

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / FACULTAD DECLARATORIA DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / INEXISTENCIA DE LA FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

La Sala advierte que en el presente caso el acto administrativo que declaró la caducidad no se encuentra viciado por falta de competencia temporal para su expedición, pues tal y como se explicó en el acápite de la competencia de la administración para imponer multas (numeral 5.1 de esta providencia), la jurisprudencia vigente al momento de la expedición de los actos administrativos consideraba que la administración tenía competencia para declarar la caducidad del contrato aún en la etapa de su liquidación. En consecuencia, tratándose así mismo del criterio jurisprudencial vigente para la época en la que se profirió el acto de caducidad contenido en las Resoluciones 0028 del 13 de enero de 2005 y su confirmatoria 00682 del 11 de abril de ese mismo año, y con fundamento igualmente en el respeto a la confianza legítima que suscitó la jurisprudencia de la época, se le debe dar aplicación en el presente caso. Por lo anterior, la Sala modificará la decisión del a quo que declaró la nulidad de los mencionados actos por falta de competencia. [...] [L]a Sala considera que la administración en los actos administrativos de declaratoria de caducidad no incurrió en falsa motivación [...] no se acreditó violación al debido proceso [...]. En definitiva, la Resolución [...], expedida por el Incoder, por medio de la cual declaró la caducidad del contrato no está viciada de ilegalidad.

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / NULIDAD DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN OFICIOSA DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

[L]a Sala precisa que el Tribunal a quo liquidó judicialmente el contrato con fundamento en el porcentaje de incumplimiento del 79% consagrado en la Resolución [...] que declaró la caducidad [...], porcentaje que, como se analizó precedentemente, no fue desvirtuado por la parte actora, razón por la cual, la Sala confirmará la liquidación del contrato. Por último, el Tribunal a quo declaró de oficio la nulidad de la Resolución [...] por medio de la cual el Incoder liquidó unilateralmente el contrato [...], decisión que no fue objeto de reproche por parte del actor, por lo que la Sala la confirmará.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

La legitimación en la causa, en el caso de las controversias contractuales, la tienen en principio las partes que integran la relación jurídico contractual y, por lo tanto, pueden solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales; la existencia del contrato, su nulidad, revisión o incumplimiento; que se ordenen las restituciones consecuenciales; que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y se profieran otras declaraciones y condenas.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 87

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

El término de caducidad del medio de control de controversias contractuales está regulado en el artículo 136 -numeral 10 del C.C.A.-. Esta norma dispone que la contabilización del término de caducidad depende de si el contrato es susceptible o no de ser liquidado y, en tal caso, se tiene en cuenta si dicha liquidación se produjo o no, en forma bilateral o unilateral. [...] En este orden de ideas, en el presente asunto, el referente legal para el cómputo del término de caducidad, se encuentra previsto en el numeral 10 literal d) del artículo 136 del C.C.A. que dispone: En los que requieran de liquidación y esta 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 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. Para este efecto, se tendrá en cuenta la fecha en que se incumplió la obligación de liquidar el negocio jurídico que ocupa la atención de la Sala para, a partir de entonces, precisar la fecha en que empezó el respectivo cómputo. [...] En este orden de ideas, como el contrato [...] no fue objeto de liquidación por mutuo acuerdo ni unilateral por parte de la administración, el término de 2 años que tenía la parte demandante para presentar la demanda, de conformidad con la norma transcrita, corrió del 26 de marzo de 2005 al 26 de marzo de 2007 y, como la demanda se presentó el 3 de mayo de 2005, no operó el fenómeno preclusivo de la caducidad.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 10

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL POR MUTUO ACUERDO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / PROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / VALIDEZ DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / COMPETENCIA PARA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

Según lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, la liquidación del contrato estatal se debe realizar en todos los contratos de tracto sucesivo, en aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y en los demás que lo requieran. Ese mismo precepto legal establece que la liquidación se realizará de mutuo acuerdo, dentro del término fijado en el pliego de condiciones o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los 4 meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación o a la fecha del acuerdo que lo disponga. Por su parte, el artículo 61 ibídem, estableció que, en caso de no ser posible la liquidación

bilateral porque no se llegue a un acuerdo o porque el contratista no se presenta, la liquidación será practicada unilateralmente por la entidad, mediante acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición. De acuerdo con lo expuesto, el contrato de obra pública [...], por mandato del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 debió liquidarse, toda vez que era de tracto sucesivo. [...] Sin embargo, no consta que el acto administrativo de liquidación hubiera agotado el procedimiento de notificación a la parte actora, según lo dispuesto en los artículos 44 y 45 del C.C.A., con el fin de acreditar que el contratista lo conoció oportunamente, ya que fue expedido un día antes de la notificación del auto admisorio de la demanda [...], por lo que fuerza concluir que el acto administrativo no le fue oponible al contratista a efectos de ejercitar en tiempo los recursos legales y, en ese orden, poder habilitar al administrado para demandar el acto administrativo en sede judicial. [...] En estos términos, la Sala considera que la liquidación unilateral del contrato [...] no le es oponible al contratista, por lo que no se tendrá en cuenta para el cómputo del término de caducidad, puesto que, se repite, la entidad estatal no acreditó el cumplimiento de los requisitos de notificación de la Resolución [...] y, en consecuencia, dicho acto administrativo no surtió efectos jurídicos de conformidad con lo establecido en el artículo 48 del C.C.A. [...].

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 60 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 44 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 45 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 48

PRUEBA TRASLADADA / DICTAMEN PERICIAL / PROCEDENCIA DE LA PRUEBA TRASLADADA / REQUISITOS DE LA PRUEBA TRASLADADA / VALIDEZ DE LA PRUEBA TRASLADADA / INFORME TÉCNICO / VALOR PROBATORIO DEL INFORME TÉCNICO / REQUISITOS DEL INFORME TÉCNICO

[L]a Sala precisa que para que dicho dictamen pericial tuviera eficacia probatoria era necesario su traslado al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incode– para que ejerciera el derecho constitucional de defensa y de contradicción, condición que no se dio. Por lo anterior, no puede ser valorado como prueba trasladada, porque no cumple con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto dispone que: “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella”. Es decir, en el presente asunto el dictamen aportado no puede ser valorado como prueba trasladada, pues no cumplió con los requisitos legales para ello, en tanto no se trasladó de un proceso a otro, el dictamen no se produjo a petición de la parte demandada ni se practicó con su intervención y no tuvo oportunidad de contradecirlo. Por lo anterior, la Sala le dará valor de informe técnico o estudio técnico proveniente de un tercero, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 numeral 1° de la Ley 446 de 1998 y el numeral 2° del artículo 277 del C.P.C. modificado por el artículo 27 de la Ley 794 de 2003. [...] En definitiva, las conclusiones a las que llegó el ingeniero no están sustentadas documentalmente ni dan cuenta de su concepto personal sobre los hechos materia de investigación, circunstancias que conllevan a que el informe carezca de eficacia probatoria y no resulte idóneo para demostrar los hechos en que se soportaron las pretensiones de la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 10 NUMERAL 1 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 185 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 277 / LEY 794 DE 2003 - ARTÍCULO 27

COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO

Se precisa señalar que las copias simples que se aportaron al proceso relevantes para el fallo, las cuales no fueron tachadas por los sujetos procesales, son susceptibles de valoración probatoria, a la luz de lo que al respecto señaló la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en la sentencia de unificación jurisprudencial de 28 de agosto de 2013, en la cual se determinó, precisamente, que serían valorados los documentos aportados por las partes en copia simple que obraran a lo largo de la actuación sin ser tachados de falsos ni controvertidos por las partes.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el valor probatorio de las copias simples, cita: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013, rad. 25022, C. P. Enrique Gil Botero; y Corte Constitucional, sentencia de unificación SU-774 del 16 de octubre de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo.

EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

La Sala resalta que, en el caso en estudio, no se acreditó la exceptio non adimpleti contractus alegada por el demandante, en razón de que para su aplicación y reconocimiento se requería, entre otros, que el incumplimiento de la administración se pudiera calificar como grave, de tal manera que generara una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista y, que las demás obligaciones por parte de quien la invocó, se encontraran cumplidas, o por lo menos existiera la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente; presupuestos que no se cumplieron [...].

VIGILANCIA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE INTERVENTORÍA / OBJETO DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA / INTERVENTOR / FACULTADES DEL INTERVENTOR / FUNCIÓN DEL INTERVENTOR / INFORME DEL INTERVENTOR / INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 consagra los medios que las entidades estatales pueden utilizar para el cumplimiento del objeto de contrato y de esta manera lograr los fines de la contratación. Esta norma establece, en el numeral 1°, que las entidades estatales, al celebrar un contrato, tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del mismo. Para ejercer esta función la entidad estatal puede acudir a la colaboración de un interventor para que realice el control y vigilancia del acuerdo, dentro de los límites que le competen, puesto que su labor se encuentra limitada a la verificación, constatación, coordinación, supervisión, control y dirección de la ejecución del contrato y, en este sentido, actúa en nombre y representación de la entidad estatal; luego, la competencia para modificar alguno de los términos del negocio jurídico es exclusivo de las partes del contrato. De acuerdo con lo preceptuado en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la interventoría es una especie del contrato de consultoría

[...]. Esta misma normativa establece que las órdenes o sugerencias del interventor deben constar por escrito y deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato. Es decir, que la labor del interventor se orienta al cumplimiento de las obligaciones de un contrato celebrado por una entidad estatal, sobre el cual ejercerá el control y vigilancia del mismo. [...] En consecuencia, la reclamación del demandante en relación con que la entidad estatal era la obligada a ejercer exclusivamente la supervisión del contrato, no tiene fundamento, y no consta que el interventor haya ejercido atribuciones ajenas al cumplimiento de sus labores como tal. La designación de un interventor para el control y vigilancia del contrato no constituyó un incumplimiento de la entidad que hubiera impedido al contratista la ejecución de las prestaciones a su cargo.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 14 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 32 NUMERAL 1

ANTICIPO DEL CONTRATO / ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Al respecto, entiende la Sala que, si bien en la solicitud de oferta se estableció un anticipo del 50% sobre el valor del contrato, no obstante, el contratista aceptó voluntariamente, al firmarlo, recibir un anticipo del 25%, es decir, por un valor menor al indicado en la solicitud de oferta, por lo que, la Sala considera que la entidad estatal no modificó la forma de pago en relación con el porcentaje contractualmente establecido por concepto de anticipo.

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL / PLANEACIÓN CONTRACTUAL / FUNCIÓN SOCIAL DEL CONTRATO ESTATAL / RECURSOS PRESUPUESTALES / RECURSOS PÚBLICOS / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Es menester recordar que la responsabilidad de planeación se encuentra en cabeza de todos los actores que intervienen en la actividad contractual, es así que a la luz de lo establecido en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado que los particulares que celebran y ejecutan contratos con las entidades estatales colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones, y por consiguiente, de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración, puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas, sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse. Mucho menos podrán pretender los contratistas, en este último caso, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos. En síntesis, el contratista se encontraba en la obligación de estructurar con seriedad su oferta, la cual elaboró con base en las especificaciones técnicas y planos suministrados por el Incoder; razón por la cual no es de recibo que el contratista al momento de iniciar la ejecución del contrato alegue que no le entregaron los datos necesarios para cumplir con el objeto contractual. [...] No hay duda de que nadie puede alegar su propia culpa, razón por la cual para la Sala resulta jurídicamente inadmisibles que en la etapa posterior a la celebración del contrato exprese su desacuerdo o sorpresa con los

datos allí consignados. [...] Bajo este contexto, extraña a la Sala el hecho de que el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, previo a la convocatoria del proceso de selección –y ni siquiera al momento de la celebración del contrato-, no había definido la localización exacta del sitio donde se instalarían los ítems de obra, es más, la negociación con los propietarios de los terrenos se efectuó durante el desarrollo del objeto contractual. Ahora bien, aunque se probó el incumplimiento de una obligación a cargo de la entidad estatal, ese incumplimiento no fue la causa del incumplimiento de las propias obligaciones del contratista a tal punto que le sirva de justificación.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 3

ANTICIPO DEL CONTRATO / ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / CONCEPTO DE ANTICIPO DEL CONTRATO / GARANTÍA DE CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PAGO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Por otra parte, la jurisprudencia ha indicado en anteriores oportunidades, que el anticipo es el recurso o suma correspondiente a un porcentaje del valor total del contrato, pactado como contraprestación, que la entidad pública le entrega al contratista para que sea invertida específicamente en la ejecución del contrato y sea manejada generalmente en cuenta separada, con imposición de obligaciones relacionadas con legalización y amortización de la inversión, de suerte que el monto entregado debe ser debidamente amortizado en el plazo y la forma pactada por las partes. El monto del anticipo no tiene una causación inmediata, es decir, si bien el contratista tiene derecho al pago convenido del mismo, aquel se entiende causado gradualmente en la medida en que el contratista ejecute el contrato. El contratista desatendió la obligación legal y contractual que le exigía soportar la inversión de los recursos entregados a título de anticipo, es más, se evidenciaron situaciones irregulares frente a su manejo, en tanto, en el plenario se encuentra probada la existencia del hecho agravante de que los componentes instalados en los equipos eran de segunda mano o reconstruidos. [...] Bajo este contexto, la Sala concluye que en el caso sub lite el contratista debía actuar con lealtad y buena fe ante el Incoder, en tanto a lo largo del plazo del contrato se comprometió a allegar los documentos que respaldaran la ejecución de la obra y su pago y, a reemplazar los elementos usados y reconstruidos instalados en las cámaras de quiebre de presión, por elementos nuevos y de buena calidad. El contratista desconoció el ordenamiento jurídico al no entregar la documentación que permitiera constatar a la entidad estatal que los elementos contratados con ocasión de la celebración del contrato [...], contaban con los estándares técnicos, de calidad y de garantía exigidos en el acuerdo contractual y normatividad vigente; documentos indispensables para el recibo de la obra a satisfacción de la contratante y para su correspondiente pago. En tales condiciones, no resulta admisible la afirmación del demandante, conforme a la cual la entidad incumplió la obligación de recibir y pagar las obras entregadas, pues dicha obligación sólo surgía a su cargo si lo entregado por el contratista se ajustaba a lo exigido contractualmente, respecto del objeto del negocio jurídico.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el concepto de anticipo contractual, su finalidad y la correcta inversión, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de mayo de 2019, rad. 40102, C. P. María Adriana Marín.

EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL

CONTRATO / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

Analizados los cargos de incumplimientos atribuidos a la entidad estatal, la Sala concluye que no se configuró la excepción de contrato no cumplido, porque no se probó que el incumplimiento de la administración (i) fue de tal gravedad que imposibilitó el cumplimiento del contratista o (ii) no le permitió continuar con la ejecución de la obra. En otras palabras, fue evidente el incumplimiento del contratista relacionado con la calidad de las obras y equipos instalados, que no solo dio lugar a la imposición de la multa sino también a la caducidad del contrato, y se pudo constatar que tal incumplimiento no se debió a circunstancias imputables a la entidad estatal.

BITÁCORA DE OBRA PÚBLICA / VALOR PROBATORIO DE LA BITÁCORA DE OBRA PÚBLICA

En síntesis, la bitácora de la obra es un documento que da cuenta de los hechos que ocurren a lo largo de la ejecución de la obra, en la cual, las partes e interventoría registran los acontecimientos, observaciones, novedades, constancias, datos, etc, que diariamente suceden en una construcción. [...] En esta medida, cabe aclarar que lo indicado es que la bitácora contenga anotaciones no sólo del interventor sino también del supervisor y del contratista, máxime cuando este tenía a su cargo la obligación de registrar en la bitácora las actividades propias de la obra, la cual, evidentemente, también incumplió. Conforme a lo expuesto, el cargo propuesto por el demandante en el recurso de apelación, no tiene vocación de prosperar.

CAMBIO DE JURISPRUDENCIA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / MULTA AL CONTRATISTA / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL / APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

En definitiva, teniendo en cuenta los cambios jurisprudenciales frente a la competencia de la administración para imponer multas al contratista, se tiene que desde 1998 la jurisprudencia del Consejo de Estado admitía la posibilidad de que las entidades públicas declararan el incumplimiento contractual e impusieran multas al contratista. Esta posición fue aplicada de forma pacífica hasta el año 2005, momento en el cual la jurisprudencia cambió de postura y determinó que, si bien, las partes podían pactar las multas en el contrato, la Administración no tenía competencia para imponerlas unilateralmente, debiendo acudir al juez del contrato para su imposición. [...] En el caso concreto, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -Incoder- profirió la Resolución 01520, a través de la cual impuso una multa al contratista, el 20 septiembre de 2004, esto es, cuando el Consejo de Estado en la interpretación normativa que hizo en ese momento, consideró que las entidades estatales sí tenían competencia para imponer unilateralmente las multas pactadas en un contrato estatal, sin necesidad de acudir al juez para su imposición. Bajo este contexto, la Sala encuentra que la entidad estatal obró amparada en el criterio jurisprudencial uniforme, claro y reiterado de esta Corporación recogido de forma pacífica desde 1998 hasta el año 2005, por lo que, en aras de salvaguardar la confianza legítima suscitada en la Administración con este criterio jurisprudencial vigente a la fecha de expedición del acto administrativo impugnado, resulta razonable su aplicación en la resolución de la presente controversia. En este caso, las partes acordaron en

la cláusula vigésima primera del contrato 049 de 2003 la facultad del Incoder para imponer multas al contratista por incumplimiento a sus obligaciones contractuales. En este orden de ideas, el Incoder tenía competencia para imponer multas al contratista, de conformidad con la jurisprudencia vigente al momento de la expedición de las Resoluciones 01520 del 20 septiembre de 2004 y 01998 del 29 de noviembre de 2004. Por lo anterior, la Sala modificará la decisión del a quo que declaró la nulidad de los mencionados actos por falta de competencia.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la facultad de la entidad estatal para imponer multas al contratista, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 20 de febrero de 1997, rad. 12669, C. P. Daniel Suárez Hernández; auto de 4 de junio de 1998, rad. 13988, C. P. Ricardo Hoyos Duque; auto de 29 de junio de 2000, rad. 16756, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 20 de junio de 2002, rad. 19488, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 20 de junio de 2002, rad. 15936, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 20 de octubre de 2005, rad. 14579, C. P. Germán Rodríguez Villamizar; providencia de 10 de marzo de 2005, exp. 25765, C. P. María Elena Giraldo Gómez. Respecto de la aplicación del criterio jurisprudencial conforme a las pautas vigentes en cada caso, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia de 25 de abril de 2018, rad. 58890, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

FALSA MOTIVACIÓN / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / INEXISTENCIA DE LA FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / LÍMITES DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

[L]a Sala precisa que le asiste razón al demandante al afirmar que el Incoder, para el 12 de marzo de 2004, no había definido el sitio exacto de localización para la construcción de las cámaras de quiebre, pues solo lo hizo hasta el 12 de abril siguiente. Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados, en tanto, al juez sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia que se hubiere adoptado en primera instancia. No obstante, la Sala advierte que el apelante no realizó ningún otro reproche particular en relación con la decisión de incumplimiento del contratista del programa de trabajo e inversiones, pues se limitó a resumir las causas que, a su juicio, generaron el conflicto entre las partes (planos y diseños de la obra, la localización de las mismas, los ensayos de resistencia de los concretos y la aceptación y recibos de los ítems contratados), pero no sustentó de forma específica su desacuerdo con la decisión tomada por el a quo; razón por la cual, la Sala no se pronunciará al respecto, puesto que, el juez de segunda instancia está limitado al estudio de los motivos de inconformidad expresados por el recurrente en el recurso de apelación. Por lo anterior, la Sala concluye que no se probó el vicio de falsa motivación alegada contra el acto administrativo que impuso una multa al contratista.

DEBIDO PROCESO / CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO / ALCANCE DEL DEBIDO PROCESO / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / MULTA AL CONTRATISTA / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

El debido proceso es un derecho fundamental de rango constitucional, ya que se encuentra previsto expresamente en el artículo 29 superior y señala que nadie podrá ser juzgado sino “con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” y, que toda persona tiene derecho a la defensa, “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”. Asimismo, indica el precepto constitucional que el debido proceso “se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, lo cual incluye aquellas que se adelanten en el ejercicio de la actividad contractual del Estado. [...] Al respecto, resalta la Sala que, de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, al contratista se le garantizó el derecho al debido proceso previo a la expedición de los actos administrativos por medio de los cuales se le impuso una multa. [...] En consecuencia, resalta la Sala que la administración advirtió al contratista sobre la imposición de la multa y le otorgó un término para cumplir con sus obligaciones, por lo que resulta claro que a la parte demandante no le fue desconocido su derecho de audiencia y de defensa. En conclusión, la Resolución 01520 del 20 septiembre de 2004 y 01998 del 29 de noviembre de 2004, expedida por el Incoder, por medio de la cual se impuso una multa al contratista no está viciada de ilegalidad.

CLÁUSULA EXORBITANTE DEL CONTRATO ESTATAL / CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / FACULTAD DECLARATORIA DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / PLAZO PARA LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO / PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / RECUENTO JURISPRUDENCIAL

La potestad exorbitante de declaratoria de caducidad del contrato se encuentra regulada en el artículo 18 del Estatuto General de la Contratación Pública. En particular, este artículo define a la caducidad como la estipulación negocial, en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que pueda conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. [...] La declaratoria de caducidad del contrato tiene los siguientes efectos o consecuencias: (i) dar por terminado el vínculo negocial sin que haya lugar a indemnización para el contratista; (ii) ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre; (iii) hacer exigibles garantías por configuración del siniestro del incumplimiento; (iv) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y (v) configura para el contratista la inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas durante 5 años. En este sentido, la Corporación ha sostenido que la caducidad del contrato es la sanción más drástica que la entidad pública puede imponer a su contratista, al entrañar el aniquilamiento del contrato y comportar para él la inhabilidad de celebrar negocios jurídicos con entidades públicas durante el período fijado por el legislador. En cuanto a las características del poder exorbitante de caducar el contrato estatal, en sentencia del 27 de noviembre de 2007, exp. 14431, esta Corporación dijo que es de orden público y, como tal, inalienable, irrenunciable e intransmisible; goza, por tanto, de autonomía, unilateralidad y proporcionalidad en su adopción y se ejercita a través de la expedición de actos administrativos debidamente motivados, que pueden ser ejecutados sin necesidad de acudir ante el juez, puesto que involucra el interés

público. [...] La jurisprudencia inicial de esta Corporación, en relación con la oportunidad para decretar la caducidad del contrato, consideraba que, para su declaratoria, era necesario que el contrato estuviera vigente y en ejecución, en tanto ello implicaba la terminación anticipada del negocio jurídico [...]. Dicho criterio fue aplicado de forma pacífica hasta 1999, cuando la jurisprudencia determinó que la caducidad se podía declarar aún vencido el término de ejecución y hasta antes de la liquidación del mismo [...]. La anterior postura fue acogida por el Consejo de Estado en providencias posteriores. Al respecto, en auto del 29 de junio del 2000 se consideró que la Administración podía decretarla, aunque el plazo de ejecución hubiera vencido, siempre y cuando no se hubiera expedido el acto de liquidación [...]. Así mismo, en sentencia del 18 de marzo de 2004, la Corporación reafirmó que la entidad estatal podía ejercer potestades exorbitantes luego de vencido el plazo contractual mientras el contrato no se hubiera liquidado [...]. Ahora, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 12 de julio de 2012 se pronunció sobre la legalidad de declaración de caducidad de un contrato después de que el plazo de ejecución había expirado [...]. [L]a Sala concluyó que las entidades solo pueden decretar la caducidad del contrato antes de que el plazo expire y así cumplir con el fin de la norma que es lograr la ejecución del objeto contractual en beneficio del interés general, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo [...].

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 14 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 84

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la caducidad del contrato estatal y el plazo para su declaración, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de octubre de 2012, rad. 20738, C. P. Enrique Gil Botero; sentencia de 27 de noviembre de 2003, rad. 14431, C. P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de 13 de septiembre de 1999, rad. 10264, C. P. Ricardo Hoyos Duque; auto del 29 de junio del 2000, rad. 16756, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 18 de marzo de 2004, rad. 15936, C. P. Ricardo Hoyos Duque; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación de 12 de julio de 2012, rad. 15024, C. P. Danilo Rojas Betancourt; sentencia de 11 de mayo de 1999, rad. 10196, C. P. Ricardo Hoyos; sentencia de 20 de noviembre de 2008, exp. 17031, C.P. Ruth Stella Correa.

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D. C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01116-02(42135)

Actor: CARLOS ORLANDO BECERRA CASTILLO

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: Principio de legalidad - Competencia para imponer multas en vigencia de la Ley 80 de 1993 antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007 – Competencia de las entidades estatales para declarar la caducidad del contrato estatal / Incumplimiento del contrato de obra / Excepción de contrato no cumplido / Liquidación judicial del contrato.

Procede la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 9 de marzo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual resolvió acoger parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El señor Carlos Orlando Becerra Castillo solicitó la declaratoria de incumplimiento del contrato y la nulidad de los actos administrativos que le impusieron una multa y declararon la caducidad del contrato de obra 049 de 2003 suscrito con el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder-, para la ejecución de las obras de rehabilitación del distrito de irrigación en pequeña escala de Albesa, en el municipio de Pasca, por falta de competencia, falsa motivación, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa y desviación de poder. Como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento y nulidad, solicitó el reconocimiento de perjuicios.

II. ANTECEDENTES

1. La Demanda

El 03 de mayo de 2005 (fls. 1-17, c.2), el señor Carlos Orlando Becerra Castillo, a través de apoderado (fls. 1, c. 2), presentó demanda¹ de controversias

¹ Estando dentro del término de fijación en lista (fl. 179, c. 3), mediante escrito presentado el 23 de noviembre de 2005, la parte demandante presentó adición y modificación de la demanda (fls.

contractuales contra del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder-, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA.- Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0028 suscrita el 13 de enero de 2005 por el Subgerente de Infraestructura del INCODER, notificada por edicto el 7 de febrero siguiente, por medio de la cual se declara LA CADUCIDAD del contrato de obra pública No. 0049 de diciembre 29 de 2003.

SEGUNDA.- Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 00682 de abril 11 de 2005, suscrita por el Subgerente de Infraestructura del INCODER, por medio de la cual resuelve desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 0028 del 13 de enero.

TERCERA.- Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1520 suscrita el 20 de septiembre de 2004 por el Subgerente de Infraestructura del INCODER, notificada personalmente el 21 de septiembre siguiente, por medio de la cual se impone una sanción de multa sobre el contrato de obra pública No. 0049 de diciembre 29 de 2003.

CUARTA.- Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 01998 del 29 de noviembre de 2004, suscrita por el Subgerente de Infraestructura del INCODER, por medio de la cual se resuelve desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 01520 del 20 de septiembre de 2004.

QUINTA.- Que se declare que el INCODER INCUMPLIÓ el contrato de obra pública No. 0049 de diciembre 29 de 2003, por las razones que se exponen en este escrito, configurándose en favor del contratista la 'Exceptio non adimpleti contractus'.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se ordene lo siguiente:

5.1. Que se exija al INCODER impartir la orden de exclusión de inscripción de sanción de multa y de caducidad de contrato en los registros de cámara de comercio y demás entes de control en los cuales se efectuó dicho registro y se hizo publicación.

5.2. Que se CONDENE al INCODER al pago de perjuicios morales causados al contratista por las declaraciones de sanción de multa y posteriormente de caducidad.

5.3. Que se CONDENE al INCODER al pago de los perjuicios materiales causados al contratista por las declaraciones de sanción de multa y de caducidad, y que consisten en:

5.3.1. Perjuicios causados por la inhabilidad para contratar con el Estado, y que equivale a la utilidad que se espera obtener durante los cinco años de la inhabilidad automática por caducidad de contrato.

5.3.2. Los perjuicios derivados por el daño emergente, y que se verifican con el costo que implicó la reciente obtención de certificación de gestión de calidad obtenida por el contratista para la celebración de contratos con el Estado, y que no podrá ser utilizada por el tiempo que dura la inhabilidad.

5.4. Que como consecuencia del incumplimiento por parte del INCODER, se condene a pagar los perjuicios que para el efecto contemplen las cláusulas de multas y penal pecuniaria.

5.5. Que se proceda a la liquidación del contrato de obra No. 049/2003 suscrito entre el INCODER y el Ing. CARLOS ORLANDO BECERRA CASTILLO.

5.6. Que se declare contractualmente responsable al INCODER por los mayores valores de obra asumidos por el contratista, debido a faltas en los estudios, diseños y memorias de cálculo.

5.7. Que como consecuencia de lo anterior, se declare que el INCODER, debe pagar a mi representado, la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$40.000.000), que corresponden al mayor valor de obra ejecutado dentro del contrato de obra No. 049/2003.

5.8. Que se condene al INCODER a pagar la suma de TRES MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$3.200.000,00), que corresponden a los intereses de mora en los pagos, según la tasa que para el efecto señala el artículo 4° numeral 8° de la Ley 80 de 1993 y el decreto 679 de 1994.

5.9. Que se ordene al INCODER recibir y pagar todas las obras ejecutadas por el contratista.

5.10. Que se ordene que todas las sumas de dinero que el INCODER deba reconocer y pagar a favor del contratista, como consecuencia de las condenas que le sean impuestas en virtud del presente proceso judicial se actualicen y/o indexen de acuerdo con la variación de Precios al Consumidor –IPC- determinado por el DANE.

5.11. Que se ordene que todas las sumas de dinero que el INCODER deba reconocer y pagar a favor del contratista, como consecuencia de las condenas que le sean impuestas, sean incluidas en la liquidación judicial del contrato No. 049/2003.

5.12. Que se dé cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A., ordenando que todas las sumas de dinero que se condene a pagar al INCODER, a favor de mi poderdante, devenguen intereses moratorios al día siguiente a la ejecutoria de la sentencia, de conformidad con las tasas de interés que certifique la Superintendencia Bancaria.

5.13. Condenar en costas, incluidas las agencias en derecho, al INCODER, en favor del contratista.

Como fundamento fáctico señaló lo siguiente:

1. En el mes de octubre de 2003, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Incoder- abrió convocatorias para adjudicar 69 contratos para la rehabilitación de los distritos de irrigación en pequeña escala, entre los cuales se encontraban los distritos de: (i) San Mateo en Boyacá; (ii) Sierra Nevada en Boyacá; (iii) Santa Ana en el Magdalena; (iv) Caracolí en Casanare y (v) Albesa en Pasca. Los 5 contratos fueron adjudicados al demandante.

2. El 29 de diciembre de 2003, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural suscribió con el señor Carlos Orlando Becerra Castillo, el contrato de obra pública 049, con el objeto de ejecutar las obras de rehabilitación del distrito de irrigación en pequeña escala de Albesa, municipio de Pasca –que comprendía la construcción de cinco (5) cámaras de quiebre, tres (3) cajillas prediales y una (1) estación de filtrado-, con un plazo de ejecución de 4 meses -entre el 23 de marzo de 2004 y el 23 de julio de ese mismo año- y por un valor de \$84.000.000.

3. El Incoder modificó unilateralmente la cláusula quinta del contrato, que estableció la forma de pago, así: (i) varió el monto del anticipo, el cual se había contemplado en la solicitud de oferta SI-21-03-SO en un 50% del valor total del acuerdo y en la minuta se redujo a un 25% y (ii) suprimió la presentación de actas de recibo parcial de obra por actas de recibo total, una vez los ítems del contrato –cinco (5) cámaras de quiebre, tres (3) cajillas prediales y una (1) estación de filtrado- se encontraran debidamente construidos, instalados, probados y entregados en perfecto funcionamiento a la comunidad.

4. El 23 de marzo de 2004, las partes suscribieron el acta de inicio, por lo que el contratista procedió a fabricar las válvulas de las cámaras de quiebre y los tanques de la estación de filtrado, según el programa de trabajo e inversión “*Revisión No. 3*” aprobado por el Incoder y el interventor.

5. El 18 de junio de 2004, el interventor solicitó al contratista documentos no contemplados en el contrato, tales como, las facturas de compraventa de los elementos adquiridos para la fabricación de las cámaras de quiebre y trabajos no previstos como “*la conexión entre la red existente y las cámaras de presión, tanto a la entrada como a la salida de las mismas*”.

6. El 23 de junio de 2004, el contratista informó a la interventoría que las cinco (5) cámaras de quiebre de presión estaban construidas e instaladas en el sitio definido por el presidente del distrito de riego de Albesa y que la estación de filtrado también estaba fabricada, pero que aún no se le había informado el sitio de ubicación. Reiteró la solicitud de aprobación de actas de recibo parcial puesto que la disminución del anticipo y los demás gastos no reconocidos por el Incoder le estaban generando perjuicios económicos. Posteriormente, la interventoría

condicionó la entrega parcial de la obra a un recibo final de aceptación por parte de la comunidad.

7. El 13 de julio de 2004, el contratista solicitó ampliar el plazo de ejecución del contrato, porque el Incoder no había definido el sitio de instalación de las cámaras de quiebre y de la estación de filtrado.

8. El 14 de julio de 2004, el interventor presentó al contratista una solicitud de prórroga, que no aceptó, porque se consignó que la obra presentaba un avance físico del 70%, cuando lo cierto era que dicho avance era del 95%.

9. En varias oportunidades, el contratista solicitó a la entidad estatal vincular a la Sociedad Colombiana de Ingenieros para que verificara el estado real de las obras. La entidad estatal guardó silencio.

10. A pesar de que la entidad no había definido el sitio donde instalar la estación de filtrado y las cajillas prediales, el 20 de septiembre de 2004 expidió la Resolución 01520, que fue confirmada por la Resolución 01998 del 29 de noviembre de 2004, por medio de la cual el Incoder impuso una multa al contratista. Dichos actos fueron expedidos con falta de competencia, falsa motivación y desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, en síntesis, porque (i) el acto administrativo de imposición de multa se expidió vencido el plazo contractual; (ii) el Incoder no definió el sitio exacto sobre el cual se construirían las cámaras de quiebre; (iii) el contratista cumplió con el programa de trabajo, ya que a 5 de mayo de 2004 las obras presentaban un avance del 95%; (iv) la entidad estatal no lo citó para rendir descargos y controvertir las pruebas aducidas en su contra y (v) la multa se impuso cuando el supuesto hecho de incumplimiento se encontraba superado.

11. Posteriormente, el contratista solicitó en múltiples oportunidades el recibo de las obras para proceder a la liquidación del contrato; no obstante, la entidad estatal profirió la Resolución 00028 del 13 de enero de 2005, que fue confirmada por la Resolución 00682 del 11 de abril de ese mismo año, por medio de la cual declaró la caducidad del contrato 049 de 2003. Dichos actos fueron expedidos con falta de competencia, falsa motivación, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa y desviación de poder, en resumen, porque el Incoder no tuvo en consideración que (i) el acto administrativo se expidió vencido el plazo

contractual; (ii) no definió el sitio exacto sobre el cual se construirían las cámaras de quiebre y nunca definió el sitio de localización de la estación de filtrado y de las cajillas prediales; (iii) el contratista fabricó la estación de filtrado conforme a las especificaciones técnicas; (iv) los problemas de funcionamiento de las cámaras de quiebre obedecieron a las falencias en los estudios y diseños entregados por la entidad estatal; (vi) exigió documentos que contractualmente no estaba obligado a aportar, tales como, facturas, comprobantes de calidad y protocolos de fábrica, entre otros y (viii) el dictamen pericial practicado en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el contratista, el informe rendido por la firma Valrex y el concepto emitido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros demuestran que el contratista no incumplió el contrato y que este no pudo finalizar por causas imputables a la entidad.

12. La entidad estatal incumplió el contrato, porque modificó la forma de pago del contrato, no definió el sitio de localización de los ítems contratados, por la falta de entrega de planos y diseños detallados, entre otras circunstancias que llevaron a que él incumpliera.

La parte demandante adujo que las decisiones administrativas unilaterales proferidas por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -Incode- infringieron las siguientes normas: artículos 1, 2, 29, 90 y 209 de la Constitución Política; artículos 1, 3, 35, 36, 78, 85, 158 y 206 a 214 del Código Contencioso Administrativo; artículos 4 y 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 829 del Código de Comercio.

El demandante solicitó la suspensión provisional de los actos administrativos demandados (fl. 17, c.2). El 19 de julio de 2005, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la solicitud de suspensión provisional, admitió la demanda y dispuso la notificación de dicha decisión a la entidad demandada y al Ministerio Público² (fls. 70-74, c.1).

2. Contestación de la demanda

² Mediante providencia del 25 de enero de 2007 (fls. 127-132), el Consejo de Estado confirmó el auto apelado proferido el 19 de julio de 2005 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El 22 de noviembre de 2005, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - Incoder- contestó la demanda³ (fls. 85-113 y 183-205, c. 3), se opuso a las pretensiones y propuso la excepción que denominó “*sustantiva*”, la cual hizo consistir en lo siguiente:

1. En relación con la forma de pago, la solicitud de oferta estableció que los ítems del contrato -cinco (5) cámaras de quiebre, tres (3) cajillas prediales y una (1) estación de filtrado- se pagarían una vez estuvieran construidos, instalados y en funcionamiento.

2. Las partes de mutuo acuerdo modificaron el anticipo. Sin embargo, el ítem 2.9. de la solicitud de oferta estableció que “*la no entrega del anticipo no es óbice para que el contratista se niegue a entregar las obras cuando lo ordene el INCODER*”.

3. El contratista cambió unilateralmente la localización de las cámaras de quiebre de presión y omitió las directrices impartidas por la interventoría en comunicación del 12 de marzo de 2004, en la cual indicó que debían ubicarse en forma aledaña a las existentes. Sin embargo, al efectuar las pruebas para el recibo definitivo de las mismas, no funcionaron.

4. El 28 de abril de 2004, la interventoría informó al contratista el sitio de ubicación de la estación de filtrado “*en el terreno localizado a la salida de la tubería de 10” del paso elevado y adyacente a la cámara de quiebre*”.

5. El 5 de agosto de 2004, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-, en respuesta al derecho de petición del interventor, informó que la factura cambiaria de compraventa N° 0545 del 2 de junio de 2004 de la empresa Faceval Ltda -que había presentado el contratista previamente para soportar la inversión del anticipo-, no se encontraba habilitada.

6. El 11 de agosto de 2004, la interventoría realizó una visita ocular a la obra, en la que constató que los elementos hidráulicos instalados no eran de la marca Tecval, como lo había informado el contratista en varias oportunidades, sino de varias marcas y eran usados o reconstruidos. Frente a esta observación, el contratista se comprometió a cambiarlos por elementos nuevos, pero sólo reemplazó los correspondientes a “*las válvulas de control de nivel, no cambió las*

³ Mediante escrito presentado el 15 de mayo de 2006 (fls. 183-205, c. 3), la parte demandada presentó la contestación de la adición y modificación de la demanda.

válvulas de cortina, los filtros 'Y', ni los pasamuros plásticos que eran inapropiados a las presiones existentes en cada cámara”.

7. La interventoría se abstuvo de suscribir actas de recibo de obra, porque los ítems de obra -cinco cámaras de quiebre, tres cajillas prediales y una estación de filtrado-, no cumplieron con las especificaciones técnicas de calidad y de garantía establecidos en la solicitud de oferta.

8. La entidad estatal sancionó al contratista con la imposición de una multa y, luego, declaró la caducidad del contrato, por la mora en la presentación de las facturas, la mala calidad de los elementos, la omisión a las indicaciones de la interventoría y el incumplimiento de las especificaciones técnicas y en la entrega de la obra.

El 14 de febrero de 2007, se dio apertura a la etapa de pruebas (fls. 312, c.3) y el 5 de mayo de 2010 se corrió traslado para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto (fl. 404, c. 1).

3. Alegatos de conclusión

3.1. La parte demandante (fls. 408-422, c.1) reiteró los argumentos expuestos en la demanda y resaltó que los actos administrativos de caducidad e imposición de multa se expidieron con falta de competencia, pues dichas facultades solo pueden ser ejercidas por el contratante dentro del plazo de ejecución.

3.2. La parte demandada (fls. 423-441, c. 1) reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y señaló que en el experticio técnico, que fue aportado por el demandante, el perito no consultó la solicitud de oferta ni las especificaciones técnicas del contrato. Agregó que el concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros se expidió vencido el plazo contractual y no se ajustó a los hechos acaecidos en el desarrollo del contrato.

3.3. El Ministerio Público rindió concepto desfavorable a las pretensiones de la demanda (fls. 442-470, c.1), porque: (i) el contratista instaló equipos refaccionados, no acreditó la calidad de los elementos e hizo caso omiso a los requerimientos efectuados por la interventoría; (ii) el contratista incumplió el contrato, porque no entregó las obras en los períodos determinados en el plan de trabajo e inversiones aprobado por la entidad; (iii) el Incoder, desde la

adjudicación del contrato, definió el sitio donde se instalarían las obras, pues las cámaras de quiebre remplazarían los ya existentes y (iv) el Incoder podía imponer multas y declarar la caducidad del contrato, porque los actos demandados fueron expedidos antes del vencimiento de la etapa de liquidación.

4. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 9 de marzo de 2011 (fls. 475-492, c.ppal) accedió parcialmente a las pretensiones y decidió:

1°. Declarar la nulidad de la Resolución 0028 del 13 de enero de 2005 que impuso la caducidad del contrato 049 de diciembre 29 de 2003.

2°. Declarar la nulidad de la Resolución 682 del 11 de abril de 2005 que confirmó la Resolución 0028 del 13 de enero de 2005.

3°. Declarar la nulidad de la Resolución 1520 del 20 de septiembre de 2004 mediante la cual se impuso la multa al contratista.

4°. Declarar la nulidad de la Resolución 1998 del 29 de noviembre de 2004 que confirmó la Resolución 1520.

5°. Declarar de oficio la nulidad de la Resolución 1947 del 24 de octubre de 2005 que liquidó el contrato.

6° La liquidación del contrato 049 del 29 de diciembre de 2010 (sic) quedará así:

Valor del contrato		\$84.000.000
Valor ejecutado 21%		\$17.640.000
Anticipo por amortizar	\$21.000.000	
Menos labor ejecutada	\$17.640.000	
Saldo a favor de la entidad contratante	\$3.360.000	

QUINTO (sic): Negar las demás pretensiones.

El *a quo* declaró nulos los actos administrativos, al considerar que el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder- carecía de competencia, porque solo el juez administrativo tiene la facultad para imponer multas y la declaratoria de caducidad del contrato sólo puede ejercerse dentro del plazo de ejecución del mismo. No obstante, el Tribunal se pronunció respecto de los otros argumentos de la demanda, así:

1. El Incoder impuso la multa al contratista porque incumplió el plan de trabajo e inversiones establecido para el primer mes de ejecución y las cámaras de quiebre no funcionaban y declaró la caducidad del contrato porque su incumplimiento se estableció en un 79%, lo que calificó como grave.

2. El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder- definió desde el inicio de la ejecución del contrato el sitio donde se iban a rehabilitar las cámaras de quiebre y tenía determinada la ubicación de la estación de filtrado, sólo que la comunidad no autorizó su instalación.

3. El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder- realizó múltiples requerimientos al contratista por concepto de los repuestos obsoletos y dañados que instaló en las cámaras de quiebre, por la legalización del anticipo soportado con una factura no autorizada por la DIAN y por la elaboración de la estación de filtrado sin la inspección del interventor, ni del supervisor del contrato.

4. El contratista no fue engañado por el proveedor de los materiales de obra, pues, de conformidad con las certificaciones aportadas con la propuesta, cuenta con más de 10 años de experiencia y, por tal razón, debió seleccionar con diligencia al proveedor y utilizar materiales de primera calidad, no piezas antiguas, reconstruidas, mal armadas e incapaces de funcionar.

5. El contratista construyó la unidad de filtrado, en un lote ubicado en Soacha, sin la supervisión del interventor y sin allegar la información técnica, por lo que la interventoría no podía recibir la obra, dada la falta de garantías y,

6. El Incoder modificó unilateralmente la forma de pago, pues no tuvo más opción que recibir y pagar la obra, únicamente hasta que el contratista demostrara su terminación y funcionamiento.

Finalmente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró de oficio la nulidad de la Resolución 1947 del 24 de octubre de 2005, que liquidó unilateralmente el contrato 049 de 2003, por falta de competencia de la administración, porque el auto admisorio de la demanda se profirió el 19 de julio de 2005 y, por ello, procedió a realizar su liquidación. Para tal fin, el Tribunal, con fundamento en el acto administrativo de declaración de caducidad, estableció el incumplimiento del contratista en un 79%, razón por la cual solo le reconoció un 21% por concepto de obras ejecutadas, así:

<i>Valor del contrato</i>		<i>\$84.000.000</i>
<i>Valor ejecutado 21%</i>		<i>\$17.640.000</i>
<i>Anticipo por amortizar</i>	<i>\$21.000.000</i>	
<i>Menos labor ejecutada</i>	<i>\$17.640.000</i>	

Saldo a favor de la entidad contratante	\$3.360.000	
---	-------------	--

5. Los recursos de apelación

Las partes interpusieron recurso de apelación, así:

5.1. La demandante sustentó el recurso (fls. 498 - 521, c. ppal) con las siguientes razones:

a) Aunque el *a quo* declaró la nulidad de los actos administrativos reprochados por falta de competencia, no reconoció a la parte demandante los perjuicios causados durante su vigencia.

b) El Tribunal omitió el hecho de que el contratista celebró y ejecutó con éxito cinco contratos con la entidad estatal para realizar la ejecución de las obras para la rehabilitación de varios distritos de irrigación en pequeña escala, hecho que constituye un indicio suficiente para concluir que el problema no estuvo en el contratista sino en la arbitrariedad de la interventoría.

c) El Tribunal calificó el incumplimiento del contratista en un 79% y, por ello, concluyó "*que si era procedente declarar la caducidad*", pero no tuvo en cuenta los siguientes documentos que señalaban un porcentaje de ejecución del contrato en un 75%: (i) la solicitud de adición 1 al contrato suscrita por el interventor, en la cual estableció que la obra presentaba un avance físico del 70% y (ii) el Informe de Gestión de 2004 y el Plan de Acción de 2005 del Incoder, que señalaban que la ejecución del contrato correspondía a un 75%.

d) Adicionalmente, el Tribunal no realizó un análisis de las siguientes pruebas que demostraban el cumplimiento del contratista:

- El dictamen pericial, practicado dentro de la acción de tutela presentada ante el Tribunal Superior de Bogotá.
- El concepto rendido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros.
- El concepto técnico elaborado por la firma Valrex.
- . Los recursos interpuestos contra los actos administrativos demandados.
- . La Adición N° 1 al contrato del 23 de julio de 2004, la cual adicionó el plazo de ejecución en 30 días por falta de definición del sitio de instalación de la estación de filtrado y las cajillas prediales.

e) El Tribunal valoró el libro de bitácora presentado por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder- que no fue conocido por el demandante.

f) El Tribunal estudió parcialmente las pruebas lo que condujo a que no encontrara acreditada la falsa motivación de los actos administrativos, en tanto, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder- incurrió en las siguientes “*actuaciones unilaterales*”: (i) delegó la dirección, vigilancia y control del contrato al interventor; (ii) modificó unilateralmente la forma de pago que se estableció en el contrato; (iii) no entregó al contratista los diseños ni los planos completos para la obra; (iv) no definió los sitios destinados a la instalación de los elementos contratados; (v) exigió soportes documentales para la presentación de las respectivas cuentas de cobro, requisito que no se encontraba contemplado en las estipulaciones del contrato; (vi) no efectuó el recibo final de las obras ni canceló el valor de las mismas; (vii) la causa de los problemas de funcionamiento del sistema de riego obedeció a la falta de instalación de la estación de filtrado; (viii) desconoció la cláusula 19 del contrato de obra que estableció que las discrepancias que surgieren en la interpretación del contrato serían dirimidas por la Sociedad Colombiana de Ingenieros y (ix) requirió pruebas de concreto.

5.2. El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder, en la sustentación del recurso (fls. 493 – 497, c. ppal), argumentó: (i) la jurisprudencia vigente al momento de los hechos facultaba a la entidad estatal para imponer multas al contratista, en el momento en que lo hizo y, (ii) la entidad estatal podía declarar la caducidad del contrato hasta antes del vencimiento de la etapa de liquidación.

6. Trámite en segunda instancia

6.1. Los recursos de apelación fueron concedidos mediante providencia del 5 de agosto de 2011 y admitido por esta Corporación el 12 de diciembre siguiente (fl. 544, c. ppal). Asimismo, mediante auto del 3 de enero de 2012 se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 546, c.ppal).

6.2. Las partes del proceso, reiteraron, en síntesis, lo expuesto en los recursos de apelación (fls. 547–552 y 553-569, c. ppal).

6.3. El Ministerio Público conceptuó que se debe confirmar la sentencia apelada (fls. 571 - 577, c. ppal), porque el acto administrativo que impuso la multa al contratista fue expedido con anterioridad a la Ley 1150 de 2007.

III.- CONSIDERACIONES

La Sala estima necesario precisar que al presente asunto le resultan aplicables las reglas del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-, toda vez que la demanda se interpuso el 3 de mayo de 2005, vale decir, en vigencia de dicha norma y antes de que entrara en vigor la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que prescribe en el artículo 308 la regla de transición para procesos iniciados en vigencia del anterior estatuto, conforme a la cual los mismos se seguirán rigiendo por el Código Contencioso Administrativo.

1. Presupuestos procesales

1.1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2⁴ y 75⁵ de la Ley 80 de 1993. Así mismo, esta Corporación es competente en razón de la cuantía, pues a la fecha de presentación de la demanda -3 de mayo de 2005- la pretensión mayor debía superar los 500⁶ SMLMV, es decir, \$190'750.000⁷ y como en este caso equivale a \$333'333.333⁸, el proceso tiene vocación de doble instancia ante el Consejo de Estado.

⁴ El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder es una de las entidades estatales enunciadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

⁵ Artículo 75 de la Ley 80 de 1993: *“Del juez competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa (...)”*.

⁶ Cuantía para que un proceso contractual, presentado en el año 2005, tuviera vocación de doble instancia ante el Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 132 y 134E del CCA que remite al artículo 20 del CPC, que dispone que para determinar la cuantía debe tenerse en cuenta el valor de la pretensión mayor cuando se presenta acumulación de pretensiones.

⁷ Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo legal mensual vigente de 2005, esto es, \$381.500 por 500 SMLMV, de conformidad con lo establecido en el Decreto 4360 del 22 de diciembre de 2004.

⁸ En la demanda en el acápite *“VI. ESTIMACIÓN RAZONADA DELA CUANTÍA”* se estimó la cuantía en mil millones de pesos (\$1.000.000.000), así: *“De conformidad con el numeral 6° del artículo 137 del C.C.A., a la fecha de presentación de la demanda estimo la cuantía en aproximadamente MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$1.000.000.000), de acuerdo con los siguientes ítems: 1. Perjuicios causados por el incumplimiento del contrato por parte del INCODER. 2. Pérdida de la oportunidad que se concretan en los perjuicios causados por la*

1.2. La legitimación en la causa

La legitimación en la causa, en el caso de las controversias contractuales, la tienen en principio las partes que integran la relación jurídico contractual y, por lo tanto, pueden solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales; la existencia del contrato, su nulidad, revisión o incumplimiento; que se ordenen las restituciones consecuenciales; que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y se profieran otras declaraciones y condenas⁹.

En lo referente a la legitimación en la causa por activa se evidencia que el señor Carlos Orlando Becerra Castillo acudió a la administración de justicia con vocación procesal para obrar como demandante, toda vez que fungió como parte en el contrato de obra pública 049 de 2003, objeto de controversia.

Con respecto a la legitimación en la causa por pasiva, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder-, hoy liquidado-, ostentó vocación procesal para integrar el extremo demandado, por haber participado como entidad estatal contratante en el negocio jurídico sometido a debate.

Es de advertir que en el curso del proceso, esta Corporación mediante auto del 2 de febrero de 2017 (fl. 639, c. ppal) reconoció a la Agencia de Desarrollo Rural

inhabilidad para contratar por 5 años con el Estado, así como por la reciente obtención del aseguramiento de la calidad otorgada por BVQI. 3. Valor de obra ejecutada, además de la obra exigida por el Interventor y no contemplada en el contrato [...] ”. Como el valor total de la estimación de la cuantía es de mil millones de pesos (\$1.000.000.000), pero el demandante los discrimina en tres (3) ítems, cada uno equivale a \$333.333.333 que se obtiene de dividir el monto total de la cuantía en los tres ítems, por lo que el monto de cada una de ellas sería mayor a los 500 SMLMV exigidos en la norma.

⁹ El artículo 87 del C.C.A., dispone: “*De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.*

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil”.

como sucesora procesal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder-, entidad que fue liquidada mediante Decreto 2365 de 2015¹⁰.

1.3. Ejercicio oportuno de la acción

El término de caducidad del medio de control de controversias contractuales está regulado en el artículo 136 -numeral 10 del C.C.A.-.

Esta norma dispone que la contabilización del término de caducidad depende de si el contrato es susceptible o no de ser liquidado y, en tal caso, se tiene en cuenta si dicha liquidación se produjo o no, en forma bilateral o unilateral.

Según lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, la liquidación del contrato estatal se debe realizar en todos los contratos de tracto sucesivo, en aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y en los demás que lo requieran.

Ese mismo precepto legal establece que la liquidación se realizará de mutuo acuerdo, dentro del término fijado en el pliego de condiciones o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los 4 meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación o a la fecha del acuerdo que lo disponga. Por su parte, el artículo 61 *ibídem*, estableció que, en caso de no ser posible la liquidación bilateral porque no se llegue a un acuerdo o porque el contratista no se presenta, la liquidación será practicada unilateralmente por la entidad, mediante acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.

De acuerdo con lo expuesto, el contrato de obra pública 049 de 2003, por mandato del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 debió liquidarse, toda vez que era de tracto sucesivo. En efecto, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Incoder-, mediante Resolución 1947 del 24 de octubre de 2005 (fls. 31-35, c. 4) liquidó el contrato. Sin embargo, no consta que el acto administrativo de liquidación hubiera agotado el procedimiento de notificación a la parte actora, según lo dispuesto en los artículos 44¹¹ y 45¹² del C.C.A., con el fin de acreditar

¹⁰ “Por el cual se suprime el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones”.

¹¹ “Artículo 44. Deber y forma de la notificación personal. Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado (...). // Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección

que el contratista lo conoció oportunamente, ya que fue expedido un día antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, la cual tuvo lugar el 25 de octubre de 2005, por lo que fuerza concluir que el acto administrativo no le fue oponible al contratista a efectos de ejercitar en tiempo los recursos legales y, en ese orden, poder habilitar al administrado para demandar el acto administrativo en sede judicial.

Lo anterior se corrobora por la circunstancia de que, con posterioridad a la fecha del acto de liquidación -24 de octubre de 2005- el demandante reformó la demanda el 23 de noviembre de 2005 (fls. 124-175, c. 3) y en dicha ocasión no dio cuenta de tener conocimiento de la referida decisión, a tal punto, que una de las pretensiones fue, precisamente, que se liquidara el contrato (5.5.).

En estos términos, la Sala considera que la liquidación unilateral del contrato 049 de 2003 no le es oponible al contratista, por lo que no se tendrá en cuenta para el cómputo del término de caducidad, puesto que, se repite, la entidad estatal no acreditó el cumplimiento de los requisitos de notificación de la Resolución 1947 del 24 de octubre de 2005 y, en consecuencia, dicho acto administrativo no surtió efectos jurídicos de conformidad con lo establecido en el artículo 48 del C.C.A., que reza:

Falta o irregularidad de las notificaciones: Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales (...).

En este orden de ideas, en el presente asunto, el referente legal para el cómputo del término de caducidad, se encuentra previsto en el numeral 10 literal d) del artículo 136 del C.C.A. que dispone:

En los que requieran de liquidación y esta 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 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.

que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío de la citación se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto (...).

¹² “Artículo 45. Notificación por edicto. Si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutive de la providencia”.

Para este efecto, se tendrá en cuenta la fecha en que se incumplió la obligación de liquidar el negocio jurídico que ocupa la atención de la Sala para, a partir de entonces, precisar la fecha en que empezó el respectivo cómputo.

En este orden de ideas, el plazo inicial previsto en el contrato de obra pública 049 de 2003 fue de 4 meses, los cuales, según el acta de inicio, se contabilizaron desde el 23 de marzo de 2004 hasta el 23 de julio de ese mismo año (fls. 114-116, c. 5; 114-115, c. 7 y 379-380, c. 8).

Durante la ejecución del contrato dicho plazo fue adicionado en dos ocasiones así:

- Adición N°. 1 del 23 de julio de 2004: amplió el plazo del contrato en 30 días contados a partir del 23 de julio de 2004, fecha en la cual terminó el plazo inicial (fls. 7-8, c.4, 117-118, c.5 y 7), es decir, hasta el 23 de agosto de 2004.

- Adición N°. 2 del 20 de agosto de 2004 que en la cláusula primera amplió el plazo del contrato en 30 días, contados a partir del 23 de agosto de 2004, fecha en la cual terminó el plazo de la primera adición (fls. 9-10, c.4), es decir, hasta el 23 de septiembre siguiente.

Es así que, el negocio jurídico terminó su plazo de ejecución el 23 de septiembre de 2004 y, al día siguiente, tal como se dispuso en la cláusula vigésima cuarta¹³, empezó a correr el término para liquidarlo.

Lo anterior significa que entre el 24 de septiembre de 2004 y el 24 de enero de 2005, las partes podían liquidar bilateralmente el contrato y desde el 25 de enero al 25 de marzo de ese mismo año, la entidad contratante tenía la facultad para liquidarlo unilateralmente.

En este orden de ideas, como el contrato 049 de 2003 no fue objeto de liquidación por mutuo acuerdo ni unilateral por parte de la administración, el término de 2 años que tenía la parte demandante para presentar la demanda, de conformidad con la norma transcrita, corrió del 26 de marzo de 2005 al 26 de marzo de 2007 y, como la demanda se presentó el 3 de mayo de 2005, no operó el fenómeno preclusivo de la caducidad.

¹³ “Cláusula vigésima cuarta. Liquidación: Dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del presente contrato o a la expedición del acto administrativo que declare su caducidad u ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que lo disponga, se procederá a la liquidación del contrato, de conformidad con los Artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993”.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta los hechos probados y los términos de la apelación, deberá la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿La entidad estatal incumplió sus obligaciones y esto impidió al contratista cumplir las propias o este fue el que incumplió?

(ii) ¿La Resolución 1520 del 20 de septiembre de 2004 que impuso una multa y fue confirmada por la Resolución 01998 del 29 de noviembre de 2004, y la Resolución 00028 del 13 de enero de 2005 que declaró la caducidad del contrato y fue confirmada por la Resolución 00682 del 11 de abril de 2005 son nulas por falta de competencia, falsa motivación, desconocimiento del derecho al debido proceso y desviación de poder?

3. El contrato de obra pública 049 de 2003 y su régimen jurídico

El 29 de diciembre de 2003, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -Incoder- y el señor Carlos Orlando Becerra Castillo suscribieron el contrato 049 para beneficiar con un sistema de riego a 300 familias cuyo sustento se deriva de la producción de tomate de árbol, arveja, cebolla de bulbo, frijol, mora y frutales, entre otros, a través de la modernización del distrito de irrigación con la implementación de una estación de filtrado, cámaras de quiebre de presión y un sistema predial que permitiera optimizar su operación, utilización eficiente y eficaz del curso del agua, mejorar la calidad e incrementar el volumen de la producción y brindar a los campesinos la posibilidad de entrar a competir en los mercados.

En tal virtud, en el objeto del contrato –cláusula primera- se estableció que el contratista ejecutaría las obras para la rehabilitación del distrito de irrigación en pequeña escala Albesa, ubicado en el municipio de Pasca, departamento de Cundinamarca, oficina de enlace territorial N° 7, a precios unitarios fijos, con base en los términos estipulados en el mismo y en las especificaciones técnicas contenidas en los documentos del contrato que se mencionan en la cláusula

segunda¹⁴; por valor de \$84.000.000 (cláusula cuarta) y con un término de duración de 4 meses (cláusula tercera).

El objeto de la obra comprendía los ítems de construcción de cinco cámaras de quiebre (Tipo I, válvulas de 8", 6" y 4" y, Tipo II, válvulas de 2"), tres cajillas prediales, una estación de filtrado (capacidad de 100 LPS, incluye caseta), concreto de 2500 psi, concreto ciclópeo de 2500 psi, excavación en material común, excavación en roca y relleno compactado con material de excavación.

Además se señaló que la ejecución de cada ítem incluía actividades tales como el suministro, transporte, instalación, mano de obra, equipos y construcción de todos y cada uno de los elementos que lo comprenden, de acuerdo a los planos entregados por el Incoder (numeral 17.1, 18.1 y 20.1 de las especificaciones técnicas¹⁵).

Ahora bien, como el contrato de obra pública 049 se celebró el 29 de diciembre de 2003, su régimen jurídico es el previsto en la Ley 80 de 1993, razón por la cual será bajo este régimen y las estipulaciones contenidas en él que se estudiará el litigio que se originó con ocasión de su ejecución. Lo anterior, en armonía con las estipulaciones contenidas en la solicitud de oferta¹⁶, en el cual se señaló que el contrato se regiría por la ley *ibídem* y las condiciones del contrato de préstamo 863/OC-CO con el BID¹⁷.

¹⁴ De conformidad con la cláusula segunda, son documentos del contrato: a) la oferta presentada por el contratista para la ejecución de los trabajos; b) las solicitudes de oferta y sus adendas; c) las especificaciones técnicas de construcción del INCODER; d) las modificaciones que el INCODER haga a las especificaciones; e) las actas y órdenes impartidas por la interventoría; f) las garantías constituidas a favor del INCODER y, g) los demás documentos generados en desarrollo del contrato.

¹⁵ *Numeral 17.1. Descripción Cajillas Prediales: El presente ítem, incluye el suministro, el transporte, la instalación de las diferentes partes que forman el elemento constitutivo de las Cajillas del Sistema Predial (válvulas, registros, caja en concreto reforzado, tapas, sistemas de seguridad, acoples y demás accesorios necesarios), concretos, acero de refuerzo, drenaje, de acuerdo a los planos entregados al proponente por el INCODER.*

Numeral 18.1. Descripción Cámaras de Quiebre de Presión: El presente ítem, comprende el suministro, transporte, instalación, mano de obra, equipos, construcción, de todos y cada uno de los elementos que comprenden la cámara de quiebre, en un todo de acuerdo con los planos suministrados. En aquellos puntos en que la tubería o parte de ella queda sometida a presiones mayores que la que soportaría determinada clase de tubería. Son estructuras y equipos destinados a reducir la presión relativa a cero (P se anula) y mantener las condiciones de operación de aguas arriba, de todo el sistema de riego.

Numeral 20.1. Descripción Estación de Filtrado: El presente ítem, comprende el suministro, transporte, instalación, mano de obra, equipos, construcción de caseta, de todos y cada uno de los elementos que comprenden la estación de filtrado, en un todo de acuerdo con los planos suministrados, y/o lo indicado por el interventor, y será aprobado por este.

¹⁶ Numeral 2.7.

¹⁷ El contrato de préstamo referido no reposa en el expediente.

4. El incumplimiento contractual

La parte actora sostuvo que la entidad demandada incurrió en el incumplimiento de sus obligaciones y con ello le ocasionó los perjuicios cuya indemnización reclama; por lo que procederá la Sala a analizar el acervo probatorio obrante en el proceso, previas las siguientes consideraciones, en relación con los medios de prueba aportados al plenario:

4.1.1. Dictamen pericial

El demandante aportó con la demanda un dictamen pericial practicado en el trámite de la acción de tutela que interpuso contra el Incoder (folios 293-326 y 420-452, c. 5; 282-315, c. 7; 29-62, c. 9; 75-108, c. 6) por violación al derecho fundamental al debido proceso. La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 1° de febrero de 2005, confirmó la decisión de primera instancia, en el sentido de negar la solicitud de tutela.

El mencionado dictamen pericial fue rendido por un ingeniero civil (fl. 410, c. 5) quien, con fundamento en la documentación que obraba en el expediente de tutela y la suministrada por el señor Carlos Orlando Becerra Castillo, en visitas al sitio de la obra y al predio donde se encontraba ubicada la estación de filtrado y en entrevistas al fontanero y al presidente de la asociación de usuarios del distrito de Albesa, absolvió el cuestionario formulado por el demandante, así:

(i) Cámaras de quiebre: el perito señaló que visitó el sitio de las obras los días 29 y 31 de enero de 2005 y solo inspeccionó las *“cámaras de quiebre frente a la cárcel del INPEC y la cámara situada donde Garay”* y no las demás, porque el fontanero le informó que funcionaban correctamente: *“no inspeccioné las demás porque el Sr. fontanero me informó que estaban trabajando correctamente y no había necesidad de visitarlas”*. También visitó el sitio denominado “El Trébol” ubicado en el Municipio de Soacha, en donde el *“ing. Carlos Becerra me mostró una estación de filtrado de 100 LPS y tres conjuntos de elementos que conforman tres cajillas prediales”*.

Con fundamento en las visitas y entrevistas al fontanero y al presidente del distrito de riego Albesa, el perito concluyó respecto de las cámaras de quiebre de presión, que se encontraban funcionando correctamente. Al respecto, indicó:

En visita realizada al Distrito de riego Albesa en el Municipio de Pasca (...) y en conversación con el fontanero del distrito de riego [...], con el presidente del Distrito de riego [...], con el Sr. Contratista [...], y lo observado en las cámaras de quiebre inspeccionadas (Una frente a la cárcel del INPEC y la otra más abajo en el Predio de Garay, no se visitaron las demás debido a que el fontanero dijo que esas estaban funcionando “como un relojito”; apreciación confirmada por el [...] Presidente del Distrito de riego visitado) el comentario del fontanero fue que de las cinco cámaras construidas por el ing. Becerra cuatro están en perfecto funcionamiento y una, la que visitamos del frente a la cárcel no trabaja como las demás por las presiones tan altas que se dan en ella, que para mejorar su funcionamiento le quitó el elemento del filtro ‘Y’ - se constató en el manómetro que tiene la válvula de control de nivel, el cual marcaba una presión de 180 psi. Además dijo que la cámara localizada en el sitio el cultivo, en este momento la tiene en paso directo debido a que como la salida de la cámara está en 6”, el tanque de la cámara se desocupa muy rápido y la tubería toma aire, que realmente esta cámara no se necesitaba. Estos comentarios fueron ratificados por el presidente del distrito, quien agregó que ellos no necesitan estación de filtrado.

En mi concepto, con lo observado y lo escuchado considero que las cámaras en general sí están funcionando adecuadamente. En la cámara frente a la cárcel falta regulación de presión.

(ii) Sistema de riego: el perito concluyó, después de su visita al sitio, que el sistema de riego funcionaba:

[E]staba funcionando debidamente. Vi muchos aspersores funcionando perfectamente, no se me hizo comentario alguno sobre el riego por goteo. No hubo comentario alguno sobre funcionamiento inadecuado del sistema, excepto que la cámara de quiebre localizada frente a la cárcel requiere atención permanente del fontanero debido a que su nivel sube y rebosa. Se requiere de una permanencia de varios días en el sitio para evaluar la necesidad de la estación de filtrado. Nuevamente, el presidente del distrito reitera que allí no necesitan estación de filtrado.

(iii) Estación de filtrado: el perito afirmó que la misma estaba construida en un 100% y que para su funcionamiento se encontraba pendiente “las conexiones a la conducción del agua que requiere filtrado y las arenas que conforman el medio filtrante. El Ing. Becerra me comenta que las arenas se colocan cuando la estación se instale en el lugar donde va funcionar”.

Ahora, en relación con el valor comercial de la estación de filtrado, el perito con fundamento en cinco (5) cotizaciones de diferentes empresas expedidas en el mes de marzo de 2004, en el costo comercial de la estación de filtrado vigente para el año 2005 y en las dimensiones de la planta, determinó que era de \$46'050.100 y respecto del cálculo de los costos reales de la obra, el perito indicó que corresponde a la suma de \$106.720.100, discriminados así:

DESCRIPCIÓN	UNIDA D	OBRA EJECUTAD A	Vr. UNIT.	Vr. TOTAL
Concreto 2500PSI (caja de fondo)	M3	2.80	\$ 450.000	\$ 1.260.000
Excavación en material común	M3	105,00	\$ 20.000	\$ 2.100.000
Relleno compactado con material excavación	M3	65,00	\$ 20.000	\$ 1.300.000
CÁMARA DE QUIEBRE TIPO IGUALDAD (Válvulas de 4")	UN	5,00	\$ 10.000.000	\$ 50.000.000
Diseño estación de filtrado para 100 LPS	GB	1,00	\$ 3.000.000	\$ 3.000.000
Demoliciones cámaras existentes	GB	5,00	\$ 100.000	\$ 500.000
Suministro e instalación tuberías accesorios PVC	GB	1,00	\$ 500.000	\$ 500.000
Suministro e instalación manómetros glicerina	UN	5,00	\$ 90.000	\$ 450.000
Estación de filtrado para 100 LPS, sin caseta	UN	1,00	\$ 46.050.100	\$ 46.050.100
Suministro elementos cajillas Prediales	UN	3,00	\$ 520.000	\$ 1.560.000
VALOR OBRA EJECUTADA				\$ 106.720.100

En síntesis, el perito concluyó que el porcentaje de ejecución de la obra supera el 100% del valor del contrato -\$84'000.000-, en tanto el contratista ejecutó unos ítems no previstos pero que eran necesarios para el funcionamiento de la obra contractual -demoliciones cámaras existentes, suministro e instalación de tuberías y accesorios PVC, suministro e instalación de manómetros glicerina- y que también hubo ítems que generaron mayor cantidad de obra, como por ejemplo, la estación de filtrado que presenta unas dimensiones mayores a las contempladas en los planos:

Los valores se tomaron de los consignados en el contrato para los ítems que aparecen en el contrato. Se encuentran ejecutados unos ítems no contractuales, que guardan relación con el objeto del contrato y que fue necesario que el contratista los ejecutara para el funcionamiento de la obra contractual.

(...)

Evaluando las cantidades de obra relacionadas en el contrato y las ejecutadas, según el ing. Becerra, éstas son mayores en el sentido que la estación de filtrado construida es de mayor tamaño al pedido en los planos. De otra parte hay ítems de contrato con mayores cantidades ejecutadas y también hay otros trabajos ejecutados que no se contemplan en el contrato como son las conexiones de las cámaras de quiebre al sistema de riego, las demoliciones de las cámaras que tenía el sistema anteriormente. Revisando el contrato, éstas no estaban previstas. Al efectuar un balance de lo ejecutado y lo dejado de ejecutar por falta de sitio para instalar la estación de filtrado y las cajillas prediales, el resultado es mayor al 100% del valor del contrato.

La Sala precisa aclarar que el dictamen pericial practicado dentro de la acción de tutela y aportado con la demanda, fue rendido el 4 de febrero de 2005, esto es, tres días después de haberse dictado la sentencia de tutela de segunda instancia, por lo que tampoco cumple con el requisito de contradicción establecido en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, pues no se corrió traslado a las partes por tres días para que solicitaran complementación, aclaración o para que lo objetaran por error grave. Bajo este contexto, la Sala precisa que para que dicho dictamen pericial tuviera eficacia probatoria era necesario su traslado al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incode- para que ejerciera el derecho constitucional de defensa y de contradicción, condición que no se dio.

Por lo anterior, no puede ser valorado como prueba trasladada, porque no cumple con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto dispone que: *“Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella”*.

Es decir, en el presente asunto el dictamen aportado no puede ser valorado como prueba trasladada, pues no cumplió con los requisitos legales para ello, en tanto no se trasladó de un proceso a otro, el dictamen no se produjo a petición de la parte demandada ni se practicó con su intervención y no tuvo oportunidad de contradecirlo.

Por lo anterior, la Sala le dará valor de informe técnico o estudio técnico proveniente de un tercero, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 numeral 1° de la Ley 446 de 1998¹⁸ y el numeral 2° del artículo 277 del C.P.C. modificado por el artículo 27 de la Ley 794 de 2003¹⁹.

¹⁸ Ley 446 de 1998. *“Artículo 10. Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones se dará aplicación a las siguientes reglas: 1. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente”*

¹⁹ Código de Procedimiento Civil. *“Artículo 277. Documentos emanados de terceros. Salvo disposición en contrario los documentos privados de terceros sólo se estimarán por el juez (...). 2. Los documentos privados de contenido declarativo, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite ratificación”*.

Aclarado lo anterior, se observa que el informe rendido por el ingeniero designado para ello, estuvo basado en la información de terceros y no constató directamente las condiciones técnicas de los ítems de obra ni explicó las razones técnicas para basar sus conclusiones, lo que le resta credibilidad al experticio, ya que no refleja el concepto propio del experto sobre los puntos materia de análisis y no se encuentra debidamente fundamentado en documentos técnicos, sino en afirmaciones de terceros. En efecto, las conclusiones del ingeniero están fundamentadas en lo dicho por terceros, así:

- En lo relacionado con las cinco (5) cámaras de quiebre de presión, el experto inspeccionó solo dos (2) de ellas, en tanto consideró que no era necesario examinar las demás porque *“el fontanero dijo que esas estaban funcionando ‘como un relojito’; apreciación confirmada por el [...] Presidente del Distrito de riego”*.

- Sobre la estación de filtrado, concluyó que estaba construida y que para su funcionamiento solo faltaba la conexión a la conducción del agua que requiere filtrado y las arenas que conforman el medio filtrante; y que, respecto de este último componente *“el Ing. Becerra me comenta que las arenas se colocan cuando la estación se instale en el lugar donde va a funcionar”*.

- Conceptuó que el sistema de riego se encontraba en perfecto funcionamiento y que *“no se me hizo comentario alguno sobre el riego por goteo. No hubo comentario alguno sobre funcionamiento inadecuado del sistema”*.

En definitiva, las conclusiones a las que llegó el ingeniero no están sustentadas documentalmente ni dan cuenta de su concepto personal sobre los hechos materia de investigación, circunstancias que conllevan a que el informe carezca de eficacia probatoria y no resulte idóneo para demostrar los hechos en que se soportaron las pretensiones de la demanda.

4.1.2. Conceptos técnicos

El demandante, con el objeto de probar el cumplimiento del contrato de obra 049 de 2003, aportó varios conceptos técnicos proferidos por la empresa Valrex y la Sociedad Colombiana de Ingenieros, en los que se consignaron las siguientes conclusiones:

a) Informes expedidos por la empresa Valrex:

-. Informe del 26 de octubre de 2004 (fls. 205-209, c. 1, 259-263, c. 6; 232-235, c. 7; 19-23, c. 8), en el cual se refirió a las cámaras de quiebre y concluyó que para garantizar la calidad del agua se debía realizar un mantenimiento diario así como la implementación de la estación de filtrado.

-. Informe del 9 de noviembre de 2004 (fls. 236-238, c. 5; 27-29 y 264-266, c. 6 y 236-238, c. 7), en el cual reiteró la necesidad del mantenimiento diario de los filtros “Y” e instalación de la estación de filtrado, para garantizar el buen funcionamiento del sistema.

-. El informe del 19 de abril de 2005 (fls. 239-243, c. 5; 43-47, c. 6) en el cual reiteró lo expuesto en los anteriores informes y resaltó la importancia de instalar la estación de filtrado, por la calidad del agua.

b) Concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros del 31 de marzo de 2005 (folios 327-354, c. 5; 282-343, c. 7; 75-102, c. 9; 48-74, c. 6; 146-169, c. 6 y 96-119, c. 10), en el que concluyó que: (i) los planos y estudios técnicos suministrados por el Incoder para el desarrollo de la obra contratada eran insuficientes y se encontraban incompletos; (ii) el Incoder no definió la localización de las obras a construir; (iii) la estación de filtrado era necesaria para el distrito de riego, toda vez que mejora la calidad física del agua, el funcionamiento de las cámaras de quiebre e incrementa la vida útil de los accesorios; (iv) el contratista podía construir la estación de filtrado, y al momento de su entrega y puesta en funcionamiento, entregar los catálogos, garantías, cumplimiento de las normas correspondientes de cada elemento.

Al respecto, los informes privados expedidos por la empresa Valrex y la Sociedad Colombiana de Ingenieros aportados con la demanda, serán valorados de conformidad con lo establecido en el artículo 10 numeral 1° de la Ley 446 de 1998 y el numeral 2° del artículo 277 del C.P.C. modificado por el artículo 27 de la Ley 794 de 2003.

4.1.3. Copias simples

Se precisa señalar que las copias simples que se aportaron al proceso relevantes para el fallo, las cuales no fueron tachadas por los sujetos procesales, son susceptibles de valoración probatoria, a la luz de lo que al respecto señaló la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en la sentencia de

unificación jurisprudencial de 28 de agosto de 2013²⁰, en la cual se determinó, precisamente, que serían valorados los documentos aportados por las partes en copia simple que obraran a lo largo de la actuación sin ser tachados de falsos ni controvertidos por las partes.

Aclarados los anteriores aspectos probatorios, la Sala precisa que, en el presente asunto, las partes se imputaron mutuamente incumplimientos, por lo que resulta necesario establecer si se dieron los incumplimientos atribuidos al contratista, si la entidad incurrió en los que le imputa la parte actora y, en caso afirmativo, si tales incumplimientos de la entidad contratante fueron la causa directa del incumplimiento del contratista.

4.2. El contrato de obra pública 049 de 2003 y las obligaciones contractuales

Con fundamento en el análisis del acervo probatorio obrante en el proceso²¹, la Sala anticipa que el contratista incumplió gravemente sus obligaciones contractuales, en la medida en que, si bien construyó los ítems de obra -cinco (5) cámaras de quiebre de presión, tres (3) cajillas prediales y una (1) estación de filtrado-, nunca presentó la documentación exigida en las estipulaciones contractuales que permitiera a la entidad constatar el cumplimiento de las especificaciones técnicas, de calidad y garantías de los elementos contratados, requisitos necesarios para el recibo y pago de la obra contratada. Por el contrario, se evidenció una conducta irregular del contratista al momento de instalar los componentes que hacían parte de las cámaras de quiebre de presión, pues empleó elementos de segunda mano o reconstruidos. Circunstancia que hizo que el Incoder reforzara la exigencia de las facturas de compra y demás soportes pertinentes, a efectos de corroborar que, efectivamente, los elementos de obra instalados o fabricados fueran nuevos y de primera calidad.

La excepción de contrato no cumplido ha sido abordada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

Señala el artículo 1609 del Código Civil que 'En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos'.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022 CP: Enrique Gil Botero.

²¹ Como se verificará a lo largo de la presente providencia.

Sobre el precepto anterior la doctrina y la jurisprudencia han pretendido edificar la figura de la excepción de contrato no cumplido – exceptio non adimpleti contractus-, la cual tuvo su génesis en el derecho privado pero que será procedente en materia de contratos estatales única y exclusivamente cuando del incumplimiento de la administración, se genere una razón de imposibilidad de cumplir para la parte que se allane a ejecutar la prestación debida, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado.

En los demás eventos, como regla general el contratista estará obligado a cumplir las obligaciones, así se presente incumplimiento que no impida la ejecución. Tal postura se basa en la aplicación de cuatro fundamentos, a saber: que se trate de contratos sinalagmáticos, que el incumplimiento de la administración sea cierto o real, que tenga una gravedad ostensible y considerable que imposibilite el incumplimiento, y que quien la invoca no haya dado lugar al incumplimiento de la otra²².

La Sala resalta que, en el caso en estudio, no se acreditó la *exceptio non adimpleti contractus* alegada por el demandante, en razón de que para su aplicación y reconocimiento se requería, entre otros, que el incumplimiento de la administración se pudiera calificar como grave, de tal manera que generara una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista y, que las demás obligaciones por parte de quien la invocó, se encontraran cumplidas, o por lo menos existiera la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente; presupuestos que no se cumplieron, tal como se explica a continuación:

4.2.1. Delegación de la dirección, vigilancia y control del contrato al interventor

El demandante adujo que el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incodervulneró el artículo 14 numeral 1° de la Ley 80 de 1993, porque delegó la dirección del contrato e interpretación del mismo al interventor.

La entidad demandada arguyó que la administración pública se rige bajo las reglas generales de responsabilidad contractual de los negocios jurídicos bilaterales conmutativos y las reglas especiales contenidas en los artículos 52²³ y 53²⁴ de la Ley 80 de 1993, que tratan de la responsabilidad de los contratistas y

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de octubre de 2017, Exp. 53206; C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²³ Ley 80 de 1993. “Artículo 52. De la responsabilidad de los contratistas. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. // Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta ley”.

²⁴ Ley 80 de 1993. “Artículo 53. De la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores. Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente

los interventores, respectivamente, por lo que está permitido a la Administración contratar a un tercero para que garantice la adecuada ejecución del contrato.

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 consagra los medios que las entidades estatales pueden utilizar para el cumplimiento del objeto de contrato y de esta manera lograr los fines de la contratación. Esta norma establece, en el numeral 1°, que las entidades estatales, al celebrar un contrato, tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del mismo.

Para ejercer esta función la entidad estatal puede acudir a la colaboración de un interventor para que realice el control y vigilancia del acuerdo, dentro de los límites que le competen, puesto que su labor se encuentra limitada a la verificación, constatación, coordinación, supervisión, control y dirección de la ejecución del contrato y, en este sentido, actúa en nombre y representación de la entidad estatal; luego, la competencia para modificar alguno de los términos del negocio jurídico es exclusivo de las partes del contrato.

De acuerdo con lo preceptuado en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la interventoría es una especie del contrato de consultoría:

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos (...).

Esta misma normativa establece que las órdenes o sugerencias del interventor deben constar por escrito y deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato. Es decir, que la labor del interventor se orienta al cumplimiento de las obligaciones de un contrato celebrado por una entidad estatal, sobre el cual ejercerá el control y vigilancia del mismo.

tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría".

La Corte Constitucional, en sentencia C-037 de 2003²⁵ resaltó que el interventor es el encargado de vigilar el cumplimiento del contrato:

[P]ara la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.

(...)

[E]l interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

En este orden de ideas, el interventor, en cumplimiento de las labores de interventoría del contrato estatal, está obligado a realizar la función de control y vigilancia del convenio, en virtud del cual se le exige que, a nombre de la entidad, “(...) realice una inspección de las obras, imparta órdenes por escrito necesarias para el adecuado cumplimiento del objeto y con sujeción a los términos del contrato, solucione inquietudes, haga recomendaciones y sugerencias, pida cambios, evalúe y apruebe los trabajos, controle las cantidades de obra y su calidad, rechace las actividades inadecuadamente ejecutadas, requiera informes del cumplimiento de las obligaciones, revise las cuentas, etc.; en fin, resulta indispensable un contacto directo y permanente con el contratista y, sobre todo, con las obras y trabajos, así como el conocimiento exacto del avance físico, técnico, jurídico y financiero del objeto contractual”²⁶.

De modo que es jurídicamente viable que la entidad estatal encargue a un interventor la buena marcha del contrato, y de acuerdo con lo establecido en el inciso 2° del numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de consultoría tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de

²⁵ Sala Plena de la Corte Constitucional, sentencia del 28 de enero de 2003, exp. D-3982, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

A este propósito, importa resaltar que desde el mismo procedimiento de selección del oferente y en el propio texto del negocio jurídico, la entidad estatal había anunciado al contratista que la dirección, control y vigilancia del contrato de obra serían realizados a través de una interventoría o en su defecto por un funcionario del Incoder: (i) el contratista en la carta de presentación de la propuesta (fls. 21-89, c. 5 y 7; 300-378, c. 8) dispuso que “[e]n caso de resultar favorecido con la adjudicación me obligo a aceptar la interventoría o interventorías técnicas y/o administrativas en cabeza del INCODER o de quien esta determine”; (ii) en la cláusula segunda del convenio se estipuló que las actas y órdenes impartidas por la interventoría hacen parte integral de los documentos que integran y precisan el contrato; (iii) en la cláusula séptima acordaron que la vigilancia de la ejecución de las obras objeto contractual sería ejercida por medio de un interventor o por medio de un funcionario del Incoder.

En consecuencia, la reclamación del demandante en relación con que la entidad estatal era la obligada a ejercer exclusivamente la supervisión del contrato, no tiene fundamento, y no consta que el interventor haya ejercido atribuciones ajenas al cumplimiento de sus labores como tal.

La designación de un interventor para el control y vigilancia del contrato no constituyó un incumplimiento de la entidad que hubiera impedido al contratista la ejecución de las prestaciones a su cargo.

4.2.2. Modificación unilateral de la forma de pago

El actor señaló que el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder- modificó unilateralmente la cláusula quinta del contrato que estableció la forma de pago, porque, por un lado, varió el monto del anticipo, el cual se había contemplado en la solicitud de oferta SI-21-03-SO en un 50% del valor total del acuerdo y en la minuta se redujo a un 25% y, por otro lado, suprimió la presentación de actas de recibo parcial de obra por actas de recibo total, una vez los ítems del contrato –cinco cámaras de quiebre, tres cajillas prediales y una estación de filtrado- se encontraran debidamente construidos, instalados, probados y entregados en perfecto funcionamiento a la comunidad.

La entidad, por su parte, afirmó que las partes de común acuerdo modificaron en la minuta del contrato el monto del anticipo en un porcentaje del 25% sobre el valor del mismo.

En cuanto a las actas de recibo parcial, el Incoder indicó que el contratista nunca presentó un proyecto de acta de recibo de obras, además, la forma de pago que se pactó en el contrato estableció que para el pago se requería que las unidades se encontraran completas, terminadas y probadas, no obras inconclusas, defectuosas o de mala calidad.

En primer lugar, la Sala advierte que el contrato 049 de 2003 establece que hacen parte de él la solicitud de oferta, las especificaciones técnicas y la oferta del contratista, así:

SEGUNDA.- DOCUMENTOS DEL CONTRATO: Integran y precisan las condiciones de este contrato, los siguientes documentos: 1) La oferta presentada por el contratista para la ejecución de los trabajos, debidamente revisada por el INCODER; 2) Las solicitudes de oferta y sus adendas; 3) Las especificaciones técnicas de construcción del INCODER; 4) Las modificaciones que el INCODER haga a las especificaciones; 5) Las actas y órdenes impartidas por la interventoría; 6) Las garantías constituidas a favor del INCODER y 7) Los demás documentos generados en desarrollo del contrato.

La cláusula quinta del contrato señaló sobre la forma de pago, lo siguiente:

QUINTA.- FORMA DE PAGO: El INCODER cancelará los dineros al CONTRATISTA para la ejecución de las obras contratadas, así: 1) La suma de VEINTIÚN MILLONES DE PESOS (\$21.000.000) MONEDA CORRIENTE a título de anticipo correspondientes al veinticinco por ciento (25%) del valor del contrato, suma que será amortizada de las cuentas mensuales por concepto de actas de obra y facturas debidamente aprobadas por el interventor del contrato y Vo.Bo. del Jefe de la Oficina de Enlace Territorial. El anticipo será manejado en cuenta especial bancaria, abierta a nombre del proyecto, y su manejo será en forma conjunta entre el Contratista y el Interventor. Los rendimientos que llegaren a producir los recursos así entregados, pertenecen al Tesoro Nacional. PARÁGRAFO PRIMERO: Los pagos del presente contrato, estarán sujetos a la disponibilidad del Plan Anual de Cuentas –PAC-. El inicio de las actividades por parte del contratista, no estará condicionado a la entrega del anticipo. Del valor de cada uno de los pagos, el INCODER descontará un porcentaje igual al valor del anticipo entregado al CONTRATISTA, para efectos de amortización de la suma entregada en dicha calidad, incluyendo retenciones, impuestos, etc. de conformidad con lo ordenado por la ley, así como el valor de las multas y pena pecuniaria a que haya lugar. No obstante, en la última cuenta se realizarán los ajustes, retenciones y amortizaciones correspondientes. PARÁGRAFO SEGUNDO: Los dineros entregados en calidad de anticipo no podrán invertirse sino en la ejecución del objeto del presente contrato de conformidad con lo presentado en la propuesta, y no podrán destinarse a la especulación económica, ni distraerse en el pago de obligaciones diferentes

a las requeridas por la misma obra. En ningún caso podrán incluirse entre tales gastos los correspondientes al perfeccionamiento y/o legalización del contrato. Los dineros que se entreguen al CONTRATISTA conservarán la condición de fondos públicos y su mal manejo, el cambio de su destinación, o su apropiación indebida, darán lugar a las denuncias penales correspondientes y a hacer efectiva la garantía única de cumplimiento. PARÁGRAFO TERCERO: El contratista deberá presentar y radicar en la Tesorería del INCODER, dentro de los cinco (5) días siguientes a la terminación del mes calendario, el Acta mensual, firmada por el Contratista y el Interventor, correspondiente al mes inmediatamente anterior, en la que se incluirán los ítems de obra multiplicados por los precios unitarios respectivos, anexándole la respectiva factura de cobro. El INCODER desde la presentación en debida forma de la cuenta contará con un término de noventa (90) días para realizar el pago. En caso de presentación extemporánea de las cuentas no habrá lugar al pago de intereses. PARÁGRAFO CUARTO: En el contrato se entienden pactados a favor de las partes los intereses civiles corrientes. Los moratorios por consiguiente serán los civiles doblados. El monto de los intereses se determinará según lo establecido en el Decreto 679 de 1994. Los intereses se causarán a favor del CONTRATISTA a partir de los noventa (90) días de la radicación oportuna, en debida forma de la cuenta de cobro con los soportes correspondientes.

A su turno, la cláusula vigésima tercera, respecto del recibo de las obras dispuso lo siguiente:

RECIBO DE OBRAS: Dentro del plazo de entrega y no con menos de quince (15) días de antelación, el contratista deberá avisar al interventor la fecha y hora en que se entregarán las obras y se suscribirá el acta de recibo final. PARÁGRAFO: Con la radicación de la última acta de recibo de ejecución de la obra, el contratista deberá acompañarla del acta de recibo final, acta de recibo a satisfacción por parte de la comunidad, la póliza de estabilidad de las mismas, y el proyecto de acta de liquidación del contrato.

De conformidad con las cláusulas anteriormente mencionadas, la forma de pago se convino así: a) un anticipo equivalente al 25% sobre el valor del contrato; b) cuentas mensuales que incluyan los ítems de obra multiplicados por los precios unitarios estipulados en la propuesta y acompañadas de facturas de cobro con los soportes correspondientes, previa amortización del porcentaje correspondiente al anticipo y, c) cuenta final acompañada de la última acta de recibo parcial y del acta de recibo de la comunidad.

Como se presentó una discrepancia entre las partes en relación con las condiciones para efectuar el pago, la Sala analizará las cláusulas del contrato en armonía con lo establecido en la solicitud de oferta, para poder establecer el fin perseguido por las partes.

4.2.2.1. Anticipo

En la solicitud de oferta se estableció que el Incoder entregaría al contratista un anticipo equivalente al 50% del valor del contrato. Sin embargo, en el contrato 049 de 2003 (cláusula quinta), las partes acordaron que el Incoder entregaría por concepto de anticipo un 25% sobre el valor del contrato.

Al respecto, entiende la Sala que, si bien en la solicitud de oferta se estableció un anticipo del 50% sobre el valor del contrato, no obstante, el contratista aceptó voluntariamente, al firmarlo, recibir un anticipo del 25%, es decir, por un valor menor al indicado en la solicitud de oferta, por lo que, la Sala considera que la entidad estatal no modificó la forma de pago en relación con el porcentaje contractualmente establecido por concepto de anticipo.

4.2.2.2. Forma de pago

Las cláusulas quinta y vigésima tercera del contrato 049 de 2003 establecieron que, para realizar el pago, el contratista debía entregar a la entidad estatal informes mensuales y un informe final cuando se hiciera el recibo de las obras.

No obstante lo anterior, la Sala resalta que, una vez revisada la solicitud de oferta, existió diferencia entre la forma de pago dispuesta en el contrato de obra 049 de 2003 y la establecida en la solicitud de oferta SI-21-03-SO-. A este respecto, el contrato 049 de 2003 estableció la presentación de actas y pagos mensuales en los que se incluirían los ítems de obra multiplicados por los precios unitarios respectivos. Y en la solicitud de oferta, si bien se determinó la presentación de actas mensuales para amortizar el anticipo, entiende la Sala que la entidad haría un pago final una vez el contratante verificara la ejecución total del objeto contractual, por lo que el 25% del anticipo se amortizaba en dicha cuenta, tal como se pasa a explicar:

(i) El numeral 2.9 de la solicitud de oferta SI-21-03-SO estableció: *“VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO: El valor real del contrato será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por los precios unitarios pactados para cada una de ellas”*.

(ii) Las cantidades de obra y precios se encuentran descritos en el formulario N° 4 de la convocatoria que presentó el contratista con su propuesta, los cuales son:

Formulario N° 4 – Cantidades de obra y precios

ITEM	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	V. UNITARIO	V. TOTAL
5.3	Concreto 2500 PSI (Caja de fondo)	M3	1.00	\$450.000	\$450.000
5.5	Concreto Ciclópeo de 2.500 PSI	M3	1.50	\$340.000	\$510.000
2.1	Excavación en material común	M3	10.00	\$20.000	\$200.000
2.3	Excavación en roca	M3	2.00	\$100.000	\$200.000
3.1	Relleno compactado con material de excavación	M3	5.00	\$20.000	\$100.000
17	CAJILLAS PREDIALES	UN	3.00	\$640.000	\$1.920.000
18.1.1	CÁMARA DE QUIEBRE TIPO I (Válvulas de 8")	UN	1.00	\$10.000.000	\$10.000.000
18.1.2	CÁMARA DE QUIEBRE TIPO I (Válvulas de 6")	UN	1.00	\$10.000.000	\$10.000.000
18.1.3	CÁMARA DE QUIEBRE TIPO I (Válvulas de 4")	UN	1.00	\$10.000.000	\$10.000.000
18.2	CÁMARA DE QUIEBRE TIPO II (Válvulas de 2")	UN	2.00	\$10.000.000	\$20.000.000
20.1	Estación de filtrado para 100 LPS, incluye caseta	GLB	1.00	\$30.620.000	\$30.620.000
VALOR TOTAL OBRAS CIVILES					84.000.000

(iii) En los capítulos 17, 18 y 20²⁷ de las especificaciones técnicas se consagraron los requisitos técnicos y de calidad de los materiales de las cajillas prediales, cámaras de quiebre de presión y la estación de filtrado (numerales 17.2, 18.2 y 20.2), así como el procedimiento para realizar la instalación de los equipos y su conexión con el sistema de riego (numerales 17.3, 18.3 y 20.3).

Por su parte, los numerales 17.4, 18.4 y 20.4 de las especificaciones técnicas establecieron la forma de pago de las cajillas prediales, cámaras de quiebre de presión y la estación de filtrado, así:

CAPITULO 17. CAJILLAS PREDIALES

17.4. MEDIDA Y FORMA DE PAGO:

- MEDIDA:

Se ha tomado como la unidad de medida, la unidad instalada y en perfecto estado de funcionamiento y probada por el CONTRATISTA en conjunto con la interventoría de la obra.

²⁷ Únicamente obra en el proceso la información relacionada con los capítulos 17 al 20 de las especificaciones técnicas.

- PAGOS:

Las cajillas prediales instaladas, medidas en la forma indicada en el numeral anterior, serán pagadas al CONTRATISTA al precio unitario estipulado en el formulario de precios de la propuesta para este ítem. Este precio unitario constituirá la compensación total y única que recibirá el CONTRATISTA por el trabajo indicado en el numeral 17.1. de esta especificación.

ITEM DE PAGO UNIDAD

17.1 CAJILLA PREDIAL UN

CAPÍTULO 18. CÁMARAS DE QUIEBRE DE PRESIÓN

18.4. MEDIDA Y FORMA DE PAGO:

- MEDIDA:

Se ha tomado como la unidad de medida, la unidad construida y en perfecto estado de funcionamiento y probada por el CONTRATISTA en conjunto con la interventoría de la obra.

- PAGOS:

Las cámaras de quiebre construidas, medidas en la forma indicada en el numeral anterior, serán pagadas al CONTRATISTA al precio unitario estipulado en el formulario de precios de la propuesta para este ítem. Este precio unitario constituirá la compensación total y única que recibirá el CONTRATISTA por el trabajo prescrito en esta especificación.

ITEM DE PAGO:

ITEM	DESCRIPCIÓN	UNIDAD DE PAGO
18.1	CÁMARA DE QUIEBRE TIPO I (Válvulas de 3" a 6")	UND
18.2.	CÁMARA DE QUIEBRE TIPO II (Válvulas de D < de 3")	UND
18.3	CÁMARA DE QUIEBRE TIPO III (convencionales)	UND

CAPÍTULO 20. ESTACIÓN DE FILTRADO

20.4. MEDIDA Y FORMA DE PAGO:

- MEDIDA:

Se ha tomado como la unidad de medida, la estación construida y en perfecto estado de funcionamiento y probada por el CONTRATISTA en conjunto con la interventoría de obra.

- PAGOS:

La estación de filtrado construida, medida en la forma indicada en el numeral anterior, será pagada al CONTRATISTA al precio unitario estipulado en el formulario de precios de la propuesta para este ítem. Este precio unitario constituirá la compensación total y única que recibirá el CONTRATISTA por el trabajo prescrito en esta especificación.

ÍTEM DE PAGO UNIDAD

Esta normativa indicó que los ítems de obra serían cancelados una vez la unidad estuviera *“construida y en perfecto estado de funcionamiento y probada por el CONTRATISTA en conjunto con la interventoría de la obra”*.

No debe perderse de vista que la *“unidad de medida”* a que se hace alusión en la forma de pago exigía no sólo la construcción de cada unidad sino que también demandaba que el contratista garantizara que todas las unidades se encontraran probadas y en funcionamiento para su entrega a la interventoría y a la comunidad.

En este sentido, es importante aclarar en qué consisten las pruebas de funcionamiento a que se hace alusión y, para tal fin, es necesario remitirse a los numerales 17.3., 18.3 y 20.3 de las especificaciones técnicas, los cuales indican que las pruebas a los equipos serían realizadas por el contratista en la etapa de instalación, así:

17.3. Instalación Cajillas Prediales: Numeral 17.3. Instalación Cajillas Prediales: La instalación deberá hacerse, colocando los elementos de tal manera que no se presenten fugas para lo cual los accesorios deberán instalarse colocándoles sellantes o similar y teflón, y las abrazaderas o similar deberán sujetarse de tal manera que las roscas del tornillo y las estrías no se deterioren. El conjunto deberá probarse una vez el sistema de riego en su totalidad haya sido cargado y puesto en funcionamiento. Cuando se presenten desperfectos en el conjunto el CONTRATISTA a su cargo deberá inmediatamente reemplazarlo.

18.3. Instalación Cámaras de Quiebre de Presión: La construcción e instalación de válvulas y accesorios, deberá hacerse, en un todo de acuerdo con los planos suministrados y con la supervisión y aprobación del interventor. Los elementos deberán quedar debidamente anclados. Elemento o estructura que falle en alguna de las pruebas será inmediatamente reemplazado a cargo del contratista.

20.3. Instalación Estación de Filtrado: La construcción e instalación de equipos de la estación de filtrado, deberá hacerse, en un todo de acuerdo con los planos suministrados y con la supervisión y aprobación del interventor. Los elementos deberán quedar debidamente anclados. El conjunto deberá probarse individualmente, una vez construido, y posteriormente cuando el sistema de riego en su totalidad haya sido cargado y puesto en funcionamiento y será supervisado y aprobado por el interventor. Elemento o estructura que falle en alguna de las pruebas será inmediatamente reemplazado a cargo del contratista.

Es decir, cada uno de los ítems -cajillas prediales, cámara de quiebre y la estación de filtrado-, debía someterse a dos pruebas de funcionamiento, la

primera, individualmente -una vez construidas- y la segunda, todo los elementos -una vez cargado el sistema de riego-. Superadas las pruebas, se entendía que la obra se encontraba en perfecto estado de funcionamiento para ser recibida por el interventor.

Así las cosas, la Sala observa que, según la naturaleza y finalidad establecida en la solicitud de oferta, para la comprobación material de la ejecución del objeto contractual y posterior pago, se requería que todo el sistema de riego funcionara en conjunto, tanto así que en caso de que en alguna de las pruebas llegare a fallar algún elemento o estructura, estos debían ser inmediatamente reemplazados por el contratista.

Es de anotar que el hecho de que las distintas unidades técnicas estuvieran destinadas a construirse por separado no significaba que cada uno de esos ítems se pudiera tomar de manera aislada para su pago, puesto que de las estipulaciones técnicas se desprendía que para el pago de la obra se necesitaba verificar que el sistema de riego funcionara en conjunto, es decir, requería de la instalación de todos los ítems contratados.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, en conclusión, el contratista debía entregar a la entidad estatal con el informe final, la cuenta de cobro en la cual debía amortizar el 25% del valor del anticipo, una vez se comprobara el funcionamiento del sistema de riego en su totalidad. Más adelante, la Sala explicará los soportes documentales que debía entregar el contratista para validar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de calidad exigidos para la entrega del objeto contractual.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala advierte que en todo caso, no hubiera sido posible el pago de actas de recibo parcial, con el objeto de cancelar los ítems de obra individualmente, como lo solicitó el demandante, si se tiene en cuenta el programa de trabajo e inversiones que el mismo contratista elaboró.

El contratista presentó un programa de trabajos e inversiones²⁸, el cual, no fue aprobado por la Subgerencia de Infraestructura del Incoder, debido a que no

²⁸ *“Cláusula décima.- Programa de trabajo e inversiones: El contratista dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la fecha de perfeccionamiento del contrato, deberá presentar al interventor para su aprobación el Programa de Trabajo y deberá hacerle las correcciones o modificaciones que le exija la interventoría, en un lapso no mayor a cinco (5) días, contados a*

especificó de forma clara y precisa el plazo en que se ejecutarían las obras. En esta oportunidad, el Incoder le expresó que no era conveniente para el contratista programar para el último mes el mayor porcentaje de ejecución de obra, teniendo en cuenta que los ítems solo se podrían pagar una vez probados y puestos en funcionamiento (oficio del 15 de marzo de 2004, fls. 526-530, c. 5; 543-547, c.7).

En respuesta a este comunicado, el contratista mediante oficio del 16 de marzo de 2004 (fls. 531-533, c. 5 y 548-550, c. 7), confirmó a la entidad que ninguno de los ítems de obra requería de un plazo de 4 meses para su ejecución; no obstante, ese fue el plazo que se previó en el contrato. En este documento adjuntó el programa de trabajo e inversiones conforme a las recomendaciones del Incoder, así:

ITEM	ACTIVIDAD	%	MES 1	MES 2	MES 3	MES 4
17	CAJILLAS PREDIALES	2,29%		1,29%	1,00 %	
	Elaboración cajillas en concreto					
	S/I elementos sistema predial					
	Conexiones, pruebas y ajustes					
18	CÁMARAS DE QUIEBRE	59,51 %	10,00 %	20,00 %	20%	9,50%
	Excavaciones					
	Obra de concreto					
	Fabricación e instalación válvulas y accesorios					
	Conexiones, pruebas y ajustes					
20	ESTACIÓN DE FILTRADO	36,45 %	10,00 %	10,00 %	10,00 %	6,46%
	Localización y replanteo					
	Placa de piso					
	Fabricación tanques filtro					
	Fabricación múltiples de entrada, salida y retrolavado					
	Ensamble y montaje de estación					
	Conexiones, pruebas y ajustes					
	Caseta					
5.3	Concreto 2500 PSI	0,54%		0,54%		

partir de la fecha de la notificación. Una vez aceptado el programa de trabajo por la Subgerencia de Infraestructura sólo podrá variarse previa autorización de la misma. La orden de iniciación de labores no podrá darse si no se cuenta con el programa debidamente aprobado”.

5.5	Concreto Ciclópeo de 2500 PSI	0,61%				0,61%			
2.1	Excavación en material común	0,24%		0,24%					
2.3	Excavación en roca	0,24%		0,24%					
3.1	Relleno compactado con material excavación	0,12%					0,12%		
	INVERSIÓN MENSUAL %			20,48 %		32,44 %		31,12 %	15,96 %
	INVERSIÓN ACUMULADA %			20,48 %		52,92 %		84,04 %	100%
	TOTAL INVERSIÓN	100%							

La Sala observa que el contratista estableció en el programa de trabajo, el término y período en que ejecutaría cada actividad: el período comprendido entre el segundo y tercer mes del plazo contractual para la ejecución de las cajillas prediales y un término aproximado de 3 meses –es decir, casi la totalidad del plazo del contrato- para la ejecución de las cinco cámaras de quiebre y la estación de filtrado; estos dos últimos ítems comprendían el 95.96% del valor del negocio jurídico²⁹.

El contratista, además, en la comunicación ya referida del 16 de marzo de 2004, estimó que los ítems de obra se pagarían respecto de la unidad terminada y no sobre el porcentaje de ejecución de esa unidad de pago:

En lo relativo a la forma de pago, el INCODER definió el contrato como contrato de obra y condicionó pagos de cuentas mensuales por concepto de actas de obra. Si bien es cierto que todos los ítems corresponden a unidades no fraccionadas, comedidamente solicito se acepten porcentajes de avance para la facturación mensual, toda vez que el mismo contrato señala que el INCODER contará con un término de 90 días para realizar los pagos correspondientes, lo que advierte que la obra debe ejecutarse con recursos del contratista.

En la teoría general de los contratos, las cláusulas del negocio contractual se interpretarán unas por otras, dándoles a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad o por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de otra parte (artículo 1622 del C.C.) y, de otro lado, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras (artículo 1618 del C.C.).

²⁹ La Sala precisa que luego de aprobado el referido programa de trabajo, el Incoder mediante oficio del 19 de abril de 2004 (fls. 70-72, c. 4; 487-488, c. 5; 489-491, c. 7 y 76-78, c. 10), le informó al contratista que el programa de trabajo debía ser modificado. El contratista mediante oficio del 27 de abril de 2004 (fls. 490-491, 535-537 y 549-550, c.5; 493-496; 552-554 y 567-568, c.7 y 71-75, c.10), adjuntó el programa de trabajo “Revisión No. 3” conforme a los cambios solicitados por el Incoder. Sin embargo, no obra constancia en el expediente de que este programa de trabajo haya sido aprobado por el Incoder.

En definitiva, si bien el contrato hizo alusión a actas de recibo parcial, revisadas las especificaciones técnicas, las partes tenían claridad sobre la oportunidad en que se debía pagar cada uno de los ítems de obra, esto es, una vez construidas, instaladas, probadas y entregadas en funcionamiento a la interventoría.

4.2.3. Diseños y planos para la ejecución de la obra

El demandante señaló que los planos y diseños de las obras eran deficientes e incompletos, porque no correspondían con la realidad y con base en ellos adelantó las obras.

La Sala precisa que el objeto del contrato³⁰ y los documentos que hacen parte del mismo³¹ establecieron que la obra a ejecutar se realizaría de acuerdo a los siguientes documentos: (i) las especificaciones técnicas de la obra; (ii) los planos suministrados por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder- (numerales 17.1, 18.1 y 20.1), (iii) la propuesta y (iv) las actas y órdenes impartidas por la interventoría, entre otros.

Aunque el artículo 26.3 de la Ley 80 de 1993 señala que las entidades estatales responderán cuando hubieran abierto licitaciones sin los estudios, diseños o planos pertinentes o cuando estos hubieran sido elaborados de forma incompleta, confusa o ambigua, lo cierto es que, en el presente caso el contratista, en su calidad de proponente no efectuó observaciones o preguntas en relación con las especificaciones técnicas y planos incluidos en la solicitud de oferta.

A pesar de que el contratista conoció desde el inicio los documentos anteriormente señalados, está acreditado que en el período comprendido entre la suscripción del contrato y la firma del acta de inicio, el contratista solicitó a la

³⁰ “Cláusula primera. Objeto: EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar las obras (...) en estricta concordancia con las especificaciones técnicas contenidas en los documentos del contrato que se mencionan en la Cláusula Segunda”.

³¹ “Cláusula segunda. Documentos del contrato: Integran y precisan las condiciones de este contrato, los siguientes documentos: 1) La oferta presentada por el contratista para la ejecución de los trabajos, debidamente revisada por el INCODER; 2) Las solicitudes de oferta y sus adendas; 3) Las especificaciones técnicas de construcción del INCODER; 4) Las modificaciones que el INCODER haga a las especificaciones; 5) Las actas y órdenes impartidas por la interventoría; 6) Las garantías constituidas a favor del INCODER y 7) Los demás documentos generados en desarrollo del contrato”.

interventoría información detallada de: (i) las memorias de cálculo³²; (ii) los planos para la construcción de una estación de filtrado de 100 litros por segundo (LPS)³³; (iii) especificaciones sobre las características de la estación de filtrado – con o sin filtros mallas y válvula reguladora y capacidad³⁴ - y el diámetro de las válvulas de las cámaras de quiebre³⁵.

La interventoría dio respuesta a las inquietudes del contratista, así: (i) los planos y especificaciones técnicas entregadas dan cuenta de la forma en que el contratista debe construir la estación de filtrado³⁶; (ii) la solicitud de oferta estableció las especificaciones técnicas para la estación de filtrado con un caudal de salida para agua tratada de 100 litros por segundo (LPS)³⁷ y (iii) el tipo de cámara de quiebre para unas “válvulas de 8 pulgadas” debe conservar el diseño de la “cámara tipo I”³⁸ y la unificación del diámetro de las mismas a 4”³⁹.

Con fundamento en lo anterior, la Sala observa que, desde el proceso de selección, el oferente conoció y aceptó los planos y las especificaciones técnicas elaborados por la entidad para ejecutar el objeto del negocio jurídico y fue con base en esta información que el actor estructuró su propuesta y dio origen a la celebración del contrato 049 de 2003, pues está probado que la entidad estatal entregó al contratista los planos de construcción de los ítems de obra y especificaciones técnicas que hicieron parte de la solicitud de oferta, en tanto no obra prueba en el plenario en sentido contrario; documentos que, según se lee en la carta de presentación de la propuesta del señor Carlos Orlando Becerra Castillo, declaró que los conoció y aceptó en su integridad.

Así las cosas, extraña a la Sala la conducta que asumió el contratista desde la celebración del contrato 049 de 2003, puesto que, según las comunicaciones cruzadas con la interventoría, las dudas que presentó fueron por causa de la aparente contradicción entre los planos de construcción y las especificaciones técnicas; documentos que, se insiste, fueron puestos a su disposición desde la convocatoria pública y fueron el referente para que elaborara su propuesta, sin hacer, hasta ese momento, reproche alguno.

³² Oficio de 9 de febrero de 2004 (fls. 466-467, c. 7 y 94-95, c. 10).

³³ Oficio del 24 de febrero de 2004 (fls. 470-471, c. 5 y 7).

³⁴ Oficio del 12 de marzo de 2004 (fls. 472-474, c. 5 y 7).

³⁵ Oficio del 15 de marzo de 2004 (fls. 512, c. 5 y 525, c. 7).

³⁶ Oficio del 19 de febrero de 2004 (fls. 468-469, c. 5 y 7).

³⁷ Oficio del 15 de marzo de 2004 (fls. 475-477, c. 5 y 7).

³⁸ Oficio del 17 de marzo de 2004 (fls. 478 y 509, c. 5; 478-479 y 521-522, c. 7).

³⁹ Oficio del 19 de abril de 2004 (fls. 70-72, c. 4; 487-488, c. 5; 489-491, c. 7 y 76-78, c. 10)

En este sentido, el demandante no probó que las condiciones técnicas y los planos presentados en el proceso de selección no hayan sido entregados por la entidad estatal después de celebrado el contrato de obra. Así como tampoco quedó acreditado en el plenario que haya solicitado a la interventoría aclaración técnica de las especificaciones y los planos, y que esta no haya dado respuesta oportuna a sus requerimientos.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que si bien la entidad pública en las especificaciones técnicas estableció unos parámetros prototipo en torno a los elementos que componen las unidades de obra, las especificaciones técnicas definitivas de estos ítems eran de cargo del contratista, porque eran proporcionados por los fabricantes de los equipos de riego que para tal fin él escogiera; y en tal sentido debió estructurar su propuesta, porque, para el desarrollo del contrato 049 de 2003, esta obligación fue asignada directamente al contratista desde la solicitud de oferta y debía considerar esos lineamientos.

En relación con el cambio del diámetro de las válvulas de las cámaras de quiebre de presión, relacionado con la unificación del diámetro de las válvulas de quiebre a 4", diferente a lo contemplado en el contrato de obra, el cual señaló un diámetro de las válvulas de 2" 4" 6" y 8". Este cargo de incumplimiento no tiene vocación de prosperidad, toda vez que, si se hubiera producido un cambio en los planos o especificaciones técnicas, dicho cambio no se traduciría en un incumplimiento contractual de la entidad, pues estaba contractualmente autorizada por la cláusula octava⁴⁰ del negocio jurídico para introducir modificaciones técnicas.

Es menester recordar que la responsabilidad de planeación se encuentra en cabeza de todos los actores que intervienen en la actividad contractual, es así que a la luz de lo establecido en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la

⁴⁰ "CLÁUSULA OCTAVA.- PLANOS, PROYECTOS, NORMAS Y ESPECIFICACIONES: Durante la ejecución del contrato en cualquier tiempo el INCODER podrá establecer los cambios que a su juicio sean necesarios y convenientes tanto en los planos, como en las normas y especificaciones técnicas. PARÁGRAFO: Los cambios que sólo aumenten o disminuyan las cantidades de obras indicadas en el formulario de precios, no darán lugar a modificaciones en los precios unitarios y la obra ejecutada se pagará de acuerdo con las cantidades modificadas previa autorización del Gerente General o su delegado a través de un acta de compensación, o de mayores cantidades de obra, sin modificar los precios unitarios inicial y el objeto del contrato".

jurisprudencia del Consejo de Estado⁴¹ ha manifestado que los particulares que celebran y ejecutan contratos con las entidades estatales colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones, y por consiguiente, de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración, puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planeación que adviertan para que sean subsanadas, sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse. Mucho menos podrán pretender los contratistas, en este último caso, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos.

En síntesis, el contratista se encontraba en la obligación de estructurar con seriedad su oferta, la cual elaboró con base en las especificaciones técnicas y planos suministrados por el Incoder; razón por la cual no es de recibo que el contratista al momento de iniciar la ejecución del contrato alegue que no le entregaron los datos necesarios para cumplir con el objeto contractual.

Por último, entiende la Sala que las dudas técnicas descritas por el contratista, se superaron y conjuraron con la suscripción del acta de inicio el 23 de marzo de 2004⁴², por cuanto en ella se lee:

Se deja constancia que el CONTRATISTA ha inspeccionado y recibido personalmente los planos de construcción y ha visitado las zonas donde se adelantarán las obras objeto del contrato y que expresa su conformidad con el estado de los mismos y demás condiciones locales, y que el equipo, maquinaria y herramientas se encuentran en perfecto estado de funcionamiento.

En conclusión, con los anteriores medios probatorios se logra establecer que el contratista debió ceñirse a las bases previstas en la solicitud de oferta, especificaciones técnicas y planos propuestos en la convocatoria, en tanto era su deber estudiar, preparar y presentar su oferta con base en esa fuente de información y, si era del caso, presentar las observaciones correspondientes, porque éstos podían o debían ser ajustados en el proceso de selección.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de abril de 2013, exp. 27315, C.P. Jorge Orlando Santofimio Gamboa.

⁴² Folios 114-115, c. 5 y 7; 379-380, c. 8.

Súmese a lo anterior que, de conformidad con el acta de inicio, el contratista la suscribió y manifestó su conformidad con los planos de construcción que le fueron entregados, es decir, que los consideró adecuados y suficientes para la ejecución de las obras a su cargo.

No hay duda de que nadie puede alegar su propia culpa, razón por la cual para la Sala resulta jurídicamente inadmisibles que en la etapa posterior a la celebración del contrato exprese su desacuerdo o sorpresa con los datos allí consignados.

4.2.4. Localización de los elementos contratados

La demanda afirmó que el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder- no entregó planos de localización de las obras ni tampoco definió su ubicación durante el desarrollo del contrato y que este incumplimiento imposibilitó la instalación de los elementos contratados una vez estuvieron construidos y que el plazo del contrato fuera adicionado en dos oportunidades.

Por el contrario, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder- argumentó que la localización de los ítems de obra fue definida durante el desarrollo de la ejecución del contrato, puesto que se trataba de un programa de rehabilitación que consistía en reemplazar los elementos ya existentes.

Está probado que la entidad estatal inició el proceso de selección de contratista sin contar con los predios, permisos, licencias y demás requisitos de gestión predial donde se instalarían los ítems de obra del contrato 049 de 2003 -cinco (5) cámaras de quiebre, tres (3) cajillas prediales y una (1) estación de filtrado-, tal como se desprende de los siguientes documentos:

1. En las especificaciones técnicas se estableció de forma precaria la ubicación y ruta de acceso al sitio de las obras, así:

3. CONDICIONES TÉCNICAS

UBICACIÓN

El proyecto se localiza en jurisdicción de las veredas de Alto del Molino, Betel, Saucos, El Molino, Guchipas y El Zaqué, - Municipios de Pasca y Fusagasugá, Departamento de Cundinamarca.

RUTA DE ACCESO

Para llegar al sitio de las obras se toma la carretera Bogotá, Fusagasugá. De la cabecera municipal al oriente por carretera pavimentada en la vía que de Fusagasugá conduce a Pasca, a unos 7 Km se encuentra el proyecto.

También refirió una visita opcional al sitio de las obras:

1.10. VISITA AL SITIO DE LAS OBRAS

La visita al sitio de las obras NO ES OBLIGATORIA, sin embargo los Proponentes interesados, podrán realizarla en la fecha que se defina el día del sorteo.

La no visita al sitio de las obras no exime al Oferente de su responsabilidad de conocer los detalles, obtener la información necesaria y las condiciones de la zona en la cual se realizarán los trabajos, y la no asistencia no será considerada válida para reclamos posteriores.

2. Los oficios cruzados entre las partes desde la celebración del contrato con el fin de precisar la ubicación de las cámaras de quiebre⁴³, la estación de filtrado⁴⁴ y las cajillas prediales.

3. Los oficios de la interventoría informando al contratista del sitio de ubicación de la unidad de filtrado, el cual sería *“en el terreno localizado a la salida de la tubería de 10” del paso elevado y adyacente a la cámara de quiebre de presión que se encontraba allí instalada”*⁴⁵.

4. Las comunicaciones entre la interventoría y el presidente del distrito de riego de Albesa sobre la negociación del predio⁴⁶ para la construcción de la estación de filtrado y, las solicitudes del contratista⁴⁷ a la interventoría respecto de la ampliación del plazo por no haberse definido ni negociado el predio en donde se

⁴³ Oficios del 12 de marzo de 2004 (fls. 510-511, c. 5; 523-524, c. 7; 67-68, c. 10); oficio del 19 de abril de 2004 (fls. 70-72, c. 4; 487-488, c. 5; 489-491, c. 7 y 76-78, c. 10) y reiterado con el oficio del 5 de mayo de 2004 (fls. 492 Y 551, c. 5; 497-498 y 569, c. 7; 65-66, c. 10); oficio del 27 de abril de 2004 (fls. 490-491, 535-537 y 549-550, c.5; 493-496; 552-554 y 567-568, c.7 y 71-75, c.10); oficio del 2 de junio de 2004 (fls. 493-495, 515-517, 540-542 y 554-556 c. 5; 499-503, 530-534, 558-560 y 572-574, c. 7; 381-384, c. 8; 43-47 y 53-57, c. 10).

⁴⁴ Oficio del 9 de febrero de 2004 (fls. 466-467, c. 7 y 94-95, c. 10) y del 12 de marzo de 2004 (fls. 472-474, c. 5 y 7); oficio del 15 de marzo de 2004 (fls. 475-477, c. 5 y 7); oficio del 23 de marzo de 2004 (fls. 479-481 c.5; 480-482, c.7 y 79-81, c.10); oficio del 25 de marzo de 2004 (fls. 482-483, c. 5 y 483-484, c. 7); oficio del 15 de abril de 2004 (fls. 485 y 513, c. 5; 486-487 y 526-527, c. 7 y, 69-70, c. 10); oficio del 27 de abril de 2004 (fls. 490-491, 535-537 y 549-550, c.5; 493-496; 552-554 y 567-568, c.7 y 71-75, c.10).

⁴⁵ Oficio del 27 de abril de 2004 (fls. 151, c. 4; 489, c. 5; 492, c. 7).

⁴⁶ Oficio sin fecha (fls. 500, c. 5 y 510, c. 7); oficio del 1° de julio de 2004 (fls.121-122 y 123-124, c.4; 501-502, c.5 y 511-512, c.7); oficio del 3 de agosto de 2004 (fls. 507 y 522, c.5; 119-120, c.4; 517-518 y 539, c.7).

⁴⁷ Oficio del 13 de julio de 2004 (fls. 135-136, c.4; 121-122, c. 5 y 7 y 49-50, c. 10),

instalaría la estación de filtrado construida e inspeccionada por la interventoría, solicitudes⁴⁸ que se materializó con la Adición 1⁴⁹, y 2⁵⁰ al contrato 049, que estipularon que el plazo del contrato se ampliaría en 30 días, es decir, hasta el 23 de agosto y 23 de septiembre de 2004, respectivamente.

5. Reunión llevada a cabo el 11 de agosto de 2004⁵¹, por la interventoría, el supervisor y el contratista, en la cual se dejó constancia de la falta de definición del sitio de localización de las cajillas prediales y la estación de filtrado.

6. Las comunicaciones entre el contratista y el Subgerente de Infraestructura del Incoder, que evidencian que expirado el plazo del contrato⁵², la entidad estatal no le definió al contratista el sitio de ubicación requerido para el montaje de la estación de filtrado y las cajillas prediales.

En síntesis, las pruebas documentales aportadas al proceso, demuestran la inobservancia al deber de planeación del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder- al paso que: (i) no contaba con los predios sobre los cuales la obra se iba a ejecutar; (ii) no entregó planos de localización de las obras; (iii) adelantó las negociaciones con los propietarios de los terrenos durante la ejecución del contrato; (iv) supeditó la ubicación de las obras a la decisión de terceros –Asociación de Usuarios del Distrito de Riego Albesa-; (v) finalmente, el contratista no tuvo certeza del sitio de ubicación de la estación de filtrado y las cajillas prediales.

Bajo este contexto, extraña a la Sala el hecho de que el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, previo a la convocatoria del proceso de selección –y ni siquiera al momento de la celebración del contrato-, no había definido la localización exacta del sitio donde se instalarían los ítems de obra, es más, la negociación con los propietarios de los terrenos se efectuó durante el desarrollo del objeto contractual.

⁴⁸ Formato de solicitud de prórroga del 14 de julio de 2004 al contrato 049 de 2003 (fls. 119-120, c. 5 y 7; 114-115, c. 6).

⁴⁹ Adición 1 al Contrato 049 de 2003, suscrita por las partes el 23 de julio de 2004 (fls. 7-8, c. 4, 117-118, c. 5 y 7).

⁵⁰ Adición 2 al Contrato 049 de 2003, suscrita por las partes el 20 de agosto de 2004 (fls. 9-10, c.4).

⁵¹ Acta de obra del 11 de agosto de 2004 (fls. 102-107, c. 4, 141-146, c. 5 y 7).

⁵² Oficio del 22 de septiembre de 2004 (fls. 185-186, c. 5 y 7; 397, c.8 y 40-41, c. 10), esto es un día antes de que el plazo del contrato expirara; oficio del 18 de noviembre de 2004 (fls. 223-227, c. 5 y 7)

Ahora bien, aunque se probó el incumplimiento de una obligación a cargo de la entidad estatal, ese incumplimiento no fue la causa del incumplimiento de las propias obligaciones del contratista a tal punto que le sirva de justificación.

En el expediente se encuentra acreditado que el contratista construyó los elementos de obra⁵³ pero no aportó, para la elaboración de la respectiva cuenta de cobro, la documentación exigida en las estipulaciones contractuales, entre otros, las especificaciones técnicas de los componentes de los ítems de obra, la certificación de calidad y las garantías, requisito *sine qua non* para su instalación *in situ* y posterior recibo y pago de la obra, tal como se verá, al analizar los demás cargos de incumplimiento alegados por el actor.

La Sala advierte que si bien la entidad estatal presentó fallas en la planeación de las obras al no especificar desde el inicio del contrato el sitio de localización, este hecho no impidió al contratista ejecutar las obras, puesto que la fabricación de las válvulas de las cámaras de quiebre y los tanques filtro de la estación de filtrado fueron construidas por fuera del sitio de la obra⁵⁴. Además, de los oficios cruzados entre la interventoría y el contratista, la Sala observa que si bien la administración y la comunidad definirían el sitio de instalación⁵⁵, este hecho solo tendría lugar en el momento en que el contratista allegara la información técnica de los equipos con sus respectivas características de fabricación y las garantías de calidad que establece la solicitud de oferta⁵⁶, obligación que el contratista no cumplió.

Por otra parte, la Sala precisa que respecto de las cámaras de quiebre de presión, el Incoder si definió el sitio de localización para la construcción de las mismas desde el 12 de abril de 2004⁵⁷.

⁵³ Únicamente el ítem relacionado con las cinco (5) cámaras de quiebre de presión, fue objeto de construcción e instalación *in situ*. La estación de filtrado fue objeto solo de construcción.

⁵⁴ Oficio C-049/03-05 del 16 de marzo de 2004 (fls. 531-533, c. 5 y 548-550, c. 7), oficio C-049/03-09 del 27 de abril de 2004 (fls. 490-491, 535-537 y 549-550, c.5; 493-496; 552-554 y 567-568, c.7 y 71-75, c.10)

⁵⁵ Oficio del 3 de agosto de 2004 (fls. 507 y 522, c.5; 119-120, c.4; 517-518 y 539, c.7), expedido por la Asociación de Usuarios del Distrito de Riego Albesa y dirigida a la interventoría en el que se consignó que el predio donde se instalaría la estación de filtrado estaría *"disponible cuando el INCODER, nos garantice que está planta está dentro de las normas técnicas que nos garantice su buen funcionamiento"*.

⁵⁶ Oficio del 29 de junio de 2004 (fls. 498- 499, 520-521 y 557-558, c.5; 61-63, 75-77 y 132-134, c.4 y 507-509, 537-538, 575-576, c.7; 58-60 y 61-63, c.10); oficio del 23 de julio de 2004 (fls. 64-65 y 125-126, c. 4, 505-506, c. 5; 515-516, c. 7),

⁵⁷ En el punto quinto de los considerandos de la Resolución 01998 del 29 de noviembre de 2004, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el contratista contra la resolución que impuso una multa, el Incoder afirmó que *"La localización de las cámaras de*

De acuerdo con lo anterior, en nada incide el hecho de que la entidad estatal no hubiera cumplido con la definición de los sitios donde se instalarían los ítems de obra, puesto que, así el contratista hubiera entregado las obras en los plazos estipulados, el hecho es que no cumplió con las condiciones técnicas exigidas en el contrato para su recibo a satisfacción.

4.2.5. Exigió soportes documentales para el recibo de la obra, requisito que no se encontraba contemplado en las estipulaciones del contrato

La parte actora alega que la interventoría exigió al contratista, previo al recibo de los ítems contratados, documentos que no hacían parte del contrato, tales como, diseños, catálogos, certificaciones de calidad, facturas, pruebas de funcionamiento y acta de recibo de la comunidad, entre otros.

A su turno, la entidad estatal argumentó que teniendo en cuenta que el contrato se ejecutó con recursos públicos, tenía el deber de exigir el cumplimiento del contrato y de soportar la inversión de la obra contratada; razón por la cual no le era dable recibir obras que no cumplieran con los requerimientos técnicos exigidos en las especificaciones del convenio y parámetros de la administración.

Las entidades como beneficiarias del contrato y los particulares en su rol de colaboradores deben desplegar toda su actividad en procura de que el contrato se cumpla y que los bienes, obras o servicios resultantes sean de la calidad suficiente para permitir alcanzar las necesidades y metas que se habían trazado con su celebración. El incumplimiento de este deber recíproco compromete la responsabilidad no solo del contratista y de su garante, quienes deberán indemnizar los daños causados, sino también de los servidores públicos comprometidos con las conductas negligentes que ampararon compras de bienes inservibles o imperfectos u obras y servicios de mala calidad⁵⁸.

En esa perspectiva, en el *sub lite* está probado que, la solicitud de oferta que rigió la convocatoria pública N° SI-21-03-SO, exigió que los equipos y materiales

quiebre quedo completamente definida en reunión del 12 de abril (...), habiéndose dado una localización inicialmente el 12 de marzo mediante oficio del interventor". Lo anterior en concordancia con lo expuesto por el demandante.

⁵⁸ Luis Guillermo Dávila Vinuesa, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Editorial Legis, Tercera Edición 2016, página 568.

que el contratista incorporara al proyecto debían cumplir con las especificaciones técnicas exigidas por el Incoder (numeral 1.5).

Por su parte, a cargo del contratista se encontraba la obligación de proveer las especificaciones técnicas de los componentes que conformaban cada uno de los ítems –cámaras de quiebre, estación de filtrado y cajillas prediales-, que para tal fin le suministraran los fabricantes de equipo de riego, quienes debían contar con la certificación de aseguramiento de calidad -normas ISO 9000 e ISO 9002- (numerales 17.2, 18.2 y 20.2)⁵⁹.

⁵⁹ -. Numeral 17.2. MATERIALES CAJILLAS PREDIALES: “Los diferentes fabricantes de equipos de riego proveen las especificaciones técnicas de los diferentes componentes del conjunto en sus catálogos de productos y el tipo de materiales con los cuales son elaborados los elementos; el cual debe indicar la marca de fábrica y la garantía de la Firma Fabricante en cuanto a la disponibilidad de repuestos y su permanencia en el mercado de los elementos por lo menos durante cinco años. Los elementos que forman parte del conjunto, entre otros, son: Válvula de cortina de ¾” en bronce, toma presión, filtro en malla de acero en ¾”, válvula limitadora de caudal de 3/4”, registro de corte en 3/4”, hidrante, cajilla en concreto reforzado de 2.500 PSI, con sistema de drenaje, con tapa en concreto y marco metálico en ángulo del 1"x1"x1/4" y sistema de seguridad. Los elementos que sean metálicos deberán ser pintados con anticorrosivo mediante la aplicación de por lo menos de tres (3) capas de pintura. // Concreto para anclajes de 2500 PSI, Capítulo 5. // Los fabricantes de las partes y/o accesorios deberán contar con las normas ISO 9000 e ISO 9002 de aseguramiento de la calidad. // La construcción de las cajillas obedecerá a la norma que para concreto se fija en el capítulo 5, y para el acero de refuerzo lo indicado en el capítulo 6”.

-. Numeral 18.2. MATERIALES CÁMARAS DE QUIEBRE DE PRESIÓN: “Comprende cámaras en concreto armado de 3.000 PSI (1:2:3) con su respectivas tapas en el mismo material, marco metálico, y sistema de seguridad, cuya construcción se regirá por lo previsto en los capítulos 5 y 6; Válvula de control, sistema piloto de control, Válvula de corte, filtro de malla en ‘Y’, reducciones blindadas en HF, niples, codos, tubería perforada en HF, tubería de PVC, Registro de bola y todos aquellos accesorios en PVC y en HF que se requieran para su correcta instalación y funcionamiento, de acuerdo con los planos suministrados y con aprobación del interventor. // Los diferentes fabricantes de equipos de riego proveen las especificaciones técnicas de los diferentes componentes del conjunto en sus catálogos de productos y el tipo de materiales con los cuales son elaborados los elementos; el cual debe indicar la marca de fábrica y la garantía de la Firma Fabricante en cuanto a la disponibilidad de repuestos y su permanencia en el mercado de los elementos por lo menos durante cinco años. Los elementos que forman parte del conjunto deberán probarse una vez el sistema de riego en su totalidad haya sido cargado y puesto en funcionamiento. Cuando se presenten desperfectos de tipo constructivo o de funcionamiento de algún componente, el CONTRATISTA a su cargo deberá inmediatamente subsanarlos. // Los fabricantes de las partes y/o accesorios deberán contar con las normas ISO 9000 e ISO 9002 de aseguramiento de la calidad”.

-. Numeral 20.2. MATERIALES ESTACIÓN DE FILTRADO: “Comprende la construcción de caseta de mampostería, con puerta y ventana metálica, cubierta, sistema de seguridad, iluminación, aireación y drenaje, anclajes y plancha para instalación en concreto armado de 3.000 PSI (1:2:3), cuya construcción se regirá por lo previsto en los capítulos 5, 6 y 10; cerca para aislamiento, Válvula de alivio de presión, válvula reguladora de presión, válvula ventosa, sistemas de medición, control y operación y tanques de filtrado en acero de alta resistencia A283 grado C, lecho filtrante (arena, anillas, mallas, etc.), tapas de inspección con sistema de brida, acoples, difusor de entrada y salida, sistema de retrolavado en HF 356 TC, Diafragmas en isopreno, resortes de acero inoxidable, y todos aquellos accesorios en PVC y en HF que se requieran para su correcta instalación, conexión con el resto del sistema de riego y funcionamiento, de acuerdo con los planos suministrados, condiciones de trabajo tanto de presión como de caudal y con aprobación del interventor. // Los diferentes fabricantes de equipos deberán proveer las especificaciones técnicas de los diferentes componentes del conjunto en sus catálogos de productos y el tipo de materiales con los cuales son elaborados los elementos; el cual debe indicar la marca de fábrica y la garantía de la Firma Fabricante en cuanto a la disponibilidad de repuestos y su permanencia en el mercado de los elementos por lo menos durante cinco años. Los elementos que forman parte del conjunto deberán probarse una vez el

La información técnica que debía suministrar el contratista, correspondía discriminar los siguientes datos: (i) especificaciones técnicas de los diferentes componentes de los ítems de obra (ii) materiales con los cuales fueron elaborados los elementos de obra, (iii) la marca de fábrica, (iv) la garantía de la firma fabricante en cuanto a la disponibilidad de repuestos y (v) la permanencia de los elementos en el mercado de por lo menos cinco años.

Según las estipulaciones contractuales⁶⁰ se acordó que para la ejecución de las obras el contratista debía utilizar materiales de primera calidad, mano de obra calificada y todas las demás que se requirieran para su terminación y estabilidad. Y para la comprobación de la calidad de los materiales, antes de utilizarlos en las obras, el contratista debía suministrar muestras al interventor. Del contenido de la solicitud de oferta y de la cláusula quinta⁶¹ y vigésima tercera⁶² del contrato celebrado se desprende:

sistema de riego en su totalidad haya sido cargado y puesto en funcionamiento. Cuando se presenten desperfectos de tipo constructivo o de funcionamiento de algún componente, el CONTRATISTA a su cargo deberá inmediatamente subsanarlos. // Los fabricantes de las partes y/o accesorios deberán contar con las normas ISO 9000 e ISO 9002 de aseguramiento de la calidad”.

⁶⁰ *“DÉCIMA SEGUNDA.- MATERIALES Y EJECUCIÓN: El CONTRATISTA, deberá utilizar materiales de primera calidad para la ejecución de las obras, la mano de obra calificada para ejecutar las mismas y todas las demás que se requieran para su terminación y estabilidad. Los materiales para la ejecución se someterán a las pruebas necesarias en el lugar de fabricación o de elaboración, o en el sitio de los trabajos o cualquier otro que se determine. El CONTRATISTA facilitará la labor para examinar, medir y ensayar las obras ejecutadas y la calidad, el peso o la cantidad de material que se use, para lo cual suministrará muestras de materiales, antes de utilizarlos en las obras”.*

⁶¹ *QUINTA.- FORMA DE PAGO: El INCODER cancelará los dineros al CONTRATISTA para la ejecución de las obras contratadas, así: 1) La suma de VEINTIÚN MILLONES DE PESOS (\$21.000.000) MONEDA CORRIENTE a título de anticipo correspondientes al veinticinco por ciento (25%) del valor del contrato, suma que será amortizada de las cuentas mensuales por concepto de actas de obra y facturas debidamente aprobadas por el interventor del contrato y Vo.Bo. del Jefe de la Oficina de Enlace Territorial (...). PARÁGRAFO PRIMERO: (...) Del valor de cada uno de los pagos, el INCODER descontará un porcentaje igual al valor del anticipo entregado al CONTRATISTA, para efectos de amortización de la suma entregada en dicha calidad (...). No obstante, en la última cuenta se realizarán los ajustes, retenciones y amortizaciones correspondientes (...). PARÁGRAFO TERCERO: El contratista deberá presentar y radicar en la Tesorería del INCODER, dentro de los cinco (5) días siguientes a la terminación del mes calendario, el Acta mensual, firmada por el Contratista y el Interventor, correspondiente al mes inmediatamente anterior, en la que se incluirán los ítems de obra multiplicados por los precios unitarios respectivos, anexándole la respectiva factura de cobro. El INCODER desde la presentación en debida forma de la cuenta contará con un término de noventa (90) días para realizar el pago. En caso de presentación extemporánea de las cuentas no habrá lugar al pago de intereses (...). Los intereses se causaran a favor del CONTRATISTA a partir de los noventa (90) días de la radicación oportuna, en debida forma de la cuenta de cobro con los soportes correspondientes.*

⁶² *VIGÉSIMA TERCERA. RECIBO DE OBRAS: Dentro del plazo de entrega y no con menos de quince (15) días de antelación, el contratista deberá avisar al interventor la fecha y hora en que se entregarán las obras y se suscribirá el acta de recibo final. PARÁGRAFO: Con la radicación de la última acta de recibo de ejecución de la obra, el contratista deberá acompañarla del acta de recibo final, acta de recibo a satisfacción por parte de la comunidad, la póliza de estabilidad de las mismas, y el proyecto de acta de liquidación del contrato.*

a) El valor recibido por el contratista por concepto de anticipo debía ser amortizado en la proporción de ejecución del contrato, y presentar las “*facturas debidamente aprobadas por el interventor del contrato y Vo.Bo. del Jefe de la Oficina de Enlace Territorial*”.

b) Los costos por concepto de ejecución del contrato debían ser acreditados mediante la presentación de una cuenta o factura de cobro, a la que le anexaría los siguientes documentos: (i) acta de obra; (ii) acta de recibo de ejecución de la obra; (iii) acta de recibo final de la obra; (iii) acta de recibo a satisfacción de la comunidad; (iv) proyecto de acta de liquidación del contrato; (v) póliza de estabilidad de las obras y (vi) los soportes correspondientes (especificaciones técnicas de los fabricantes de los equipos de riego, certificación de aseguramiento de calidad, fuente de los materiales, marca de fábrica, garantía de disponibilidad de repuestos y permanencia en el mercado, entre otros).

Las partes pactaron como requisito para el pago del contrato la entrega de soportes documentales para la elaboración de la respectiva cuenta de cobro y, por lo tanto, constituyen una condición *sine qua non* para su aprobación. De ahí que, a cargo del contratista se encontraba la obligación de soportar la inversión de los recursos entregados en calidad de anticipo mediante la facturación correspondiente debidamente soportada; así como acreditar el costo de las obras que ejecutó a lo largo del plazo contractual de acuerdo a las especificaciones técnicas y de calidad establecidas en la solicitud de oferta y el acuerdo contractual.

En otras palabras, la entidad estatal solamente estaba obligada a pagar el precio del contrato una vez que el contratista hubiera terminado las obras con las especificaciones técnicas pactadas y previa presentación de los documentos exigidos para tal fin, de lo contrario, el contratista no tendría derecho a recibir remuneración alguna.

Conforme a lo explicado, es claro que para el reconocimiento del valor de las obras ejecutadas y su recibo a satisfacción, el contrato 049 de 2003 contemplaba la exigencia de soportes documentales para la presentación de la respectiva cuenta de cobro.

4.2.6. Recibo final de las obras y cancelación del valor

Tal como se acreditó en el numeral anterior, el contratista tenía a cargo la obligación de soportar la inversión de los recursos a través de documentación idónea que permitiera constatar a la entidad estatal el cumplimiento de los requisitos técnicos y de calidad de la obra contratada.

Bajo este contexto, de acuerdo con el acervo probatorio, se encuentra acreditado lo siguiente:

1. La interventoría solicitó al contratista en múltiples oportunidades⁶³ las facturas de compra de los elementos con indicación de la marca de fábrica, garantía de la firma fabricante, catálogos, tipo de material utilizado en la fabricación de los elementos y certificación de cumplimiento de las normas ISO 9000 y 9002 relativas a la calidad de las mismas, documentos necesarios para el recibo y pago de la obra.

2. El contratista omitió entregar la documentación tantas veces requerida por la interventoría, con fundamento en que: (i) las empresas solo expiden facturas de venta contra entrega del producto⁶⁴ y, (ii) porque la entidad estatal suprimió las actas de recibo parcial, razón por la cual, no había presentado factura de cobro⁶⁵.

3. El contratista presentó a la interventoría un proyecto de acta de liquidación del anticipo⁶⁶, a la que anexó la factura de compraventa 0545 expedida por la empresa Faceval Ltda; factura, que según la DIAN⁶⁷ “*no se encuentra habilitada*”.

4. La interventoría realizó una visita ocular a la obra el 11 de agosto de 2004⁶⁸ a la que asistieron el contratista, los usuarios del distrito de Albesa y un técnico en aguas de la firma Tecval S.A. —empresa a quién supuestamente el contratista le

⁶³ Oficio del 15 de abril de 2004 (fls. 547, c. 5 y 565, c. 7); oficio del 19 de abril de 2004 ((fls. 70-72, c. 4; 487-488, c. 5; 489-491, c. 7 y 76-78, c. 10); oficio del 5 de mayo de 2004 (fls. 492 Y 551, c. 5; 497-498 y 569, c. 7; 65-66, c. 10); oficio del 20 de mayo de 2004 (fls. 538 y 552, c.5; 555 y 570, c.7); oficio del 18 de junio de 2004 ((fls. 518, c. 5, 535, c. 7; 64, c. 10); oficio del 29 de junio de 2004 (fls. 498- 499, 520-521 y 557-558, c.5; 61-63, 75-77 y 132-134, c.4 y 507-509, 537-538, 575-576, c.7; 58-60 y 61-63, c.10); oficio del 23 de julio de 2004 (fls. 64-65 y 125-126, c. 4, 505-506, c. 5; 515-516, c. 7); oficio del 3 de agosto de 2004 (fls. 92-93, c. 4).

⁶⁴ Oficio del 27 de abril de 2004 (fls. 490-491, 535-537 y 549-550, c.5; 493-496; 552-554 y 567-568, c.7 y 71-75, c.10).

⁶⁵ Oficio del 2 de junio de 2004 (fls. 493-495, 515-517, 540-542 y 554-556 c. 5; 499-503, 530-534, 558-560 y 572-574, c. 7; 381-384, c. 8; 43-47 y 53-57, c. 10).

⁶⁶ Oficio del 27 de julio de 2004 (fls. 84-85 y 127-128, c.4; 559-560, c.5; 578-579, c.7).

⁶⁷ Oficio del 5 de agosto de 2004 (fl. 562, c. 5).

⁶⁸ Acta de Reunión del 11 de agosto de 2004 (fls. 102-107, c. 4, 141-146, c. 5 y 7).

había comprado los elementos de las cámaras de quiebre de presión-. En la visita se advirtió que este ítem de obra presentaba (i) problemas de funcionamiento y, (ii) se detectó que los elementos instalados en los mismos eran usados o reconstruidos. El contratista manifestó que fue engañado por el proveedor y acordó con la entidad estatal reemplazar los componentes por unos nuevos y de buena calidad.

5. A partir de la reunión efectuada el 11 de agosto de 2004 y hasta la terminación del plazo contractual -23 de septiembre de 2004-, hubo infructuosas comunicaciones cruzadas entre las partes⁶⁹, que evidencian que el contratista no allegó la documentación técnica y de calidad idónea que soportara los siguientes aspectos: (i) la inversión dada al anticipo; (ii) la obra construida –cinco (5) cámaras de quiebre, tres (3) cajillas prediales y una (1) estación de filtrado- y, (iii) el cambio de los elementos usados y reconstruidos por elementos nuevos y de óptima calidad.

6. Después de expirado el plazo contractual -23 de septiembre de 2004-, obra en el expediente comunicaciones cruzadas entre las partes⁷⁰ e informes rendidos por la entidad⁷¹, que narran las razones por las cuales la entidad estatal no realizó el recibo y pago de la obra contratada, las cuales se resumen así:

a) Amortización del anticipo: la entidad rechazó el proyecto de liquidación del anticipo presentado por el contratista porque no presentó las facturas de compra de los elementos construidos, catálogos, identificación de las marcas y garantías de calidad exigidas en el contrato, que probaran su correcto manejo e inversión.

b) Cámaras de quiebre de presión: (i) no reemplazó los filtros ‘Y’ y las “válvulas de cortina” usados o reconstruidos, por unos de buena calidad y de marca reconocida, a excepción de las “válvulas de control nivel”; (ii) no entregó las facturas de compra de las válvulas de control nivel; (iii) el conjunto presentó problemas de funcionamiento.

c) Estación de filtrado: (i) la interventoría *“comprobó que las partes fabricadas, constituyen una parte de la planta pero que no llegan a constituir la totalidad del*

⁶⁹ Oficio del 13 de agosto de 2004 (fls. 66-67 y 78-79, c.4); oficio 20042120766 del 17 de agosto de 2004 (561, c. 5 y 580, c. 7); oficio 20042121798 del 25 de agosto de 2004 (fls. 563, c. 5 y 582, c. 7); oficio del 31 de agosto de 2004 (fls. 152, c. 5 y 7).

⁷⁰ Oficio del 19 de octubre de 2004 (fls. 567-570, c. 5; 586-589, c.7; 33-36, c. 10); oficio del 18 de noviembre de 2004 (fls. 223-227, c. 5 y 7).

⁷¹ Oficio del 29 de octubre de 2004 (fls.114-116, c. 4); acta de reunión del 15 de abril de 2005 (fls. 110-112, c. 4).

conjunto. Se estimó como un máximo en un 50% del total, la parte fabricada” estimación que hizo la interventoría sin corroborar con los documentos y con bases técnicas dicho porcentaje, pues contaba que lo efectuaría al momento de recibir la obra; (ii) no entregó la información técnica relativa al diseño de la planta; (iii) no se autorizó la instalación *in situ* porque el contratista no cumplió con las especificaciones e información técnica requerida.

d) Cajillas prediales: No se tiene conocimiento de la construcción de las cajillas prediales.

Advierte la Sala que la Ley 80 de 1993, en su artículo 5° estableció lo siguiente:

De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

(...)

2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse.

(...)

4o. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello (...).

El Título V del estatuto *ibídem* delimita el campo de responsabilidades que les corresponden a los contratistas originadas en sus acciones u omisiones en la actuación contractual.

Al respecto, se estableció en el artículo 52 lo siguiente:

De la responsabilidad de los contratistas. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley (...).

La Corte Constitucional en sentencia C- 563 del 7 de octubre de 1998⁷², declaró exequible esta disposición. Entre los fundamentos de la decisión se encuentra el siguiente:

En la exposición de motivos del proyecto que luego se convirtió en la ley 80/93, se justificó la responsabilidad de los particulares contratistas, así

⁷² Exp. D-1989, C.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

como la de los consultores, interventores y asesores, en el sentido de que éstos 'deberán responder civil y penalmente por las conductas dolosas o culposas en que incurran en su actuar contractual, tales como el participar en un proceso de selección a pesar de tener conocimiento de la inexistencia de autorizaciones para su ejecución, cuando suscriban el contrato no obstante conocer las circunstancias de inhabilidad o de incompatibilidad en que se hallan incursos; cuando no adopten las medidas o decisiones necesarias para iniciar el contrato en la época prevista o pactada; por obstaculizar las labores o actividades de vigilancia del contrato, así como cuando entregue bienes o preste servicios de calidad o especificaciones diferentes, o cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato, entre otros casos'.

Por otra parte, la jurisprudencia ha indicado en anteriores oportunidades⁷³, que el anticipo es el recurso o suma correspondiente a un porcentaje del valor total del contrato, pactado como contraprestación, que la entidad pública le entrega al contratista para que sea invertida específicamente en la ejecución del contrato y sea manejada generalmente en cuenta separada, con imposición de obligaciones relacionadas con legalización y amortización de la inversión, de suerte que el monto entregado debe ser debidamente amortizado en el plazo y la forma pactada por las partes. El monto del anticipo no tiene una causación inmediata, es decir, si bien el contratista tiene derecho al pago convenido del mismo, aquel se entiende causado gradualmente en la medida en que el contratista ejecute el contrato.

A su turno, la cláusula quinta del contrato de obra 049 de 2003, en relación con el buen manejo y correcta inversión del anticipo, dispuso que *“los dineros entregados en calidad de anticipo no podrán invertirse sino en la ejecución del objeto del presente contrato de conformidad con lo presentado en la propuesta, y no podrán destinarse a la especulación económica, ni distraerse en el pago de obligaciones diferentes a las requeridas por la misma obra. En ningún caso podrán incluirse entre tales gastos los correspondientes al perfeccionamiento y/o legalización del contrato. Los dineros que se entreguen al CONTRATISTA conservaran la condición de fondos públicos y su mal manejo, el cambio de su destinación, o su apropiación indebida, darán lugar a las denuncias penales correspondientes y a hacer efectiva la garantía única de cumplimiento”.*

En el caso concreto, considera la Sala que las pruebas allegadas al expediente, y anteriormente referidas, son suficientes para demostrar que el pago del valor

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de mayo de 2019, exp. 40102, C.P. María Adriana Marín.

del negocio jurídico estaba sujeto al cumplimiento de los requisitos técnicos y de calidad exigidos en el contrato y que el contratista ocultó durante el plazo de la ejecución tal información.

Se encuentra probado que el demandante no soportó a lo largo de la actividad contractual ni en sede judicial, la inversión de los recursos que la entidad estatal le entregó a título de anticipo y los costos de la construcción de la obra –cinco (5) cámaras de quiebre, tres (3) cajillas prediales y una (1) estación de filtrado-, a través de los correspondientes soportes técnicos y de calidad exigidos en el contrato y demás documentación que respaldara de forma idónea sus aseveraciones.

En el proceso se echan de menos las especificaciones técnicas de los fabricantes de riego, la certificación de aseguramiento de calidad, la garantía, los informes técnicos que indiquen el tipo de material, la marca, la permanencia de los elementos en el mercado, las constancias de la calidad y cantidad de material empleado en la obra, previa autorización del interventor, entre otros, soportes que debía rendir el contratista para el pago del contrato de obra, y sobre la forma como estaba ejecutando los recursos.

El contratista desatendió la obligación legal y contractual que le exigía soportar la inversión de los recursos entregados a título de anticipo, es más, se evidenciaron situaciones irregulares frente a su manejo, en tanto, en el plenario se encuentra probada la existencia del hecho agravante de que los componentes instalados en los equipos eran de segunda mano o reconstruidos.

Ahora bien, el demandante adujo en el recurso de apelación que no tenía obligación de rendir cuentas sobre la calidad de los elementos contratados, porque para ello existía una póliza de estabilidad y calidad de la obra.

Entiende la Sala que el contratista pretende liberarse de la responsabilidad de soportar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de calidad exigidos en el contrato, aduciendo que las obras se encontraban amparadas con la garantía de calidad y estabilidad de las obras.

Al respecto, la Sala precisa que si bien las garantías amparan los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales, no son un medio

de extinción de éstas; es decir, cuando el contratista constituye una garantía no queda, por este hecho, relevado del deber contractual de ejecutar las prestaciones a su cargo y de cumplir todas las obligaciones accesorias que de ellas se derivan y, en tal sentido, debió remitir la información relativa a los requisitos técnicos y de calidad exigidos para validar el cumplimiento de los estándares de las cámaras de quiebre y de la estación de filtrado y que, como quedó consignado, no acreditó.

Por otro lado, llama la atención de la Sala que el contratista afirme que fue engañado por su proveedor, al venderle elementos de segunda mano, por las siguientes razones: (i) en el acta del 11 de agosto de 2004 se dejó constancia de que la irregularidad presentada en los elementos instalados fue notoria, y no con vicios ocultos como lo expresó el actor, en tanto se lee: *“fue evidente para todos los participantes incluido el ingeniero contratista Carlos Orlando Becerra que los accesorios y válvulas instaladas en las cámaras son reconstruidos por tal razón el Distrito de Riego de Albesa no está operando”*; (ii) para que el contratista haya sido adjudicatario del contrato en estudio, debió acreditar 10 años de experiencia general relacionada con el objeto del negocio jurídico y una específica en construcción y/o rehabilitación de distritos de adecuación de tierras u obras similares; (iii) en el recurso de apelación adujo justamente haber sido seleccionado para ejecutar 5 contratos para la realización del objeto contractual del que se ocupa ahora la Sala, es decir, obras de rehabilitación del sistema de riego y, (iv) la demanda indicó que el contratista fabricó la estación de filtrado sin necesidad de comprarla a otro fabricante de equipos de riego, porque es *“empresario desde hace más de 30 años en el campo de la Ingeniería Civil”*, entre otras razones, por lo que no resulta admisible el argumento exculpatario expuesto, proveniente de quien ostenta la experiencia referida.

Por otra parte, no se acreditó en el plenario la construcción de la estación de filtrado con la documentación tantas veces referida que le diera certeza a la entidad del cumplimiento de los criterios técnicos y de calidad exigidos en el contrato y necesarios para recibir y pagar este ítem de obra.

Bajo este contexto, la Sala concluye que en el caso *sub lite* el contratista debía actuar con lealtad y buena fe ante el Incoder, en tanto a lo largo del plazo del contrato se comprometió a allegar los documentos que respaldaran la ejecución de la obra y su pago y, a reemplazar los elementos usados y reconstruidos

instalados en las cámaras de quiebre de presión, por elementos nuevos y de buena calidad.

El contratista desconoció el ordenamiento jurídico al no entregar la documentación que permitiera constatar a la entidad estatal que los elementos contratados con ocasión de la celebración del contrato 049 de 2003, contaban con los estándares técnicos, de calidad y de garantía exigidos en el acuerdo contractual y normatividad vigente; documentos indispensables para el recibo de la obra a satisfacción de la contratante y para su correspondiente pago.

En tales condiciones, no resulta admisible la afirmación del demandante, conforme a la cual la entidad incumplió la obligación de recibir y pagar las obras entregadas, pues dicha obligación sólo surgía a su cargo si lo entregado por el contratista se ajustaba a lo exigido contractualmente, respecto del objeto del negocio jurídico.

4.2.7. Problemas de funcionamiento

El actor alegó en el recurso de apelación que los problemas de funcionamiento del sistema obedecieron, entre otras razones, a la falta de instalación de la estación de filtrado, obra que el Incoder no quiso recibir porque –según se lee en el acto administrativo de caducidad del contrato- las cámaras de quiebre de presión podrían funcionar, *“aún sin la estación de filtrado”* y porque no tenía un sitio donde almacenarla.

La Sala observa que los informes técnicos allegados por la firma Valrex dan cuenta de que los problemas de funcionamiento en las cámaras de quiebre de presión obedecieron a la falta de la estación de filtrado, entre otras razones.

Sin embargo, tal como quedó consignado, el problema que atañe a la Sala no es determinar si se requería o no la estación de filtrado, o si la falta de la misma fue la causa o no de los problemas de funcionamiento de las cámaras de quiebre. El problema fue que el contratista, a pesar de que construyó la estación de filtrado, no allegó los documentos contractuales requeridos para autorizar su instalación en el sitio que la entidad estatal debía tener claramente identificado para su montaje.

Es decir, el contratista no probó que el incumplimiento que atribuyó a la entidad demandada, por falta de definición del sitio en donde instalar la estación de filtrado, fue la causa de su propio incumplimiento, en tanto, para proceder a su instalación, se requería primero del visto bueno de la interventoría en su construcción, situación que nunca se dio porque, se repite, el contratista incumplió con la obligación de allegar la documentación técnica que diera certeza a la entidad de que fue construida bajo estándares técnicos, de calidad y garantías exigidos en el contrato.

4.2.8. Discrepancias en la interpretación del contrato

El demandante alegó en el recurso de apelación que el interventor desconoció el contenido de la cláusula décima novena titulada “INTERPRETACIÓN UNILATERAL”, la cual dispuso: *“[s]i durante la ejecución del contrato surgieren discrepancias entre las partes sobre la interpretación de alguna de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio que se pretende satisfacer con el objeto contratado. Estos serán dirimidos por un tercero que en este caso será la Sociedad Colombiana de Ingenieros. Si no se logra un acuerdo, el INCODER interpretará mediante acto administrativo debidamente motivado las estipulaciones o cláusulas de la discrepancia, de acuerdo con lo señalado en el Artículo 15 de la Ley 80 de 1993, o por violación de la Ley 104 de 1993”*.

Al respecto, argumentó que el Incoder no permitió la intervención de la Sociedad Colombiana de Ingenieros a efectos de que este ente definiera la problemática presentada entre la interventoría y el contratista con relación a la falta de diseños y planos reales de la obra a ejecutar.

Según se desprende de la norma transcrita, la cláusula excepcional al derecho común de interpretación unilateral del contrato, era procedente, si durante la ejecución del contrato surgieren diferencias entre las partes sobre la interpretación de alguna de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio que se pretende satisfacer con el objeto contratado, y según observa la Sala, la problemática surgida entre las partes no obedeció a diferencias de interpretación de las estipulaciones que pudieran conducir a la paralización o afectación grave del servicio contratado, sino al desconocimiento del contratista a las estipulaciones contractuales,

especificaciones técnicas y a los requerimientos de la interventoría, tal como quedó consignado en esta providencia. No obstante, aun en el evento de que, efectivamente, la entidad hubiera acudido al concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros para establecer lo concerniente a los planos y diseños de la obra, dicha circunstancia no constituiría una justificación para el incumplimiento en el que insistió el contratista en cuanto a la calidad de la obra construida y los equipos instalados.

4.2.10. Calidad del concreto utilizado en las obras

El actor afirmó en el recurso de apelación que no se hicieron ensayos de resistencia de los concretos porque los volúmenes de concreto que se requería “*por mezclada*” y por día no superaban un (1) m3.

Se encuentra acreditado que la entidad estatal exigió al contratista la toma de cilindros para verificar la calidad del concreto⁷⁴; instrucción que fue ignorada durante la ejecución del contrato.

Los capítulos 17.2, 18.2 y 20.2 de las especificaciones técnicas regularon el tema relativo al concreto para cada ítem de obra⁷⁵, cuya construcción se regiría por lo dispuesto en los capítulos 5, 6, y 10 de las referidas especificaciones técnicas; documentos que no fueron aportados al proceso.

Sin embargo, en las estipulaciones contractuales –cláusula décima segunda- se dispuso que el contratista debía utilizar materiales de primera calidad para la ejecución de las obras y que los materiales se someterían a las pruebas necesarias en el lugar de fabricación o de elaboración, o en el sitio de los trabajos o cualquier otro que se determinara. Para tal fin, el contratista “*facilitará la labor para examinar, medir y ensayar las obras ejecutadas y la calidad, el peso*

⁷⁴ Oficio del 18 de junio de 2004 (fls. 518, c. 5, 535, c. 7; 64, c. 10); oficio del 29 de junio de 2004 (fls. 498- 499, 520-521 y 557-558, c.5; 61-63, 75-77 y 132-134, c.4 y 507-509, 537-538, 575-576, c.7; 58-60 y 61-63, c.10).

⁷⁵ Numeral 17.2. Cajillas prediales: “*Concreto para anclajes de 2500 PSI, Capítulo 5*” y “*La construcción de las cajillas obedecerá a la norma que para concreto se fija en el capítulo 5, y para el acero de refuerzo lo indicado en el capítulo 6*”.

(ii) Numeral 18.2. Cámaras de quiebre de presión: “*Comprende cámaras en concreto armado de 3.000 PSI (1:2:3) con su respectivas tapas en el mismo material, marco metálico, y sistema de seguridad, cuya construcción se regirá por lo previsto en los capítulos 5 y 6*”.

(iii) Numeral 20.2. Estación de filtrado: “*Comprende la construcción de caseta de mampostería, con puerta y ventana metálica, cubierta, sistema de seguridad, iluminación, aireación y drenaje, anclajes y plancha para instalación en concreto armado de 3.000 PSI (1:2:3), cuya construcción se regirá por lo previsto en los capítulos 5, 6 y 10*”.

o la cantidad de material que se use, para lo cual suministrará muestras de materiales, antes de utilizarlos en las obras”.

Es decir, a cargo del contratista estaba la obligación de suministrar muestras de los materiales antes de utilizarlos en las obras para aprobación del interventor con la finalidad de comprobar la calidad de los mismos, por lo que no podía desestimar una estipulación contractual a su arbitrio.

Analizados los cargos de incumplimientos atribuidos a la entidad estatal, la Sala concluye que no se configuró la excepción de contrato no cumplido, porque no se probó que el incumplimiento de la administración (i) fue de tal gravedad que imposibilitó el cumplimiento del contratista o (ii) no le permitió continuar con la ejecución de la obra.

En otras palabras, fue evidente el incumplimiento del contratista relacionado con la calidad de las obras y equipos instalados, que no solo dio lugar a la imposición de la multa sino también a la caducidad del contrato, y se pudo constatar que tal incumplimiento no se debió a circunstancias imputables a la entidad estatal.

Valoración del libro de bitácora

Por otra parte, el demandante, en el recurso, alegó que el Tribunal *“le da valor a pruebas presentadas por el INCODER, tal como el libro de Bitácora, el cual nunca fue conocido por el contratista”.*

La bitácora de la obra es un cuaderno o libro en el cual el contratista o residente de la obra o representante de aquel, así como el supervisor e interventor del contrato, registran las acciones diarias realizadas en ella, las órdenes, observaciones e instrucciones, el avance de los trabajos, los inventarios periódicos de materiales, equipo y personal; así como las actas de los comités técnicos de obra o administrativos que periódicamente debe realizarse y las observaciones o novedades que se hayan sucedido. Este libro formará parte integral de los documentos del contrato y de la Interventoría. Aquí también deberán reposar los conceptos técnicos de consultores externos a la obra o a la actividad contractual, que por algún motivo se invitaron a dar conceptos. Cada nota en el libro de la obra llevará la fecha y las firmas del supervisor e interventor y de quien recibe la orden o instrucción.

En síntesis, la bitácora de la obra es un documento que da cuenta de los hechos que ocurren a lo largo de la ejecución de la obra, en la cual, las partes e interventoría registran los acontecimientos, observaciones, novedades, constancias, datos, etc, que diariamente suceden en una construcción.

En el caso concreto, el documento aportado al proceso como bitácora de la obra (f. 36-60, c. 4 y 120-145, c. 6), se encuentra con anotaciones unilaterales de la interventoría.

No obstante, de conformidad con las pruebas y el trámite del proceso, considera la Sala que el contratista conoció el libro de bitácora por las siguientes razones: (i) la cláusula vigésima primera del contrato 049 de 2003 señaló que el contratista sería acreedor de una multa si la bitácora no reflejaba la situación real de la obra; (ii) la demandada lo aportó con la contestación de la demanda (f. 36-60, c. 4 y 120-145, c. 6) y (iii) el 28 de febrero de 2007, el demandante lo tachó de falso (fls. 314-316, c. 3), al estimar que los apartes del documento que se encontraban manuscritos a lápiz, la entidad los agregó después de su autenticación. El 13 de junio de 2007, el Tribunal negó la solicitud de tacha porque no se acreditó la falsedad ideológica.

En esta medida, cabe aclarar que lo indicado es que la bitácora contenga anotaciones no sólo del interventor sino también del supervisor y del contratista, máxime cuando este tenía a su cargo la obligación de registrar en la bitácora las actividades propias de la obra, la cual, evidentemente, también incumplió.

Conforme a lo expuesto, el cargo propuesto por el demandante en el recurso de apelación, no tiene vocación de prosperar.

5. De la legalidad del acto administrativo que impuso una multa al contratista

La Sala procederá a analizar, en los términos dispuestos en los recursos de apelación interpuestos por las partes, si en las Resoluciones 01520 del 20 de septiembre de 2004 y su confirmatoria 01998 del 29 de noviembre de ese mismo año se configura alguna de las causales de anulación alegadas.

5.1. De la competencia de la Administración

La Sala considera necesario determinar, en primer lugar, si el acto administrativo de imposición de multas es o no nulo por haber sido expedido sin competencia de la administración, en consideración a que el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -Incoder- sustentó en el recurso de apelación que la sentencia impugnada debía ser resuelta con base en la tesis jurisprudencial vigente al momento de la época de los hechos.

En el presente asunto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aplicó la postura jurisprudencial que se encontraba vigente al momento de dirimir el conflicto contractual puesto en su conocimiento, la cual se encontraba contenida en la sentencia proferida por la Sección Tercera el 20 de octubre de 2005, exp. 14579, la cual sostenía que el estatuto contractual no estableció la facultad de la administración para imponer unilateralmente las multas que se hubieren pactado en el contrato. En consecuencia, declaró la nulidad de los actos administrativos que impusieron una multa al contratista, por considerar que fueron expedidos con falta de competencia.

Previo a resolver, la Sala precisa recordar las posturas jurisprudenciales que ha acogido la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a la competencia de la Administración de pactar multas en los contratos y la competencia para aplicarlas y hacerlas efectivas, a partir de la expedición y entrada en vigencia de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

Antes de la expedición de la Ley 80 de 1993, el Decreto Ley 222 de 1983 establecía expresamente la obligación de incluir en los contratos la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial del contratista, las cuales debían ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufriera.

Sin embargo, al entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, esta normativa no consagró expresamente la facultad de la Administración de imponer unilateralmente multas al contratista, por lo que esta Corporación consideró que las mismas podían pactarse de común acuerdo entre las partes pero su

imposición le correspondía al juez del contrato. Al respecto, en auto del 20 de febrero de 1997 dijo⁷⁶:

Adicionalmente la Sala llama la atención en que la Ley 80 de 1993 no consagra ni multas ni cláusula penal pecuniaria, como cláusulas implícitas en el contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias. Por consiguiente, cuando se pretenda utilizar esas figuras deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente.

Cuando se alegue infracción a la conducta reprimida por la cláusula penal, deberá ser el juez del contrato quien la declare, porque el poder coactivo de la administración, que le permitía frente a determinados contratos imponer por sí mismo, las sanciones de multas o cláusula penal pecuniaria, establecidas en el decreto 222 de 1983, desapareció por derogatoria expresa que de ese decreto hizo la Ley 80 de 1993, artículo 81, sin que fueran reemplazadas por esta ley.

Con posterioridad a este pronunciamiento, la Sección abordó nuevamente el tema examinado y lo hizo a través del auto del 4 de junio de 1998⁷⁷, en el que determinó que la Administración sí tenía competencia para imponer las multas pactadas en un contrato estatal, sin necesidad de acudir al juez, con fundamento en las normas de derecho privado, las cuales le eran aplicables por remisión del artículo 13 del estatuto contractual y, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorgaba el artículo 64 del Decreto Ley 01 de 1984 –C.C.A- a todos los actos administrativos:

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común y esta muy seguramente fue la razón por la cual la ley 80 de 1993 no la incluyó en el art. 14. Y no lo es, sencillamente porque aparece prevista en las normas de derecho privado (artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio).

En efecto, de acuerdo con la primera de estas disposiciones pueden establecer las partes de un contrato obligaciones con cláusula penal, la que define la ley como ‘aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal’. Y el artículo 867 del C. Co. por su parte expresa:

‘Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse...’.

De estas dos previsiones se desprende que es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes de un contrato puedan pactar dentro de sus cláusulas una pena (multa) en caso de inejecución o mora en

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 20 de febrero de 1997, exp. 12669, C.P. Daniel Suárez Hernández.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 4 de junio de 1998, exp. 13988, C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, auto del 29 de junio de 2000, exp. 16756.

el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor.

También en sentencia del 20 de junio de 2002⁷⁸, la Sección Tercera sostuvo que la Administración se encontraba facultada para imponer multas de manera unilateral:

[C]on la inclusión de las multas en el contrato estatal la entidad pública queda facultada para imponerlas autónomamente y en forma unilateral, caso en el cual los actos que expida para hacerlas efectivas son verdaderos actos administrativos, producidos en uso de las potestades públicas otorgadas por la ley, pero nada obsta a que por acuerdo interpartes se convenga un procedimiento para ello y en la medida en que se desplace la verificación de las circunstancias de incumplimiento al juez, que puede ser el transitoriamente investido de jurisdicción por las partes (los árbitros), se excepciona la potestad legal de que la administración actúe unilateral y directamente (autotutela declarativa).

Igualmente, en sentencia del 18 de marzo de 2004⁷⁹, la Corporación reiteró esta posición sobre la facultad de la Administración para imponer y hacer efectivas las multas, en los siguientes términos:

Así, al examinar el alcance del art. 14 de la ley 80 de 1993, la sala consideró, en lo referente a la cláusula de multas, que estipularlas en el contrato no comportaba ninguna exorbitancia, en tanto las mismas son propias del derecho común, están previstas en los artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio y por consiguiente, son aplicables a la contratación estatal por expresa remisión del artículo 13 del Estatuto Contractual. Según esas disposiciones, las partes de un contrato pueden establecer obligaciones con cláusula penal, definida por la ley como 'aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal' (Art. 1592 citado). Concluyó la sala que 'De estas dos previsiones se desprende que es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes en un contrato y con miras a asegurar la cabal ejecución del mismo puedan pactar dentro de sus cláusulas una pena (multa), en caso de inejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor'.

Resulta entonces posible que las partes en el contrato estatal estipulen la posibilidad de imponer sanciones cuando se presenta el retardo o el incumplimiento en la ejecución del contrato por parte del contratista, como las multas o la cláusula penal pecuniaria, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato (artículos 32, 40 inc. 2º Ley 80 de 1993).

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de junio de 2002, exp. 19488, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de junio de 2002, exp. 15936, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Sin embargo, en el año 2005, la jurisprudencia de la Sección Tercera cambió el criterio expuesto y retomó la tesis que se tenía con anterioridad al Auto del 4 de junio de 1998, sobre la imposibilidad de imponer unilateralmente multas por parte de la entidad contratante.

Con fundamento en el principio de legalidad que informa las actuaciones administrativas, la Sección Tercera consideró que la Ley 80 de 1993 no estableció la facultad del Estado para imponer unilateralmente las multas ni para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que se hubieren pactado en el contrato. Al respecto sostuvo⁸⁰:

Así entonces, se tiene que conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculden en sentido contrario.

(...)

Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998⁸¹ y del 20 de junio de 2002⁸², pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁸¹ “[9] Exp. 13988”.

⁸² “[10] Exp. 19488”.

correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.

En similar sentido, en auto del 10 de febrero de 2005⁸³, señaló, con base en los artículos 6 y 121 constitucionales, que el estatuto contractual no otorgó competencia a las entidades estatales para declarar el incumplimiento del contrato:

EN CUANTO A LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO toda vez que la ley 80 de 1993 no otorga competencia a la Administración para declarar el incumplimiento del contratista; sólo erige este hecho como supuesto de la declaratoria de caducidad del contrato condicionado a que 'afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización' (art. 18). Por ello se encuentran infringidos abiertamente los artículos 6 y 121 constitucionales relativos, respectivamente, a que 'Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones' y a que 'Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley'⁸⁴.

Por lo tanto no se comparten los argumentos del Tribunal, alusivos, de un lado, a que sería necesario hacer un estudio jurídico y probatorio para determinar si el acto acusado quebranta esas disposiciones, toda vez que el contenido de la ley 80 de 1993 revela la inexistencia de competencia para declarar el incumplimiento y que el incumplimiento del contratista es sólo uno de los supuestos de hecho para declarar la caducidad del contrato, siempre y cuando tal incumplimiento sea cualificado en la forma prevista en el artículo 18 ibídem. De otro lado, tampoco se participa del criterio según el cual el artículo 4 de la ley 80 (num 2) autoriza la declaratoria del incumplimiento cuando establece como deber y derecho de las entidades públicas el adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar. Y no se participa de ello porque no puede asimilarse ese deber a una competencia para declarar el incumplimiento, toda vez que la misma disposición precisa que las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias están condicionadas a las que hubiere lugar, según la misma ley 80, que pueden o ser las consecuenciales a los actos administrativos dictados con base en competencia expresa administrativa, las que se obtengan con base en declaración judicial o en mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Finalmente, la Ley 1150 de 2007 atribuyó competencia a las entidades estatales para imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal y para recaudar su monto, a través del mecanismo de compensación de la suma adeudada al contratista,

⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 25765, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁸⁴ "[1] Providencia de 18 de julio de 1997. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández. Exp. 10.703".

cobro de la garantía o de cualquier otro medio para obtener el pago, incluido el de la jurisdicción coactiva. Al respecto señaló:

Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

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

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

En definitiva, teniendo en cuenta los cambios jurisprudenciales frente a la competencia de la administración para imponer multas al contratista, se tiene que desde 1998 la jurisprudencia del Consejo de Estado admitía la posibilidad de que las entidades públicas declararan el incumplimiento contractual e impusieran multas al contratista. Esta posición fue aplicada de forma pacífica hasta el año 2005, momento en el cual la jurisprudencia cambió de postura y determinó que, si bien, las partes podían pactar las multas en el contrato, la Administración no tenía competencia para imponerlas unilateralmente, debiendo acudir al juez del contrato para su imposición.

Ahora, como la Resolución 01520 del 20 septiembre de 2004 que impuso una multa al contratista, se expidió cuando la jurisprudencia del Consejo de Estado admitía la posibilidad de que las entidades públicas declararan el incumplimiento de las obligaciones e impusieran multas al contratista, es necesario determinar si en el presente asunto el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -Incoder- contaba con competencia "*ratione materiae*" para su expedición.

Este aspecto relativo a los cambios jurisprudenciales ya ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado. Al respecto, esta Corporación⁸⁵ ha dicho que el juez de cierre puede revisar su jurisprudencia, esto es, modificar su postura, mediante la exposición clara y razonada de los fundamentos jurídicos que justifican las variaciones jurisprudenciales bajo la excepción de no restringir el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, como por ejemplo, los asuntos de orden procesal, tales como la jurisdicción, la competencia, la caducidad, la escogencia adecuada de la acción o medio de control.

Así mismo, esta Corporación⁸⁶, ha admitido la excepción de aplicación de la nueva regla jurisprudencial, no solo en el caso en que se vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia, sino también cuando dicha aplicación afecte derechos fundamentales, tales como, la igualdad, el debido proceso, la defensa o principios como el de seguridad jurídica y confianza legítima. Al respecto, señaló: “[la aplicación de cambios jurisprudenciales] *deben ser de aplicación inmediata, salvo que, a la luz de un juicio de ponderación de los derechos y principios constitucionales en pugna, se concluya que la misma contraría principios, valores y derechos consagrados por el ordenamiento jurídico, esto es, que dicha aplicación implica consecuencias constitucionalmente inadmisibles, de modo que sólo en este último caso sería necesario poner en práctica mecanismos que, como la modulación en el tiempo de los efectos de la decisión, eviten o temperen dichas consecuencias*”.

Ahora bien, en providencia del 25 de abril de 2018, exp. 58890⁸⁷, la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación fue clara en sostener que la aplicación de un criterio jurisprudencial en forma retroactiva implicaba la vulneración de principios del ordenamiento jurídico, tales como, el debido proceso y las garantías judiciales, libertad, igualdad y la confianza legítima creada de manera objetiva por las autoridades estatales en el desarrollo de sus actos, en tanto defrauda las expectativas y derechos, de quienes, en su momento, obraron conforme a las pautas jurisprudenciales vigentes para entonces, habida consideración que por esa vía la autoridad juzga los hechos o

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 8 de junio de 2017, exp. 41233, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, exp. 50892, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, exp. 58890, C.P. Jaime Orlando Santofimio.

actos surtidos a partir de un criterio imprevisible e inesperado. Al respecto, señaló:

La retroactividad del precedente viola la cláusula de Estado de Derecho y el deber general del Estado de respeto a las garantías judiciales, debido proceso, libertad e igualdad y, por contera, a la confianza legítima creada de manera objetiva por las autoridades estatales en el desarrollo de sus actos.

En virtud de la confianza legítima, que tiene su fundamento sustantivo en el postulado constitucional de buena fe, el respeto al acto propio y a la seguridad jurídica, se tutelan las expectativas que objetiva y razonablemente fundadas han advertido los terceros a partir de los actos (hechos, omisiones, decisiones) de las autoridades estatales y que presentan vocación de estabilidad⁸⁸. Por consiguiente, alteraciones imprevisibles o intempestivas contrarias a esa conducta previa pueden afectar de manera antijurídica la situación de quienes se han atenido y ajustado su proceder al patrón uniforme de conducta previo.

Concretamente, en relación con el cambio de precedente y sus efectos en el tiempo, la referida sentencia dijo:

*5.5.- Entonces, la garantía de los derechos individuales en el marco de las actuaciones administrativas y jurisdiccionales lleva a afirmar por regla general que todo cambio de jurisprudencia que altera de manera sustantiva el contenido y alcance de las competencias estatales, de los derechos de las personas o los mecanismos de protección de los mismos, necesariamente debe ser adoptado e interpretado con efecto prospectivo o a futuro, esto es, que de manera ínsita se encuentra envuelto en él su radio de acción temporal o *ratione temporis* gobernando las situaciones problemáticas que se susciten a partir de la fecha posterior a su adopción, lo que excluye cualquier suerte de aplicación retroactiva del nuevo criterio jurisprudencial .*

5.6.- O, lo que es lo mismo, todo caso donde el juez abandona una solución previamente acogida en anteriores pronunciamientos y que conduce a la adopción de una nueva contraria que altera la tendencia sobre la cual se venían resolviendo pleitos similares, lleva consigo una regla de modulación temporal de transición en cuya virtud se considera que la nueva posición se acoge sin perjuicio del estatus jurídico de las situaciones consolidadas surtidas antes de ese pronunciamiento.

*5.7.- Y es que si la ley y en general cualquier precepto o criterio jurídico normalmente no pueden regular de manera retroactiva hechos anteriores a su vigencia, a esa elemental consideración no escapa la jurisprudencia, pues si de esta se predica su carácter de fuente de derecho vinculante, claro resulta que sus enunciados (*ratio decidendi*), que son auténticas normas o*

⁸⁸ “[73] la aplicación del principio de confianza legítima, presupone la existencia de expectativas serias y fundadas, cuya estructuración debe corresponder a actuaciones precedentes de la administración, que, a su vez, generen la convicción de estabilidad en el estadio anterior. Sin embargo, de ello no se puede concluir la intangibilidad e inmutabilidad de las relaciones jurídicas que originan expectativas para los administrados. Por el contrario, la interpretación del principio estudiado, debe efectuarse teniendo en cuenta que no se aplica a derechos adquiridos, sino respecto de situaciones jurídicas modificables, sin perder de vista que su alteración no puede suceder de forma abrupta e intempestiva, exigiéndose por tanto, de la administración, la adopción de medidas para que el cambio ocurra de la manera menos traumática para el afectado. Corte Constitucional. Sentencia T-566 de 2009”.

directrices jurídicas, están llamadas a correr esa misma suerte. Con otras palabras, si la aspiración más elemental del orden jurídico es la de pretender autoridad y orientar el comportamiento humano conforme al derecho va de suyo que la preexistencia de la exigencia de conducta jurídicamente relevante es presupuesto elemental de racionalidad del sistema jurídico.

5.8.- Como se dijo, la razón de ser de este planteamiento está basado en un enfoque de derechos, pues resulta evidente que la prohibición de aplicación retroactiva de la jurisprudencia viene a estar respaldada por el debido proceso y las garantías judiciales, la máxima de libertad personal, el principio de igualdad y la confianza legítima (...).

En esta oportunidad, la Sala concluyó que tanto los jueces como la administración al momento de decidir una controversia debían aplicar los criterios jurisprudenciales vigentes para la época de los hechos y que todo cambio de precedente jurisprudencial, referido a competencias estatales, debe ser adoptado e interpretado con efecto prospectivo o a futuro.

En relación con los cambios jurisprudenciales frente a las competencias estatales, la misma Subsección C del Consejo de Estado en sentencia del 4 de septiembre de 2017⁸⁹, determinó que, sin bien, los precedentes jurisprudenciales pueden ser modificados por los órganos de cierre de las jurisdicciones, se debe analizar cada caso concreto, ya que, cuando *“estos cambios jurisprudenciales fijan el sentido de una regla jurídica y en consecuencia se integren a esta, como sucede cuando se señala la temporalidad de una competencia y los operadores jurídicos se han ajustado a ese criterio jurídico sustentado, no podrá exigírsele la subordinación a un nuevo criterio jurisprudencial”*. Así mismo, señaló que, en el caso del *“enjuiciamiento de los actos que dicta la Administración”* se debe hacer desde el marco jurídico vigente a la época de la expedición de los mismos; lo cual comprende necesariamente las interpretaciones que la jurisprudencia ha realizado de los diversos materiales jurídicos a partir de los cuales el oficio judicial ha clarificado y fijado el sentido interpretativo de los mismos. En relación con lo anterior, señaló:

5.7.- Criterio jurisprudencial vigente. Precisado lo anterior, que constituye la base fáctica relevante del caso, se advierte que para cuando se expedieron los antecitados actos administrativos era precedente reiterado de esta Corporación la regla según la cual la oportunidad para decretar la caducidad del contrato estatal comprendía el plazo de ejecución y el plazo de vigencia

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 4 de septiembre de 2017, exp. 57279, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En similar sentido ver las siguientes providencias: sentencia del 14 de marzo de 2019, exp. 40953, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; sentencia del 11 de septiembre de 2019, exp. 44695 y sentencia del 3 de agosto de 2020, exp. 49024, C.P. Martín Bermúdez Muñoz; sentencia del 5 de marzo de 2021, exp. 39249, C.P. José Roberto SÁCHICA Mendez.

del mismo, esto es, hasta cuando ocurriera la liquidación del contrato o feneciera el término previsto para tal fin.

(...)

5.10.- Y, como se dijo, en la Sentencia dictada el 20 de noviembre de 2008 Exp. 17031 la Sección Tercera, que no existía para cuando se dictaron los actos, reconoció como precedente judicial el expuesto en las sentencias anteriores, así: 'Las últimas posturas jurisprudenciales, han abordado el problema jurídico de la competencia temporal de las medidas sancionatorias desde la perspectiva de dos plazos definidos en el contrato: el plazo para ejecutar el contrato y el plazo para liquidarlo, lo que condujo a colegir que el contrato no se ha extinguido mientras subsistan obligaciones pendientes de cumplir y que expirado el plazo de ejecución la Administración puede exigir y evaluar su cumplimiento, definir si fue o no satisfactorio e imponer las sanciones previstas en la ley y en el contrato aún durante la etapa de la liquidación'.

Ahora bien, no puede desconocerse que en su tarea de adjudicación los jueces y, en particular, los órganos de cierre de las jurisdicciones fijan reglas que completan y concretan el ordenamiento jurídico y, en ese sentido, cumplen un papel importante en la creación normativa, tampoco puede perderse de vista que, en tanto resultan de una actividad que se confronta diariamente a la necesidad de aterrizar las disposiciones del ordenamiento para los casos particulares, considerando las circunstancias específicas de cada situación, las reglas jurisprudenciales establecidas no tienen la misma envergadura ni rigidez de otras fuentes del derecho como la ley, por lo que mal podría concluirse que los principios que rigen la aplicación de esta última deban operar de la misma manera para aquellas. Al contrario, a partir de la constatación de las diferencias, en particular, del hecho de que las reglas jurisprudenciales surgen de interpretaciones normativas realizadas para casos concretos y de que sean estos últimos los que desafíen a interrogarse sobre su corrección o sobre la necesidad de cambiarlas, es posible concluir que la regla que en materia de determinación de sus efectos mejor se acompasa con su naturaleza es la de su aplicación inmediata, y por ende, retroactiva, salvo que, se insiste, dicha aplicación conlleve consecuencias indeseables a la luz de los principios, valores y derechos consagrados por el ordenamiento jurídico⁹⁰.

En el caso concreto, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -Incoder- profirió la Resolución 01520, a través de la cual impuso una multa al contratista, el 20 septiembre de 2004, esto es, cuando el Consejo de Estado en la interpretación normativa que hizo en ese momento, consideró que las entidades estatales sí

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 25 de septiembre de 2017, exp. 50.892, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

tenían competencia para imponer unilateralmente las multas pactadas en un contrato estatal, sin necesidad de acudir al juez para su imposición.

Bajo este contexto, la Sala encuentra que la entidad estatal obró amparada en el criterio jurisprudencial uniforme, claro y reiterado de esta Corporación recogido de forma pacífica desde 1998 hasta el año 2005, por lo que, en aras de salvaguardar la confianza legítima suscitada en la Administración con este criterio jurisprudencial vigente a la fecha de expedición del acto administrativo impugnado, resulta razonable su aplicación en la resolución de la presente controversia.

En este caso, las partes acordaron en la cláusula vigésima primera⁹¹ del contrato 049 de 2003 la facultad del Incoder para imponer multas al contratista por incumplimiento a sus obligaciones contractuales.

En este orden de ideas, el Incoder tenía competencia para imponer multas al contratista, de conformidad con la jurisprudencia vigente al momento de la expedición de las Resoluciones 01520 del 20 septiembre de 2004 y 01998 del 29 de noviembre de 2004. Por lo anterior, la Sala modificará la decisión del *a quo* que declaró la nulidad de los mencionados actos por falta de competencia.

5.2. De la falsa motivación

⁹¹ “VIGÉSIMA PRIMERA. MULTAS: En caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones originadas de este contrato, el INCODER impondrá al CONTRATISTA las siguientes multas: a) Por el incumplimiento en las obligaciones de constitución o prórroga de la garantía única y/o el seguro de responsabilidad civil extracontractual (...). b) Por el incumplimiento de la obligación de publicar el contrato en el Diario Único de Contratación Pública y/o el pago de impuesto del timbre -si a ello hubiere lugar- (...). c) Multa diaria por el incumplimiento en la entrega del programa de trabajo. Si el CONTRATISTA no entrega el programa de trabajo dentro del plazo estipulado, pagará al INCODER en calidad de indemnización por incumplimiento y por cada día hábil de mora en la entrega, una suma (...). d) Multas por incumplimiento en la entrega de la obra programada para los periodos de trabajo. El INCODER evaluará ítem por ítem la cantidad de obra recibida por la interventoría y la diferencia entre lo programado y lo recibido, según conste en el acta de recibo parcial de obra, suscrita entre el contratista y el interventor, desde la iniciación de la obra hasta la fecha de vencimiento del periodo evaluado. Tal diferencia la sancionara imponiendo al CONTRATISTA una multa hasta del cinco por ciento (5%) del valor de esa diferencia. Para el cómputo de estas multas no habrá lugar a compensación de obra dejada de ejecutar en un ítem de construcción por mayor obra ejecutada en otro. PARÁGRAFO: En el evento en el cual el CONTRATISTA se negare a entregar la obra y/o suscribir el acta de recibo parcial de obra, la multa se impondrá con base en el informe de interventoría en el cual conste la cantidad de obra ejecutada y la diferencia con la programada, desde la iniciación de la obra hasta la fecha de vencimiento del periodo evaluado. e) Por el incumplimiento en el programa de trabajo el cinco por ciento (5%) por cada mes de atraso (...).”

Para la entidad estatal el contratista incumplió el contrato por el atraso en la ejecución en el programa de trabajo e inversiones (i) durante el primer mes de actividad *“por cuanto no se ejecutó obra alguna relativa a las cámaras de quiebre, estando definida su localización”*, (ii) durante el mes de mayo *“el incumplimiento persistió porque el contratista tampoco cumplió con la inversión programada y se limitó a ejecutar la obra civil de tres cámaras”* y (iii) porque a 23 de julio de 2004 sólo había ejecutado obras por un valor de \$18'500.000.

El Tribunal concluyó que no se probó la falsa motivación alegada por el actor, pues los informes de la interventoría y de la supervisión del contrato demostraban que el contratista incumplió el programa de trabajo e inversiones, lo que lo hacía acreedor a la multa impuesta por el Incoder.

En el recurso de apelación, el actor sólo mencionó que el Incoder reconoció en el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución que impuso la multa al contratista, que la localización de las cámaras de quiebre se definió hasta el 12 de abril de 2004.

Al respecto, la Sala precisa que le asiste razón al demandante al afirmar que el Incoder, para el 12 de marzo de 2004, no había definido el sitio exacto de localización para la construcción de las cámaras de quiebre, pues solo lo hizo hasta el 12 de abril siguiente. Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados, en tanto, al juez sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia que se hubiere adoptado en primera instancia. No obstante, la Sala advierte que el apelante no realizó ningún otro reproche particular en relación con la decisión de incumplimiento del contratista del programa de trabajo e inversiones, pues se limitó a resumir las causas que, a su juicio, generaron el conflicto entre las partes (planos y diseños de la obra, la localización de las mismas, los ensayos de resistencia de los concretos y la aceptación y recibos de los ítems contratados), pero no sustentó de forma específica su desacuerdo con la decisión tomada por el *a quo*; razón por la cual, la Sala no se pronunciará al respecto, puesto que, el juez de segunda instancia está limitado al estudio de los motivos de inconformidad expresados por el recurrente en el recurso de apelación.

Por lo anterior, la Sala concluye que no se probó el vicio de falsa motivación alegada contra el acto administrativo que impuso una multa al contratista.

Ahora bien, precisa la Sala que una vez establecido que no era procedente la nulidad del acto administrativo que impuso una multa al contratista por falta de competencia y falsa motivación, resulta pertinente estudiar el otro cargo aducido consistente en la violación del derecho al debido proceso.

5.3. El desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso

El debido proceso es un derecho fundamental de rango constitucional, ya que se encuentra previsto expresamente en el artículo 29 superior y señala que nadie podrá ser juzgado sino *“con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”* y, que toda persona tiene derecho a la defensa, *“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”*.

Asimismo, indica el precepto constitucional que el debido proceso *“se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*, lo cual incluye aquellas que se adelanten en el ejercicio de la actividad contractual del Estado.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha dicho que *“En lo que se refiere a las actuaciones administrativas, éstas deben ser el resultado de un proceso donde quien haga parte del mismo, tenga oportunidad de expresar sus opiniones e igualmente de presentar y solicitar las pruebas que demuestren sus derechos, con la plena observancia de las disposiciones que regulan la materia, respetando en todo caso los términos y las etapas procesales descritas⁹²”*.

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.

⁹² Sentencia T-72394 de 1995.

En este sentido, esta Corporación en sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. 18394⁹³ recordó que una decisión administrativa, incluyendo la contractual, debe estar precedida, entre otras, de 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 administrativas⁹⁴.

Bajo este contexto, la facultad unilateral de imposición de multa al contratista no puede ser considerada como un poder arbitrario o ilimitado de la administración, sino que su aplicación debe estar precedida de un procedimiento administrativo previo que establezca el respeto de los derechos del contratista y, en tal medida, este debe conocer que se está adelantando un procedimiento para imponerle una multa, con el objeto de que pueda ejercer su derecho a la defensa mediante la solicitud y práctica de pruebas y así mismo contradecir las que se aduzcan en su contra.

Ahora bien, en el presente asunto, la Sala verificará si en el trámite de expedición de las resoluciones en las que se impuso una multa al contratista, se infringió el artículo 29 de la Constitución Política que ordena la aplicación del debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas.

En la demanda el actor consideró que las resoluciones acusadas vulneraron su derecho al debido proceso en cuanto no se le garantizó el ejercicio del derecho de audiencia y de defensa con anterioridad a su expedición, pues no se le dio la oportunidad de controvertir los informes presentados por el interventor y que sirvieron de fundamento para expedir los actos administrativos a él adversos; sumado a que durante la ejecución contractual no se suscribieron actas de recibo parcial y por ello el contratista desconoce de dónde la administración calculó el monto de la multa impuesta.

Al respecto, resalta la Sala que, de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, al contratista se le garantizó el derecho al debido proceso previo a la

⁹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. 18394, C.P. Ruth Stella Correa.

⁹⁴ “[14] Cfr. SANTOFIMIO, Gamboa, Jaime Orlando, Ob. Cit. Págs. 80 a 82”.

expedición de los actos administrativos por medio de los cuales se le impuso una multa.

En efecto, observa la sala que la interventoría, mediante oficio de 19 de abril de 2004 (f. 487 y 488 c. 5), le reiteró al contratista la solicitud efectuada el 17 de febrero de ese mismo año relacionada con el envío de las facturas y los comprobantes de calidad de los ítems de obra, así como el cumplimiento del programa de trabajo. El contratista por oficio de 27 de abril de 2004 (f. 490 y 491 c. 5) respondió que no había entregado las facturas porque las empresas solo las expedían a la entrega de los productos y que las actividades las estaba adelantando por fuera del sitio de la obra, lo cual podía ser confirmado por la interventoría el día que el contratista lo citara para la realización de la respectiva inspección.

El 5 de mayo de 2004 (fls. 492 c. 5), la interventoría en respuesta al oficio del 27 de abril de la misma anualidad, le reiteró la obligación de presentar las facturas de compra y los comprobantes de calidad de los ítems de obra. Ante el silencio del contratista a los requerimientos hechos por la interventoría, el 20 de mayo de 2004 ((fls. 538 c.5), el interventor le informó al contratista que el pasado 13 de mayo (fls. 539 c. 5) le solicitó al supervisor del contrato le aplicara la sanción de multa estipulada en el contrato por incumplimiento en la ejecución del programa de trabajo e inversión en el primer mes de actividad, así como la omisión en la presentación de las facturas que acreditaran la cantidad y calidad de los elementos adquiridos para la construcción de las cámaras de quiebre.

Ahora bien, el contratista mediante oficio de 2 de junio de 2004 (fls. 493-495 c. 5) le manifestó al Incoder que de conformidad con los oficios del 13 y 20 de mayo de 2004 suscritos por la interventoría, no estaba de acuerdo con la solicitud que esta le hizo al supervisor de imponerle una multa y solicitó una audiencia para exponer como había adelantado la ejecución del contrato.

El 10 de junio de 2004 (fls. 496, c.5), el Incoder citó al contratista a una reunión el 15 de junio siguiente a las 5:00 p.m. con el fin de *“continuar con el debido proceso a que tienen derecho las partes”*. El 3 de agosto de 2004 (fls. 131-140, c. 5 y 7), el contratista manifestó al Incoder su preocupación con la posible imposición de multas y declaración de caducidad del contrato. Posteriormente el 11 de agosto de 2004, la interventoría realizó una visita ocular a la obra junto con

el contratista, los usuarios del distrito de Albesa y un técnico en aguas de la firma Tecval S.A. –empresa a quién supuestamente el contratista le había comprado los elementos de las cámaras de quiebre de presión-, en la que se advirtió que este ítem de obra presentaba problemas de funcionamiento y se detectó que los elementos instalados en los mismos eran usados o reconstruidos. En esta visita el contratista manifestó que el proveedor lo engañó y acordó con la entidad estatal reemplazar los componentes por unos nuevos y de buena calidad.

Finalmente, a partir de la reunión efectuada el 11 de agosto de 2004 y hasta antes del 20 de septiembre de 2004, fecha de la resolución a través de la cual se le impuso una multa al contratista, hubo sendas comunicaciones entre las partes⁹⁵, que evidencian que a pesar de los requerimientos de la administración, el contratista no allegó la documentación técnica y de calidad idónea que soportara la construcción de los ítems de obra y el cambio de los elementos usados y reconstruidos por elementos nuevos y de óptima calidad.

En este orden de ideas, observa la Sala que el material probatorio muestra que durante la ejecución contractual hubo por parte de la interventoría requerimientos y citación a reuniones al contratista en donde se le exigió el cumplimiento de sus obligaciones y se le dio la posibilidad de explicar las razones por las cuales estaba incurso en un incumplimiento que conduciría a la entidad a adelantar un procedimiento administrativo tendiente a imponerle una multa.

En definitiva, la Sala encuentra probado que se garantizó el debido proceso al contratista previo a la expedición de la Resolución 1520 del 20 de septiembre de 2004 que impuso una multa, pues se le permitió conocer que se estudiaba la posibilidad de imponerle la sanción y las razones en que habría de fundarse, como se observa en los documentos enviados y las reuniones realizadas durante la actividad contractual.

Como puede apreciarse, la entidad pública demandada tomó la decisión de imponer la multa con base en unos hechos que estimó tipificaban el incumplimiento de las obligaciones contractuales y, previo a ello, lo puso en conocimiento de los incumplimientos que le atribuía la entidad estatal y que le

⁹⁵ Oficio del 13 de agosto de 2004 (fls. 66-67 y 78-79, c.4); oficio 20042120766 del 17 de agosto de 2004 (561, c. 5 y 580, c. 7); oficio 20042121798 del 25 de agosto de 2004 (fls. 563, c. 5 y 582, c. 7); oficio del 31 de agosto de 2004 (fls. 152, c. 5 y 7).

servirían de fundamento para adoptar la decisión hoy enjuiciada y lo llamó para oírlo en descargos y realizó junto con él inspección a la obra.

En consecuencia, resalta la Sala que la administración advirtió al contratista sobre la imposición de la multa y le otorgó un término para cumplir con sus obligaciones, por lo que resulta claro que a la parte demandante no le fue desconocido su derecho de audiencia y de defensa.

En conclusión, la Resolución 01520 del 20 septiembre de 2004 y 01998 del 29 de noviembre de 2004, expedida por el Incoder, por medio de la cual se impuso una multa al contratista no está viciada de ilegalidad

6. De la legalidad del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato

La Sala procederá a analizar, en los términos dispuestos en los recursos de apelación interpuestos por las partes, si las Resoluciones 0028 del 13 de enero de 2005 y su confirmatoria 00682 del 11 de abril de ese mismo año, se configura alguna de las causales de anulación alegadas.

6.1. Falta de competencia

El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -Incoder- sustentó en el recurso de apelación en que la entidad estatal podía declarar la caducidad del contrato hasta antes del vencimiento de la etapa de liquidación.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales la entidad declaró la caducidad del contrato por falta de competencia temporal de la administración con fundamento en la sentencia del 20 de noviembre de 2008 que establecía que tal poder exorbitante solo podía ejercerse durante el plazo de ejecución y no en la etapa de liquidación.

La potestad exorbitante de declaratoria de caducidad del contrato se encuentra regulada en el artículo 18 del Estatuto General de la Contratación Pública. En particular, este artículo define a la caducidad como la estipulación negocial, en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de

incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que pueda conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

Frente a las potestades excepcionales al derecho común consagradas a favor de la Administración -entre las cuales se encuentra la de declaratoria de caducidad del contrato-, la Ley 80 de 1993 señala en su artículo 14, lo siguiente:

Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o.

de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

De la normativa transcrita, se puede concluir, que las denominadas cláusulas excepcionales o poderes unilaterales de la administración de interpretación, terminación y modificación unilaterales, sometimiento a las leyes nacionales, de reversión y caducidad constituyen una herramienta que tiene como finalidad evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos.

La declaratoria de caducidad del contrato tiene los siguientes efectos o consecuencias: (i) dar por terminado el vínculo comercial sin que haya lugar a indemnización para el contratista; (ii) ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre; (iii) hacer exigibles garantías por configuración del siniestro del incumplimiento; (iv) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y (v) configura para el contratista la inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas durante 5 años.

En este sentido, la Corporación ha sostenido que la caducidad del contrato es la sanción más drástica que la entidad pública puede imponer a su contratista, al entrañar el aniquilamiento del contrato y comportar para él la inhabilidad de celebrar negocios jurídicos con entidades públicas durante el período fijado por el legislador⁹⁶.

En cuanto a las características del poder exorbitante de caducar el contrato estatal, en sentencia del 27 de noviembre de 2007, exp. 14431⁹⁷, esta Corporación dijo que es de orden público y, como tal, inalienable, irrenunciable e intransmisible; goza, por tanto, de autonomía, unilateralidad y proporcionalidad en su adopción y se ejercita a través de la expedición de actos administrativos debidamente motivados, que pueden ser ejecutados sin necesidad de acudir ante el juez, puesto que involucra el interés público.

⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, exp. 20738, C.P. Enrique Gil Botero.

⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2013, exp. 14431, C.P. María Elena Giraldo Gomez.

La jurisprudencia inicial de esta Corporación, en relación con la oportunidad para decretar la caducidad del contrato⁹⁸, consideraba que, para su declaratoria, era necesario que el contrato estuviera vigente y en ejecución, en tanto ello implicaba la terminación anticipada del negocio jurídico:

En forma reiterada ha dicho el Consejo de Estado que la caducidad del contrato solo es procedente cuando éste está vigente y no cuando el contrato ha terminado por vencimiento del plazo contractual o ante la terminación de la obra contratada. La finalidad de la cláusula de caducidad es precisamente dar por terminado el contrato. Pero si ya feneció por vencimiento del plazo o ejecución de las obras, lo único que legalmente procede es su liquidación, para saber quién debe a quien y cuánto o para que se haga uso de las acciones legales que cada parte considere conveniente a sus intereses⁹⁹.

Dicho criterio fue aplicado de forma pacífica hasta 1999, cuando la jurisprudencia determinó que la caducidad se podía declarar aún vencido el término de ejecución y hasta antes de la liquidación del mismo:

(...) [L]a administración podrá declarar el incumplimiento (o la caducidad) después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste.

La Sala precisa que la evaluación sobre el cumplimiento del contratista, la aplicación de los correctivos que la administración considere necesarios y las sanciones impuestas, son válidas si se efectúan durante el plazo para el cumplimiento del objeto del contrato y la liquidación del mismo¹⁰⁰.

La anterior postura fue acogida por el Consejo de Estado en providencias posteriores. Al respecto, en auto del 29 de junio del 2000 se consideró que la Administración podía decretarla, aunque el plazo de ejecución hubiera vencido, siempre y cuando no se hubiera expedido el acto de liquidación:

Ahora bien, respecto a la facultad de la administración para declarar el incumplimiento del contrato y ejercerla luego de vencido el plazo del contrato, es verdad como lo afirma la actora que mediante la providencia que se acaba de citar, esta Sala declaró la nulidad de los actos que allí se impugnaban en razón a que fueron expedidos cuando estaba vencido el plazo del contrato. Sin embargo, la vigencia del plazo del contrato como límite temporal para el ejercicio de las potestades excepcionales, fue objeto de precisión por la Sala, en la sentencia de 13 de septiembre de 1999, expediente 10.264, en el siguiente sentido:

(...)

⁹⁸ Facultad excepcional que en materia de contratación de las entidades públicas ha sido consagrada por los diversos estatutos de contratación estatal, como el Decreto Ley 150 de 1976 y el Decreto 222 de 1983.

⁹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 1979, exp. 1485

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1999, exp. 10264.

Es verdad que vencido el plazo del contrato éste se coloca en la etapa de liquidación, pero no resulta razonable sostener que en esta fase la administración no pueda hacer uso de sus potestades sancionatorias frente al contratista, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio; es cuando puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista.

(...)

En conclusión, cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el que pone en evidencia su incumplimiento y es este el momento en el que la administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento.

En este sentido la Sala retoma y reitera la doctrina sentada en la sentencia de enero 29 de 1988, Exp. 3615, en cuanto rectificó la tesis anterior sobre el término para el ejercicio de las potestades excepcionales en la actividad contractual y sostuvo que la administración podrá declarar el incumplimiento (o la caducidad)¹⁰¹ después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste¹⁰². (Resaltado fuera del texto original).

Así mismo, en sentencia del 18 de marzo de 2004, la Corporación reafirmó que la entidad estatal podía ejercer potestades exorbitantes luego de vencido el plazo contractual mientras el contrato no se hubiera liquidado:

También fue motivo de precisión jurisprudencial la competencia “ratione temporis” para el ejercicio de los poderes excepcionales o exorbitantes que posee la entidad estatal para el control y dirección del contrato, al señalar que la administración puede declarar el incumplimiento del contratista luego de que hubiera vencido el plazo contractual, como medida orientada a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria cuando aquél no hubiere ejecutado la totalidad de las prestaciones a su cargo y podía ejercitar otros de sus poderes sancionatorios hasta tanto el contrato no se hubiera liquidado, en razón de que la liquidación está comprendida dentro de la vigencia del contrato. Dijo la sala:

‘... vencido el plazo del contrato éste se coloca en la etapa de liquidación, pero no resulta razonable sostener que en esta fase la administración no pueda hacer uso de sus potestades sancionatorias frente al contratista, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio; es cuando puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista’ motivo por el cual, ‘la evaluación sobre el cumplimiento del contratista, la aplicación de los correctivos que la administración considere necesarios y las sanciones impuestas, son válidas si se

¹⁰¹ “[1] Hoy a la luz del art. 18 de la Ley 80 de 1993, a diferencia de lo que sucedía en los estatutos contractuales anteriores, es claro que los conceptos de caducidad e incumplimiento son equivalentes”.

¹⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 29 junio del 2000, exp. 16756, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

efectúan durante el plazo para el cumplimiento del objeto del contrato y la liquidación del mismo'.¹⁰³ (resaltado fuera del texto original)

Posteriormente, la Sección Tercera del Consejo de Estado retomó la pauta jurisprudencial que se había fijado inicialmente, al considerar que la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y no durante la etapa de la liquidación, con base en las siguientes razones:

a) El Legislador pretendió con la institución de la caducidad -tanto en la Ley 80 de 1993 y antes con el Decreto – ley 222 de 1983 art. 62 letras a) a la f)- la remoción del contratista incumplido, con el fin de evitar que se interrumpa o paralice la prestación de los servicios y funciones a cargo de las entidades contratantes, y asegurar su continuidad, mediante la correcta ejecución del objeto contractual por la misma entidad o por un tercero en reemplazo del contratista incumplido.

b) Por el anterior motivo, la oportunidad de la medida está íntimamente relacionada con el plazo de ejecución del contrato y, por tanto, una vez culminado éste, no es viable caducarlo para el propósito previsto en la ley, y con independencia de que no se haya extinguido el contrato en virtud de su liquidación; en efecto, se destaca que:

i.) La caducidad es una atribución para afrontar el incumplimiento del contrato, de manera que su ejercicio es jurídicamente viable dentro del término convencional de ejecución de las obligaciones, vencido el cual no es posible satisfacer la concurrencia de sus requisitos legales materiales; por ende, fenecido el plazo de ejecución la finalidad de la potestad se pierde y con ella la facultad para imponerla; y

ii.) La etapa y el plazo de liquidación del contrato no están consagrados para ejercer esta potestad exorbitante, pues la ley no señaló que pudiera aplicarse durante ésta, sino dentro de la etapa y plazo fijado en el contrato para su ejecución; y, además, se reitera, no se trata de solucionar un problema exclusivamente económico o sancionatorio.

c) Declarar la caducidad del contrato con posterioridad al fenecimiento del plazo de ejecución y en la etapa o plazo que se tiene para liquidarlo, sería reconocerle a este instituto un carácter meramente sancionatorio e indemnizatorio, dejando a un lado que con él se persigue la continuidad en la prestación de los servicios y funciones a cargo de las entidades, en los eventos en que se presente un incumplimiento del contratista que afecte grave y directamente el contrato y amenace con su paralización.

f) (sic) En definitiva, la declaratoria de caducidad del contrato por parte de la Administración sólo procede por los motivos y con los requisitos señalados en la ley, durante el plazo pactado para la ejecución y cumplimiento oportuno de las obligaciones del mismo -que incluye tanto el plazo original como los adicionales-, y no cuando éste hubiese expirado, so pena de que el acto quede afectado con un vicio de nulidad, por incompetencia.¹⁰⁴. (Subrayado fuera del texto).

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2004, exp. 15936, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, exp. 17031, C.P. Ruth Stella Correa.

Ahora, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 12 de julio de 2012¹⁰⁵ se pronunció sobre la legalidad de declaración de caducidad de un contrato después de que el plazo de ejecución había expirado, porque, en sentir del demandante, era violatorio de los artículos 28 de la Constitución Política y de los artículos 62, literal f), 64, 65, 67 y 71 del Decreto-Ley 222 de 1983, porque *“(i) los hechos no daban lugar a la declaratoria de caducidad, por no existir causa que imposibilitara la continuidad del contrato, ya que, en situaciones de retraso, la ley ha establecido el apremio al contratista mediante la imposición de multas, más no la declaratoria de caducidad”*.

En esta oportunidad, el Consejo de Estado, para decidir sobre la legalidad del mencionado acto administrativo que declaró la caducidad, se planteó el siguiente problema jurídico:

¿Es anulable por falta de competencia temporal el acto a través del cual el municipio declaró la caducidad del contrato, habida cuenta de que fue expedido con posterioridad a la extinción del plazo de ejecutoria del contrato? Si bien es cierto que el demandante no atacó el acto administrativo con base en ese argumento, también lo es que la falta de competencia constituye el más grave de los vicios que puede afectar la validez de un acto y, por tal razón, puede ser declarado de oficio, tal y como lo ha dispuesto la Sala en un caso que guarda similitud con el que ahora se estudia:

*‘Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sección acerca de que la administración sólo puede declarar la caducidad del contrato durante la vigencia del mismo. En el caso que se examina se encuentra que la extemporaneidad alegada no fue objeto de las pretensiones de la demanda y esta consideración sólo la hace la parte actora en el alegato de conclusión ante esta instancia. Sin embargo, por tratarse del cargo de incompetencia temporal o *ratione tempore* que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador¹⁰⁶’.*

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 15024, C.P. Danilo Rojas Betancourt.

¹⁰⁶ “[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999, exp. n.º 10.196, C.P. Ricardo Hoyos. En otros pronunciamientos la Sala ha declarado la nulidad por falta de competencia de los actos administrativos expedidos en desarrollo de un contrato estatal, aun cuando no haya sido pedido en la demanda. Así, en sentencia del 15 de abril de 2010, exp. n.º 18.292, C.P. Mauricio Fajardo, se indicó: “Toda vez que la parte actora solicitó, entre otras, la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad pública demandada liquidó unilateralmente el contrato, para la Sala resulta importante examinar el tema relacionado con la competencia *ratio temporis* de la entidad para el ejercicio de esta potestad. Lo anterior en razón a que: primero, la naturaleza de orden público propia de las normas que regulan y determinan la competencia, sea ésta de carácter jurisdiccional o administrativa, exige un control de aquellos eventos en los cuales éstas se transgreden, así este aspecto no se constituya como pretensión, comoquiera que la incompetencia se erige en la más grave de las distintas formas o clases de ilegalidad; y segundo, teniendo en cuenta que la liquidación constituye el finiquito del contrato administrativo, resulta igualmente necesario que el juez, oficiosamente, adelante el examen del punto, aún cuando éste no se hubiere solicitado en el proceso. Con base en lo expuesto y considerando la naturaleza de orden público, propia de las normas que regulan y atribuyen competencia y los postulados del

Y para resolverlo, esta Corporación, con base en las razones expuestas en la providencia del 20 de noviembre de 2008 ya mencionada, precisó “*que una vez expirado el término de ejecución del contrato no es posible decretar la caducidad*”.

Por último, la Sala concluyó que las entidades solo pueden decretar la caducidad del contrato antes de que el plazo expire y así cumplir con el fin de la norma que es lograr la ejecución del objeto contractual en beneficio del interés general, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo:

[L]as entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad.

[...] De tal forma, al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que “la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista...” y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado.

Ahora bien, en el caso concreto, el contrato 049 de 2003 terminó su plazo de ejecución el 23 de septiembre de 2004 y el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, -Incoder- profirió las Resoluciones 00028 del 13 de enero de 2005 y su confirmatoria 00682 del 11 de abril de 2005 que declaró la caducidad del contrato, en la etapa de liquidación del contrato, tal y como lo admitía el criterio jurisprudencial vigente en ese momento, relacionado con la oportunidad temporal

principio de legalidad, se concluye que en aquellos casos en los cuales el juez advierta falta de competencia en determinado caso, debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad”.

para ejercer esta facultad excepcional. El Tribunal a quo aplicó la jurisprudencia que, a partir del año 2008, al hacer una nueva interpretación de la normatividad, concluyó que esa facultad exorbitante sólo se podía ejercer durante la etapa de ejecución del contrato y, por ello, declaró la nulidad del acto administrativo por falta de competencia temporal, pues el Incoder profirió los actos administrativos en la etapa de liquidación.

La Sala advierte que en el presente caso el acto administrativo que declaró la caducidad no se encuentra viciado por falta de competencia temporal para su expedición, pues tal y como se explicó en el acápite de la competencia de la administración para imponer multas (numeral 5.1 de esta providencia), la jurisprudencia vigente al momento de la expedición de los actos administrativos consideraba que la administración tenía competencia para declarar la caducidad del contrato aún en la etapa de su liquidación. En consecuencia, tratándose así mismo del criterio jurisprudencial vigente para la época en la que se profirió el acto de caducidad contenido en las Resoluciones 0028 del 13 de enero de 2005 y su confirmatoria 00682 del 11 de abril de ese mismo año, y con fundamento igualmente en el respeto a la confianza legítima que suscitó la jurisprudencia de la época, se le debe dar aplicación en el presente caso. Por lo anterior, la Sala modificará la decisión del a quo que declaró la nulidad de los mencionados actos por falta de competencia.

6.2. De la falsa motivación

La entidad demandada mediante las resoluciones acusadas declaró la caducidad administrativa del contrato 049 de 2003, por incumplimiento grave de las siguientes obligaciones del contratista: (i) no dio cumplimiento a los compromisos adquiridos en las actas y visitas de obra; (ii) el actuar inconsulto y la falta de equipos de calidad y cantidad requeridos, que originaron la imposición de multas; (iii) inició actividades *in situ* sin las debidas indicaciones del interventor e instaló equipos sin ser probados; (iv) desconoció las exigencias del interventor sobre entregas parciales de obra; (v) no soportó la inversión de los recursos entregados en calidad de anticipo; (vi) no allegó la documentación técnica y de calidad que soportara la construcción de los ítems de obra; (vii) no reemplazó los elementos usados o reconstruidos instalados en las cámaras de quiebre de presión; (viii) el contratista ignoró las exigencias del interventor en cuanto al

cumplimiento de las especificaciones técnicas contenidas en los capítulos 17, 18 y 20 de la solicitud de oferta y (ix) no ejecutó el 79% de la obras contratadas.

Por su parte, el recurrente fundamentó en el recurso de apelación que las causas que generaron los conflictos contractuales obedecieron a que la entidad estatal: (i) delegó la dirección del contrato al interventor; (ii) modificó unilateralmente la forma de pago; (iii) ausencia de diseños y planos completos de las obras a ejecutar; (iv) no definió los sitios de localización de los ítems de obra; (v) supeditó el recibo de la obra y su pago, a la entrega de soportes documentales - facturas, catálogos, certificados de calidad y demás soportes, diferentes a las pólizas de calidad y de estabilidad de la obra; (vi) exigió pruebas del concreto utilizado en la obra; (vii) no determinó las causas por las cuales no funcionaba el sistema de riego; (viii) no permitió la intervención de la Sociedad Colombiana de Ingenieros .

Los incumplimientos que atribuyó el demandante a la entidad estatal fueron objeto de análisis en el numeral 4 de la presente providencia, por lo que la Sala encuentra que está suficientemente acreditado en el plenario que la caducidad del contrato estuvo debidamente soportada en el incumplimiento grave del contratista de las condiciones del contrato, en cuanto no acreditó durante la ejecución del mismo los requisitos técnicos y de calidad de la obra contratada, presupuestos necesarios para su correcta ejecución y recibo y pago por parte de la entidad estatal.

Adicionalmente, el actor alegó en el recurso de apelación que el *a quo* estableció el incumplimiento del contratista en un 79%, con fundamento en lo señalado en el acto administrativo que declaró la caducidad que lo estableció en dicho porcentaje y, por ello, concluyó que era procedente declarar la caducidad del contrato, cuando los documentos que se relacionan a continuación demuestran que el contratista cumplió con un porcentaje de ejecución de la obra de un 75%: (i) la justificación de la primera adición al contrato de obra, en la cual el interventor estipuló que el avance físico de la obra representaba un 70% de ejecución; (ii) el informe de gestión de 2004 y el Plan de Acción de 2005 expedidos por el Incoder, los cuales señalaban que la ejecución del contrato era de un 75%; (iii) el testimonio rendido por el supervisor del contrato el cual manifestó que el 75% de la obra correspondía a los concretos de las 5 cámaras de quiebre y al esqueleto de la estación de filtrado, pero que, las obras no fueron recibidas porque el sistema no operó.

De conformidad con las pruebas obrantes en el proceso y el comportamiento asumido por las partes durante la ejecución del contrato, la Sala concluye que el Incoder estimó a lo largo del contrato un porcentaje de avance de las obras, bajo el entendimiento de que el contratista allegaría la información técnica tantas veces requerida para así poder constatar documentalmente el cumplimiento de la construcción de los ítems de obra.

En efecto el interventor mediante oficios e informes¹⁰⁷ expedidos en desarrollo de la actividad contractual informó que estimó un valor a la construcción de las cámaras de quiebre y estación de filtrado, con base a las visitas e inspecciones que realizó a la obra, donde se instalaron la cámaras de quiebre que no recibió y, por fuera de la obra, en el lugar donde se construyó la estación de filtrado que no autorizó su instalación *in situ* hasta que el contratista allegara la documentación técnica que soportara su recibo y pago.

Posteriormente y teniendo en cuenta que el contratista incumplió con su obligación de entregar los documentos que acreditaran la calidad de los elementos utilizados en la construcción de los ítems de obra, la administración, de una parte, no recibió las obras y, de otra, como consecuencia de lo anterior, en el acto administrativo que declaró la caducidad calificó el incumplimiento en un 79%, porcentaje que de conformidad con la realidad probatoria, no fue desvirtuado por el contratista.

En conclusión, la Sala considera que la administración en los actos administrativos de declaratoria de caducidad no incurrió en falsa motivación.

6.3. Desconocimiento del debido proceso

El actor alegó que el Incoder en el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición -Resolución 00682 del 11 de abril de 2005- no tuvo en consideración el informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros del 31 de marzo de esa anualidad que determinó que el contratista cumplió con sus obligaciones.

En este punto, la Sala resalta que como se señaló en el acápite 4.2.8 de esta providencia sobre las discrepancias en la interpretación del contrato, el concepto

¹⁰⁷ Ver entre otros: Informe N° 3 de julio de 2004 (fls. 168-174, c.5; 168-174, c.7 y 84-107, c.8); oficio del 13 de septiembre de 2004 (fls. 89-91, c. 4); oficio del 23 de julio de 2004 (fls. 64-65 y 125-126, c. 4, 505-506, c. 5; 515-516, c. 7).

de la Sociedad Colombiana de Ingenieros del 31 de marzo de 2005 (folios 327-354, c. 5), solo era procedente su aplicación si durante la ejecución del contrato surgieren diferencias entre las partes sobre la interpretación de alguna de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio que se pretende satisfacer con el objeto contratado, y como lo resaltó la Sala anteriormente, la problemática entre las partes no obedeció a diferencias de interpretación de las estipulaciones sino al desconocimiento del contratista a las estipulaciones contractuales, especificaciones técnicas y a los requerimientos de la interventoría.

Súmese a lo anterior que el actor solicitó en el recurso de reposición contra el acto administrativo que declaró la caducidad que la administración tomara en consideración un concepto de la Sociedad Colombiana de Ingeniero como prueba del cumplimiento de sus obligaciones, cuando este, en primer lugar, se solicitó y rindió por fuera del término de ejecución del contrato y, en segundo lugar, tampoco fue controvertido por la administración.

Por lo anterior, la Sala concluye que no se acreditó violación al debido proceso.

6.4 Desviación de poder

El actor señaló que los actos que declararon la caducidad del contrato fueron expedidos con desviación de poder, porque el interventor (i) exigió al contratista subcontratar parte de la obra con un tercero y (ii) participó en la nueva convocatoria para “destruir la obra objeto de este contrato”.

La Sala precisa, de una parte, que la finalidad de la administración al declarar la caducidad del contrato no fue otra que cumplir con lo establecido en la ley relativo a que esta procede siempre que se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización y, de otra parte, que las actuaciones de la interventoría señaladas anteriormente, son indicios que justifican las razones por las cuales la entidad tomó la decisión de declarar la caducidad, es decir, por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Además, el demandante no acreditó la afirmación relacionada con la exigencia de la interventoría de subcontratar con un tercero parte de la ejecución de la obra y la

“supuesta” participación del interventor en las convocatorias que realizó la entidad después de terminado el contrato, corresponden a actuaciones que no ocupan la atención de la Sala.

En definitiva, la Resolución 00028 del 13 de enero de 2005 y su confirmatoria 00682 del 11 de abril de 2005, expedida por el Incoder, por medio de la cual declaró la caducidad del contrato no está viciada de ilegalidad.

Ahora bien, la Sala precisa que el Tribunal *a quo* liquidó judicialmente el contrato con fundamento en el porcentaje de incumplimiento del 79% consagrado en la Resolución 00028 del 13 de enero de 2005 que declaró la caducidad (f. 24-30 c. 4 y 249-256 c. 5), porcentaje que, como se analizó precedentemente, no fue desvirtuado por la parte actora, razón por la cual, la Sala confirmará la liquidación del contrato.

Por último, el Tribunal *a quo* declaró de oficio la nulidad de la Resolución 1947 de 24 de octubre de 2005 por medio de la cual el Incoder liquidó unilateralmente el contrato 049 de 2003, decisión que no fue objeto de reproche por parte del actor, por lo que la Sala la confirmará.

7. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 - aplicable en el *sub lite*-, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena de costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

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 y por autoridad de la ley,

FALLA

MODIFICAR la sentencia del 9 de marzo de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará así.

PRIMERO: Declarar de oficio la nulidad de la Resolución 1947 del 24 de octubre de 2005 que liquidó el contrato.

SEGUNDO: La liquidación del contrato 049 de diciembre de 2003 quedará así:

<i>Valor del contrato</i>		<i>\$84.000.000</i>
<i>Valor ejecutado 21%</i>		<i>\$17.640.000</i>
<i>Anticipo por amortizar</i>	<i>\$21.000.000</i>	
<i>Menos labor ejecutada</i>	<i>\$17.640.000</i>	
<i>Saldo a favor de la entidad contratante</i>	<i>\$3.360.000</i>	

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

SEXTO: Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe 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 <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Aclaración de voto

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D. C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01116-02(42135)

Actor: CARLOS ORLANDO BECERRA CASTILLO

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: Aclaración de voto. ACCIÓN CONTRACTUAL – Incompetencia para la declaratoria unilateral de multas en vigencia de la Ley 80 de 1993 – Aplicación de precedente vigente para el momento en que se imponen las multas.

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por los fallos de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, me permito, a continuación, justificar las razones de esta aclaración de voto frente a la sentencia aprobada por la Sala el 19 de marzo de 2021, la cual modificó la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negando las pretensiones de nulidad de las Resoluciones 1520 de 20 de septiembre de 2004, 01998 de 29 de noviembre de 2004, 0028 de 13 de enero de 2005, 00682 de 11 de abril de 2005 y negando las demás pretensiones.

Me parece importante aclarar mi posición en el sentido de que acompañé la decisión de nulidad de las resoluciones que impusieron una multa al contratista, únicamente porque el INCODER aplicó la tesis vigente para ese momento en la Corporación que sí admitía esa posibilidad, sin perjuicio de lo cual, mi posición es que la Ley 80 de 1993, antes de que fuera modificada por la Ley 1150 de 2007, no consagró ninguna competencia para que las entidades estatales contratantes impusieran unilateralmente multas¹⁰⁸ al contratista.

En estos términos dejo consignada mi aclaración frente a lo decidido por la Sala en la sentencia de 19 de marzo de 2021.

¹⁰⁸ Las razones para afirmar que la Ley 80/93 no atribuyó a las entidades estatales ninguna competencia para la imposición unilateral de multas se señalaron por esta Corporación en la sentencia de la Sección Tercera de 20 de octubre de 2005, exp. 14579, MP. Germán Rodríguez Villamizar.

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Magistrada