

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, quince (15) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

DEMANDANTE: UNIÓN TEMPORAL VÍAS BOYACÁ 2014
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2017 00106- 00
MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181, inciso final de la Ley 1437 de 2011 - CPACA, se procede a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1.- Demanda y tesis parte demandante (fl. 2-31 y 198):

La UNIÓN TEMPORAL VÍAS BOYACÁ 2014, a través de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, prevista en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, contra el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ.

La parte actora solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 1148 de 7 de septiembre de 2016, por medio del cual se decidió el trámite sancionatorio iniciado de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, dentro del contrato 1410 de 2014, y de la Resolución 1394 de 17 de noviembre de 2016 que confirmó la resolución inicial.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se declare que ni la Unión Temporal Vías Boyacá 2014 ni quienes la conforman están obligados a pagar sanción, multa o indemnización derivada de los referidos actos. Así mismo, pidió que se termine, extinga o revoque cualquier clase de cobro coactivo o jurisdiccional que se adelante en su contra, y que se ordene el reintegro debidamente indexado de los dineros que hayan sido cancelados con ocasión de los actos demandados. Además, solicitó que se condene a la accionada a pagar todas las sumas de dinero que la parte actora tuvo que cancelar en virtud de las pólizas que debió tomar para la celebración y perfeccionamiento del contrato, cuya declaratoria de incumplimiento se declaró.

Para la entidad accionante, se debe declarar la nulidad de los actos demandados, por haber sido expedidos con **falsa motivación**, como quiera que: **i)** se partió de la mala fe del contratista fundada en supuestos fácticos aparentes, futuros e inciertos al señalar que en el plazo de ejecución restante era imposible concluir la obra, sin que existiera un dictamen pericial o técnico que así lo determinara; **ii)** la omisión en la asignación de interventoría imposibilitaba al contratista para cumplir sus obligaciones contractuales; y **iii)** no es cierto que el contratista no hubiera solicitado que se levantara la suspensión ni hubiera presentado un plan de contingencia; y menos aún que se le advirtiera al contratista de las consecuencias del incumplimiento.

Argumenta que si bien la potestad sancionadora del Estado permite a las entidades atender las contingencias que impiden el cumplimiento de los fines estatales, dicha facultad debe atender a hechos ocurridos, comprobados y cuantificables y no a especulaciones y conjeturas improbables. Agrega que el proceso administrativo se inició 6 meses después de que fue suspendido el contrato, en el que se endilgó un presunto incumplimiento sin tener en cuenta que al contratista le era imposible adelantar cualquier actuación para continuar las obras en dicho lapso.

Señala que hubo **falta de competencia temporal** porque **i)** mientras estaba suspendido el contrato, ni el contratista estaba facultado para continuar con la ejecución de la obra, ni la entidad para adelantar un proceso administrativo sancionador que tiene su fundamento en una de las cláusulas del contrato; **ii)** las cláusulas del contrato son inejecutables hasta que se superen las causas de la suspensión y la entidad solo estaba habilitada para realizar acciones tendientes a superar dicha situación; **iii)** la entidad no podía atribuirse una facultad excepcional de levantar unilateralmente la suspensión que había sido acordada por las partes en virtud de la carencia de interventoría, para exigir el cumplimiento de obligaciones imposibles de cumplir.

Precisa que aunque materialmente no se cuenta con el acta de suspensión del contrato No.1410 de 2014, la fecha se determina con el vencimiento del plazo de ejecución de la interventoría asignada al negocio contractual, esto es, el 30 de septiembre de 2015, por lo que el proceso sancionatorio no podía iniciarse con posterioridad cuando las cláusulas y obligaciones contractuales estaban suspendidas. Frente al caso, refiere que debió reiniciarse el contrato y luego si proceder con el proceso sancionatorio.

Fundamenta la **desviación de poder** en que la finalidad de los actos acusados era distinta a la prevista por el legislador respecto de la

facultad extraordinaria, pues esta no fue la de conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, sino justificar los retrasos de la entidad y afectar patrimonialmente al contratista para impedir que continuara con la ejecución de la obra.

Explica que las multas como consecuencia de un procedimiento sancionador tienen como única finalidad conminar al cumplimiento de las obligaciones contractuales entre las partes a fin de evitar la paralización del objeto del negocio jurídico, pero no puede tratarse de un castigo por incumplimiento total de la obra. Agrega que la entidad contratista estuvo dispuesta a superar las condiciones de suspensión del contrato previo restablecimiento del equilibrio contractual, sin embargo, la entidad territorial actuó de manera negligente negándose a buscar oportunas condiciones de reinicio de la obra.

2.- Contestación y tesis de la demandada (fl. 159-175, 198):

El Departamento de Boyacá compareció al proceso mediante apoderado, para oponerse a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos: **i)** no existió **falsa motivación**, por cuanto los actos se expidieron con base en los informes de supervisión y de interventoría que señalaban un atraso del más del 50%, faltando tan solo 12 días para finalizar el término de ejecución, verificándose el incumplimiento del cronograma de actividades de la obra, sin que el contratista atendiera a los requerimientos de la entidad, solicitando un plazo adicional o presentando un plan de contingencia; **ii)** no hubo **falta de competencia temporal** pues el Secretario de Hacienda fue delegado para la expedición de los actos, mediante el Decreto 1447 de 2009, y además la obligación que nace de la multa es diferente a las obligaciones contractuales, pues se trata de una carga adicional ante el incumplimiento; y **iii)** no se acredita la **desviación de poder** pues no obra prueba que demuestre el interés particular o malintencionado que haya motivado la expedición de los actos.

Precisó que el procedimiento administrativo se surtió con respeto al debido proceso del contratista y la aseguradora, a quienes se les notificó la iniciación de la actuación y se les concedió la oportunidad para presentar descargos y recursos, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

3.- Alegatos de conclusión: En el término de traslado para alegar (fl. 242 vto.), el Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto y las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.- Parte demandante (fl. 250-253). Insistió en los vicios de nulidad expuestos en la demanda y agregó que se pudo comprobar

que la inactividad del contratista y el no disfrute de la obra a un 100% obedecieron a la suspensión del contrato y no a causas imputables a la parte actora.

Resaltó que no es cierto que la entidad territorial no tuviera conocimiento del plazo final de la actividad contractual, pues de acuerdo a las documentales obrantes, se constató que el contratista siempre intentó dar continuidad a la obra, pero solicitando el restablecimiento económico y un mayor plazo de ejecución a través de un plan de contingencia, sin que se hubiera obtenido alguna respuesta por parte de la entidad contratante.

Reiteró que no era posible que la entidad contratante hiciera uso de las facultades excepcionales durante el tiempo de suspensión del contrato estatal, pues sin poder exigir el cumplimiento del objeto contractual en dicho lapso, no se podían atender los fines encomendados al poder sancionador de la administración.

Finalmente, aludió a que la causal de desviación de poder se encuentra ampliamente demostrada con el contenido del oficio suscrito por el FONADE, allegado por solicitud del Despacho, pues allí se pone de presente que con anterioridad al inicio del proceso sancionatorio, la administración tenía como propósito afectar patrimonialmente al contratista e impedir que continuara con la ejecución de la obra y no la de conminar al cumplimiento de las obligaciones contractuales.

3.2.- Entidad accionada (fl. 245-249). Presentó sus alegaciones finales reiterando que los actos demandados fueron expedidos con fundamento en la ley, por funcionario competente y en forma regular, garantizando el derecho de defensa de los intervinientes.

Afirmó que de acuerdo al material probatorio recaudado, es posible colegir que la entidad contratista incumplió el cronograma de actividades, que durante la vigencia del contrato se garantizó la interventoría al proyecto por parte de FONADE y que la Unión Temporal Vías Boyacá 2014 no ha efectuado el pago ordenado en los actos acusados siendo inviable el reintegro de los dineros que se reclaman en la demanda. Por último, solicitó que se acoja la jurisprudencia relativa a la cláusula exorbitante legítimamente aplicada por el ente territorial en el sub lite, en cuanto a su procedencia ante el incumplimiento y las obligaciones que nacen de su imposición.

II. CONSIDERACIONES:

1.- Problema jurídico:

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, corresponde al Despacho determinar si en los términos del Art. 141 del CPACA, procede declarar la nulidad de los actos demandados por medio de los cuales se decidió el trámite sancionatorio iniciado de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, respecto del contrato de obra No.001410 de fecha 04 de agosto de 2014 y su modificación, suscritos entre la Unión Temporal Vías Boyacá 2014 y la entidad contratante Departamento de Boyacá. Y en caso de verificarse lo anterior, determinar si hay lugar a declarar y ordenar el reintegro de las sumas pagadas por el contratista, con ocasión de dichos actos y en virtud de las pólizas que debió suscribir para la celebración y perfeccionamiento del contrato.

Para el efecto, se establecerá si los actos enjuiciados fueron expedidos sin que la entidad territorial contara con las facultades para hacer efectivas las cláusulas del contrato; y si la decisión emitida como consecuencia del proceso sancionatorio, se fundó en una falsa motivación o si atendió a una finalidad distinta a la prevista por el legislador en esos casos.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

3.- FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES.

3.1. La potestad sancionadora de la administración.

En los términos del artículo 2º de la Constitución Política, el Estado se encuentra instituido para el cumplimiento de unos fines inspirados en la búsqueda de los intereses generales de la población. Para el efecto, a la administración le corresponde el desarrollo de diversas actividades y funciones, que serán cumplidas a través de herramientas jurídicas, económicas, políticas y sociales.

Pues bien, la potestad sancionadora de la administración se erige como uno de los instrumentos con los que cuenta el Estado y que corresponde a la atribución para imponer sanciones ya sea a los mismos funcionarios públicos o a los particulares para que acaten los mandatos establecidos para el cumplimiento de los fines estatales, respetando en todo caso el debido proceso en el trámite y observando el principio de proporcionalidad al imponer la sanción respectiva.

Ha señalado la Corte Constitucional que la finalidad de la referida facultad corresponde a la de un instrumento de autoprotección, en tanto *"...contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos..."*¹.

Así es que considerando la actividad contractual como una de las formas en que se satisface el interés público, el Estado no solamente tiene los poderes de dirección y control en la ejecución del contrato; sino que además, en virtud del *ius puniendi* del Estado cuenta con el poder sancionatorio para hacer cumplir los cometidos trazados, por lo que de manera específica ante el incumplimiento de las obligaciones en materia de contratos estatales, el legislador previó como sanciones que se pueden imponer, las multas, la efectividad de la cláusula penal y la caducidad.

3.2. De la multa en los contratos estatales - Procedencia y límite temporal.

Sea lo primero señalar que de acuerdo a la tesis jurisprudencial que predomina en la materia, las multas cumplen una función sancionatoria y no indemnizatoria, pues no tienen como propósito reparar los perjuicios sufridos por la entidad ante el incumplimiento, sino que *"...Son medidas disuasorias destinadas a superar la infracción de las obligaciones contractuales y, por tanto, su función principal es apremiar al contratista para que dé cumplimiento a las mismas, dado que cuando a un contratista se le aplica una multa por incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación o por cumplirla defectuosamente, las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir, con mayor razón cuando la infracción contractual reiterada y la consiguiente imposición de multas genera inhabilidad para contratar con el Estado..."*².

La jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido pacífica en definir quién tiene la competencia para introducir en el contrato las cláusulas excepcionales al derecho común, y hasta antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, la última postura entendía que a la administración no le era posible imponer multas en forma unilateral por no existir, en principio, la atribución legal que la autorizara para el ejercicio de

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-214 de 1994.

² Consejo de Estado. Sala de C y SC. Concepto de fecha 10 de octubre de 2013. C.P. Álvaro Naven Vargas. Radicación No.11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157).

ese poder exorbitante, y el ordenamiento jurídico -Ley 80 de 1993- tan sólo la habilitaba para pactarlas, reservando su imposición al juez del contrato.

La anterior discusión quedó zanjada con la expedición de la Ley 1150 de 2007³, que en su Art. 17 estableció:

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

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

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

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

Por otro lado, el art. 86 de la Ley 1474 de 2011 -Estatuto Anticorrupción-, establece el procedimiento específico que debe seguirse en estos casos señalando:

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*

³ Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

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.*

Así las cosas, se habilitó de manera expresa a la entidad contratante para imponer las multas o declarar el incumplimiento total o parcial del contrato con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal, inclusive en contratos celebrados al amparo de la Ley 80 de 1993 siempre que hubiere sido pactada de manera expresa. Particularmente, concluyó el Consejo de Estado que *"...si bien antes de la Ley 1150 de 2007 el tema de las multas no tuvo un tratamiento uniforme en cuanto su tipicidad legal, esto es, acerca de su procedencia e imposición unilateral por la Administración, ahora no cabe duda sobre su existencia y la competencia para ejercerla con ese carácter por las entidades públicas en materia de contratación estatal, pues, pese a que se activa por la voluntad de las partes en tanto debe pactarse una estipulación en tal sentido, tiene un tratamiento excepcional para su aplicación y cobro en virtud de la citada ley, en la que se privilegiaron los principios de legalidad, igualdad y debido proceso..."*⁴.

⁴ Consejo de Estado. Sala de C y SC. Concepto de fecha 10 de octubre de 2013. C.P. Álvaro Namen Vargas. Radicación No.11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157).

Se resalta en el citado concepto que la posibilidad de hacer uso de las multas está condicionada a que se use como mecanismo de apremio excluyendo el carácter indemnizatorio, y que la entidad estatal podrá imponerlas y hacerlas exigibles de manera directa y unilateral mediante acto administrativo siempre que hayan sido pactadas previamente en el contrato.

De manera reciente, la Sección Tercera del Consejo de Estado se refirió a la evolución jurisprudencial en cuanto al límite temporal para ejercer la facultad legal de declarar el incumplimiento parcial del contrato con la finalidad de imponer multas al particular moroso⁵, señalando que inicialmente se consideró que la imposición de las multas solo podía ejercerse dentro del plazo de ejecución del contrato y antes de vencerse el término pactado para su finalización⁶. Luego, se precisó que dicha prerrogativa debía estar presente a lo largo de la vida jurídica del contrato, después del vencimiento del plazo contractual de ejecución e incluso hasta la etapa de liquidación⁷.

Finalmente, en sentencia de 28 de abril de 2005 se retomó la posición inicial *"...en el sentido de señalar 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..."*

Esta última postura se ha mantenido como criterio jurisprudencial dominante, tal y como se evidencia en providencia de 20 de febrero de 2014, Exp.28206, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, en la que se explicó que la entidad estatal habría de mantener la competencia *"para declarar el incumplimiento parcial del contrato e imponer multas como una medida coercitiva para constreñir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando no hubiera vencido el plazo de ejecución del objeto contractual"*. Y con posterioridad en sentencia del 02 de noviembre de 2016, se concluyó que *"...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.

En este punto, resalta el Despacho que *"...la multa se encuentra concebida para el acaecimiento de circunstancias constitutivas de*

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1º de febrero de 2018, exp.52549, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1 de octubre de 1992, exp. 6631, M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 4 de junio de 1998, exp. 13.988, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 19 de febrero de 2004, Exp. 26054, C.P. Alier Hernández Enriquez.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de noviembre de 2016, exp. 32396, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

*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 severa...*⁹; interpretación que ha sido prohijada con fundamento en la diferenciación hecha por el legislador en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, al señalar que la multa procede únicamente mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.

De lo hasta aquí expuesto, se tiene que la multa que ha sido previamente incluida en el clausulado de un contrato estatal, puede ser impuesta de manera unilateral por la entidad estatal como una medida coercitiva cuya finalidad debe ser la de conminar al contratista para que cumpla las obligaciones a su cargo que han sido incumplidas de manera parcial en la forma y tiempo acordados, por lo que la misma no puede ser impuesta en cualquier tiempo sino que por su naturaleza debe materializarse antes del vencimiento del plazo de ejecución pactado. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que su imposición debe estar precedida del procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

3.3. De la cláusula penal pecuniaria en los contratos estatales - Procedencia y competencia temporal.

Se trata de una sanción administrativa que a diferencia de la multa tiene una naturaleza eminentemente indemnizatoria que en las mismas condiciones arriba señaladas, fue inicialmente prevista en el Decreto Ley 222 de 1983, derogada por la Ley 80 de 1993 como potestad excepcional de la administración y contemplada nuevamente en el texto de la Ley 1150 de 2007 actualmente vigente.

En torno a su naturaleza jurídica, ha precisado el Consejo de Estado que si bien las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común que se concreta en el logro de los objetivos fijados en el contrato, *"...se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales¹⁰; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un*

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009. Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

¹⁰ La multa contractual se prevé para el evento en que surgió un incumplimiento parcial o una mora en el cumplimiento de determinadas obligaciones que sean imputables al contratista, la entidad contratante acude a ella para efectos de constreñirlo para lograr el desarrollo del contrato. Al respecto ha señalado el Consejo de Estado: "El Consejo de Estado ha sido claro y reiterativo en cuanto a la finalidad pretendida con la figura jurídica de la multa, al respecto ha señalado, "Las multas que la administración puede imponer a un contratista suyo tienen una finalidad específica: inducir el cumplimiento del contrato. Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a la medida coercitiva definitiva (caducidad o terminación) que sanciona no ya incumplimientos parciales y salvables, sino incumplimientos graves que muestran que ya el contrato no podrá cumplirse."¹² (Negritas fuera del texto) (Sección Tercera. Sentencia de octubre 1 de 1992. Exp. 6631)

incumplimiento severo y grave de las obligaciones...¹¹ (Resalta el Despacho)

La anterior posición es compartida igualmente por la doctrina nacional, que al respecto señala que *"...En el contexto de la contratación estatal la cláusula penal pecuniaria se ha identificado con una de las tres funciones que la Corte Suprema de Justicia ha encontrado que cumple la cláusula penal de que trata el artículo 1592 del Código Civil. Ella tiene que ver con la estimación anticipada de perjuicios. Recuérdese que el incumplimiento de obligaciones normalmente genera perjuicios, los cuales deben ser demostrados por parte del acreedor. Pues bien, gracias a la cláusula penal, tan solo habrá que probar el incumplimiento de las obligaciones, ocurrido lo cual se libera de la acreditación de los daños irrogados ya que estos han sido estimados de manera anticipada..."*¹².

En relación con la competencia temporal para su ejercicio, ha señalado el Consejo de Estado que a diferencia de la que se otorga a la administración para imponer multas, la cláusula penal pecuniaria podrá hacerse efectiva no solamente en el plazo contractual sino que tal facultad se extiende hasta la liquidación del contrato¹³. A dicha conclusión se llegó atendiendo a la misma lógica utilizada al realizar la comparación respecto de la caducidad del contrato, en la que se refirió que *"...En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato, desaparece la facultad exorbitante de la Administración para declarar su caducidad y, en tal virtud, **en caso de que se descubra o detecte el incumplimiento de alguna obligación con posterioridad a esa etapa, lo procedente, actualmente, como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento...**"*¹⁴.

Lo anterior, como quiera que la verificación del cumplimiento íntegro de las obligaciones contractuales generalmente puede efectuarse una vez ha vencido el plazo de ejecución, sin embargo, tampoco puede ser indeterminado el lapso con que cuenta la entidad estatal para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria previamente pactada, así es que

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17009, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Posición reiterada en sentencia del 1º de febrero de 2018, exp. 52549, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹² Dávila Vinuesa Luis Guillermo, Régimen jurídico de la contratación estatal. Bogotá: LEGIS, 2016. p. 693.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1º de febrero de 2018, exp. 52549, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, exp. 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

el límite máximo será hasta "...antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste..."¹⁵, por cuanto efectuada la liquidación del contrato o vencido el plazo para hacerlo por mutuo acuerdo o unilateralmente por la Administración, ésta queda despojada de sus potestades sancionatorias y cualquier incumplimiento que se le impute al contratista debe ser constatado por el juez¹⁶.

3.4. De la suspensión del contrato estatal.

La suspensión de los contratos estatales actualmente no se encuentra expresamente regulada, pues inicialmente lo estuvo en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 en su artículo 57¹⁷, pero esta disposición fue derogada con la expedición de la Ley 80 de 1993 y no fue contemplada en el texto de la Ley 1150 de 2007. Por tanto, para abordar este concepto debe acudir a los principios de la Contratación de la Administración Pública (Art.1, Ley 80/93), el Estatuto Orgánico de Presupuesto y la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

A dichas fuentes de derecho acudió la Sala de Consulta y Servicio Civil de la misma Corporación¹⁸, concluyendo lo siguiente:

"...Así las cosas, la suspensión materialmente constituye un intervalo pasivo en la dinámica del contrato cuando el cumplimiento de una, de varias o de todas las obligaciones a que están obligadas las partes resultan imposibles de ejecutar.

Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido la eficacia, existencia y validez de la suspensión en el negocio jurídico cuando las partes la utilizan como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de procura del interés público -que de forma suficiente y justificada le dan fundamento-, y hacen constar esas circunstancias y sus efectos por escrito con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual..."

Ahora, considerando que la actividad contractual se encuentra estrictamente sometida al principio de legalidad, debe tenerse en cuenta que la ley no establece que la suspensión sea una prerrogativa, potestad o facultad excepcional que pueda ser ejercida por la administración de manera unilateral salvo en los casos autorizados de manera expresa en el ordenamiento jurídico -

¹⁵ Consejo de Estado, Sentencia de 29 de enero de 1988, Exp. 3.615. MP. Carlos Betancur Jaramillo. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de mayo de 2011, exp. 18.017.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, exp. 20.628, 13 de marzo de 2013, C.P. Hernán Andrade Rincón.

¹⁷ "Artículo 57. De la suspensión temporal del contrato. Por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito se podrá, de común acuerdo entre las partes, suspender temporalmente la ejecución del contrato mediante la suscripción de un acta donde conste tal evento, sin que para los efectos del plazo extintivo se compute el tiempo de la suspensión."

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de C y SC. Concepto de fecha 5 de julio de 2016. C.P. Germán Buía Escobar (E). Radicación No.11001-03-06-000-2016-00001-00 (2278).

suspensión de facto-, ni tampoco a una facultad del contratista, en consecuencia, la regla general es que la misma solo pueda adoptarse por voluntad común o conjunta de las partes.

Sobre sus efectos, explicó el Consejo de Estado que *"...el principal efecto que se desprende de la suspensión es que las obligaciones convenidas no pueden hacerse exigibles mientras perdure la medida y, por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido. Por esa misma razón, la suspensión debe estar sujeta a un modo específico, plazo o condición, pactado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, acorde con la situación que se presente en cada caso, pero no puede permanecer indefinida en el tiempo..."*¹⁹

Al respecto se precisó en el concepto antes citado que la suspensión afecta las obligaciones que a las partes les resulta temporalmente imposible de cumplir pero que el vínculo contractual subsiste, y en tal sentido *"...Dependiendo de la magnitud de la causa que origine la suspensión esta puede ser total o parcial. Es decir, puede imposibilitar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones de las partes o, puede impedir a los contratantes honrar solo algunas de estas pudiendo continuar con la ejecución de las demás..."*

4.- CASO CONCRETO:

Considerando que el litigio versa sobre la legalidad de los actos administrativos proferidos en el trámite de un proceso administrativo sancionatorio derivado del presunto incumplimiento del plazo previsto para la ejecución del contrato estatal de obra No.1410 de 2014, corresponde verificar la regularidad de dicho proceso contractual desde la suscripción del acuerdo de voluntades hasta la expedición del acto que impuso una multa al contratista.

De acuerdo al material probatorio obrante en el plenario, el Despacho encuentra acreditado lo siguiente:

Que entre el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- y el Departamento de Boyacá se suscribió el **Convenio interadministrativo No. 2121698** de 04 de junio de 2012, cuyo objeto era *"Aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros, para desarrollar los proyectos de "INFRAESTRUCTURA EN LOS MUNICIPIOS DE CHIVATÁ, RÁQUIRA, SORA Y PACHAVITA DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ", de acuerdo con los términos y alcance establecidos en el presente convenio"* (fl.38)

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, exp. 17.434, 11 de abril de 2012, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

En dicho convenio se estipularon los proyectos denominados "MANTENIMIENTO DE VÍAS EN AFIRMADO EN LA ZONA RURAL DEL MUNICIPIO DE SORA" por un valor de ochocientos diecisiete millones trescientos setenta y cuatro mil trescientos veinticinco pesos **(\$817.374.325)** m/cte y "MANTENIMIENTO DE LA VÍA PACHAVITA-LA FRONTERA, MUNICIPIO DE PACHAVITA" por un valor de doscientos treinta millones ochocientos veintiún mil quinientos ochenta y cuatro pesos **(\$230.821.584)**.

Pues bien, contando con el respaldo económico del referido convenio interadministrativo, el Departamento de Boyacá en calidad de contratante y la Unión temporal Vías Boyacá 2014 como contratista, suscribieron el contrato de obra **No.001410 de 14 de agosto de 2014**, con el objeto de realizar el "MANTENIMIENTO DE VÍAS EN AFIRMADO EN LA ZONA RURAL DEL MUNICIPIO DE SORA Y MANTENIMIENTO DE LA VÍA PACHAVITA-LA FRONTERA, MUNICIPIO DE PACHAVITA", por un valor pactado de "MIL CUARENTA Y CINCO MILLONES SESENTA Y SEIS MIL CIENTO TRES PESOS **(\$1.045.066.103)**" (fl.145 anexo 6), teniendo como plazo de ejecución el acordado en la cláusula quinta, esto es, el término de **cuatro (4) meses** contados a partir del acta de inicio.

Para el efecto, y estando dentro de sus obligaciones acreditar las garantías como requisito de ejecución, el contratista constituyó la póliza de cumplimiento No. 600-47-994000035171 de 14 de agosto de 2014 y la póliza de responsabilidad civil No.600-74-994000006501 de 29 de agosto de 2014, a través de la Aseguradora Solidaria de Colombia, con el fin de amparar el contrato (fl.164 anexo 6).

De igual forma, la entidad territorial expidió el certificado de disponibilidad presupuestal No.1889 de 15 de enero de 2015, por el mismo valor del contrato, quedando así habilitado el inicio de la ejecución del objeto contractual, en los términos del inciso 2º del artículo 41 de la Ley 80/93 (fl.179, 182 anexo 6).

A través de acta de 13 de abril de 2015, inició la ejecución del contrato de obra, estableciendo como fecha de terminación el 12 de agosto de 2015 (fl.182 anexo 6). Luego, el día 20 de abril de 2015, se suscribió acta de suspensión por cuanto era necesario hacer ajustes del presupuesto inicial contratado generando ítem no previsto en la construcción del objeto del contrato, efectiva a partir del 20 de abril de 2015 y por un plazo de 60 días (fl.204 anexo 6).

Dicha situación fue superada a través de la suscripción de un modificatorio de fecha 29 de mayo de 2015 en el que se variaron las cantidades de obra (fl.191-192 anexo 6), así como de la ampliación

de las pólizas contractuales, en la siguiente forma (fl.200-202 y 210 anexo 6):

AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	V/R ASEGURADO
CUMPLIMIENTO	04/08/2014	30/04/2016	\$104.506.610.30
ANTICIPO	04/08/2014	29/02/2016	\$261.266.525.75
PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES	04/08/2014	30/10/2018	\$209.013.220.60
ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA	A PARTIR DE ACTA DE RECIBO DEFINITIVO DE LA OBRA POR UN TÉRMINO DE CINCO AÑOS. PARA LAS ACTIVIDADES DE AFIRMADO O CONFORMACIÓN DE LA CALZADA EXISTENTE POR UNA VIGENCIA DE TRES AÑOS		\$209.013.220.60
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	20/12/2014	30/10/2015	\$128.870.000.00

Acreditado lo anterior, se reinició a la relación contractual a partir del 19 de junio de 2015, sin reajuste de precios, según consta en acta de la misma fecha (fl.205 anexo 6), en la que se dispuso lo siguiente:

VALOR	\$1.045.066.133.00
PLAZO DE EJECUCIÓN	DIEZ (10) DÍAS ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN Y TRES (3) MESES Y VEINTE (20) DÍAS ETAPA DE OBRA
FECHA DE TERMINACIÓN SEGÚN CONTRATO	12 DE AGOSTO DE 2015
FECHA DE TERMINACIÓN REAL	12 DE OCTUBRE DE 2015

Si bien en el expediente administrativo allegado al proceso no obra constancia de una nueva suspensión, en el reporte que arroja el sistema electrónico de contratación pública SECOP, se verifica que el contrato de obra fue objeto de una segunda suspensión, conforme quedó consignado en el acta de suspensión No. 2 de 30 de septiembre de 2015²⁰, en la que se dispuso que:

"Los suscritos mediante el presente documento dejan constancia de la suspensión del contrato anteriormente citado, a partir del día 30 del mes Septiembre del año 2015 debido a:

*El contrato de Interventoría No. 2132125, suscrito en julio del 2013 entre FONADE y CONSORCIO VIP, se encuentra vigente hasta el 30 de Septiembre del 2015. **Hasta la fecha, Consorcio VIP ejerció la interventoría al proyecto en referencia y deja constancia de la finalización de sus actividades como interventor, toda vez que no se ha de prorrogar el objeto contractual.** Teniendo en cuenta los principios que se establecen en la ley 80 de 1993, se procede a suspender la obra a partir del*

²⁰<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-117392>

*30 de Septiembre del 2015, entendiendo que ningún contrato de obra se puede ejecutar sin seguimiento de una interventoría. **Se reiniciará el objeto contratado, una vez Fonade, asigne un Interventor.***

En consecuencia, se procede a la Suspensión del contrato, por el término de sesenta 1 mes calendario -sic- a partir del 30 de Septiembre de 2015 hasta el 30 de Octubre de 2015, con reinicio el 31 de Octubre de 2015 o antes si se superan los motivos que dieron origen a la presente suspensión.

Las partes acuerdan que la suspensión del contrato no generará gastos de administración adicionales por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de FONADE.” (Resalta el Despacho)

Debe precisarse que conforme a la cláusula séptima del contrato de obra, “...el control, vigilancia y seguimiento del contrato, estará a cargo de la interventoría idónea, que para el efecto será contratada por FONADE y como lo enuncia la Cláusula Tercera del convenio 2121698 de 2012...”

Por solicitud radicada el 13 de octubre de 2015, el supervisor del Convenio 2121698 pide que se lleve a cabo audiencia de verificación motivada en un presunto incumplimiento por parte del contratista, según lo informado por la interventoría en cuanto al estado de ejecución, pues a menos de un (1) mes de la fecha de finalización, el contratista no había ejecutado ni siquiera el 50% del valor contratado, y conforme a los documentos de supervisión que dan cuenta del seguimiento efectuado al contratista de obra en los meses de agosto y septiembre de 2015 (fl.3-146 anexo 8).

En acta fechada de 15 de octubre de 2015, suscrita por el contratista de obra, el interventor y los supervisores del contrato de obra y del convenio FONADE (fl.147-149 anexo 8), se fijaron los siguientes compromisos:

COMPROMISOS			
No.	DESCRIPCIÓN	PLAZO	RESPONSABLE
1	Plan de contingencia real y cronograma.	30 de octubre de 2015	contratista
2	El último informe de interventoría con corte 30 de septiembre de 2015.	30 de noviembre de 2015	interventor
3	Gestionar ante FONADE la nueva interventoría.	22 de octubre de 2015.	supervisión

Haciéndose la advertencia que “...de no cumplirse en la fecha estipulada, se dará inicio al incumplimiento, y a suspender la presente audiencia, la cual se reiniciará una vez FONADE nombre la

nueva interventoría para lo cual la supervisión del convenio informará a esta dirección para proceder a reanudar la presente audiencia...”

A través de radicación del 11 de diciembre de 2015 (fl.155-156), el supervisor del Convenio 2121698 solicita ante la Dirección de Contratación de la Gobernación de Boyacá que se convoque lo antes posible a audiencia de verificación de incumplimiento al contratista de la obra y verificación jurídica a las cláusulas contractuales del convenio 2121698, por cuanto la supervisión no ha recibido notificación alguna de las partes intervinientes que permitan verificar el cumplimiento de los compromisos pactados y además FONADE no ha realizado la reasignación de interventoría para el proyecto. Anexo a la solicitud allega informes de supervisión de fecha 22 de septiembre de 2015 en los que se verifica el avance de ejecución del contrato.

La Secretaria de Hacienda expide la Resolución No.00046 de 25 de abril de 2016 "Por la cual se inicia la actuación administrativa No.01 dentro del Contrato de Obra No.1410 del 4 de agosto de 2014". A dicho procedimiento se da inicio con fundamento en lo dispuesto en las cláusulas décimo séptima y décimo octava del contrato de obra, que refieren:

CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA: MULTAS Y SANCIONES: *Las partes acuerdan que el Departamento de Boyacá, en caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones pactadas por parte del contratista o entidad parte del convenio, el Departamento podrá imponerle multas de acuerdo al Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), demás normas aplicables, y lo establecido en el procedimiento determinado por la Entidad para dar trámite a los procesos sancionatorios contractuales vigentes al momento de dar inicio al procedimiento correspondiente. El pago del valor de dichas multas no exonera al contratista o entidad parte del convenio de su obligación de ejecutar las obligaciones adquiridas.*

CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: PENAL PECUNIARIA: *En caso de incumplimiento, multas, sanciones o de declaratoria de caducidad administrativa, cuando aplique, el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ podrá hacer efectiva a título de pena una suma equivalente hasta por el diez (10%) del valor del contrato o convenio, suma esta que ingresará al tesoro de la Entidad contratante y podrá ser tomada directamente del saldo a favor del Contratista o entidad parte del convenio, si lo hubiere. La cual se hará efectiva de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), demás normas aplicables, y lo establecido en el procedimiento determinado por la Entidad para dar trámite a los procesos sancionatorios contractuales vigentes al momento de dar inicio al procedimiento correspondiente.*

En dicho acto se realiza un recuento de los informes y documentos allegados tanto con la solicitud de audiencia de verificación como de incumplimiento, evidenciando un posible incumplimiento por parte de la Contratista Unión Temporal Vías Boyacá 2014, de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula novena del contrato No. 1410 de 2014, así:

"c) Ejecute adecuadamente las obras, para ello implementará todas las medidas de control durante la etapa de ejecución contractual establecidas en la ley, con el fin de evitar la paralización o inadecuada ejecución de la obra.

e) Cumplir con los procesos y procedimientos del Manual de Interventoría de FONADE los cuales hacen parte del presente Convenio, sin perjuicio del cumplimiento de las leyes que rigen la materia.

i) (...) Cumplir con el objeto del contrato. Cumplir cabalmente con el cronograma de obra presentado en la propuesta.

k) Disponer de los equipos y el personal necesario para el desarrollo del contrato atendiendo oportunamente los requerimientos.

l) EL CONTRATISTA se obliga a mantener en el sitio de la obra todos los materiales para la correcta ejecución de la misma de acuerdo a las especificaciones.

t) El proponente favorecido deberá suministrar y mantener al frente de la obra el equipo necesario y suficiente, adecuado en capacidad, características y tecnología, para cumplir con los programas, plazos y especificaciones técnicas y ambientales de la obra..."

Con fundamento en todo lo anterior, se dispuso dar inicio a la actuación administrativa dentro del contrato de obra No.1410 de 2014, en contra del contratista Unión Temporal Vías Boyacá con el propósito de efectuar *"...la imposición de multas por el incumplimiento parcial de las obligaciones de la CONTRATISTA UNIÓN TEMPORAL VÍAS BOYACÁ 2014, de conformidad con la Cláusula Décima Séptima del Contrato; hacer efectiva a título de pena una suma equivalente hasta por el diez por ciento (10%) del valor total del Contrato de conformidad con la Cláusula Décima Octava y ordenar hacer efectiva la Garantía Única de Cumplimiento constituida en favor del Departamento de Boyacá y FONADE a través de la póliza de seguro 600-47-994-000035171 Anexo 2 expedida por la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA identificada con el Nit.860.524.654-6, específicamente sobre el amparo de Cumplimiento del Contrato..."*, y se ordenó fijar fecha y hora para la realización de la audiencia establecida en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

La mencionada diligencia fue fijada para el día 05 de mayo de 2016 y por solicitudes del contratista, el Consorcio VIP y la Dirección de

Obras se aplazó en dos ocasiones (fl.195, 222), siendo fijada para el día 6 de julio de 2016.

El día 31 de mayo de 2016, se lleva a cabo Comité Técnico integrado por el contratista de obra, interventoría y supervisión, FONADE y el Departamento de Boyacá, con el objeto de conocer la posición del contratista en relación con la terminación de la obra por cuanto el tiempo faltante no va a ser suficiente para culminar el objeto contratado, sin embargo, este manifiesta que requiere un reajuste de precios y que con posterioridad presentará la propuesta (fl.219-222 anexo 6).

A través de solicitud de 31 de mayo de 2016, el contratista pide a la Dirección de Contratación que se adopten las medidas para superar las condiciones que dieron lugar a la suspensión y se restablezca el equilibrio económico del contrato; respecto de la cual, se protocoliza un silencio administrativo positivo que no es admitido por la administración por tratarse de una pretensión económica (fl.235-264 anexo 6). En dicha petición se pone de presente que el contrato fue suscrito en el año 2014 y por no contar con interventoría se inició en el 2015 y que a la fecha se encuentra suspendido por la misma causa; dilaciones que asegura se reflejan en el aumento de los costos directos de materiales, mano de obra y equipo, derivados de la variación del IPC y el costo de vida según el DANE.

En reunión realizada el día 03 de junio de 2016 (fl.223-225 anexo 6), el representante legal de la entidad contratista radicó la propuesta para la continuidad de la obra, en la que se indicó que se requerían 3 meses para continuar y dar fin a la obra contratada. Por su parte, la entidad contratante señaló que la proposición sería puesta en conocimiento del FONADE para decidir sobre su aceptación.

El día 06 de junio de 2016, la entidad contratista presentó un plan de contingencia explicando las razones por las que se requiere de un tiempo prudente para reanudar y culminar las labores y aclarando que la última suspensión obedeció a que FONADE no ha designado la interventoría que debe realizar el seguimiento al contrato de obra pública (fl.313-314).

En sesión del 09 de junio 2016, se precisó que como el FONADE no se había manifestado ante el requerimiento efectuado, el análisis del futuro del contrato y del proceso sancionatorio sería definido de conformidad con el concepto del Departamento de Boyacá, con fundamento en el cual se consideró que *"...agotado el recurso para que el contratista presentara una propuesta acorde que permitiera la permanencia de los recursos y por ende el cumplimiento del objeto contractual, no fueron aceptados por la entidad. Por lo anterior, se*

programa continuar con el trámite sancionatorio...” y se fijaron los siguientes compromisos “...Programar la próxima audiencia al proceso sancionatorio...” y “...emitir a FONADE solicitud de reinicio inmediato del contrato y respuesta a solicitud del contratista sobre reajuste de precios y otros...” (fl. 226-228 anexo 6).

El día 06 de julio de 2016 se dio inicio a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la que participaron la entidad contratante, el contratista, la interventoría, la aseguradora y el FONADE (fl.251-255 anexo 8). En dicha diligencia, **el representante del FONADE** precisó que faltando quince días para culminar el plazo de ejecución, el estado de avance de la obra alcanzaba un 26% y que por tal motivo hasta que no se conociera la nueva programación, no habría lugar a prorrogar la interventoría. Sobre el particular, **el contratista** explicó que sí se habían presentado algunos inconvenientes respecto de la obra del Municipio de Sora derivados de su omisión, pero que en la obra del Municipio de Pachavita el retraso obedece a que se requerían unos ítems no previstos, precisando que sin contar con la interventoría no sería posible cumplir el objeto del contrato. Resaltó que *“...en este momento queda pendiente por evaluar algunas cosas está en más o menos un 32%, por actas está en un 26% pero en realidad está en un 32%...”* (fl.253). Finalmente, la **delegada de la Secretaría de Infraestructura** puntualizó en que el proyecto comprendía dos frentes, el de Pachavita equivalente a un 20% y el de Sora correspondiente a un 80%, y que la omisión del contratista se había dado respecto del sector que representaba un mayor porcentaje en el objeto del contrato. Sin embargo, la audiencia fue suspendida para garantizar el derecho de defensa de la aseguradora, concediéndole un término para que se pronunciara.

El 22 de agosto de 2016, se realiza reunión técnica a la que asisten los supervisores del convenio y de FONADE y el contratista, donde se fija como compromiso a cargo de la Unión Temporal evaluar la posibilidad de culminar la obra con dos meses de prórroga a más tardar el 26 de agosto (fl.122-124).

Efectuados los descargos por parte de la aseguradora, se enviaron citaciones para continuar la diligencia el día 09 de septiembre de 2016 (fl.300-306 anexo 8), a la que comparecieron los representantes del Departamento de Boyacá, la aseguradora, la interventoría y FONADE, dejándose constancia de la inasistencia del contratista Unión Temporal Vías Boyacá 2014 y de que se efectuó la lectura de la totalidad de la Resolución No. 1148 de 7 de septiembre de 2016 (fl.330-331 anexo 8).

Respecto de la Resolución No. 1148 de 7 de septiembre de 2016 *“Por la cual se decide el trámite iniciado de conformidad con el artículo 86*

de la ley 1474 de 2011 dentro del contrato 1410 de 2014" (307-328 anexo 8), el Despacho transcribe las consideraciones relevantes para el asunto que se debate, así:

(...)3.- *Así las cosas, la Gobernación de Boyacá desde un principio estableció tanto el alcance real del proyecto como los tiempos límites en los cuales este se debía desarrollar en un 100% de ejecución del contrato, y es evidenciable para el Despacho, por medio de los diferentes informes presentados por parte de la supervisión y de la interventoría, informes que se encuentran en el expediente contractual, que el contratista tiene un avance e ejecución del 26% en tres meses y 18 días de ejecución del contrato, de tal manera que el Contratista se encuentra en incumplimiento de la cláusula QUINTA del contrato, la cual fue modificada el 14 de agosto de acuerdo al Modificadorio Nro. 01 obrante en la carpeta contractual el cual modificó el plazo de ejecución del contrato en su CLÁUSULA SEGUNDA "Modifíquese la CLAUSULA QUINTA PLAZO DE EJECUCION DEL CONTRATO, la cual quedará de la siguiente manera: 10 días para la etapa Pre construcción y tres (3) meses veinte (20) días para la etapa de obra contados a partir del acta de inicia".*

4. *El contratista ha ejecutado el contrato durante tres (3) meses y dieciocho (18) días, quedándole un restante de doce (12) días de ejecución del Contrato, es así entonces que el Despacho observa que le sería imposible terminar la obra contratada dentro de ese lapso de tiempo establecido en el contrato, de tal manera que existe incumplimiento por parte del Contratista respecto al plazo del contrato.*

(...)

10. *Por lo enunciado en los anteriores apartes, se encuentra que dentro de la ejecución del contrato el contratista incumplió con lo estipulado en la cláusula novena del contrato, obligaciones del contratista respecto de los siguientes literales: A. Cumplir con el objeto del contrato. B. Cumplir cabalmente con el cronograma de obra presentado en la propuesta. C. Atender las recomendaciones y requerimientos que haga la Gobernación a través del supervisor.*

(...)

14. *En los descargos presentados por el contratista en las diferentes audiencias, este argumentaba que había tenido, al inicio de la ejecución de la obra, un problema económico con un trabajador y que él asumía esa responsabilidad, y que por otra parte su incumplimiento respecto al objeto contractual, se debió a que la interventoría se terminó por el vencimiento del contrato de interventoría con FONADE, y por tal razón no pudo continuar con la ejecución de la obra. Sin embargo, observa el Despacho que la suspensión debido a que se terminó el plazo del contrato de la Interventoría se dio, según información dada por la Interventoría, el 30 del mes de septiembre de 2.015, cuando ya se había cumplido un tiempo de ejecución del contrato de tres meses y dieciocho días, de tal manera que ese no es el motivo del incumplimiento del objeto contractual.*

15. *Así mismo, los descargos de la Aseguradora, no han de prosperar, toda vez que no se está teniendo en cuenta el tiempo de suspensión del contrato al verificar el incumplimiento del contratista, pues tal como se explicó en apartes anteriores, el Contratista tiene un avance en ejecución del 26% en tres meses y 18 días de ejecución del contrato, **fuera del tiempo en que ha estado suspendido.***

(...)

18. Aunado a lo anterior vemos que, en el caso que nos ocupa se evidencia que el contratista estaba advertido de las consecuencias de su proceder, toda vez que la administración le dio a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento por medio de requerimientos y audiencias, con lo cual **la declaratoria resultante de la presente, no será intempestiva** y dentro del proceso adelantado se permitió un análisis particular de los antecedentes. Esto hace que el proceder de la Administración se ajuste a los procedimientos legales establecidos y que por lo mismo no desconoce ni vulnera los derechos fundamentales del contratista.

21. Que como **las cláusulas DECIMA SÉPTIMA Y DECIMA OCTAVA permiten en caso de multa o sanción, hacer efectiva una suma equivalente al 10% del valor del contrato**, la administración tasa la sanción a imponer de conformidad con las causales de incumplimiento y respetando los principios proporcionalidad y razonabilidad, por el diez (10%) por ciento del valor total del contrato objeto de declaratoria de incumplimiento. La anterior valoración teniendo de presente lo estipulado por el procedimiento en procesos sancionatorios contractuales de la entidad, en lo referente a los criterios para la tasación de la sanción, al respecto vale la pena recordar lo estipulado por este: "C. Incumplimiento Gravísimo: Se entenderá como incumplimiento gravísimo, los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista o Entidad parte del convenio, que afecten de manera muy grave la ejecución del contrato o convenio, que conlleven a su paralización y por ende a la no terminación de la misma, en los términos previstos para ello. En caso de presentarse dicho incumplimiento, la sanción a imponer se tasarán entre el 10% y el 15% del valor total del contrato o convenio, según su gravedad. Este porcentaje de sanción puede ser inferior únicamente cuando en la minuta del contrato o convenio sea especificado."

22. **Por lo expuesto a lo largo de la presente resolución se evidencia que la ejecución en término del contrato de obra, afectó de manera seria el objeto del mismo ya que dentro del plazo contractual el contratista no ejerció o ejecutó a cabalidad sus obligaciones...**

23. Como consecuencia del incumplimiento se declarará el siniestro por incumplimiento en la proporción antes establecida, esto es, una suma equivalente hasta por el diez por ciento (10%) del valor total del contrato de conformidad con la cláusula Décima Octava y ordenar hacer efectiva la Garantía única de Cumplimiento constituida a favor del Departamento de Boyacá y FONADE a través de la póliza de seguro 600-47994000035171 Anexo 2, expedida por la Compañía de Seguros ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, esto es, por valor de CIENTO CUATRO MILLONESQUINIENTOS SEIS MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$104.506.610.30)." (Resalta el Despacho)

De acuerdo a lo anterior, se dispuso: **i).** declarar el incumplimiento del contrato No.1410 de 2014, **ii).** imponer a la Unión Temporal Vías Boyacá 2014 "una sanción por incumplimiento equivalente al diez (10%) por ciento del valor total del contrato que corresponde a la suma de CIENTO CUATRO MILLONESQUINIENTOS SEIS MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$104.506.610.30)"

y, **iii**). que en caso que no existieran cuentas a favor del contratista o que en el término de dos días se pagara de manera directa, "...SE ORDENA DECLARAR la ocurrencia del SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO, dentro del contrato No. 1410 de 2014, amparado por la póliza de cumplimiento 600-47-994000035171 Anexo 2, expedida por la Compañía de Seguros ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, a favor del Departamento de Boyacá, por la suma de CIENTO CUATRO MILLONES QUINIENTOS SEIS MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$104.506.610.30)..."

El día 23 de septiembre de 2016, la aseguradora presentó recurso de reposición contra la anterior decisión, resuelto según **Resolución No.1394 de 17 de noviembre de 2016**, "*por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición contra la Resolución No.1148 de 2.016 por la cual se Declara el incumplimiento del Contrato No. 1410 de 2014" (fl.363-376 anexo 8)*, en la que se insiste en la imposibilidad del contratista de dar cumplimiento al objeto contractual dentro del término de ejecución restante y se enfatiza en que el contrato se encuentra suspendido desde el 30 de septiembre de 2015, por lo que temporalmente no es posible exigir el cumplimiento de las obligaciones del contrato y por tal motivo el tiempo que ha transcurrido desde la suspensión no se tuvo en cuenta para determinar la sanción por incumplimiento.

Descrito el trámite del proceso contractual, corresponde al Despacho determinar si debe declararse la nulidad de las **Resoluciones Nos. 1148 de 7 de septiembre de 2016 y 1394 de 17 de noviembre de 2016**, conforme a los vicios de nulidad que se aducen en la demanda.

Sea lo primero señalar que los actos acusados tuvieron su origen en la potestad sancionadora de la administración, autorizada por el ordenamiento jurídico con el objeto de garantizar la dirección y control en la ejecución del contrato.

Tal y como se explicó en precedencia, para la materialización de dicha facultad debe acudir a las herramientas legalmente establecidas y previamente pactadas en el clausulado contractual. En el *sub lite* se advierte que el Departamento de Boyacá pretendió hacer efectivas las cláusulas décima séptima y décima octava del contrato de obra No. 1410 del 04 de agosto de 2014, relativas a la posibilidad de imponer multas y de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; sanciones que en efecto se hallan expresamente previstas en la Ley 1150 de 2007.

Debe señalarse que si bien estas sanciones se orientan al cumplimiento de un objetivo común, esto es, la realización de los

finés del Estado y la satisfacción del interés público, cada una de ellas cumple una finalidad específica que determina la competencia para imponerlas.

En torno a la **multa**, se señaló que la postura que prevalece en el Consejo Estado es la que le otorga un carácter sancionatorio a esta medida, como quiera que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la función principal de la multa es constreñir al contratista al correcto cumplimiento del objeto contratado, y en tal sentido, atendiendo a su naturaleza la multa solo puede imponerse dentro del plazo de ejecución pactado por las partes, pues no tendría sentido propender por el cumplimiento del objeto contractual cuando el contratista se encuentra en imposibilidad de acatar sus obligaciones.

Así entonces, su imposición debe atender a la finalidad de la sanción y de manera consecuente procede solo dentro del plazo contractual, motivo por el cual, los vicios de falta de competencia temporal y falsa motivación que se alegan en la demanda serán analizados de manera conjunta con fundamento en el material probatorio que se relaciona a continuación.

Observa el Despacho que el contrato de obra fue iniciado el día 13 de abril de 2015 y suspendido el día 20 del mismo mes y año, y que una vez superada la causa de la interrupción, la relación contractual se reanudó el día 19 de junio de 2015, fijándose como nueva fecha de terminación el 12 de octubre de 2015. No obstante, el día 30 de septiembre de 2015 se suspendió nuevamente la ejecución del contrato *-faltando 12 días para su culminación-* por cuanto el Consorcio VIP ejerció la interventoría al proyecto hasta dicha fecha, dejándose constancia de que el reinicio se condicionaba a la asignación del interventor por parte de Fonade.

El día 13 de octubre de 2015, el supervisor del convenio interadministrativo pone de presente un presunto incumplimiento del contrato de obra, y en atención a ello, se fijaron algunos compromisos dirigidos a superar la situación que motivó la suspensión y a concretar un plan real de contingencia para cumplir con el objeto del contrato. Sin embargo, tales requerimientos no fueron atendidos, por lo que la supervisión insistió en la realización de una audiencia de verificación de incumplimiento al contratista y la revisión de las cláusulas del convenio.

En esos términos, la entidad territorial dio inicio a la actuación administrativa dentro del contrato de obra en contra del contratista, cuyo objeto se limitó a imponer multa por el incumplimiento parcial

de las obligaciones conforme a la cláusula décima séptima y a hacer efectiva la pena estipulada en la cláusula décima octava del contrato con cargo a la garantía única de cumplimiento.

Con posterioridad, se realiza un Comité Técnico y de manera simultánea el contratista solicita que se adopten las medidas necesarias para superar las condiciones que dieron lugar a la suspensión y se restablezca el equilibrio económico del contrato. Aunado a ello, el representante legal de la Unión Temporal presenta una propuesta para culminar la obra, estimando una duración de tres meses, pero la entidad contratante no la acepta y ordena la realización del audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

En dicha diligencia se informa del estado del avance de la obra, estimado en un 26%, respecto de lo cual, Fonade precisa que una vez se apruebe el nuevo cronograma, se procederá a prorrogar la interventoría y se concede término a la aseguradora para ejercer su derecho de defensa. Luego en una reunión técnica se pide a la contratista que se evalúe la posibilidad de culminar la obra con dos meses de prórroga, sin que se evidencie nueva propuesta.

Bajo este contexto, la entidad territorial procede a decidir el trámite iniciado de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dentro del contrato 1410 de 2014, a través de la **Resolución No. 1148 de 7 de septiembre de 2016**, considerando que el contratista desató de manera grave las obligaciones contenidas en las cláusulas quinta y novena del contrato de obra, relativas al cumplimiento del plazo de ejecución y del objeto del contrato, pues con un avance de ejecución de 26% en tres meses y 18 días de ejecución del contrato, al contratista le sería imposible terminar la obra contratada dentro del lapso restante del plazo; situaciones que aclara no comprenden el lapso durante el cual ha estado suspendido el contrato.

Al respecto, precisa el Despacho que la competencia para imponer la multa no solo depende del aspecto temporal sino además de la finalidad perseguida por la administración. Pues bien, como lo señala la parte actora, la precitada resolución carece de dichos elementos, como quiera que no consulta el carácter conminatorio de la multa al señalar que en el estado de ejecución actual sería imposible culminar el objeto contractual, negando así toda posibilidad de llevar a cabo un plan de contingencia o reprogramación de la ejecución, es decir, alejándose completamente de la finalidad específica establecida por el legislador, esto es, lograr que el contratista cumpla.

Considera el Despacho que es importante resaltar que el contrato se encontraba suspendido durante el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio, pues la jurisprudencia actual refiere que las obligaciones contractuales no pueden hacerse exigibles mientras esté suspendido el plazo de ejecución del contrato; por tanto, los efectos de la interrupción suscrita de consuno por las partes, tampoco permitían materializar el propósito atribuido a la imposición de una multa.

Adicionalmente, considerando la causa que originó la interrupción-*no contar con interventoría-*, se imposibilitaba el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones de las partes, resultando ser una situación asimilable al vencimiento del plazo de ejecución, en cuyo caso la administración pierde la competencia temporal para aplicar este tipo de sanciones.

Sin embargo, tampoco puede decirse que la entidad se basó en supuestos fácticos inciertos, pues si bien se carecía de interventoría siendo esta una obligación ajena a las partes contractuales, sí era evidente un incumplimiento de las obligaciones del contratista con corte a la última suspensión. Pero como ya se explicó, la entidad territorial utilizó de forma inadecuada la figura de la multa como expresión de la facultad sancionadora, que se repite, procede ante un incumplimiento parcial que en sentir de la entidad contratante se encuentra en mora pero que podrá ser superado por el contratista; objeto que desde ningún punto de vista se cumplió en este caso, pues a lo largo de la actuación administrativa la entidad contratante siempre fue clara en señalar que en los doce días restantes de la ejecución sería imposible cumplir el objeto contractual y que la propuesta presentada por el contratista era inviable por ser una prórroga equiparable al plazo previsto inicialmente.

De las anteriores circunstancias, se colige con claridad que el poder conminatorio del que estaba investida la entidad por cuenta de la cláusula en cuestión para que el contratista se allanara al cumplimiento idóneo y oportuno del objeto contractual fue utilizado mientras estaba suspendido el plazo del contrato y, por tanto, fuera del marco temporal dentro del cual el ente contratante podía ejercerlo válida y legítimamente.

De otra parte, si bien en la parte resolutive del acto administrativo no se especifica con claridad si se está haciendo efectiva la **sanción penal pecuniaria** prevista en la cláusula décima octava del contrato ni se cuestiona en la demanda, si se acude a su aplicación en las motivaciones del acto principal acusado; por lo que es necesario precisar que dicha figura es también una expresión del poder

sancionador del Estado, pero a diferencia de la multa, esta corresponde a una tasación anticipada de perjuicios y no conminatoria que se impone ante la declaratoria de una medida coercitiva definitiva, esto es, caducidad o incumplimiento definitivo del contrato.

Por lo anterior, tampoco resultaba procedente la imposición de la cláusula penal ante un incumplimiento parcial y salvable, respecto del cual, el legislador no autoriza su efectivización, y menos aún de la declaratoria de siniestro con cargo a la garantía única del contrato, ni en el caso de la multa ni en el de la sanción penal pecuniaria. Sobre este punto, precisa la doctrina nacional que *"la posibilidad de declaratoria del siniestro debe provenir de una facultad expresa del legislador, lo cual solo ocurre actualmente en relación con la declaratoria de caducidad²¹ y no en otros casos..."* Esto, como quiera que la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011 en ningún aparte mencionan que la multa y la cláusula penal sean constitutivas del siniestro, por lo que no puede entenderse que el Decreto 1082 de 2015 les haya dado esa connotación, toda vez que *"...en ninguna parte del EGCAP se les otorga esa naturaleza a las multas..."²².*

En suma, los mencionados actos se expidieron con un alcance distinto al previsto por el legislador, pues no se utilizó como instrumento para conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones; situación que se hace evidente en la motivación expuesta por la entidad territorial en torno al grave incumplimiento no subsanable y al constatar que la imposición de la sanción se efectuó mientras estaba suspendido el contrato y por ende la posibilidad de exigir el cumplimiento de los deberes del contratista. Para el Despacho, estas resultan ser circunstancias que dan lugar a viciar de nulidad absoluta por falta de competencia y falsa motivación las resoluciones acusadas.

Pese a la declaratoria de nulidad que se dispondrá, no habrá lugar a ordenar el restablecimiento del derecho que se invoca en la demanda, habida cuenta que se informó con destino a este proceso, que no se ha iniciado proceso de cobro coactivo en contra de la entidad accionante con ocasión de alguna sanción contractual (fl.237) y que *"...una vez revisado el sistema de información PCTG no existe registro de ingreso a nombre de **UNIÓN TEMPORAL VÍAS BOYACÁ 2014** o de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA...**"* (fl.238); siendo improcedente ordenar el reintegro de la suma ordenada a título de sanción por incumplimiento, por cuanto la entidad contratista no ha efectuado pago alguno por este concepto.

²¹ Artículos 18 de la Ley 80 de 1993 y 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015.

²² Velásquez, Marta Nubia (editora). En: Reflexiones sobre la contratación del sector público en Colombia, pp. 209-210. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), Bogotá 2019.

De otra parte, tampoco se accederá a la pretensión de devolver el valor de las pólizas que debió tomar la Unión Temporal Vías Boyacá 2014 para la celebración del contrato, como quiera que la nulidad que aquí se declara es la de los actos que decidieron un proceso sancionatorio, los cuales fueron posteriores a la suscripción del contrato estatal y de cuya nulidad no deviene tal restablecimiento, pues los referidos contratos de seguro corresponden a los requisitos de ejecución que debe acreditar el contratista para dar inicio al negocio jurídico, sin que los mismos deban ser reintegrados en el evento en que no se declare la ocurrencia de los siniestros cubiertos por las pólizas respectivas.

Ahora bien, el Despacho debe pronunciarse en cuanto a la **desviación de poder** alegada con la demanda, fundada en que la intención de la administración no fue la de conminar al contratista sino justificar los retrasos de la entidad y afectar patrimonialmente al contratista para impedir que continuara con la ejecución de la obra.

Sobre esta causal de nulidad, debe señalarse que *"...La desviación de poder, en materia contractual, se puede definir, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina tratándose de actos administrativos unilaterales, como la función administrativa ejercida por el servidor público, con el propósito de favorecer a un tercero, o a sí mismo, dejando de lado el fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia. Esta finalidad no es otra que la búsqueda del beneficio común y el bienestar de la comunidad, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan -art. 209 de la CP. y art. 3 del CCA.- ..."*²³

Al respecto, debe señalarse que como se explicó en precedencia, la potestad sancionadora de la administración tiene como objetivo el de la realización de los cometidos del Estado, sin embargo, teniendo en cuenta el estado del proceso contractual y la finalidad de la administración, habrá lugar a imponer multa o caducidad o a hacer efectiva la cláusula penal. En el caso *sub examine* se comprobó que la administración ejerció de manera inadecuada el poder sancionador en tanto hizo uso de la multa sin tener competencia para el efecto, sin embargo, no se comprobó que la intención de la entidad territorial hubiera sido ajena al propósito común de las sanciones autorizadas por el legislador, pues es evidente que ante el grave incumplimiento del contratista pretendió adoptar medidas definitivas pero a través de una figura que no fue creada para tales efectos.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 28.010, 22 de marzo de 2007, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Por lo demás, no obra dentro del plenario medio de prueba que demuestre que la facultad unilateral fue ejercida por algún tipo de situación ajena al interés público o en contra del contratista, ni de la motivación del acto pueden deducirse tales circunstancias. Tampoco se observa tal intención en la prueba pedida de oficio a Fonade (fl.239-240), como señala la parte actora en sus alegatos, pues en este se limita a señalar que el Departamento de Boyacá contemplaba la posibilidad de no continuar con el contrato de obra, situación que solamente demuestra la preocupación de la administración por el estado de avance de ejecución.

Por último, es de aclarar que a través de otros actos administrativos posteriores a la interposición de la demanda, se declaró la caducidad y la terminación unilateral del contrato No. 1410 de 2014, no obstante, esos supuestos fácticos son ajenos al litigio planteado en el presente medio de control y no hacen parte de una relación inescindible en tanto cada uno se deriva de facultades unilaterales de derecho público que le han sido conferidas al Estado por virtud de la ley. En tal sentido, su expedición no impide emitir un pronunciamiento de fondo en este asunto.

Conclusiones:

Las Resoluciones Nos. 1148 de 2016 y 1394 de 2016 acusadas se encuentran viciadas de nulidad por falsa motivación y falta de competencia temporal, en atención a lo siguiente:

- El proceso sancionatorio que concluyó con la expedición de los actos acusados se surtió en el lapso de la segunda suspensión del contrato derivada del vencimiento del plazo del contrato de interventoría, situación ajena al contratista y que no se superó durante el desarrollo del proceso sancionatorio.
- La falta de competencia temporal se configura al haberse adelantado el procedimiento administrativo sancionatorio con el objeto de imponer multa, mientras el contrato se encontraba suspendido, considerando que los efectos de la suspensión del contrato son asimilables a los generados con el vencimiento del plazo de ejecución, es decir, no estaba habilitada la administración para exigir el cumplimiento de las obligaciones y menos aún para imponer multas, mientras no se hubiere superado la causa de la suspensión y reanudado el periodo de ejecución contractual.
- La falsa motivación se da por cuanto la voluntad de la administración no era la de exigir al contratista el cumplimiento de las gestiones a su cargo, apartándose con ello de la finalidad de la multa tal como fue concebida por el legislador, esto es, su

imposición ante un incumplimiento parcial que podría ser superado por el contratista.

6. De las costas y agencias en derecho:

Conforme a lo indicado en el artículo 188 del CPACA²⁴, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, remitiendo expresamente al Código General del Proceso para efectos de su liquidación y ejecución.

Al efecto, el artículo 365 del Código General del Proceso²⁵, establece que la condena en costas -a la parte vencida- se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación y siempre que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. Luego, ante la prosperidad de las pretensiones de la demanda, se requiere fundamentar la imposición de costas en aplicación del criterio objetivo-valorativo previsto en el CPACA, definido por el Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016, rad.13001-23-33-000-2013-00022-01 y reiterado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 18 de enero de 2018, dirá el Despacho que están debidamente acreditadas en el plenario con los gastos ordinarios del proceso en que incurrió la parte actora (gastos de notificación - fl. 154) y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que representara sus intereses en el trámite del presente proceso, generándose así las respectivas agencias en derecho.

En consecuencia y en aplicación del reciente criterio del Tribunal Administrativo de Boyacá²⁶, la liquidación de las costas se realizará por Secretaría siguiendo el trámite previsto en el Art. 366 del CGP una vez quede ejecutoriada la providencia que ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, teniendo en cuenta las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016²⁷.

²⁴ ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

²⁵ ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia de fecha 22 de mayo de 2018, proferida por la Sala de Decisión No.1, exp.150013333013201300095-01, M.P. Fabio Iván Afanador García; reiterada en sentencias de 25 de junio de 2018 por la Sala de Decisión No.5, exp.150013333013201400123-01, M.P. Dscar Alfonso Granados Naranjo y de 28 de agosto de 2018 por la Sala de Decisión No.4, exp.150013333013201300095-01, M.P. José Ascención Fernández Dsorio.

²⁷ Aplicable a las demandas interpuestas a partir del 5 de agosto de 2016 – Art. 7. En el presente caso la demanda fue presentada el 11 de julio de 2017 (fl.20)

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad absoluta de los actos administrativos contenidos en las **Resoluciones Nos. 1148 de 7 de septiembre de 2016 y 1394 de 17 de noviembre** por las cuales se decidió el trámite iniciado de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 respecto del contrato No. 1410 de 2014 en contra del contratista **UNIÓN TEMPORAL VÍAS BOYACÁ 2014**, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte vencida de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Líquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

CUARTO: NOTIFICAR por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

QUINTO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA). Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

SEXTO: En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez