandante por cuanto no prosperaron sus pretensiones de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del CGP.

TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, archívese el expediente dejando las anotaciones de rigor.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

Los magistrados,

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

HOJA DE FIRMAS
MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
DEMANDANTE: CONSORCIO KRASIA Y OTRO
DEMANDADO: UAE AERONAUTICA CIVILRADICADO: 15001233300020170051500