

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / MODIFICACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ALTERACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DEBERES DEL JUEZ / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

[E]sta Subsección, al igual como lo hizo el Tribunal a quo en su momento, advierte que no es posible examinar la legalidad de la imposición de la cláusula penal pecuniaria por parte de Fonade al contratista de acuerdo con lo planteado por la parte actora en la apelación y en los alegatos de conclusión, dado que en la demanda no se pidió que se declarara su ilegalidad ni su arbitrariedad y, pronunciarse sobre ello, sería un atentado contra el principio de congruencia y el derecho fundamental al debido proceso, en razón de que con la impugnación no es posible modificar la causa petendi, pues para ello existen unas oportunidades procesales que no fueron aprovechadas en su momento por la demandante. [...] Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dado que con el recurso de apelación no es posible modificar la causa petendi, situación que releva a la Sala de examinar los argumentos allí plasmados.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL / INEXISTENCIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / SUSPENSIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

Antes de hacer el cómputo del término de caducidad, la Sala advierte que el contrato de obra [...] se suscribió el 24 de junio de 2005, por lo que a dicho negocio jurídico le aplican las reglas del derecho privado, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Bajo esa perspectiva, por el régimen jurídico aplicable a dicho negocio jurídico, este no requería del trámite de la liquidación, a menos de que las partes contratantes pactaran esa posibilidad, como sucedió en este contrato, en la cláusula décima sexta, en la cual se acordó que aquel debía liquidarse de común acuerdo dentro de los 4 meses siguientes a su terminación. En ese sentido, se destaca que el contrato en cuestión terminó el 2 de mayo de 2006 y como no fue liquidado, el término de los 2 años de la caducidad, de acuerdo con lo previsto en el literal d), numeral 10, del artículo 136 del CCA, empezó a correr a partir del día siguiente a la fecha en que venció el plazo para liquidar bilateralmente dicho negocio jurídico [...], no obstante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, dicho plazo se suspendió [...], porque ese día se presentó la solicitud de conciliación extrajudicial, diligencia que se declaró fallida porque las partes no llegaron a ningún acuerdo [...]. [S]e concluye que se ejerció en la oportunidad legal prevista.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 32 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 10 / LEY 640 DE 2001 - ARTÍCULO 21

PRETENSIONES DE LA DEMANDA / MODIFICACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ALTERACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA /

VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DEBERES DEL JUEZ / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

De conformidad con el principio de congruencia y con apego al debido proceso, esta Corporación ha sido pacífica en considerar que los jueces de lo contencioso administrativo carecen por completo de facultades para variar la causa petendi que se plantea en la demanda, con fundamento en que la modificación del petitum y del marco fáctico implicaría un “desconocimiento flagrante del principio relativo al debido proceso”, pues se sorprendería a la contraparte con cargos que nunca tuvo la posibilidad de rebatir o de controvertir a lo largo del proceso. A los jueces, entonces, les corresponde resolver sobre las pretensiones de la demanda, sus fundamentos fácticos y jurídicos, con base en las pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso, tal como lo dispone el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, norma que se refiere al principio de congruencia que deben respetar los operadores judiciales al momento de proferir las respectivas sentencias. A su vez, resulta importante destacar que la imposibilidad de variar la causa petendi no solamente recae en los jueces, sino también en las partes en litigio, quienes por fuera de las oportunidades previstas para el efecto no pueden modificar lo alegado en la demanda interpuesta.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 305

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la imposibilidad de variar o modificar la causa petendi por fuera de las etapas previstas legalmente para ello, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 2016, rad. 34357, C. P. Hernán Andrade Rincón; sentencia de 20 de febrero de 2020, rad. 54407, C. P. María Adriana Marín; sentencia de 30 de julio de 2021, rad. 50728, C. P. José Roberto Sáchica Méndez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D. C., trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 05001-23-31-000-2009-00527-02(65589)

Actor: FERNANDO RAMÍREZ INGENIEROS ARQUITECTOS LTDA.

Demandado: FONADE

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVESIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: CAUSA PETENDI – no es posible modificarla a través del recurso de apelación – tal impugnación no tiene por objeto el que las partes adicionen o modifiquen sus demandas.

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 15 de octubre de 2019, proferida por la Sala Quinta Mixta del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se resolvió lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

PRIMERO. DECLÁRASE PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD en relación con la demanda de reconvenición formulada por el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE.**

SEGUNDO. NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por la sociedad **FERNANDO RAMÍREZ INGENIEROS ARQUITECTOS LTDA.** en contra del **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE.**

TERCERO: SIN CONDENAS EN COSTAS (negritas del texto original).

I. SÍNTESIS DEL CASO

En la demanda se afirmó que Fonade incumplió las obligaciones económicas pactadas en el contrato de obra No. 20511750, suscrito con la sociedad Fernando Ramírez Ingenieros Arquitectos Ltda. -*contratista*-, pues, a juicio de la parte actora, no le pagaron unas sumas de dinero que le correspondían.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 24 de octubre de 2008, la sociedad Fernando Ramírez Ingenieros Arquitectos Ltda. -*en adelante el contratista*-, por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio de la acción contractual en contra del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -*en adelante Fonade*-, con el fin de que se declarara: **(i)** que, en su condición de contratista, cumplió el contrato de obra No. 2051750 suscrito con la entidad demandada; **(ii)** la terminación de dicho negocio jurídico por el cumplimiento de su objeto y **(iii)** el “*incumplimiento de las obligaciones económicas contractuales pactadas*”, por parte de Fonade, por un valor de \$231'222.873,19¹.

¹ Suma que la parte actora discriminó de la siguiente manera: (i) \$81'918.409,19, por concepto de saldo inicial del contrato; (ii) \$64'495.000, correspondiente al pago de obras adicionales autorizadas y no pagadas; (iii) \$23'000.000, relativo a la diferencia del menor valor pagado por Fonade, en comparación con el valor aprobado por la interventoría; (iv) \$25'412.011,00, por el AIU pactado entre las partes; (v) \$19'000.000, por concepto de los intereses, más la indexación; (vi)

Como consecuencia, solicitó que se condenara a la entidad accionada a pagar la suma referida y los intereses moratorios sobre los dineros dejados de pagar desde la entrega a satisfacción de la obra y hasta la fecha de su pago efectivo.

2. Los hechos

Como fundamentos fácticos, en síntesis, se narraron los siguientes:

A través de oferta pública No. IPG-1019-194061 del 11 de mayo de 2005, Fonade invitó a los interesados a presentar sus propuestas en el proceso de selección para la contratación de las obras de adecuación del coliseo y construcción de la segunda etapa para la piscina de la unidad deportiva del municipio de Donmatías (Antioquia).

Previo agotamiento de las diferentes etapas de dicho proceso, Fernando Ramírez Ingenieros Arquitectos Ltda. resultó elegida para ejecutar las obras. El 24 de junio de 2005, tal sociedad celebró con Fonade el contrato No. 2051752, por un valor de \$848'206.490, negocio jurídico que fue adicionado y prorrogado en varias oportunidades, con la respectiva autorización de la entidad.

Según la demanda, en el acta de entrega final y recibo de la obra suscrita por el contratista y por el interventor no se hizo referencia a ningún incumplimiento por parte de la sociedad referida y, además, en el desarrollo del contrato en cuestión no se presentó ningún atraso severo ni tampoco sanciones de multa.

También se señaló que, a pesar de que la sociedad contratista formuló varias solicitudes e intentos de conciliación, no le fue posible obtener el pago ni la liquidación bilateral o unilateral por parte de Fonade.

3. Contestación del escrito inicial y demanda de reconvención

Fonade **contestó la demanda**² y se opuso a la prosperidad de sus pretensiones.

Señaló que el saldo que se le adeudaba al contratista ascendía a la suma de \$34'834.825 y no a la de \$81'918.409,18; no obstante, como se le impuso el

\$12'635.200, por el impuesto de timbre del contrato; (vii) \$531.016, por el pago de la publicación del contrato y (viii) \$4'231.237, por el pago de la constitución de las pólizas.

² Folios 139 a 152 del cuaderno No. 1 del tribunal.

cobro de una cláusula penal por el valor de \$52'716.386, existía, más bien, un “saldo en su contra” de \$17'881.557. Por otra parte, indicó que el valor por las mayores cantidades de obra fue acordado por las partes mediante la adición No. 1, en la que se pactó la suma de \$35'647.331,25, monto que fue pagado por Fonade, de ahí que, a su juicio, al contratista no se le adeude nada por dicho concepto.

También sostuvo que no procedía el reembolso de las sumas solicitadas por el pago del impuesto de timbre, de la publicación del contrato y sus pólizas, en tanto el contratista se encontraba obligado a pagar el valor por dichos conceptos, sin importar el desarrollo del contrato.

Adicionalmente, manifestó que el contratista incumplió el contrato, cuestión que quedó consignada en el acta de entrega y recibo final de la obra y que se extraía de los requerimientos que le hizo la interventoría a la sociedad demandante. Señaló que el contratista no entregó varias de las obras conforme con las especificaciones técnicas exigidas, por lo que Fonade impuso la cláusula penal pecuniaria.

Por lo anterior, propuso las siguientes excepciones: **(i)** excepción de contrato no cumplido por la sociedad contratista; **(ii)** ausencia de los elementos de responsabilidad contractual y **(iii)** “*legalidad de la aplicación de la cláusula penal*”.

Respecto de la excepción del punto **(iii)**, Fonade sostuvo que en la cláusula décima del contrato se pactó la aplicación de una cláusula penal, en caso de incumplimiento total o parcial. Dijo que el contratista lo autorizó para deducir de las sumas debidas el valor correspondiente de dicha cláusula penal. En ese sentido, indicó que, como el plazo del negocio jurídico venció sin que la sociedad demandante entregara la totalidad de las obras a satisfacción, había lugar a imponer la sanción respectiva.

A su vez, dentro de la oportunidad legal prevista, Fonade interpuso **demanda de reconvenición**³, con el fin de que se declarara que la sociedad Fernando Ramírez Ingenieros Arquitectos Ltda. incumplió el contrato de obra No. 2051752. Además, pidió que “*se declare que la cláusula penal impuesta por Fonade es respetuosa de las cláusulas del contrato*”. Como consecuencia, solicitó que se condenara a la

³ Folios 275 a 284 del cuaderno No. 1 del tribunal.

contratista a pagar la suma de \$17'881.557,80, correspondiente al valor no pagado por concepto de la cláusula penal, más los intereses moratorios causados.

En síntesis, los **hechos de la contrademanda** se circunscribieron⁴, básicamente, a que la sociedad Fernando Ramírez Ingenieros Arquitectos Ltda., una vez venció el plazo contractual, no entregó las obras de las graderías del polideportivo, tampoco la parte externa del coliseo ni la cancha de fútbol, incumplimiento con fundamento en el cual, el 22 de mayo de 2006, Fonade le informó al contratista sobre la aplicación de la cláusula penal pecuniaria.

La sociedad contratista **contestó la demanda de reconvención**⁵ oponiéndose a sus pretensiones. Sostuvo que no incurrió en ningún incumplimiento del contrato, porque Fonade recibió la obra y suscribió la respectiva acta de terminación, en la cual reconoció una deuda a favor de dicha sociedad por la suma de \$81'918.409, por lo que, a su juicio, la cláusula penal fue impuesta de manera irregular.

Dijo, además, que Fonade nunca le informó sobre *“la imposición de una multa y solo se limitó a liquidar el contrato con la inclusión de la cláusula penal, por lo que la sociedad no tuvo la oportunidad de controvertir esa decisión”*. Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones: **(i)** inexistencia de incumplimiento por parte del contratista y **(ii)** falsa motivación en la imposición de la cláusula penal.

3.1. Concluido el período probatorio, el Tribunal *a quo*, mediante auto del 28 de junio de 2018⁶, corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo.

La demandante alegó de conclusión y señaló que el contratista no incumplió el contrato de obra, sino que fue el Fonade, porque entregó tardíamente los frentes de trabajo, además de que nunca hizo entrega de los diseños de la pista atlética y de la cancha de fútbol. También sostuvo que la imposición de la cláusula penal pecuniaria fue arbitraria, toda vez que se impuso después del vencimiento del plazo contractual⁷.

⁴ En los fundamentos fácticos también se señaló que, el 22 de noviembre de 2004, Fonade y el municipio de Donmatías suscribieron el convenio interadministrativo No. 194061, en el que se comprometieron a cooperar mutuamente y a cofinanciar el proyecto denominado *“Terminación y adecuación de la Unidad Deportiva del municipio de Donmatías en el departamento de Antioquia”*.

⁵ Folios 640 a 645 del cuaderno No. 2 del tribunal.

⁶ Folio 1313 del cuaderno No. 3 del tribunal.

⁷ Folios 1314 a 1320 del cuaderno No. 3 del tribunal.

La entidad demandada insistió en que el contratista incumplió sus obligaciones desde el inicio del contrato y que, a pesar de que dicho negocio jurídico fue prorrogado en varias oportunidades, nunca culminó las obras que le correspondían, lo cual, según dijo, quedó plasmado en el acta de entrega y recibo final del negocio jurídico.

Por otra parte, manifestó que la cláusula penal pecuniaria se impuso de manera válida, *“toda vez que así se pactó en el contrato y el contratista autorizó que el monto de la misma fuera descontado de cualquier suma que Fonade le adeudara”*⁸.

El Ministerio Público rindió guardó silencio.

4. La sentencia de primera instancia

El Tribunal *a quo*, mediante sentencia del 15 de octubre de 2019⁹, **(i)** declaró probada, de oficio, la excepción de caducidad en relación con la demanda de reconvencción interpuesta por Fonade y **(ii)** negó las pretensiones del escrito inicial presentado por la sociedad Fernando Ramírez Ingenieros Arquitectos Ltda.

Con base en el material probatorio recaudado, el *a quo* sostuvo que el contratista cumplió parcialmente las obligaciones derivadas del negocio jurídico, pues quedaron algunas obras pendientes por ejecutar en la cancha de fútbol y en la pista atlética, pero, según afirmó, ello no obedeció a una conducta culposa que le fuera atribuible, sino al hecho de que el municipio de Donmatías no entregó los diseños a tiempo. Acto seguido, manifestó que el contratista siempre estuvo presto a cumplir con las estipulaciones pactadas en el negocio jurídico.

Luego, en cuanto al análisis del incumplimiento que se alegó respecto de Fonade por no pagar los saldos pendientes a favor del contratista, el Tribunal señaló que el saldo a favor de la sociedad Fernando Ramírez Ingenieros Arquitectos Ltda. era de \$34'834.828,34, según el proyecto de acta de liquidación bilateral del contrato en cuestión; sin embargo, como Fonade consideró procedente imponer una cláusula penal pecuniaria, por la suma de \$52'716.386, dicha entidad determinó que el contratista era quien adeudaba el valor de \$17'881.557,66. Por lo anterior, Fonade no reconoció ni pagó suma alguna a la sociedad demandante.

⁸ Folios 1321 a 1326 del cuaderno No. 3 del tribunal.

⁹ Folios 1333 a 1356 del cuaderno del Consejo de Estado.

Seguidamente, el *a quo* advirtió que en la demanda interpuesta por el contratista no se solicitó *-a manera de pretensión-* que se dejara sin efecto el descuento que realizó el Fonade por concepto de cláusula penal, cuestión a la que tampoco se hizo mención en los hechos, por lo que, *“en razón al carácter rogado que precede a esta jurisdicción, la Sala no puede pronunciarse sobre dicha decisión”*.

Con fundamento en lo precisado, el Tribunal de primera instancia sostuvo (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“De acuerdo con lo anterior se concluye que el contratista no tiene ningún saldo a su favor, pues aunque en la demanda se aduce que la entidad le adeuda el monto de \$81'918.409,19, en el expediente no obra prueba de dicho valor, pues si bien, inicialmente las partes realizaron un proyecto de liquidación bilateral en el que se indicó que Fonade debía pagarle al contratista la suma indicada, apenas se trató de un proyecto que no se constituyó en la liquidación definitiva del contrato y como se demostró en el proceso, con posterioridad la entidad realizó una liquidación, en la que señaló que el saldo a favor del contratista era de tan solo \$34'834.528, suma de la que debía descontarse el monto de \$52'716.386, correspondiente a la cláusula penal, por lo que en realidad era el contratista quien adeudaba la suma de \$17'881.557,6”.

Adicionalmente, el *a quo* indicó que de los dictámenes periciales practicados en el proceso tampoco se infería la existencia de un saldo a favor del contratista.

En efecto, dijo que el rendido por el perito contador John Jairo González Londoño determinó que el saldo pendiente por pagar a la sociedad Fernando Ramírez Ingenieros Arquitectos Ltda. ascendía a la suma de \$33'688.430,86 y que en el practicado por el ingeniero civil Gustavo Estrada Araque se señaló que al contratista se le adeudaba el monto de \$34'834.528,38, valores que *“al descontar el monto correspondiente a la cláusula penal, el contratista no tendría ningún saldo a su favor que pudiera reclamar, por lo que no se reconocerá ninguna suma por ese concepto”*.

En relación con las sumas solicitadas por concepto de AIU, el Tribunal advirtió que el contratista únicamente tenía derecho a recibir el pago correspondiente a la utilidad derivada de la ejecución del contrato, pero no resultaba posible su reconocimiento, en vista de que no existía saldo pendiente a su favor. Igualmente, manifestó que tampoco había lugar a reconocer la suma pedida *“por el menor*

valor pagado en comparación con lo autorizado por la interventoría”, en tanto dicha pretensión carecía de respaldo probatorio y jurídico. Asimismo, el a quo consideró que no resultaba viable acceder a lo solicitado por concepto de impuesto de timbre, ni por la constitución de las pólizas, toda vez que, en su criterio, tales gastos debían realizarse con independencia de la suerte que corriera la ejecución del contrato.

Por último, el Tribunal negó la pretensión consistente en que se declarara la terminación del contrato de obra No. 2051752 por el cumplimiento de su objeto, en consideración a que, si bien dicho negocio jurídico culminó el 2 de mayo de 2006, lo cierto era que para esa fecha el objeto contractual no se había ejecutado en su totalidad, tal como se constataba de las actas de entrega y recibo final de la obra y de terminación del contrato suscritas por el contratista y por la interventoría.

5. El recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación¹⁰, con el fin de que se revoque parcialmente, para que se declare “*la ilegalidad y arbitrariedad de la cláusula penal y decretar a favor del demandante el pago del saldo a favor por valor de \$34’834.528 más los intereses moratorios*”.

En esa misma línea, la parte recurrente sostuvo (transcripción literal, incluso con posibles errores):

*Propongo como sustento las siguientes: 1. **Ilegalidad y arbitrariedad en la imposición de la cláusula por parte del contratante** (...) la única consideración y decisión que es objeto de recurso es la siguiente: respecto al pago del saldo a favor del contratista, la honorable Sala decidió que al descontar la cláusula penal interpuesta por el contratante no tendría ningún saldo a su favor que pudiera reclamar.*

Decisión esta que solo tiene fundamento en el hecho [de] que el contratante estableció a su arbitrio el pago a cargo del contratista de una cláusula penal por valor de \$52’716.386, según su criterio por incumplimiento del contrato, pero acontece, que se encuentra debidamente acreditado que el contratista cumplió parcialmente las obligaciones derivadas del contrato, y si quedaron algunas obras pendientes de ejecutar en la cancha de fútbol y la pista atlética no fue por culpa o negligencia del contratista, sino debido al hecho [de] que el Municipio de Donmatías no entregó los diseños a tiempo para terminar las obras, lo que exime de total responsabilidad al contratista y deja sin piso la

¹⁰ Folios 1358 a 1362 del cuaderno del Consejo de Estado.

motivación expuesta por el contratante para establecer el pago de una cláusula penal a cargo del contratista (negrillas del texto original).

Añadió que, en vista de que la sociedad Fernando Ramírez Ingenieros Arquitectos Ltda. siempre estuvo presta a cumplir con las obligaciones contractuales, la cláusula penal por incumplimiento no tenía sustento “*y pierde todo su valor*”.

Dijo que las conclusiones del fallo apelado son contradictorias, dado que “*o bien el contratista incumplió el contrato y es sujeto de la cláusula penal, o bien el contratista no incumplió el contrato y no es sujeto del pago de la cláusula penal impuesta por el contratante*”. En ese sentido, sostuvo que la cláusula penal impuesta por Fonade fue arbitraria, pues tal sociedad no incumplió el negocio jurídico en cuestión, sino que el retraso de las obras obedeció a que el municipio de Donmatías no entregó los diseños para la construcción de la pista atlética y de la cancha de fútbol.

Indicó que en el fallo apelado se dio plena validez a la cláusula penal impuesta por Fonade, a pesar de que en el proceso se acreditó que los atrasos en la ejecución de la obra no tuvieron nada que ver con omisiones u actuaciones del contratista. Agregó que, de acuerdo con las pruebas, al demandante le correspondía el reconocimiento del saldo a su favor de \$34'834.528.

Finalmente, señaló que se reservaba el derecho de ampliar la sustentación del recurso de apelación ante el Consejo de Estado.

6. Trámite en segunda instancia

El recurso de apelación fue admitido por esta Corporación mediante auto del 3 de marzo de 2020¹¹. Posteriormente, previo requerimiento a los sujetos procesales para que solicitaran su registro en el sistema de gestión judicial SAMAI, se corrió traslado las partes que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto, a través de proveído del 14 de mayo de 2021.

La **parte actora** reiteró lo expuesto en el recurso de apelación, en el sentido de que “*se declare la invalidez y nulidad de la multa por cláusula penal*”.

¹¹ Folio 1367 del cuaderno del Consejo de Estado.

Dijo que aprovechaba esa oportunidad procesal para ampliar los argumentos de su impugnación. Sobre el particular, manifestó que al contratista se le vulneraron los derechos fundamentales de defensa y al debido proceso, en tanto se le impuso “*una multa*” bajo una falsa motivación, porque se le atribuyó un incumplimiento y una negligencia que nunca ocurrió. También alegó que la multa por la suma de \$52'716.386 fue impuesta por Fonade sin previo aviso al contratista.

Por su parte, la **entidad demandada** solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que, de acuerdo con el principio de congruencia, lo alegado en el recurso de apelación en relación con la ilegalidad de la imposición de la cláusula penal pecuniaria o su descuento escapaba del análisis del *a quo* y también del que debe hacer el Consejo de Estado, porque en la demanda no se incluyó una pretensión en ese sentido. En todo caso, manifestó que en el proceso se probó que existió un incumplimiento del contratista que justificaba la imposición de la cláusula.

Añadió que durante el trámite para liquidar el contrato de obra Fonade constató los incumplimientos por parte del contratista, por lo que tomó la determinación de hacer efectiva la cláusula penal, la cual, a juicio de la demandada, resultaba válida de acuerdo con el negocio jurídico, porque en él las partes acordaron que dicha entidad podía cobrar la cláusula penal, equivalente al 10% del valor total del contrato, en caso de que el contratista incumpliera parcial o totalmente sus obligaciones contractuales. A su vez, señaló que la sociedad demandante autorizó que el monto de la cláusula penal fuera descontado de cualquier suma que Fonade le adeudara.

El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

1. Jurisdicción y competencia

1.1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 1° de la Ley 1107 de 2006 -*vigente para la fecha en que se interpuso la demanda*-, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de las controversias y litigios administrativos que se originan en las actividades de las entidades públicas y de las privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.

En este caso la controversia gira en torno al contrato de obra No. 2051750, que fue suscrito entre Fonade y la sociedad Fernando Ramírez Ingenieros Arquitectos Ltda. Pues bien, como la entidad contratante (hoy ENTerritorio) es una empresa industrial y comercial del Estado¹², cabe concluir que, al tenor de lo dispuesto en la letra a) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993¹³, aquella es de carácter estatal y, por ende, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde el conocimiento de este asunto.

1.2. La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 15 de octubre de 2019, proferida por la Sala Quinta Mixta del Tribunal Administrativo de Antioquia, y por tratarse de un proceso con vocación de doble instancia por razón de la cuantía, según lo dispuesto en el artículo 129 del CCA¹⁴, dado que la única pretensión de condena¹⁵ excede los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes¹⁶ a la fecha de presentación de la demanda¹⁷.

2. Ejercicio oportuno de la acción

Antes de hacer el cómputo del término de caducidad, la Sala advierte que el contrato de obra entre Fonade -*entidad pública financiera*- y la sociedad Fernando Ramírez Ingenieros Arquitectos Ltda. se suscribió el 24 de junio de 2005, por lo

¹² Folios 20 a 25 del cuaderno No. 1 del tribunal.

¹³ Según lo previsto artículo 32 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, norma esta última que dispone: "Para los solos efectos de esta ley (...) 1o. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, **las empresas industriales y comerciales del Estado**, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles" (se destaca).

¹⁴ "ARTÍCULO 129. 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 o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión".

¹⁵ Se pidió la suma de \$231'222.873,19.

¹⁶ A la fecha de presentación de la demanda (2008) 500 SMLMV equivalían a \$230'750.000.

¹⁷ La demanda se presentó el 24 de octubre de 2008, por lo que la norma de competencia aplicable es la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 132 del CCA, el cual quedó en los siguientes términos: "Artículo 132. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos (...) 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales".

que a dicho negocio jurídico le aplican las reglas del derecho privado, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹⁸.

Bajo esa perspectiva, por el régimen jurídico aplicable a dicho negocio jurídico, este no requería del trámite de la liquidación, a menos de que las partes contratantes pactaran esa posibilidad, como sucedió en este contrato, en la cláusula décima sexta¹⁹, en la cual se acordó que aquel debía liquidarse de común acuerdo dentro de los 4 meses siguientes a su terminación.

En ese sentido, se destaca que el contrato en cuestión terminó el 2 de mayo de 2006²⁰ y como no fue liquidado, el término de los 2 años de la caducidad, de acuerdo con lo previsto en el literal d), numeral 10, del artículo 136 del CCA²¹, empezó a correr a partir del día siguiente a la fecha en que venció el plazo para liquidar bilateralmente dicho negocio jurídico²², entre el 4 de septiembre de 2006 y el 4 de septiembre de 2008²³; no obstante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, dicho plazo se suspendió el 28 de octubre de 2007, porque ese día se presentó la solicitud de conciliación extrajudicial, diligencia que se declaró fallida porque las partes no llegaron a ningún acuerdo, según la constancia expedida por el Ministerio Público el 24 de enero de 2008²⁴.

¹⁸ “**PARÁGRAFO 1o.** Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”. Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que no estaba vigente al momento de la celebración del contrato en cuestión, a los negocios jurídicos celebrados por Fonade les aplicaba las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 1150 de 2011, norma que fue derogada por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011.

¹⁹ Folios 26 a 29 del cuaderno No. 1 del tribunal.

²⁰ Esto se extrae del contenido del acta de entrega y recibo final del contrato (folios 79 a 96 del cuaderno No. 1 del tribunal).

²¹ “d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. **Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar**” (se destaca).

²² Para efectos del conteo de la caducidad, en el caso concreto no se tiene en cuenta el plazo de 2 meses que consagra la norma para liquidarlo unilateralmente, toda vez que Fonade, por estar sometida a las reglas del derecho privado, no contaba con la facultad de proceder en ese sentido.

²³ Como el plazo de los 4 meses que tenían las partes para liquidar bilateralmente el contrato venció el 3 de septiembre de 2006, el término de caducidad corrió entre el 4 de septiembre de 2006 y el 4 de septiembre de 2008.

²⁴ Folios 30 y 31 del cuaderno No. 1 del tribunal.

En ese contexto, el término de caducidad se suspendió cuando faltaban 313 días para que se venciera, reanudándose al día siguiente de la expedición de la certificación aludida, por lo que el término para presentar la demanda se extendió hasta el 2 de diciembre 2008, cuando finalizaron los 2 años de la caducidad.

Como la sociedad Fernando Ramírez Ingenieros Arquitectos Ltda. interpuso su demanda el 24 de octubre de 2008, se concluye que se ejerció en la oportunidad legal prevista.

Por otra parte, la Sala advierte que no se pronunciará sobre la caducidad que el Tribunal *a quo* decretó respecto de la demanda de reconvención interpuesta por Fonade, en tanto dicha entidad no presentó recurso de apelación.

3. La *causa petendi* y la imposibilidad de modificarla por la vía de la apelación

De conformidad con el principio de congruencia y con apego al debido proceso, esta Corporación ha sido pacífica en considerar que los jueces de lo contencioso administrativo carecen por completo de facultades para variar la *causa petendi* que se plantea en la demanda, con fundamento en que la modificación del *petitum* y del marco fáctico implicaría un “*desconocimiento flagrante del principio relativo al debido proceso*”, pues se sorprendería a la contraparte con cargos que nunca tuvo la posibilidad de rebatir o de controvertir a lo largo del proceso²⁵.

A los jueces, entonces, les corresponde resolver sobre las pretensiones de la demanda, sus fundamentos fácticos y jurídicos, con base en las pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso, tal como lo dispone el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, norma que se refiere al principio de congruencia que deben respetar los operadores judiciales al momento de proferir las respectivas sentencias.

A su vez, resulta importante destacar que la imposibilidad de variar la *causa petendi* no solamente recae en los jueces, sino también en las partes en litigio,

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de octubre de 2016, expediente No. 34.357, M.P. Hernán Andrade Rincón; reiterada por la misma Subsección, entre otras, en sentencia del 20 de febrero de 2020, expediente No. 54.407, M.P. María Adriana Marín, en fallo del 13 de agosto de 2020, expediente No. 59.791 y en sentencia del 20 de noviembre de 2020, expediente No. 64.865.

quienes por fuera de las oportunidades previstas para el efecto no pueden modificar lo alegado en la demanda interpuesta. Recientemente, esta Subsección sostuvo:

*(...) no le es dable al juez **ni a las partes modificar la causa petendi mediante señalamientos alegados por fuera de las etapas procesales previstas legalmente para ello, esto es, la demanda, su corrección o adición, momentos que la ley dispuso para que se precise la extensión, contenido y alcance de la controversia que se propone y frente a los cuales se garantiza la oportunidad de la contraparte para pronunciarse al respecto.***

*(...) Revisado el recurso de apelación, se puede observar que los demandantes esgrimen un único argumento, el cual se hizo consistir en la violación de las normas imperativas de la Ley 80 de 1993 por parte del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, en tanto no las tuvo en cuenta a la hora de suscribir los contratos de construcción –del cual no se tiene certeza a cuál hace referencia, pues no refiere mayor información al respecto– y de arrendamiento del 26 de agosto de 2002 y del 1 de mayo de 2005, con ocasión de los cuales se promovió la demanda de la referencia (...) En cambio, en la demanda la parte actora no aduce como fundamento de sus pretensiones la supuesta violación al Estatuto de Contratación Pública y tampoco refiere contrato de construcción suscrito por la entidad demandada (...) Como se evidencia, **el fundamento que se plantea en la demanda y en el recurso de apelación son distintos, lo que quiere decir que aquello que se alega ante esta instancia no fue parte de la discusión sustancial respecto de la cual se trabó la litis.***

(...).

*Así las cosas, dado que: i) **no se encontró que las pretensiones de la demanda se hubieren fincado en las inconformidades que ahora señala en la apelación;** ii) que éstas estuviesen comprendidas dentro de las que sí se alegaron en el escrito de demanda; iii) que se hubieren adicionado a la demanda en la oportunidad procesal prevista para ello; o iv) que comporten un aspecto que de oficio deba ser resuelto por el juez, **no es posible abordar su conocimiento en esta instancia, pues, por las razones que ya se expresaron, hacerlo implicaría desconocer el principio de congruencia y violar el derecho de defensa de la contraparte**²⁶ (se destaca).*

De acuerdo con lo anterior, conviene señalar que con la demanda y su correspondiente corrección o adición la parte actora tiene la oportunidad de fijar el alcance de la controversia que plantea, de manera que, con posterioridad a esas etapas procesales que ofrece el CCA, no puede caprichosamente cambiar el *petitum* y el contexto fáctico y jurídico de lo expuesto inicialmente.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de julio de 2021, expediente No. 50.728, M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

En ese sentido, la Sala advierte que el recurso de apelación ni los alegatos de conclusión²⁷ tienen por objeto el que las partes adicionen o modifiquen sus demandas, pues con ello sorprenderían a su contraparte con cargos nuevos frente a los cuales no se tuvo la oportunidad de defenderse y, en caso de permitir tales actuaciones, se desconocería el principio de congruencia y el debido proceso.

4. Caso concreto

Bajo las consideraciones expuestas en precedencia, esta Subsección observa que en el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante contra el fallo de primera instancia se pidió que se declarara la ilegalidad y la arbitrariedad de la imposición de la cláusula penal pecuniaria por parte de Fonade, cuestión que, vale advertir, no fue alegada en la demanda objeto de estudio, pues no se dirigió pretensión en ese sentido, ni tampoco se hizo mención a dicha situación en los hechos ni en los fundamentos de derecho del escrito inicial.

En efecto, en la demanda que se interpuso contra Fonade, además de solicitarse que se declarara que el contratista cumplió el contrato de obra No. 2051750 suscrito con tal entidad, se pidió que se declarara que dicho ente había incumplido sus obligaciones económicas, al no pagarle un saldo a su favor, pero en ningún momento se cuestionó ni se atacó la imposición de la cláusula penal pecuniaria.

²⁷ Esto ha dicho la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado: “(...) **a pesar de que en el recurso de apelación y en los alegatos de conclusión tanto de primera como de segunda instancia presentados por la actora se puntualizó, entre otras cosas, que la providencia respecto de la cual se predicaba el error judicial era la sentencia absolutoria que dictó el Juzgado Promiscuo Municipal de Socha, por haber realizado ‘falsos juicios de existencia probatoria por omisión y de identidad’, lo cierto es que tales afirmaciones reflejan con claridad la intención del extremo activo de modificar la causa petendi de la demanda -lo cual no es permitido-, en la medida en que se refiere a una imputación de responsabilidad adicional de aquella por la cual se demandó a la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, que únicamente giró en torno al defectuoso funcionamiento de la Administración Justicia, tal como ya se dijo. En tal virtud, el proceso se estudiará exclusivamente según los postulados del defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia y no del error judicial, pues no basta la simple indicación del supuesto error, dado que es necesario identificar en la demanda, con toda precisión, la providencia que lo contiene y los motivos por los cuales se configuró, circunstancia que, a pesar de que se trató de subsanar por la vía de los alegatos de conclusión y del recurso de apelación interpuesto por los actores, no resulta ser una conducta procesalmente admisible. Así las cosas, como el recurso de apelación no tiene por objeto que las partes adicionen o modifiquen sus demandas y sorprendan a su contraparte con cargos nuevos frente a los cuales no tuvo la oportunidad de defenderse ni aportar o solicitar pruebas, la Sala se abstendrá de analizar las modificaciones realizadas a la imputación de responsabilidad de las entidades públicas demandadas formulada en las alegaciones conclusivas y en el recurso de apelación” (se destaca) (Sentencia del 20 de noviembre de 2020, expediente No. 64.865).**

Conviene advertir que en la demanda principal, en relación con el incumplimiento que se alega, no hay referencias ni elementos alusivos que tengan correspondencia con la supuesta indebida deducción del valor de la cláusula penal, de manera que el debate planteado por el contratista en su escrito inicial no compromete una deducción no autorizada o no aplicable por concepto de la referida cláusula²⁸.

Por tal razón, bien hizo el Tribunal *a quo* al señalar en su fallo que no podía pronunciarse sobre la legalidad o no de la imposición de la cláusula penal pecuniaria²⁹, por cuanto en la demanda interpuesta por la sociedad contratista no se elevó pretensión en el sentido de que se dejara sin efecto el descuento que aplicó Fonade por dicho concepto, pues, de haber realizado un juicio sobre esa decisión o determinación de tal entidad, habría desconocido el principio de

²⁸ En la demanda se pidió la suma de \$23'000.000, correspondiente a la diferencia del menor valor pagado por Fonade, en comparación con lo aprobado y autorizado por la interventoría. Sobre este pedimento, el Tribunal *a quo* dijo que carecía de respaldo probatorio y jurídico. En efecto, la Subsección señala que en el expediente no se evidencia cuál fue el valor aprobado por la interventoría, ni tampoco se indicó en el escrito inicial. Lo que sí consta en el proceso es el proyecto de liquidación de contrato, que fue suscrito y avalado tanto por el interventor como por el supervisor *-pero no por las partes-*, en el que se plasmó que Fonade debía pagar al contratista la suma de \$81'918.409.19. Si a esta suma se le descuenta \$52'716.386, monto correspondiente a la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, el resultado sería de \$29'202.023.19. Esto quiere que lo solicitado en la demanda por \$23'000.000 no es el resultado de la aplicación de la cláusula penal respecto de lo autorizado y aprobado por la interventoría.

²⁹ De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, la Sala señala que, mediante Oficio No. 2006EE10574 del 22 de mayo de 2006, la asesora jurídica de Fonade le manifestó al representante legal de la contratista lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores): **“Asunto: Aplicación cláusula penal pecuniaria (...) Como quiera que es desafortunado el desinterés que ha demostrado la firma que usted representa en concluir la obra a su cargo según contrato 2051752, pese a las prórrogas concedidas al mismo, de acuerdo con la información suministrada por quien fuere interventor de la obra, según las cuales existe un atraso en la ejecución de las actividades mencionadas, lo cual amerita la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, por un valor aproximado de \$52'716.386, y como quiera que tampoco ha sido posible contar con la información que respecto del avance de la obra se le ha solicitado en varias oportunidades, esta Asesoría adelantará los trámites internos correspondientes para lograr los descuentos respectivos (se destaca) (folio 56 del cuaderno No. 1 del tribunal). En ese mismo sentido, el 15 de julio de 2007, la asesora jurídica de Fonade le ratificó al contratista la imposición de la cláusula penal pecuniaria, así (transcripción literal con errores incluidos): “(...) Luego de conocer los detalles de la ejecución del contrato y en particular del contenido de los informes presentados sobre el particular por la interventoría del mismo, así como de realizar algunas reuniones con el gerente del convenio es claro para Fonade que la solicitud de aplicación de la cláusula penal pecuniaria atendió al incumplimiento parcial en las obligaciones del contratista, en cuanto a que no entregó las siguientes obras conforme a las especificaciones técnicas y en el plazo contractualmente definido: a) obras graderías polideportivo – concreto a la vista, enchapes muros y divisiones baños, mesón cafetería, puertas baños; b) parte externa coliseo – mala instalación y pegado de la grama, llaves de confinamiento con mal acabado; c) cancha de fútbol – mal nivelado terreno, mala instalación y pegado de la grama. Por lo tanto, en lo que tiene que ver con la no aplicación de la cláusula pecuniaria [la contratista pidió que se abstuviera de aplicar la cláusula penal pecuniaria], se reitera que la misma fue aplicada con fundamento en las motivaciones de orden técnico presentadas en su momento por la gerencia del convenio, las cuales se sustentaron principalmente en la no entrega en tiempo de la obra contratada, las malas de condiciones de calidad de las mismas, entre otras, situaciones que persistieron y que por ende motivaron el incumplimiento a instancias del contratista, lo que hace improcedente omitir su inaplicación” (se destaca) (folios 267 y 268 del cuaderno No. 2 del tribunal).**

congruencia, así como también el debido proceso, tal como ya se expuso en acápite anterior.

Como ya se dijo, el único argumento del recurso de apelación se basó en que se **declarara la ilegalidad** de la imposición de la cláusula penal pecuniaria, con base en la cual el *a quo* concluyó que no había un saldo a favor del contratista al aplicarse el descuento por concepto de dicha cláusula. Para fundamentar esto, la parte actora hizo referencia a que siempre estuvo presta a cumplir con las obligaciones contractuales, de manera que, a su juicio, la imposición de dicha cláusula fue **arbitraria**, pues no incumplió el negocio jurídico y que, por ende, le correspondía el reconocimiento de un saldo a favor de \$34'834.528. Asimismo, todos los argumentos plasmados en los alegatos de conclusión que presentó la demandante en segunda instancia³⁰ consistieron en lo mismo, en que se declarara **“la invalidez y nulidad de la multa por cláusula penal”**, dado que se fundó en una motivación falsa y que se impuso en contravía del debido proceso, en tanto no hubo previo aviso.

Pues bien, a pesar de que en la apelación y en los alegatos de conclusión de segunda instancia³¹ se solicitó que se declarara la ilegalidad de la imposición de la cláusula penal pecuniaria por parte de Fonade, lo cierto es que con tal petición se evidencia la clara intención de la parte actora de variar la *causa petendi*, lo cual, hay que decirlo, no resulta ser una conducta procesal admisible, por cuanto con ello se desconoce el marco fáctico y jurídico planteado y delimitado en la demanda principal y se atenta contra el debido proceso, de ahí que lo alegado en esas oportunidades procesales posteriores en relación con la ilegalidad de la imposición de dicha cláusula no pueda ser objeto de pronunciamiento en esta instancia.

En ese orden de ideas, esta Subsección, al igual como lo hizo el Tribunal *a quo* en su momento, advierte que no es posible examinar la legalidad de la imposición de la cláusula penal pecuniaria por parte de Fonade al contratista de acuerdo con lo

³⁰ En los alegatos de conclusión de primera instancia que radicó la parte actora ante el Tribunal también se sostuvo que la imposición de la cláusula penal pecuniaria fue arbitraria, toda vez que se impuso luego del vencimiento del plazo contractual; sin embargo, se advierte que en esa oportunidad procesal no es viable modificar la *causa petendi*, ni plantear cargos nuevos.

³¹ No sobra advertir que la parte actora, cuando presentó sus alegatos de conclusión en segunda instancia, dijo que aprovechaba esa etapa procesal para ampliar la sustentación del recurso de apelación y, en efecto, sostuvo que la imposición de la cláusula penal pecuniaria se basó en motivaciones falsas y se impuso violentando el debido proceso. Sobre el particular, la Sala destaca que los planteamientos en esa oportunidad procesal no suplen ni complementan la sustentación del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aunado al hecho de que por esa vía tampoco es posible modificar la *causa petendi*, como en efecto lo pretende.

planteado por la parte actora en la apelación y en los alegatos de conclusión, dado que en la demanda no se pidió que se declarara su ilegalidad ni su arbitrariedad y, pronunciarse sobre ello, sería un atentado contra el principio de congruencia y el derecho fundamental al debido proceso, en razón de que con la impugnación no es posible modificar la *causa petendi*, pues para ello existen unas oportunidades procesales que no fueron aprovechadas en su momento por la demandante.

Si bien el marco de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias hechas en la apelación, lo cierto es que, bajo la excusa de interponer tal recurso, no puede variarse el *petitum* de la demanda, pues lo planteado en la impugnación debe tener relación con la discusión propuesta en la demanda, cosa que no sucedió en este caso, en tanto la ilegalidad que se pidió en el recurso respecto de la imposición de la cláusula penal pecuniaria no fue solicitada en el escrito inicial, ni siquiera mencionada en sus fundamentos fácticos ni jurídicos.

No está de más precisar que el análisis que acaba de hacerse se centró en lo pedido en la demanda interpuesta por el contratista contra Fonade y no sobre el debate que planteó dicha entidad pública con la demanda de reconvención, dado que el Tribunal *a quo* declaró probada, de oficio, la excepción de caducidad frente a esta última, sin que dicha determinación fuera cuestionada por Fonade.

La anterior precisión resulta importante para efectos de indicar que, si bien la sociedad Fernando Ramírez Ingenieros Arquitectos Ltda. alegó en la contestación de la contrademanda que la cláusula penal pecuniaria se impuso de manera irregular, lo cierto es que ello no habilita a esta Corporación para examinar la legalidad de la imposición de dicha sanción que se cuestionó por la vía de la impugnación, pues, además de que ello no hizo parte de lo planteado en la demanda principal, también hay que decir que la controversia que se suscitó con la reconvención y su correspondiente contestación quedó resuelta al no interponerse recurso contra la determinación de caducidad que adoptó el Tribunal sobre ella.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dado que con el recurso de apelación no es posible modificar la *causa petendi*, situación que releva a la Sala de examinar los argumentos allí plasmados.

5. Costas

Dado que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 15 de octubre de 2019, proferida por la Sala Quinta Mixta del Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

