



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C**

CONSEJERO PONENTE: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., primero (1) de junio de dos mil veinte (2020)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicación: 08001-23-33-000-2012-00254-01 (48945)
Demandante: SEGUROS COLPATRIA S.A.
Demandado: MUNICIPIO DE PALMAR DE VARELA

Temas: Debido proceso administrativo. Actuación administrativa contractual. Procedimiento de declaración de incumplimiento e imposición unilateral de multas y cláusula penal pecuniaria (Ley 1474 de 2011 – Artículo 86). Competencia temporal para imponer multas. Teoría de los actos propios.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

A la Sala corresponde decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia del 18 de julio de 2013, del Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SINTESIS DEL CASO

A finales de 2010, el Municipio de Palmar de Varela celebró un contrato de obra con el Consorcio Costa Norte que tenía por objeto reponer las redes del sistema de acueducto, y ampliar y optimizar las redes de alcantarillado municipales. Las obras fueron recibidas a finales de 2011, pero la administración entrante, elegida para el período constitucional 2012-2015, inició procedimiento administrativo que concluyó en la declaración de incumplimiento parcial del contrato, en la imposición de una multa equivalente al 10% del valor del contrato y en la declaración del siniestro para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento, amparada por póliza emitida por la sociedad demandante.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

El 25 de septiembre de 2012, mediante apoderado judicial, la sociedad Seguros Colpatria S.A. (en adelante, Seguros Colpatria) presentó demanda¹ contra el Municipio de Palmar de Varela (en adelante, el Municipio) en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, con la pretensión de que se declarara la nulidad de las resoluciones 0051 y 0052 del 21 de marzo de 2012, expedidas por el entonces alcalde del Municipio, y en consecuencia se declarara que la demandante

¹ F. 3-27, c. 1.



no estaba en la obligación de pagar la suma de \$325'567.513 por la multa impuesta a través de los actos demandados.

Los hechos de la demanda refieren que el 20 de diciembre de 2010 la demandada celebró el contrato de obra n° 220320122010 con el Consorcio Costa Norte (en adelante, el Consorcio). En la cláusula décima séptima del contrato se pactó la facultad de la entidad para imponer multas. Según el acta de recibo final, suscrita por las partes y el interventor de la obra, los trabajos se recibieron a satisfacción. Igualmente, el contrato finalizó por extinción del plazo de ejecución.

Sin embargo, en el procedimiento administrativo que concluyó en la declaración de incumplimiento parcial del contrato, en la imposición de una multa equivalente al 10% del valor del contrato y en la declaración del siniestro para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento, amparada por póliza emitida por la sociedad demandante, (i) la administración municipal pretermitió el deber de comunicar la actuación desde sus inicios y solo citó al garante mediante la resolución 0051 de 2012 que tomó la decisión definitiva, violando así el derecho de defensa y contradicción previa a tomar la decisión, es decir, el debido proceso. Además, (ii) el Municipio impuso una multa contractual por fuera del plazo de ejecución, cuando carecía de competencia temporal para apremiar el cumplimiento del contratista. Por último, (iii) tales decisiones desconocieron el principio de respeto de los actos propios porque contrarió el acta de recibo final de las obras a entera satisfacción del Municipio.

2.2. Trámite procesal relevante

El 6 de noviembre de 2012, el Tribunal Administrativo del Atlántico **admitió** la demanda² y ordenó su notificación a la demandada, el agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Al **contestar la demanda**, el Municipio defendió la legalidad de los actos demandados argumentando que respetó el debido proceso de la aseguradora conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 5.1.13. del Decreto 734 de 2012, y solicitó que las pretensiones fueran despachadas desfavorablemente³.

El 18 de julio de 2013, el Tribunal Administrativo del Atlántico profirió **sentencia de primera instancia**⁴ en que decidió:

***PRIMERO:** DECLÁRASE la nulidad del numeral tercero de la Resolución No. 0051 de marzo 21 de 2012 “Por medio del cual se toman decisiones frente a la Audiencia establecida en la Ley 1150 de 2007, Art. 17 y Art. 86 de la ley 1474 de 2011, respecto del Contrato de Obra No. 220320122010 de diciembre 20 de 2010, proferida por el Alcalde del Municipio de Palmar de Varela.*

***SEGUNDO:** DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 0052 de marzo 21 de 2012 “Por medio del cual se decide recurso de reposición impetrado en Audiencia”, expedida por el Alcalde del Municipio de Palmar de Varela, en tanto mantuvo en firme la decisión con relación del demandante SEGUROS COLPATRIA S.A.”*

² F. 95-96, c. 1.

³ F. 110-118, c. 1.

⁴ F. 499-512, c. ppal.



TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, el Municipio de Palmar de Varela – Atlántico, se abstendrá de hacer efectiva la Póliza Única de Garantía No. 50 30 1002183 de diciembre 23 de 2010 y su modificación de 29 de diciembre de 2010, de la aseguradora SEGUROS COLPATRIA S.A.”

El recurso de apelación contra esta decisión⁵ fue presentado por la parte demandante y concedido mediante auto del 12 de noviembre de 2013⁶.

El 5 de marzo de 2014, fue abierta la etapa de alegatos de conclusión en segunda instancia⁷. Las partes⁸ y el Procurador Primero Delegado ante esta Corporación⁹ aprovecharon esta oportunidad para pronunciarse sobre el asunto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos de la sentencia de mérito

Para la fecha en que la demanda fue presentada, y desde el 2 de julio de 2012, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011 – CPACA) ya había entrado en vigor.

Bajo estas reglas procesales, la Sala tiene **competencia** para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico¹⁰ que decidió la controversia contractual entre el demandante y el Municipio, entidad que está sometida al juzgamiento de esta jurisdicción por su actividad contractual¹¹, y que por su cuantía debe ser juzgada en segunda instancia por esta Corporación¹².

Por otra parte, **la demanda fue presentada oportunamente**, dentro del término bienal del medio de control de controversias contractuales, pues los actos administrativos demandados, en particular la Resolución n° 0052, fueron proferidas en el curso de la audiencia celebrada el 21 de marzo de 2012, en desarrollo del procedimiento administrativo adelantado por la demandada para declarar el incumplimiento e imponer medidas contractuales.

Por último, los extremos procesales están **legitimados en la causa** por activa y por pasiva, pues la sociedad demandante suscribió la póliza única de garantía que

⁵ F. 515-535, c. ppal.

⁶ F. 553-554, c. ppal.

⁷ F. 557, c. ppal.

⁸ F. 590-604, c. ppal.

⁹ F. 569-589, c. ppal.

¹⁰ CPACA: “ARTÍCULO 150. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA Y CAMBIO DE RADICACIÓN. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia”.

¹¹ CPACA: “ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos: (...) 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.”

¹² CPACA – Artículo 152, núm. 5: “5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”. En este caso, la cuantía estimada por el actor ascendió a la suma de \$325'567.513,00, cifra que superó el tope señalado en la norma citada para el año 2012 (\$283'350.000).



amparó el contrato n° 220320122010, cuya efectividad fue ordenada a través de los actos demandados; y la entidad territorial demandada fue la autoridad que profirió las decisiones impugnadas en este asunto.

3.2. Lo que se debate

3.2.1. El problema jurídico planteado en la demanda y en su contestación, y que fue resuelto por el a quo, radica en establecer si las Resoluciones 0051 y 0052 del 2012: (i) violaron el debido proceso, al pasar por alto la comunicación de la actuación administrativa conforme a los artículos 14 y 28 del Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley 01 de 1984 - CCA) y de la audiencia para la imposición de multas dispuesta por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; (ii) se expidieron con incompetencia temporal toda vez que el contrato ya estaba extinto para el momento en que se impuso la multa; (iii) desconocieron el principio de no *“venire contra factum proprium”* porque el Municipio ya había recibido satisfactoriamente las obras objeto del contrato.

3.2.2. A juicio del Tribunal, los actos demandados sí violaron el debido proceso de la actora ya que, según lo probado en el expediente: (i) *“desde enero de 2012 el Municipio (...) ya venía haciendo gestiones encaminadas a determinar la calidad de la obra contratada y de ello dan cuenta los memoriales dirigidos”* a varias autoridades, el interventor y el contratista para solicitar *“apoyo e información entre otras de la labor de interventoría y de las especificaciones de la obra”*; (ii) a la aseguradora demandante no se le informó desde esos momentos la realización de un procedimiento administrativo encaminado a la imposición de una multa contractual, por ello; (iii) no se le dio oportunidad de pedir pruebas ni *“de controvertir aquellas que a juicio del ente territorial, daban lugar a ejecutar la póliza”*.

3.2.3. En procura de la revocación de la decisión de primera instancia, el Municipio manifestó que, en líneas generales, el Tribunal no estudió sus argumentos.

El Municipio considera que el a quo erró al estimar que la administración debía vincular desde las etapas preliminares a la aseguradora puesto que en esa fase apenas se estaban recaudando las pruebas necesarias para iniciar la actuación administrativa. Tal vinculación solo obligaba en esta actuación, como en efecto ocurrió. Así las cosas, la demandada insiste en afirmar que ella sí cumplió con los mandatos legales que consagraban el deber de comunicar la actuación administrativa.

Igualmente, considera que respetó los derechos de defensa y contradicción a la aseguradora, quien intervino en la audiencia en que se impuso la multa al Consorcio, a tal punto que esta interpuso recurso de reposición contra la decisión administrativa adoptada. Alega, de modo contrario a lo expresado por el fallo apelado, que la actora sí tuvo acceso a los medios de prueba para ejercer su defensa. El municipio se detiene, específicamente, en el enteramiento que la aseguradora tuvo de: (i) *“el informe técnico de la Empresa Triple AAA, de Barranquilla, sobre las obras objeto del contrato en mención”* y (ii) *“el informe de la Secretaría de Planeación Municipal”*, ambos tenidos en cuenta por la demandante para impugnar ante la propia administración la imposición de la multa.



La recurrente expresó, además, en la impugnación al fallo de primera instancia, que sus actos fueron oportunamente adoptados porque la decisión de hacer efectiva la garantía única de cumplimiento tiene, en muchas ocasiones, naturaleza postcontractual. Adicionalmente, manifestó que, la constancia que en su momento hizo el Alcalde de la anterior administración, de haber recibido la obra *“a entera satisfacción”*, se registró en contra de la realidad, no otra que el recibo de una *“obra que no cumplía con los Cometidos Estatales”*, razón por la que posteriormente el Municipio se vio abocado a *“adelantar una serie de actos para declarar el incumplimiento parcial (...) es por eso que la administración tuvo que ir en contra de su propio acto”*.

3.2.4. En sus alegatos de conclusión de segunda instancia, la parte actora pidió ratificar la decisión apelada porque, en su criterio, la argumentación del recurso fue insuficiente ya que en el proceso se evidenció como:

“... la citación a la Audiencia del Afectado no cumplió con los requisitos determinados en el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, puesto que en la citación no se hizo mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, no se acompañó el informe de interventoría o de supervisión en el que sustente la actuación y no se enunciaron las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.”

Indicó que su contraparte pasó por alto mencionar que la multa impuesta tuvo como propósito apremiar al contratista al cumplimiento de las obligaciones del contrato, algo imposible una vez finiquitado el negocio. Se ratificó, también, en su acusación relativa a la extemporaneidad de la decisión.

Además, respecto de la argumentación del municipio, relativa al cargo de contradicción de los propios actos, señaló que dar curso a la tesis que ella comportaba solo podía dar lugar a un escenario de inseguridad jurídica *“en el que la administración que llegue al poder desconozca de tajo lo hecho por los anteriores funcionarios, inaplicando las condiciones propias de un Estado de Derecho.”* Agrega que la recepción de las obras a *“entera satisfacción”* no es una expresión de una mera *“fórmula sacramental”*, sino que se trató de una manifestación real del cumplimiento cabal de las obligaciones contractuales que no fue eficazmente desmentida por el municipio.

3.2.6. Partiendo de la base de que el objeto de la *litis* consiste en evaluar si los actos demandados estaban viciados por violación al debido proceso de la actora, el agente del Ministerio Público solicitó la revocación del fallo de primera instancia al considerar que el Municipio demandado sí garantizó los derechos de defensa y contradicción de la compañía demandante antes de la audiencia, y a través del recurso de reposición:

“... pues desde antes de citar para audiencia se le hizo entrega de los informes técnicos que daban cuenta de las irregularidades encontradas en las obras objeto del contrato (...), los que ha podido controvertir con la práctica de otras pruebas de igual identidad y que efectivamente no sucedió.”

En adición a este argumento sostuvo que, de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, la actora no tiene razón al afirmar que el contrato se cumplió a cabalidad porque, de acuerdo con lo informado por el Secretario de Planeación y Obras Públicas, hubo *“irregularidades e inconsistencias”* en los trabajos efectuados, entre



otras cosas, por la calidad y estabilidad de las obras. Y agregó que, si bien no fue objeto de discusión lo sostenido en el acta de recibo final de las obras, “*lo cierto es que en parte alguna se dejó constancia expresa de que el Municipio recibía la obras (sic) a entera satisfacción*”.

3.3. Alcance de la presente providencia y problemas jurídicos a resolver

A la Sala corresponde analizar si los actos demandados (Resoluciones 0051 y 0052 del 2012 proferidos por el Municipio demandado) son nulos por el cargo deprecado por la actora y estimado afirmativamente por la sentencia de primera instancia: la violación al debido proceso.

Su análisis, sin embargo, no se limitará a ello, pues el artículo 187 del CPACA prescribe:

“ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

*En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada **El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.***

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.” (Se subraya).

En este caso, el *a quo* no estudió la competencia temporal de los actos demandados ni analizó el supuesto quebranto de los actos propios del municipio. De acuerdo con la norma citada, tal omisión no restringe el juicio de legalidad en segunda instancia, pero sí impide desmejorar la situación jurídica del apelante único, en este caso, el municipio demandado. Así las cosas, si la Sala encuentra la improcedencia del cargo de violación al debido proceso, deberá pronunciarse acerca de los otros dos reproches formulados por la demandante, a saber, la falta de competencia temporal y el irrespeto de los actos propios, considerando en todo caso la prohibición de “*reformatio in pejus*”.

3.4. Hechos probados

La Sala tiene por probados los siguientes hechos relevantes para resolver el conflicto jurídico traído a su conocimiento:

3.4.1. Entre el Municipio y el Consorcio se celebró, el 20 de diciembre de 2010, el denominado “*CONTRATO DE OBRAS CIVILES No. 220320122010*”¹³, adjudicado

¹³ F. 28-37, y 120-129, c.1.



por la urgencia manifiesta ocasionada por la ola invernal de finales del año 2010, cuyo objeto fue “LA REPOSICIÓN DE LAS REDES DEL SISTEMA DE ACUEDUCTO, OPTIMIZACIÓN Y AMPLIACION DE LAS REDES DE ALCANTARILLADO SANITARIO EXISTENTE, ADECUACION Y REHABILITACION DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DEL MUNICIPIO...” por un valor estimado de \$3.220'675.127,43. El plazo de ejecución se pactó originariamente en 240 días contados a partir de la fecha de la firma del acta del inicio por las partes y el interventor.

3.4.1.1. En el contrato se estipuló la facultad del municipio de imponer multas. Igualmente se acordó la cláusula penal pecuniaria, en estos términos:

“CLÁUSULA DECIMA SEPTIMA.- MULTAS: En caso de mora en la iniciación del contrato, Incumplimiento parcial del mismo o de atraso en la obra con la consiguiente demora en la entrega de los trabajos, generados por causas imputables a el **CONTRATISTA**, el **MUNICIPIO** podrá imponer a **EL CONTRATISTA** equivalentes al 1X1.000 del valor fiscal del contrato cada día de atraso. El monto total de las multas no podrá exceder el diez por ciento (10%) del valor total del contrato. En tal evento **EL MUNICIPIO** podrá dar terminado el contrato y hacer efectivo el pago de las multas descontándolas de cualquier cantidad que adeude a **EL CONTRATISTA** sin necesidad de intervención judicial. **PARA6RAFO** (sic): Para la imposición de las multas, se deberá aplicar el procedimiento dispuesto en el artículo 17° de la ley 1150 de 2007, en armonía con lo previsto en el artículo 87° del decreto 2474 de 2008. **CLAUSULA DECIMA OCTAVA.- PENAL PECUNIARIA:** Si se llegare a suceder el evento de incumplimiento total de las obligaciones a cargo de **EL CONTRATISTA** éste deberá pagar a título de cláusula penal pecuniaria a **EL MUNICIPIO** el valor correspondiente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, con derecho de poder hacer efectivo por parte del **MUNICIPIO** el amparo de cumplimiento, constituido a través de la garantía única otorgada por **EL CONTRATISTA**.” (Negrillas originales del contrato)

3.4.1.2. La cláusula vigésima primera del contrato obligaba al contratista a constituir una garantía única para el amparo de varios riesgos, entre los cuales se mencionaron: (i) de cumplimiento de los términos del contrato por una cuantía equivalente al 10% del valor del contrato por término igual a la vigencia del contrato y seis meses más contados desde “la fecha de firma del Acta de Inicio del Contrato”; (ii) de estabilidad de la obra en cuantía equivalente al 10% del valor del contrato, con vigencia de 5 años contados a partir de la fecha de recibo a satisfacción de la obra por parte del Municipio y la interventoría.

3.4.2. La aseguradora Seguros Colpatria, mediante póliza de garantía única de cumplimiento N° 1002183^[14] -expedida el 23 de diciembre de 2010 y modificada el 29 de diciembre de 2011- amparó el contrato n° 220320122010, por los riesgos mencionados en el contrato. Sobre las contingencias de cumplimiento y de estabilidad y calidad de la obra, la póliza cubría los siguientes lapsos:

AMPAROS CONTRATADOS	VALOR ASEGURADO	Vig. Desde	Vig. Hasta
CUMPLIMIENTO	325,567,513,00	20/12/2010	26/03/2012
(...) ESTABILIDAD DE LA OBRA Y CALIDAD DE LA OBRA	325,567,513,00	20/12/2010	20/12/2015

¹⁴ F. 38-43, c. 1.



3.4.3. El 3 de enero de 2011, las partes y el interventor del contrato suscribieron “ACTA DE INICIO DE OBRAS”¹⁵.

3.4.4. El entonces alcalde del Municipio, el representante legal del Consorcio y el interventor suscribieron el acta de recibo de las obras¹⁶, el 6 de diciembre de 2011, en estos términos:

“ACTA DE RECIBO DE LAS OBRAS

En Palmar de Varela a los Seis (6) días del mes de Diciembre de Dos Mil Once (2.011), se reunieron en Despacho del Señor Alcalde Municipal (...), el Arquitecto (...), como Representante Legal del Consorcio COSTA NORTE y el Ingeniero Interventor de la obra (...), con el fin de dar entrega de las obras de, Reposición de las Redes del Sistema de Acueducto, Optimización y Ampliación de las Redes de Alcantarillado Sanitario existente, Adecuación y Rehabilitación de la Planta de Tratamiento del municipio de Palmar de Varela, Departamento del Atlántico.

Que la obra es entregada por el Contratista y recibida por el Municipio de Palmar de Varela.”

3.4.5. El 7 de diciembre de 2011, el municipio (representado por el entonces Secretario de Planeación Municipal), el representante legal del Consorcio, y el interventor del contrato suscribieron el acta de recibo final de las obras¹⁷ en los siguientes términos:

“En el municipio de Palmar de Varela, a los 07 días del mes de noviembre (sic) del 2011 se reunieron, el ING. (...) en calidad de interventor de la obra, el ARQ. (...) en calidad de Secretario de Planeación Municipal para dar V°B° y el ARQ. (...) representante legal del consorcio costa norte en calidad de contratista de la obra en referencia con el fin de recibir el avance de las obras de la presente acta concernientes al CONTRATO NO 2203200122010, DE DICIEMBRE DE 2010 cuyo objeto es: REPOSICION DE REDES DEL SISTEMA ACUEDUCTO, OPTIMIZACION Y AMPLIACION DE LAS REDES DE ALCANTARILLADO SANITARIO EXISTENTE, Y ADECUACION Y REHABILITACION DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DEL MUNICIPIO DE PALMAR DE VARELA DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO. En constancia, una vez verificadas las obras y haber comprobado que las mismas se encuentran en un estado de avance del 100% y que se realizaron de acuerdo a lo pactado en el contrato inicial, dándole viabilidad para cancelar al contratista el 50% de las obras ejecutadas en la presente acta según cláusula séptima del contrato en referencia, equivalentes a la suma de: DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS MIL (293.481.248), Hace parte de este documento el cuadro de Avance y control de obras — Acta de acta final.”

3.4.6. Mediante oficio del 10 de enero de 2012¹⁸, reenviado a organismos de control¹⁹, el alcalde municipal elegido para el periodo 2012-2015 al “considerar que el objeto [del contrato n° 220320122010] es ambiguo frente a las obras ejecutadas, la modalidad de adjudicación del contrato, el monto del mismo, la calidad y especificación técnica de las mismas, la precaria o casi nula actuación de la

¹⁵ F. 44, c. 1.

¹⁶ F. 45, c. 1

¹⁷ F. 46-47, c. 1.

¹⁸ Oficio No. 20120500009642: f. 130-131, c. 1.

¹⁹ Copia enviada a la Contraloría Departamental del Atlántico y a la Procuraduría Provincial del Atlántico (f. 132-133, c. 1).



interventoría durante el proceso de ejecución contractual”, y teniendo presente que a dicha administración le correspondería adelantar la liquidación del contrato, solicitó el acompañamiento de la Gobernación Departamental del Atlántico para que, a través de la Secretaría de Agua Potable e Infraestructura del Departamento ayude a determinar, mediante peritos técnicos: (i) el tramo de acueducto y alcantarillado intervenido; (ii) verificar y evaluar la optimización y ampliación de las redes de alcantarillado en el perímetro urbano municipal; (iii) el estado de la planta de tratamiento; (iv) las cantidades de obra ejecutada; (v) caracterización de vertimientos al sistema de alcantarillado.

3.4.6.1. El 16 de enero de 2012^[20], el alcalde municipal solicitó información al interventor del contrato sobre las labores que este realizó, con miras a la liquidación del negocio. Específicamente pidió establecer (i) las razones por las que no rindió informes periódicos a la entidad; (ii) si se constató o no cantidades de *“obra mal ejecutada”*; (iii) el nombre del *“director de interventoría”* que debía acompañar al contratista y; (iv) qué observaciones se le hicieron al contratista. En manuscrito, se aprecia que el interventor *“leyó el documento y se negó a recibirlo”*.

3.4.6.2. En la misma fecha, la Alcaldía solicitó información a la Gerencia de la Empresa de Acueducto Municipal de Palmar de Varela sobre la ejecución del contrato²¹, y tal requerimiento fue respondido el 6 de febrero de 2012^[22].

3.4.6.3. El 27 de enero de 2012, el Municipio pidió al Consorcio información y documentación en el marco de *“un proceso de evaluación y verificación de las obras de Acueducto y Alcantarillado, ejecutadas”* en el marco del contrato²³.

3.4.6.4. El 14 de febrero de 2012, el Secretario de Planeación y Obras Públicas del Municipio emitió un informe²⁴ y un anexo comparativo entre las cantidades de obra contratadas, ejecutadas y faltantes²⁵.

El funcionario aseguró que el contrato carecía de informes integrales de interventoría, y que aquellos suministrados para entonces por el interventor eran pobres porque carecían de datos básicos²⁶ para ese tipo de obra, conforme lo indicaban *“las normas técnicas de la Triple AAA”*. Afirmó que más del 60% de las actividades contractuales no son verificables a la vista, por lo que debían estar soportadas en *“un informe rico en evidencias”*, y se extrañó de gastos que carecían de fundamento en el presupuesto de obra²⁷, así como de la ausencia de documentación que hizo parte de lo cobrado por el contratista²⁸.

²⁰ F. 134-135, c. 1.

²¹ F. 137, c. 1.

²² F. 139-140, c. 1.

²³ F. 136, c. 1.

²⁴ F. 141-145 y f. 329-333, c. 1.

²⁵ F. 334-342, c. 1.

²⁶ Enumera la siguiente información faltante: *“- Pruebas de Estanquidad de los tanques de la planta de tratamiento de aguas residuales. – Pruebas de Infiltración y Ex filtración de las Tuberías Sanitarias. – Pruebas Hidrostática de las Tuberías Hidráulicas – Manual de manejo de Bombas sumergibles – Planos récord de la planta de tratamiento de aguas residuales y de las redes de alcantarillado – Protocolos de pruebas de tuberías – Tarjetas de esquina – Balance de suministros – Cartera Topográfica – Bitácora.”*

²⁷ Indicó que: *“Por ejemplo en el ítem de manejo y control de aguas de lluvia, de nivel freático, residuales y otras, que tiene un valor en el presupuesto de obra de \$148.193.879,5 no existe evidencia alguna que justifique el gasto de este dinero...”*

²⁸ *“... en el presupuesto de obra el contratista cobra: Inducción de la Planta de Tratamiento y un plan de manejo ambiental de los cuales no se recibió documento alguno, por lo tanto no se tiene certeza del correcto funcionamiento del sistema.”*



También aseveró que la anterior administración municipal recibió las obras sin tener *“certeza del funcionamiento de la planta de tratamiento de aguas residuales, de la calidad de la obra, de la estabilidad de la obra, de la inversión de los recursos”* y expresó anomalías de las obras tomando en cuenta las especificaciones técnicas²⁹.

3.4.6.5. El 22 de febrero de 2012, el alcalde municipal trasladó a la Procuraduría Provincial del Atlántico y a la Contraloría Departamental del Atlántico la denuncia penal que el mismo funcionario presentó ante la Fiscalía General de la Nación contra el anterior alcalde por lo acontecido en el contrato de obra³⁰.

3.4.7. Mediante resolución n° 0026 del 2 de marzo de 2012^[31], el Municipio ordenó convocar *“a una audiencia en términos del Art. 17 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el precepto del Art. 86 de la Ley 1474 de 2011”*, al representante legal del Consorcio, al interventor del contrato y a Seguros Colpatria. Este acto ordenó que a la convocatoria debía anexarse el informe del Secretario de Planeación y Obras Públicas, y la respuesta de la Empresa de Alcantarillado y Aseo de Palmar de Varela.

3.4.7.1. En la parte motiva de esta decisión, la administración señaló que: (i) a esa fecha el alcantarillado no funcionaba, la contaminación en el medio ambiente y las calles continuaba, *“es decir, la obra no fue concluida como estaba previsto en el contrato”*; (ii) se advirtió un *“FALTANTE de recursos NO EJECUTADOS”* por valor de \$388.889.408,83; (iii) acudió a la *“empresa Triple A S.A. ESP de Barranquilla”* para que llevaran a cabo una *“segunda valoración de las obras ejecutadas”* en inspección ya realizada pero cuyo informe final estaba pendiente; (iv) los hechos fueron denunciados ante la Fiscalía General de la Nación; y (v) la audiencia tenía el propósito de:

“... debatir todo lo acontecido durante la ejecución del contrato que terminó con el INCUMPLIMIENTO de obligaciones a cargo del contratista y como consecuencia del incumplimiento, se busca hacer efectivas las cláusulas DECIMA SÉPTIMA Y DÉCIMA OCTAVA DEL CONTRATO, así mismo declarar la CAUDCIDAD (sic) en caso de demostrarse el incumplimiento, como está evidenciado en el informe rendido por la Secretaría de Planeación y Obras Públicas, de fecha Febrero 14 de 2012.

Que en todo caso, la AUDIENCIA será realizada con observancia del debido proceso y ajustada a los lineamientos previstos en la Ley, y en dicha audiencia se debatirá lo ocurrido y se tomarán las decisiones que en derecho correspondan.”

3.4.7.2. La Resolución fue comunicada a los convocados, al contratista y a la aseguradora Seguros Colpatria, el 5 de marzo de 2012^[32] en oficios que expresaban lo siguiente:

²⁹ Expresó las siguientes: *“ - Manjoles sin placas de fondo, sin peldaños, algunos con peldaños de 1/2” cuando la norma exige que sea mínimo de 3/4”, no están Impermeabilizados, algunos sin cañuelas, los que tienen cañuelas no cumplen con las dimensiones que exige la norma, las tapas de ferro concreto son de tráfico liviano sin embargo están ubicados en zonas de tráfico pesado, las placas superiores tienen un diámetro de 1.20 mts cuando la norma exige que mínimo sean de 1.50 mts, las placas superiores se encuentran por debajo de la cota de terrero, las placas superiores tienen una altura de 0.15 mts cuando la norma exige que sea de mínimo de 0.20 mts. // - Redes primarias y secundarias en contrapendiente, manijas con tuberías de 6' de diámetro cuando la norma técnica de la triple AAA exige que sea de 8', existen tramos de tuberías que no conectan con los manjoles, registros domiciliarios en la mitad de la vía con las tapas partidas. // Redes de Acueducto instaladas en una profundidad de 0.50 mt cuando la norma dice que debe ser instalada a una profundidad de 1.00 mt, esta tubería no tiene señalización de referencia de acueducto, las válvulas no tienen tubo operador ni tapa operadora además están ubicadas en el sitio pero no se encuentran conectadas a las redes de acueducto.”*

³⁰ F. 146-147, c. 1.

³¹ F. 148-150, c. 1.

³² F. 151-153, c. 1.



“Le comunico que mediante la Resolución No. 0026 de marzo 02 de 2012, el Despacho decidió llevar a cabo la AUDIENCIA de que trata el Art. 17 de la Ley 1150 de 2007, en armonía con la Ley 1474 de 2011, Art. 86, para debatir los hechos acaecidos durante la ejecución del contrato de Obra No. 220320122010 de Diciembre 20 de 2010, que dieron origen a un eventual INCUMPLIMIENTO de las obligaciones contractuales, y en el que Usted funge como Garante del Contratista, Póliza Garantía Única de Cumplimiento No. 50 30 1002183, de Diciembre 29 de 2012, Modificación.

Para tal efecto me permito CONVOCARLO a la precitada audiencia, la cual se llevará a cabo en la Sala de Juntas de la Alcaldía municipal de Palmar de Varela Atlco. Calle 30 No. 5- 04, Piso 20, el día martes trece (13) de Marzo de 2012, a partir de las dos (2) de la tarde, podrá asistir acompañado de Apoderado.

Las condiciones, procedimiento y demás pormenores de este proceso, los encontrará en la resolución de convocatoria que se adjunta. Así mismo le anexamos el Informe de SUPERVISION DE OBRA de fecha febrero 14 de 2012, de la Secretaría de Planeación y Obras Públicas y oficio de la empresa de Acueducto, Aseo y Alcantarillado de Palmar de Varela de febrero 6 de 2012, de conformidad con el Art. 86, numeral a), de la ley 1474 de 2011.”

3.4.8. El 5 de marzo de 2012^[33] la empresa Triple A de Barranquilla S.A. E.S.P. remitió el informe técnico efectuado sobre los trabajos realizados en el contrato, informe que había sido solicitado anteriormente por el Municipio. Advirtiendo que el análisis se hizo conforme a las reglas técnicas internas de dicha empresa, el informe concluyó lo siguiente:

“Redes de Acueducto:

- *El material utilizado en la instalación de las tuberías de acueducto fue PVC-RDE 21, de marca PAVCO.*
- *Fueron instaladas a profundidades entre 0,5m y 0,7m. sin embargo su instalación fue por la zona peatonal.*
- *No cuentan con cinta señalizadora adecuada y en muchos casos no tienen cinta señalizadora.*
- *De los 4924,6m que se verificaron en terreno, es necesario realizar la prueba hidrostática y los empalmes a la red existente de los 1014,6 m.*
- *Es necesario instalar válvulas para sectorizar.*

Redes de Alcantarillado:

- *El material utilizado en la instalación de las tubería (sic) de alcantarillado fue tubería PVC interior lisa — exterior perfilada.*
- *Los pozos de inspección presentan problemas de construcción, en cuanto no se encuentran impermeabilizados, los peldaños instalados no son los adecuados, ya que deben ser de 3/4" las cañuelas no cumplen con las especificaciones técnicas, se encontraron algunos sin losa de fondo y fracturados entre la losa superior y el cuerpo del pozo, lo que no garantiza la estanqueidad de ello.*
- *Se encontraron los siguientes tramos de las redes colectoras y secundarias las llegadas están por debajo de las salidas ocasionando con esto sedimentación en los tramos aguas arriba.*

³³ F. 250-272, c. 1.



TRAMOS EN CONTRA PENDIENTE				
Diámetro	LONGITUD (m)	TRAMO		
160 mm (6")	313,85	RI-R2	142-143	001-92A
200 mm (8")	184,3	166-57	88-98	95-96

- Se presentan tramos con longitudes mayores a 100 m, la cual es la máxima entre pozos de inspección, el problema se presenta para la operación del sistema.

Planta de Tratamiento:

- Las estructuras presentan problemas de hormigueros lo cual puede afectar la vida útil estas y ocasionar fugas. Para chequear las resistencias de los concretos, es necesario extraer unos núcleos de las estructuras.
- Visualmente no están alineadas ni aplomadas.
- Los corbatines empotrados en la estructura se oxidan y pueden ocasionar fugas en las estructuras.
- Los materiales utilizados para las conexiones entre estructuras no es el adecuado, ya que el PVC se cristaliza al estar expuesto al sol.
- Las conexiones entre las estructuras no es adecuada: utilizaron un niple de PVC para conectar el pasa muro de la estructura.
- Las tuberías se encuentran sin anclaje ni amarre, expuestas a que sean tropezadas, pisadas y partidas.
- Hidráulicamente, no se observó la llegada del agua residual a la cámara de aireación, esta se encuentra llena posiblemente de aguas lluvias. Es necesario la revisión hidráulica de todo el sistema para comprobar su funcionamiento.”

Este fue recibido por el Municipio en la misma fecha el 5 de marzo de 2012, y fue remitido al Consorcio y a Seguros Colpatria el 9 de marzo de 2012^[34].

3.4.9. En el acta de 13 de marzo de 2012, la administración municipal documentó la celebración de la audiencia convocada mediante la Resolución 0026. Allí se expresa que estuvieron presentes, además del Secretario de Gobierno Municipal en condición de delegado para la diligencia por el alcalde municipal³⁵, el representante del Consorcio con su apoderado, y la apoderada de Seguros Colpatria. No obstante, al final del acta se escribió en manuscrito que:

“Se deja expresa constancia que una vez leída el acta que contiene la actuación de la audiencia de Marzo 13 de 2012, las partes; El Contratista y su apoderado, así como la apoderada de Seguros Colpatria se negaron a firmar el acta.”

Según este documento, la apoderada de Seguros Colpatria intervino en la audiencia para señalar que: (i) el acto de convocatoria no estaba motivado, no señalaba normas violadas, ni traía consigo las pruebas en que decía basarse; (ii) los informes en que la administración basaba el presunto incumplimiento contractual no eran “concluyentes” y provenían de instituciones que “que no son competentes para los experticias (sic)”; (iii) a su representada se le vulneró el derecho de contradicción. Igualmente manifestó que era “muy peligroso que le decidan oralmente (...) por que

³⁴ F. 155-156, c. 1.

³⁵ Según consta en la Resolución 041 del 13 de marzo de 2012 (f. 351, c.1).



le deben conceder los recursos de ley, y que no se sabe que pruebas pedirá en el recurso”, a lo que la administración respondió que se ceñiría al literal c. del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y que la decisión se tomaría posteriormente, también en audiencia.

3.4.10. Con fundamento en los informes del Secretario de Planeación y Obras Públicas y de la empresa Triple A, con cita de extractos de la audiencia del 13 de marzo de 2012, y expresando que el procedimiento ordenado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 había sido agotado porque tanto el contratista como la aseguradora **“RINDIERON LAS EXPLICACIONES DEL CASO Y CONTROVIRTIERON LOS INFORMES exhibidos como prueba por parte de la Administración, pero NO PIDIERON NI APORTARON PRUEBAS”**, y que, por ende, no habían sido desvirtuados los argumentos de la administración, el municipio expidió la Resolución No. 0051 del 21 de marzo de 2012^[36], en que resolvió, en lo pertinente:

“PRIMERO: ORDENA declarar INCUMPLIMIENTO PARCIAL del contrato de obra No. 220320122010 de Diciembre 20 de 2010, celebrado entre el Municipio de Palmar de Varela Atlco. y el CONSORCIO COSTA NORTE, representado por el Arquitecto (...), por todas las razones expuestas en este acto administrativo.

SEGUNDO: ORDENA hacer efectiva la multa PACTADA EN LA Cláusula DÉCIMA SÉPTIMA del contrato por incumplimiento parcial del contrato consistente en el 10% del valor del contrato.

TERCERO: ORDENAR hacer efectiva la Póliza única de Garantía No. 50 30 1002183 de Diciembre 23 de 2010 y la Modificación con el mismo número, de fecha 29 de Diciembre de 2011, de la Compañía aseguradora SEGUROS COLPATRIA S.A. por haber acaecido el siniestro de incumplimiento, cuyo amparo en este renglón asciende a la suma de; \$325.567.513,00, más interese (sic) de mora en la medida de su causación.

(...) **QUINTO:** ORDENAR notificar esta decisión en estrado de conformidad con el Art. 86 de la Ley 1474 de 2011, literal c) al Contratista y a la Compañía de Seguros Colpatria S.A., advirtiéndoles que contra esta decisión procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse en esta audiencia, sustentarse en ella y aquí mismo será decidido.”

3.4.11. Seguros Colpatria, a través de apoderada, presentó recurso de reposición contra la resolución mencionada en el punto anterior, durante la audiencia del 21 de marzo de 2012^[37]. Los argumentos para oponerse a la decisión fueron: (i) la falta de competencia funcional del funcionario que realizó la audiencia, (ii) que la citación a la audiencia no mencionaba los hechos que la soportan o las normas violadas; (iii) la improcedencia de las multas o de la caducidad del contrato; y (iv) el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

3.4.12. El mismo 21 de marzo, la administración municipal expide la resolución 0052 que ratificó el acto administrativo impugnado³⁸. Allí la administración respondió a los argumentos de la recurrente sosteniendo que: (i) sí hubo delegación expresa en el Secretario de Gobierno Municipal; (ii) sí hubo soporte fáctico, normativo y probatorio

³⁶ F. 58-67 y 371-380, c. 1.

³⁷ F. 381-386, c. 1.

³⁸ F. 387-390, c. 1.



en las decisiones adoptadas, y este no fue desvirtuado por la recurrente; (iii) no se declaró la caducidad del contrato, pero que, si así hubiera sido, esta podía declararse durante la etapa de liquidación del contrato³⁹.

3.4.13. El 23 de marzo de 2012, la administración formuló reclamación formal a la aseguradora Seguros Colpatria para que respondiera por el siniestro de incumplimiento, declarado en las resoluciones 0051 y 0052 de 2012^[40]. La aseguradora objetó la reclamación, el 2 de abril de 2012^[41].

3.5. Análisis de los cargos

3.5.1. Debido proceso

3.5.1.1. La Sala se propone responder a los argumentos de la demanda y revisar las razones del juicio del Tribunal, pues unos y otras fueron cuestionadas por el recurrente. Así, establecerá si la citación a la audiencia reunió los requisitos de ley (párr. 3.5.1.3.), y si se respetó el derecho de defensa y contradicción probatoria de la actora (párr. 3.5.1.4.).

3.5.1.2. Para tales efectos, viene bien rememorar el marco normativo del asunto, encabezado por el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia que especifica la aplicación del debido proceso a toda actuación administrativa⁴² incluyendo, por supuesto, a aquellas que tienen lugar en el marco de los contratos estatales. Esto significa que en la producción de la decisión administrativa operan, entre otras, las garantías de:

“... [i] ser oído antes de que se tome la decisión; [ii] participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; [iii] ofrecer y producir pruebas; [iv] obtener decisiones fundadas o motivadas; [v] recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; [vi] tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; [vii] controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; [viii] obtener asesoría legal; [vii] tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas”⁴³⁻⁴⁴.

Los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 son desarrollos legislativos del derecho, deber y principio del debido proceso en el marco de la gestión contractual de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La primera norma mencionada, además de ratificar el carácter superior de estas garantías en la materia, estableció la facultad de la entidad contratante de imponer multas y declarar el incumplimiento contractual para hacer

³⁹ Cita apartes de la sentencia 18604 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

⁴⁰ F. 181, c. 1.

⁴¹ F. 355, c. 1.

⁴² “ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. // Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. // En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. // Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. // Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.” (Subrayas y negrillas de la Sala)

⁴³ “Cfr. SANTOFIMIO, Gamboa, Jaime Orlando, Ob. Cit. Págs. 80 a 82.” (cita nº 14 original de la sentencia)

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010. Rad. 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394)



efectiva la cláusula penal, mediante un procedimiento “mínimo” en que se permitiera el debido proceso del contratista, así:

“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.” (Subrayas y negrillas de la Sala)

La segunda norma en mención dicta lo siguiente:

“ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLATORIAS 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.

La Sala de Subsección ha entendido⁴⁵, procurando llenar los vacíos normativos de la Ley 1150 de 2007, que el precepto recién citado instauró “*un procedimiento administrativo de carácter especial tendiente a la imposición de multas y demás sanciones pertinentes dentro de la actividad contractual, previa la declaratoria de incumplimiento, procedimiento éste con el cual se establecieron las bases legales para garantizar la aplicación efectiva del debido proceso constitucional en asuntos contractuales*”. Pese a ello la regulación este trámite no es completa por lo que, sin perjuicio de la especialidad normativa⁴⁶, los posibles vacíos han de ser colmados “*en los términos del inciso segundo del artículo primero del C.C.A., esto es con las normas generales del procedimiento administrativo establecidas en el C.C.A (Decreto 01 de 1984), y a partir del 2 de julio del presente año, con las disposiciones de la parte primera del nuevo Código Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011 (artículo 2 inciso 3º), en lo pertinente.*”

Por eso, considerando la época en que se adelantó el procedimiento administrativo bajo análisis, cuya culminación tuvo lugar el 21 de marzo de 2012, para este caso es necesario acudir a las normas del CCA⁴⁷, puntualmente para determinar, cuándo inició el procedimiento administrativo y cuál era el alcance del deber de comunicar la apertura del trámite en cabeza de la entidad.

De manera idéntica a como lo prescribe el Código actualmente vigente⁴⁸, de acuerdo al artículo 4º del CCA las actuaciones administrativas se iniciaban de 4 diversas maneras: (i) por el ejercicio del derecho de petición en interés general; (ii) por el ejercicio del mismo derecho, pero en interés particular; (iii) en cumplimiento de una obligación o deber legal; (iv) de oficio por las autoridades.

Por otra parte, el deber de comunicar la existencia y el objeto de la actuación administrativa iniciada de oficio, a particulares que pudieran ser afectados con la decisión que habría de ser tomada, era establecido por el artículo 28 del CCA, remitiendo a tres normas del mismo Código que prescribían: (i) la citación a terceros

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 21 de marzo de 2012. Rad. 11001-03-26-000-2010-00060-00(39477).

⁴⁶ CCA. Artículo 1º - inciso segundo: “*Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles.*”

CPACA – Artículo 2º: “*Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.*”

⁴⁷ Conforme al artículo 308 – inciso tercero del CPACA, que desarrolla el régimen de transición y la entrada en vigor de dicha codificación: “*Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.*”

⁴⁸ CPACA – Artículo 4º



directamente interesados en la decisión, por el medio más eficaz posible, expresando el objeto del procedimiento (artículo 14); (ii) la posibilidad de pedir y decretar pruebas así como de aportarlas sin “*requisitos ni términos especiales*”, de oficio o a petición del interesado (artículo 34); (iii) el deber de tomar la decisión de forma motivada, agotando previamente la oportunidad de los interesados para intervenir en el procedimiento y aportar pruebas, resolviendo todas las cuestiones planteadas tanto al iniciar el trámite como en su desarrollo, y notificándola conforme dictaba ese cuerpo normativo (artículo 35).

3.5.1.3. A la luz de esta normatividad, el trámite administrativo encaminado a la declaración unilateral del incumplimiento contractual, la cuantificación del perjuicio y la imposición de las multas, cláusula penal pecuniaria, y demás sanciones pactadas en el contrato, debe desarrollarse a través de un procedimiento iniciado de forma oficiosa por la administración contratante, al que debe vincular -a través de la citación- al contratista y al garante, siendo este último un indudable interesado en el resultado de la actuación, y por ello mismo, sujeto legitimado para intervenir en el procedimiento y destinatario de las garantías previas derivadas de su regulación legal. En ese sentido, el debido proceso del garante asegurador no se entiende satisfecho solamente con la notificación de la decisión declarativa del siniestro, en los términos del inciso tercero del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007^[49], sino con su convocatoria anterior a la toma de la decisión, que es jurídicamente imperativa para la entidad.

La citación, de acuerdo con el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debe contener un soporte fáctico detallado, adjuntar los informes de interventoría y/o supervisión que sustentan el trámite, y enunciar las normas o cláusulas presuntamente violadas. Sin embargo, para que un vicio procedimental que recaiga sobre la convocatoria a audiencia sea susceptible de afectar la validez de la actuación entera no basta con su mera comprobación, sino que debe probarse que fue trascendental en la decisión adoptada. Como lo ha manifestado la jurisprudencia:

“... desde otro ángulo de la misma situación jurídica, con idéntico fundamento en el principio constitucional del debido proceso y en la garantía del derecho de defensa, se tiene que advertir que el afectado que impugna un acto administrativo invocando una irregularidad procedimental debe demostrar que la misma se produjo aparejada de una decisión que afectó materialmente sus derechos, para que esa irregularidad pueda ser considerada como constitutiva de la vulneración al debido proceso.

En otras palabras, de la misma manera que el Estado debe observar el debido proceso tanto en los aspectos formales con los materiales de la actuación administrativa, el administrado que pretende la anulación del respectivo acto administrativo debe desplegar la prueba, en dos sentidos: i) identificar la violación del procedimiento y ii) demostrar la consecuencia de la irregularidad sobre la decisión contenida en el acto administrativo.”⁵⁰

3.5.1.3.1. En el caso bajo análisis, está demostrado (párr. 3.4.7. a 3.4.7.2.) que 8 días calendario antes de celebrarse la audiencia, el Municipio notificó a la aseguradora su decisión de iniciar el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, adoptada mediante la Resolución 0026 del 2 de marzo de 2012.

⁴⁹ Inciso cuarto: “El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.”

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 23 de noviembre de 2017. Rad. 25000-23-36-000-2013-02063-01(53861).



Con esta comprobación, se derrumba el cargo de violación al debido proceso inicialmente planteado por la demanda porque, contrario a lo que allí se plantea, se probó que Seguros Colpatria fue vinculada desde antes que la entidad territorial tomara la decisión definitiva.

3.5.1.3.2. Ahora, frente al reproche que por defecto hizo al procedimiento la actora, en los alegatos presentados en segunda instancia (párr. 3.2.4.), la Sala denota que la citación a audiencia, compuesta por el mencionado acto administrativo (párr. 3.4.7.1.) y por la comunicación a los convocados (párr. 3.4.7.2.) dio cuenta de los hechos que soportaron el inicio de la actuación, su fundamento en el contrato n° 220320122010 del 20 de diciembre de 2010, el estado de las obras para ese momento de acuerdo con los informes disponibles para ese momento y la calificación de dichas circunstancias como el incumplimiento de las obligaciones pactadas en el negocio jurídico.

3.5.1.3.3. Además, la citación puso de manifiesto que el informe del Secretario de Planeación y de Obras Públicas del 14 de febrero de 2012 (párr. 3.4.6.4.) se encontraba adjunto a ella. Entonces, más allá de la afirmación de la parte demandante, no existe medio de convicción alguno que demuestre la ausencia de este documento en el llamamiento a la audiencia. Incluso, la intervención de la representante de la aseguradora en la audiencia del 13 de marzo de 2012, en la que protestó el contenido de los informes y los descalificó por no ser “concluyentes” y no ser emitidos por expertos competentes (párr. 3.4.9.), que no fue desmentida en este proceso, permite inferir el conocimiento previo del informe por parte de la aseguradora demandante.

3.5.1.3.4. La citación en su conjunto omitió la indicación de normas jurídicas o cláusulas contractuales posiblemente violadas con el presunto incumplimiento; tampoco señaló expresamente las consecuencias derivadas de encontrar demostrada dicha conducta. Sin embargo, a juicio de la Sala, no se demostró que tales anomalías tuvieran trascendencia en la decisión proferida, o alteraran gravemente el derecho de defensa de la actora durante el procedimiento administrativo; por el contrario, esta colegiatura ha podido evidenciar que esta tuvo oportunidad de oponerse al señalamiento y a la decisión administrativa, y que, en efecto hizo uso de los medios que el ordenamiento ponía a su disposición para esos efectos, no solo a lo largo de la audiencia sino al momento de impugnar la decisión con argumentos y razones que denotan su conocimiento, debido por demás en atención al objeto social de la compañía de seguros y a la debida diligencia que demandaba el otorgamiento de la garantía, de las normas jurídicas que conminaban al cumplimiento contractual y sancionaban su conducta en contrario, de las cláusulas contractuales del aplicables bajo la premisa del incumplimiento: la cláusula penal pecuniaria y la multa, en los términos del negocio jurídico respaldado por la garantía.

3.5.1.3.5. Concluyendo parcialmente el análisis, el cargo por violación del debido proceso, en congruencia con lo rogado en la demanda, debió ser desestimado (párr. 3.5.1.3.1.). A juicio de la Sala, la sociedad demandante no trajo a este contencioso contractual prueba que amerite el reconocimiento de transgresión alguna del procedimiento legal adelantado por la administración demandada en relación con los requisitos que debía reunir su citación (párr. 3.5.1.3.2. y 3.5.1.3.3.), o con la existencia de omisiones con incidencia en el resultado final de la decisión (párr. 3.5.1.3.4.).



3.5.1.4. Ahora, respecto de la motivación de la sentencia de primera instancia (párr. 3.2.2.), la Sala advierte que el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 está diseñado para que sea la administración lo emprenda de manera oficiosa, siguiendo lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 4° del CCA (idéntico al CPACA), no obstante lo cual, el inicio de este trámite especial exige que la entidad evidencie previamente el posible incumplimiento contractual que pretende declarar y sancionar unilateralmente. En otras palabras, que la mera discrecionalidad de la administración contratante no es suficiente para proceder a la diligencia, sino que ésta debe establecer, objetiva y razonablemente, a través de informes y otros medios de convicción, que el contratista probablemente incumplió las obligaciones del contrato. A partir de la citación, que marca el comienzo del procedimiento, la administración debe exhibir los elementos de prueba que la llevaron a calificar la existencia del incumplimiento.

Al analizar la constitucionalidad del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en su inciso primero, la Corte Constitucional razonó en la misma dirección:

*“5.5.3. Para poder comprender el sentido del anterior inciso, es necesario hacer una interpretación sistemática de todo el contenido del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En efecto, para cuantificar los perjuicios, en el contexto de la responsabilidad contractual, como ocurre en este caso, **es necesario considerar al menos dos circunstancias previas: la existencia o no del incumplimiento del contrato y, en caso de haber incumplimiento, si éste ha generado o no perjuicios.** Por ello, no es casual que lo primero sea determinar lo que concierne al incumplimiento, que debe ser declarado por la entidad estatal por medio de resolución motivada, conforme al procedimiento previsto en los literales a), b), c) y d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.*

*5.5.4. El procedimiento previsto en los literales aludidos **inicia cuando la entidad estatal advierta, a partir de unos hechos y de un informe de interventoría o de supervisión, la existencia de un posible incumplimiento del contrato.** Prosigue con la citación al contratista, al que se dará noticia expresa y detallada de tales hechos e informes, de las normas o cláusulas que habrían sido violadas y de las consecuencias que podrían derivarse de ello, para debatir lo ocurrido, en una audiencia, a la que también se convocará al garante. En la audiencia se volverá a dar cuenta de lo manifestado en la citación y se dará la oportunidad al contratista y al garante de presentar sus descargos, de aportar pruebas y de controvertir las pruebas presentadas por la entidad. La audiencia se puede suspender para practicar otras pruebas, sea de oficio o a petición de parte, cuando se estime que ellas son conducentes y pertinentes o necesarias. El procedimiento concluye con una resolución motivada en la cual se decide la declaración o no del incumplimiento. Por último, si la entidad estatal tiene noticia de la “cesación de la situación de incumplimiento”, puede “dar por terminado el procedimiento”.*

5.5.5. El antedicho procedimiento, que debe seguirse de manera necesaria para que la entidad estatal pueda ejercer las facultades previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, garantiza que el contratista y su garante (i) serán informados en detalle y con los soportes correspondientes de los hechos en los que se funda la consideración de que el contrato se ha incumplido; (ii) tendrán la oportunidad de presentar sus descargos, dar explicaciones, aportar y controvertir pruebas; (iii) conocerán en la misma audiencia la resolución motivada de la entidad estatal y podrán presentar contra ella el recurso de reposición, que se tramitará y resolverá en la audiencia. Incluso, es posible suspender la audiencia, por razones de práctica de pruebas o por “cualquier otra razón debidamente sustentada”. En estas



circunstancias, la valoración probatoria, que es el fundamento de la resolución motivada por medio de la cual se cuantifica los perjuicios, no obedece a una presunción de mala fe del contratista, ni contraría la prevalencia del derecho sustancial, ni resulta de vulnerar el debido proceso en materia probatoria.

(...) dado que la resolución motivada en comentario **debe fundarse en hechos verificados por medio de pruebas, no en suposiciones y prejuicios de la entidad estatal, lo que significa que tanto la existencia de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato como la responsabilidad del contratista en ellos debe estar probada**, en el escenario de la audiencia, la actuación administrativa en la que se soporta la cuantificación de perjuicios **respetan el debido proceso.**⁵¹
(Subrayas y negrillas de la Sala)

Por ende, el Tribunal no le asistía razón para invalidar las decisiones de la entidad demandada, porque éste, desde antes de la citación, recaudó, indagó y reunió información tendiente a comprobar la satisfacción de las obligaciones del contrato (párr. 3.4.6. a 3.4.6.5.), cuando estas acciones estuvieron ajustadas al procedimiento legal correspondiente.

Además, de acuerdo con lo acreditado en el expediente, el municipio no violó el debido proceso por los motivos expresados en la sentencia apelada. En efecto, el municipio sí informó, desde la convocatoria a la audiencia (párr. 3.4.7. a 3.4.7.2.) que adelantaría el procedimiento indicado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, cuyo propósito fue expresado por la administración y está consagrado explícitamente en la norma.

La entidad también garantizó la oportunidad probatoria de la actora, tanto en la audiencia del 13 de marzo de 2012 (párr. 3.4.9.) como en la del 21 de marzo de 2012 -en la que se adoptó la decisión definitiva-, a través del recurso de reposición (párr. 3.4.11.).

Por tanto, huérfanos como quedaron de demostración los argumentos de la actora, y no siendo de recibo los del Tribunal, la Sala desestimaré el cargo de nulidad por violación del debido proceso.

3.5.2. Competencia temporal

Tal como se advirtió antes (núm. 3.3.) descartada la acusación por debido proceso, la Sala acometerá el análisis de los cargos no estudiados por el Tribunal, pero sí formulados en la demanda. En el primero de ellos se asevera que el municipio, al imponer la multa por fuera del plazo contractual, incurrió en incompetencia temporal para tomar esa decisión.

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, antes transcrito, al señalar que las multas tienen por objeto “conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones” e indicar que estas sólo proceden “mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista”, incorporó al ordenamiento positivo la construcción conceptual efectuada por la jurisprudencia, con apoyo en la doctrina,

⁵¹ Corte Constitucional – Sala Plena. Sentencia C-499 del 5 de agosto de 2015.



que interpretaba el estatuto contractual anterior a la Ley 80 de 1993: el Decreto Ley 222 de 1983^[52]. Bajo esta perspectiva, las multas:

“Son de naturaleza sancionatoria, pues no tienen la función de reparar los daños causados con el incumplimiento, de ahí que no sea condición para su procedencia la prueba de los perjuicios causados por quien invoca su aplicación. Su función es eminentemente compulsiva, ya que tienen por objeto apremiar al contratista para que ejecute las prestaciones a su cargo, de conformidad con lo acordado en el contrato. Al decir de la doctrina, el objeto primordial de las multas es “actuar en forma compulsiva sobre éste para constreñirlo al más exacto cumplimiento de sus funciones”⁵³⁻⁵⁴.

No obstante, esta postura no niega que las partes, en ejercicio de su autonomía pueden fijar fórmulas y condiciones propias de aplicación de las multas. Sólo que, en tal caso, por respeto al principio de legalidad, la administración contratante, habilitada para imponer unilateralmente esta medida, necesariamente debe guiarse por el contenido del contrato y/o el del pliego de condiciones⁵⁵. En la providencia citada, al desarrollar el límite temporal para imponer multas, la Sala consideró:

“Respecto de los supuestos para que proceda su aplicación, la Sala ha precisado que 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:

“Teniendo en cuenta que la multa es una sanción de apremio para que el contratista satisfaga sin más dilación la obligación respectiva, ella resulta improcedente al terminar el contrato cuando, por el mismo hecho, la prestación contractual se le ha convertido en la obligación de pagar el valor de la cláusula penal pecuniaria”⁵⁶

Lo anterior, *sin perjuicio de que se analice la manera como se condicionó la imposición de la multa en el contrato, toda vez que las partes, bien pudieron acordar fórmulas o condiciones de aplicación de la multa, atada al cumplimiento de términos, cronogramas o ejecución de obligaciones parciales.*

⁵⁷ (Destaca la Sala)

En este contexto, la Sala denota que el contrato de obra n° 220320122010, amparado en el cumplimiento de las obligaciones del Consorcio contratista por la parte actora, contemplaba dos premisas diferentes de incumplimiento y que, a cada una de ellas le asignó una sanción determinada. Asumiendo la clasificación del incumplimiento⁵⁸ según recayera en la totalidad de las obligaciones contractuales o

⁵² “Artículo 71. De la cláusula sobre multas. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra. // Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto. // En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula.”

⁵³ “BERCAITZ, Miguel Ángel, Teoría General de los contratos administrativos; Edit. Depalma, Buenos Aires, 2ª ed. 1989, pág. 415.” (cita original n° 1 de la sentencia)

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de abril de 2005. Rad. 25000-23-26-000-1994-09985-01(14393)

⁵⁵ “es preciso advertir que la multa y la cláusula penal deben contemplarse en el contrato y en los pliegos de condiciones, en cumplimiento del principio de legalidad. // En este orden de ideas, cuando la administración recurre al ejercicio de la potestad sancionatoria utilizan una facultad de naturaleza propiamente contractual, pues ella radica, previa y necesariamente, en el contenido del contrato y de los pliegos de condiciones.” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009))

⁵⁶ “Sentencia proferida el 13 de agosto de 1987, expediente 4145.” (cita n° 3 original de la sentencia)

⁵⁷ Supra. cit. n° 55.

⁵⁸ “Es así como este fenómeno [el incumplimiento] se presenta cuando no se llevan a efecto o se dejan de cumplir las obligaciones estipuladas en un contrato. De acuerdo con lo anterior, el incumplimiento puede ser parcial, cuando no se cumplen



en una o más de ellas, las partes destinaron la cláusula décima séptima del contrato (denominada “multas”) a la sanción del incumplimiento parcial, entre otros supuestos; mientras que la cláusula décima octava (llamada “penal pecuniaria”) estaba reservada al evento del incumplimiento absoluto del contrato (párr. 3.4.1.1.).

Los supuestos del procedimiento administrativo, incluidos en los actos demandados, basados en los informes del Secretario de Planeación y Obras Públicas del Municipio (párr. 3.4.6.4.) y de la empresa Triple A de Barranquilla (párr. 3.4.8.) no sugerían el incumplimiento absoluto de las obligaciones contractuales a cargo del contratista sino el quebranto parcial de los deberes plasmados en el negocio jurídico. De allí que, siguiendo lo regulado por las partes, la sanción procedente fuera la de la cláusula décima séptima.

Así las cosas, más allá de la denominación dada a la cláusula décima séptima, la decisión del Municipio nunca buscó apremiar al contratista para que éste honrara las obligaciones de un contrato ya extinto, más bien persiguió sancionar el incumplimiento parcial y definitivo del contratista. En esta dirección, fácilmente se advierte que la penalidad impuesta por el incumplimiento declarado en los actos demandados se asemeja sustancialmente a la cláusula penal pecuniaria⁵⁹, y no guarda relación alguna con el concepto de multa descrito anteriormente, circunstancia que no invalida la actuación del Municipio que no hizo nada distinto a seguir las pautas marcadas por el contrato para escarmentar la conducta del contratista.

Por lo anterior, el cargo no se abre paso.

3.5.3. Contradicción del acto propio

3.5.3.1. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de enero de 2011^[60], desarrolló la teoría de los actos propios (“*venire contra factum proprium non valet*”), expresando que esta dimana del principio de buena fe y de la protección de la confianza legítima, y consiste en:

“... la coherencia exigida en el comportamiento de las personas, de tal forma que lo realizado en el pasado, que ha servido, a su vez, como determinante o referente del proceder de otras o que ha alimentado, objetivamente, ciertas expectativas” que “no pueden ser contrariadas de manera sorpresiva, caprichosa o arbitraria, si con ello trasciende la esfera personal y genera perjuicio a los demás.”

Partiendo de esa noción, la sentencia citada precisa que la teoría de los actos propios ha sentado, mayoritariamente, estos requisitos:

una o más de las prestaciones debidas, o total, si se dejan de cumplir todas, en lo absoluto.” (León Robayo, Edgar Iván. *La configuración del incumplimiento contractual*. En: Revista Foro Derecho Mercantil N°:10, ene.-mar./2006, págs. 87-125, Ed. Legis. Bogotá D.C. En

http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7fd3404ce0430a010151404c

⁵⁹ *“... la cláusula penal consiste (...) en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista.”* (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 2005. Rad. 25000-23-26-000-1993-09365-01(15011)).

⁶⁰ Rad. 11001-3103-025-2001-00457-01.



“... i) una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; ii) que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes plantados; iii) que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente; y, iv) que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio.”

Empero, la misma providencia indica que el ordenamiento jurídico no confiere un carácter absoluto al respeto de los actos propios toda vez que *“existen hipótesis en las que ante situaciones similares o con respecto a actos desplegados con anterioridad por la misma persona, que sirven de apalancamiento para su actuar en el inmediato futuro, le está deferida la posibilidad de apartarse de los mismos. Por consiguiente, no se trata en casos tales, de viabilizar los cambios inesperados, sorpresivos y contradictorios; ni de imponer, irrestricta e irreflexivamente, la observancia permanente e inmodificable de lo actuado.”*

3.5.2. De otra parte, no toda conducta inicial conduce a la aplicación de la teoría en comento. De acuerdo con la doctrina⁶¹, en el derecho administrativo la doctrina de los actos propios solo opera cuando *“la Administración, con actos eficaces jurídicamente, haya revelado su designio de definir una situación jurídica”*, esto es que: (i) no *“es suficiente la realización de cualesquiera actos, sino que estos deben hallarse revestidos de un cierto carácter trascendental, de tal modo que sean de alguna manera reveladores del designio del agente de definir la situación jurídica de su autor.”*; (ii) debe ser jurídicamente vinculante, es decir, ha de tratarse de *“una conducta formada por actos que sean jurídicamente eficaces y válidos -y, por tanto, inimpugnables por la persona afectada por ellos-...”*.

Cabe agregar que, en principio, los actos deben revestir el carácter de definitivos, de suerte que para la administración no serían vinculantes las consultas, los actos de trámite, informes previos o declaraciones informales⁶².

3.5.3. En el *sub judice*, la demandante alega que las actas de recibo de las obras del contrato (párr. 3.4.5. y 3.4.6.) contiene una conducta desplegada por la administración de la que predica protección bajo la teoría de los actos propios. Dichas actas expresan, respectivamente, la reunión previa y la diligencia en que se realizó la entrega de las obras; en esta última ocasión las partes y el interventor afirmaron en conjunto que, para el 7 de diciembre de 2011, las obras mostraban un avance del 100% y fueron acordes a lo pactado en el contrato, lo que conminaba a la administración a desembolsar el 50% restante del valor del contrato conforme fue pactado en su clausulado.

Para la Sala, si bien dichas expresiones fueron relevantes entre las partes del contrato, en tanto provocaron el pago de las sumas pendientes al momento de la entrega, no dejan de ser afirmaciones carentes de sustento fáctico, es decir, estos asertos no fueron apoyados en pruebas reales del cumplimiento de las obligaciones contractuales del Consorcio, o por un seguimiento fidedigno del avance del objeto

⁶¹ González Pérez, Jesús. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 5ª ed. Civitas. Madrid. 2009, p. 242-244.

⁶² Ver: Sánchez Morón, Miguel. *Venire contra factum proprium*. En Documentación Administrativa núm. 263-264. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, mayo-diciembre 2002. En <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5583>



contratado por parte del interventor, quien, además estuvo ausente durante el procedimiento administrativo instruido por el municipio.

En ese orden de ideas, ante la información sobreviniente que evidenciaba el incumplimiento, el ente territorial no podía mantenerse vinculado a su manifestación anterior so pena de desconocer los deberes jurídicos de gestión, dirección y control del contrato estatal, concretado entre otros en el de exigir del contratista y del garante la ejecución idónea y oportuna del objeto contractual (Ley 80 de 1993 – artículo 4° núm. 1). En otras palabras, mantener la conducta anterior le significaba a la demandada obrar contra derecho. Por lo tanto, ante el escenario vislumbrado por los informes lo ordenado por la ley era que el Municipio adelantara el procedimiento del que se muestra sorprendida la actora, y que tiene sustento, precisamente, en las finalidades especiales del contrato estatal⁶³.

Por lo tanto, esas expresiones no consolidaron en modo alguno la situación jurídica del contratista, y menos aún la del garante. No comportan una conducta de la administración de la cual pueda desprenderse un grado relevante de confianza creado por el Municipio en el garante que merezca protección jurídica, porque ante las evidencias recaudadas de la entidad, mantenerla de forma irreflexiva, como lo pretendía la actora, produciría una consecuencia indeseada para el ordenamiento: el incumplimiento del contrato estatal.

La posición del garante respecto del acto propio de la administración beneficiaria de la póliza, además, tendría que ser matizada a la luz del contrato de seguro que es el medio para respaldar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, y por ende, de los intereses generales inmersos en el contrato estatal. En efecto, cabe tener en cuenta que el riesgo como elemento esencial del seguro⁶⁴, y el siniestro que consolida la obligación de responder a cargo de la aseguradora giran en torno a hechos, el primero como “suceso incierto”⁶⁵ y el segundo como su consolidación jurídico material⁶⁶, lo que descarta la protección bajo la teoría de los actos propios a las expresiones que no reflejen correspondencia alguna con las circunstancias que rodeen el riesgo o el siniestro de cumplimiento.

Por todo lo anterior, el cargo no prospera.

3.7. En **síntesis**, la Sala revocará el fallo de primera instancia y en su lugar denegará las pretensiones de la demanda por cuanto no se demostró la violación al debido proceso, la incompetencia temporal y la contradicción con la teoría de los actos propios, rogadas por la demandante como fundamento para anular las decisiones que le desfavorecieron.

4. La condena en costas

Según el artículo 188 del CPACA, la sentencia deberá disponer sobre la condena en costas (lo que incluye expensas y agencias en derecho) de acuerdo con lo reglado

⁶³ Ver: Corte Constitucional. Sent. C-499/15 ya citada. Consideración núm. 4.5.

⁶⁴ Código de Comercio. Artículo 1045 – numeral 2.: “Son elementos esenciales del contrato de seguro: (...) 2) El riesgo asegurable.”

⁶⁵ Código de Comercio. Artículo 1054: “Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.”

⁶⁶ Código de Comercio. Artículo 1072: “Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.”



por el CPC, vigente para el momento en que se presentó la demanda. Siguiendo el artículo 393 numeral 9 del estatuto procesal civil:

“Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

Como en el expediente no obra elemento de convicción alguno en el que pueda apreciarse la causación de costas, la Sala se abstendrá de proferir condena en este aspecto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, esto es, la proferida el 18 de julio de 2013 por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

SEGUNDO: En su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Presidente
Aclaro voto

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Radicación número 08001233300020120025401(48945)

Actor: SEGUROS COLPATRIA S.A.

Demandado: MUNICIPIO DE PALMARDE VARELA

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

FUNCIÓN ADMINISTRATIVA CONTRACTUAL-Solo por excepción la actividad contractual del Estado es función administrativa. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS-No es función administrativa. MULTAS-No son un poder exorbitante o excepcional. MULTAS-La falta de regulación en la Ley 80 de 1993 no impedía que las entidades las pactaran y las hicieran efectivas unilateralmente. CLAUSULA PENAL-Su regulación es aplicable a los contratos estatales. DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO-No es un poder exorbitante o excepcional DEBIDO PROCESO EN CONTRATACIÓN PÚBLICA-Su aplicación extensiva desnaturaliza el contrato estatal.

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto la decisión que se tomó en la providencia del 1 de junio de 2020, que revocó la sentencia de primera instancia y negó las pretensiones, aclaro voto.

1. A mi juicio, el centro de gravedad del derecho administrativo no hay que buscarlo en el acto administrativo, sino en el el contrato. Es a través de este que el Estado gestiona los recursos con el fin de satisfacer necesidades y cumple los fines que le fueron asignados. Y la regla general es la aplicación del derecho privado a los contratos del Estado (arts. 13, 23, 28 , 32, 40, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993).

Por ello, el Consejo de Estado está mora de replantearse si -como lo ha señalado de manera indiscriminada la jurisprudencia- toda la actividad contractual del Estado es una expresión de la “función administrativa”, o si solo -por vía excepcional- en los casos regulados por la ley esta tiene esa connotación. La regla general es el derecho común. La Ley 80 de 1993 viene a ser una regla de “excepción” y solo aplica en los asuntos regulados expresamente por ella. Preceptos que tienen el carácter de orden público y que no pueden derogarse por acuerdo entre las partes (art. 6 C.C.).



Podrían agruparse en cuatro grupos, los aspectos que son aplicables a las entidades que están sometidas a ese estatuto: (i) Algunos asuntos relativos a la capacidad, por ejemplo las inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés, consorcios y uniones temporales y el registro único de proponentes; (ii) la selección objetiva, es decir los procedimientos de selección de contratistas; (iii) algunos aspectos relativos a su ejecución, como el manejo de riesgo y las denominadas “potestades excepcionales” (que merecen reflexión aparte pues cada día son menos “exorbitantes” e “inusuales al derecho común”) y (iv) los mecanismos de solución de controversias.

A partir de supuestos como los enunciados podría comenzar a repensarse todo lo que ha dicho la jurisprudencia para definir con precisión en qué eventos se ejerce función administrativa y en cuáles no. En la “actividad contractual” del Estado (precontractual, de ejecución y postcontractual), solo por excepción las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993 pueden expedir actos administrativos, cuando ello refleje una verdadera prerrogativa de poder público. En los demás, no. Porque la ley 80 quiso que la administración se comportara, por su régimen contractual, como un particular.

Así en la ejecución del contrato, donde la regla general es el derecho privado, la entidad obra como un particular. Y está sometida al postulado fundamental de la autonomía privada (1602 del CC). En esa medida, no puede entenderse que sus decisiones sean ejercicio de función administrativa alguna, pues no ejerce poder público.

Con esta perspectiva el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 dispone en forma clara que, en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esa ley (subrayo), las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. Ese era el sentido genuino de esa ley, que fue tergiversándose por las interpretaciones judiciales, que luego -por desventura- se convirtieron en leyes.

A mi juicio, no son compatibles con la autonomía privada y los demás principios que rigen el derecho común –aplicable en la etapa de ejecución del contrato- el



engorroso trámite de la expedición de actos administrativos, la vía gubernativa, las competencias y el procedimiento administrativo que -por ejemplo- exige la aplicación del denominado “debido proceso administrativo” ¿puede aplicarse este “principio” a facetas de la contratación que no son expresión genuina de función administrativa? ¿Esta obsesión por los trámites burocráticos en asuntos ajenos a los definidos expresamente por la ley como función administrativa, es compatible con la agilidad que demandan de las relaciones contractuales, incluidas por supuesto las del Estado?

2. Como la jurisprudencia se alejó de los textos legales, asistimos primero a una “mutación” (reforma no formal) de la Ley 80 y, luego, sin mayor análisis ni discusión varias de esas decisiones terminaron influyendo en la expedición de leyes posteriores. Así, Ley 1150 se convirtió -sin proponérselo- en una verdadera “contrarreforma” al régimen del año 1993. Cambios legislativos que luego seguirían en otras leyes que afectaron la esencia de la ley 80, en asuntos como las multas y declaratoria del incumplimiento, que introdujeron nociones innecesarias de poder de imperio del Estado y, por ende, de “procedimiento administrativo”.

Las multas y la cláusula penal pecuniaria están reguladas en el Código Civil (art. 1592) y el hecho de que la Ley 80 de 1993 no las regulara, no significó -como de forma equivocada entendió la jurisprudencia de la Sala- que las entidades públicas no pudieran pactarlas y, como lo hacen los particulares, imponerlas unilateralmente en caso de incumplimiento. El silencio de la Ley 80 no fue, entonces, un error por omisión, sino una decisión consciente y deliberada de un legislador que recurrió acertadamente al alfabeto jurídico: el derecho civil.

Sin embargo, ese mal entendimiento llevó a la reforma legal de la Ley 1150 de 2007 que convirtió un asunto regulado por el derecho civil en un tema propio del derecho público, pues exigió no solo la expedición de actos administrativos para la imposición de multas y la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, sino además la aplicación de unas reglas que denominó –influido en la jurisprudencia tanto ordinaria como de tutela- “debido proceso”, para adoptar cada una de estas decisiones (art. 17).



En esa misma línea contraria al sentido de la Ley 80 de 1993, la Ley 1474 de 2011, so pretexto de ver en la contratación pública un escenario legal para combatir la corrupción, reguló nuevamente esta competencia y el trámite de la audiencia para adoptar estas decisiones (art. 86) y estableció un grupo de inhabilidades por número de multas e incumplimientos en contra de los contratistas (art. 90).

Así, un asunto relacionado exclusivamente con la ejecución del contrato y que la Ley 80 de 1993, en su concepción original, entregó a los dominios naturales del derecho privado, terminó convertido en una suerte de “pugilato” donde priman las reglas del “debido proceso” sobre las cláusulas y estipulaciones acordadas. Se pasa por alto así dos asuntos muy simples: (i) que la contratación pública está concebida para el cumplimiento de los fines estatales (artículo 3 de la Ley 80 de 1993) y (ii) que los contratos se celebran para ejecutarse. El contrato estatal -así lo ordena el artículo 32 de la Ley 80- debe tratarse como una fuente de obligaciones. Es el lugar de encuentro de dos “partes” y no el ámbito de desencuentro de dos “contrapartes”.

Aun hay muchos temas en la ejecución contractual que no han sido -por fortuna- llevados a la ley y que la jurisprudencia precipitadamente ha asimilado a “función administrativa” y que bien podrían replantearse ¡para volver a la ley!

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE