



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Proceso : 50 001 2331 000 2010 00616 00
Acción : Contractual
Demandante : Instituto Nacional de Vías –Invías-
Demandado : Consorcio Vías Carreño 2005, Compañía de Seguros
Generales Cóndor S.A.
Providencia : Sentencia de primera instancia

Decide de fondo el Tribunal Administrativo de Arauca el proceso de la referencia, luego de adelantado el correspondiente trámite judicial.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El Instituto Nacional de Vías –Invías- presentó (fl. 1-358) demanda en contra del Consorcio Vías Carreño 2005 –Cuyos integrantes fueron vinculados al proceso- y de la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A., en ejercicio de la acción contractual.

Dentro de los **hechos** que se invocan, informa que celebró el 7 de septiembre de 2005 el contrato de obra 1552 con el Consorcio Vías Carreño 2005, integrado por Alfredo Ortega Pulido, Lelis Alfonso Sotelo Sánchez y César Augusto Moreno Ladino, para el diseño, la reconstrucción, la pavimentación o repavimentación de la vía Grupo 88, en el Tramo 1 Puerto Carreño-Juriepe, del K3+500 al K16+000, con una longitud de 12.50 kilómetros, en el Departamento del Vichada, por \$5.613.333.584, incluidos los ajustes y el Iva, con plazo de 24 meses a partir de la orden de iniciación, la cual se dio el 18 de noviembre de 2005; que Seguros Cóndor suscribió la póliza de cumplimiento 250133030, se le otorgó al contratista el anticipo de \$2.472.940.700 y la fecha de vencimiento incluyendo las prórrogas otorgadas fue el 31 de marzo de 2008.

Expresa que al vencimiento del contrato, el Interventor y la consultoría de apoyo informaron que el contratista no cumplió cabalmente, razón por la que inició la actuación tendiente a declarar el incumplimiento del contrato, la declaratoria de caducidad que pidió la interventoría y avaló la consultoría H MV y la devolución del anticipo no amortizado de \$1.844.594.557, describe el trámite que se surtió y anota que mediante Resolución 01694 del 9 de marzo de 2009 declaró el incumplimiento definitivo del contrato imponiendo como sanción a título de cláusula penal pecuniaria \$153.806.445.10 por el 10% de obra por ejecutarse y ordenó hacer efectivo el amparo de cumplimiento de la póliza otorgada por Seguros

Cóndor; la decisión fue impugnada por la aseguradora y por el consorcio contratista, y mediante la Resolución 03853 del 27 de agosto de 2010 al resolver los recursos, se confirmó el incumplimiento y se fijó la cláusula penal en \$117.636.667.50.

Agrega que mediante Resolución 01035 del 15 de marzo de 2010, declaró la ocurrencia del siniestro que amparaba el buen manejo y correcta inversión del anticipo por \$1.844.594.557, que impugnada, se confirmó con la Resolución 03205 del 16 de julio de 2010; que el 15 de marzo de 2010 se suscribió el Acta de entrega y recibo definitivo de obra y que el contrato no ha sido liquidado.

Como **pretensiones**, solicita que se liquide judicialmente el contrato de obra 1552 de 2005, y que en ella se tenga en cuenta la suma no amortizada del anticipo y el valor dispuesto como cláusula penal pecuniaria, entre otras.

2. La contestación de la demanda

2.1. El Consorcio Vías Carreño 2005 y sus integrantes expresaron (fl. 442-460), que no se oponen a que se liquide el contrato que es por incumplimiento de Invías y que se nieguen las demás pretensiones; frente a los hechos expresan que unos son ciertos, otros lo son parcialmente, varios no son ciertos y algunos deben probarse. Se refieren a fundamentos jurídicos controvertidos, dentro de lo que manifiestan que el contrato una vez ampliado su plazo y firmadas las actas, Invías solicita su terminación y liquidación dejando al contratista con la maquinaria parada y materiales en el lugar que se perdieron por el actuar omisivo del instituto.

Agregan que su actuar "fue de buena fe, las obras se estaban adelantando, hubo circunstancias de fuerza mayor que retardo la obra, pues nótese que dentro de las documentación aportada se observa que el clima afecto el contrato de una forma ostensible, y producto de ese invierno la obra se retardo por lo menos cuatro meses, los cuales fueron autorizados por la Interventoría y la consultoría de apoyo, con el visto bueno de las mismas pero que por solo la firma del director del plan dos mil quinientos para la época que no firmo, fue que se solicitó la liquidación del contrato. Con las cuantías que solicita el demandante INVÍAS, lo que sí pretende es un enriquecimiento ilícito, por parte de la Entidad Estatal".¹

Proponen las excepciones de "Incumplimiento del contrato por parte de la demandante", "Haberse presentado caso fortuito fuerza mayor" y "Desequilibrio económico del contratista".

¹ Las transcripciones que se incluyen en esta sentencia, así están escritas en el texto del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y con este aviso general, no se hará la advertencia específica cada vez que se amerite un (sic), para evitar su inútil y prolífica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen notas de pie de página, por lo cual o no aparecen todas las del texto o las que aparecen no siempre tienen el mismo número que registra la sentencia o el documento original que se transcribe.

3. Demanda de reconversión

El Consorcio Vías Carreño 2005 y sus integrantes radicaron el 28 de abril de 2014, demanda de reconversión en contra de Invías, con base en el Contrato de obra 1552 de 2005 (fl. 478-489, 509-520; a.2).

Mediante providencia del 6 de julio de 2016, se admitió (fl. 550), que fijada en lista (fl. 551), no se contestó.

4. Trámite surtido

4.1. Las partes. La demandante está conformada por el Instituto Nacional de Vías –Invías-; la demandada por el Consorcio Vías Carreño 2005 y sus integrantes Alfredo Ortega Pulido, Lelis Alfonso Sotelo Sánchez y César Augusto Moreno Ladino.

4.2. La demanda se radicó (fl. 1-358), se admitió (fl. 361-362), y todos los demandados fueron notificados; se profirió auto de pruebas (fl. 646-648), y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos y al Ministerio Público para concepto (fl. 681).

El Consorcio Vías Carreño 2005 y sus integrantes radicaron demanda de reconversión en contra de Invías, (fl. 478-489, 509-520; a.2), la que se admitió (fl. 550), fue fijada en lista (fl. 551) y no se contestó.

5. Los alegatos de conclusión

5.1. El Instituto Nacional de Vías –Invías- presentó su escrito (fl. 688-710), en el que transcribe las pretensiones de su demanda y se refiere a los que considera hechos probados, al trámite adelantado ante el Liquidador de Seguros Córdor, a la normativa que permite la liquidación judicial y a que hay prueba para lograr el reintegro de las sumas por parte del contratista y el reconocimiento y pago de las garantías por parte del Liquidador de Seguros Córdor.

5.2. El Patrimonio Autónomo de Remanentes y Contingencias de Seguros Córdor expresó (fl. 682-687) que la reclamación de Invías fue rechazada por el Liquidador de Córdor S.A. en decisión que quedó en firme, lo que trae como consecuencia que Fiduagraria no le pueda realizar desembolso al Invías.

5.3. El Consorcio Vías Carreño 2005 y sus integrantes, en su escrito de alegatos de conclusión (fl. 711-720) exponen que fueron varios los factores que impidieron que el contrato de obra se realizara, y se refieren a circunstancias de fuerza mayor, negligencia de la demandante; aducen que la excepción de desequilibrio económico y financiero está llamada a prosperar, mientras que los hechos de incumplimiento de la demanda de Invías no se probaron, y que fueron demostradas las pretensiones de la demanda de reconversión.

6. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió pronunciamiento en esta etapa.

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la primera instancia, la Sala decidirá enseguida y de fondo, el presente proceso judicial.

1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Procede acoger la pretensión de efectuar la liquidación del contrato de obra 1552 de 2005 que pide el Invías? Si la respuesta es afirmativa, se analizarán los conceptos que las partes solicitan incluir en ella. Y se adoptarán las decisiones que correspondan sobre la demanda de reconvención que se radicó en el proceso.

2. Análisis de aspectos procedimentales

2.1. Sentencia de fondo. El proceso cumple con el cometido encargado a la Administración de Justicia de dirimir la disputa puesta a su consideración².

2.2. Las excepciones

2.2.1. Respetto de las propuestas

- Frente a las de "*Incumplimiento del contrato por parte de la demandante*" y "*Desequilibrio económico del contratista*", no se tienen como excepciones propiamente dichas, toda vez que no constituyen hechos que se opongan a las pretensiones de la demanda; por el contrario, son aspectos sustanciales de derecho y argumentos de defensa que se dirimirán al momento de decidir el proceso, por cuanto son temas objeto del debate judicial; por lo tanto, conforme con el resultado que se expondrá más adelante en las presentes Consideraciones, de manera consecuencial se tendrá la respuesta a los planteamientos efectuados en tales asuntos.

- Ante la de "*Haberse presentado caso fortuito fuerza mayor*", como quiera que no se trata de excepciones sino de causales que pueden exonerar de responsabilidad, se resolverán si en contra de los demandados se asignan las condenas por los cargos que les endilga Invías.

² Significa que se controló en forma exitosa la legalidad procesal en todos sus aspectos, como jurisdicción, competencia, otros presupuestos exigidos, y sin nulidades u otros trámites por decidir.

2.2.2. Sobre **Excepciones de oficio**, se analizarán a continuación varias circunstancias procesales, y si se encuentra probada alguna, se declarará (Artículo 164, C.C.A)³.

2.2.2.1. Ejercicio de la acción. Se verifica si pudo ocurrir la excepción de "Caducidad" frente a la demanda de Invías. Para el efecto, se encuentra que se acreditó en el expediente, que se fijó la terminación del contrato para el 31 de marzo de 2008 incluidas las prórrogas otorgadas (fl. 3), aun cuando los demandados reclaman que era el 31 de mayo de 2008 (fl. 447). Se toma la primera de estas fechas, que consta en el Adicional 2 (fl. 31-32), ya que la segunda fue una propuesta del Consorcio que no se aceptó ni oficializó ni concretó por Invías (fl. 447).

En la cláusula vigésimo cuarta se pactó que la liquidación se "efectuará de acuerdo con lo establecido en la Ley 80 de 1993" (fl. 27-envés), y la disposición legal lo fijaba en cuatro meses (Artículo 60).

No obstante, el entonces vigente artículo 136.10.d) del Código Contencioso Administrativo, prescribía: "*Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar*".

El contrato fue pactado para 24 meses de ejecución y pagos por etapas y actas parciales (fl. 23, 23-envés), con lo que es de los denominados de tracto sucesivo y por lo tanto, requería de liquidación, tal como se convino en la citada cláusula vigésimo cuarta.

De manera que la *obligación de liquidar* debía cumplirse en los cuatro meses iniciales para intentarlo en forma conjunta, y si ello no era posible, se disponía de los dos meses siguientes a dicho lapso para hacerlo con decisión unilateral. Es decir, la contratante tenía seis meses para cumplir con su deber legal. Una vez concluido este plazo, empezaban a contarse los dos años que la Ley preveía como término de caducidad, ya para efectuar su liquidación, ya para cualquier reclamación judicial.

Así, como la terminación del contrato ocurrió el 31 de marzo de 2008 (fl. 31-32), los cuatro meses para liquidarlo de manera conjunta se vencieron el 1 de agosto de 2008 y los dos que tenía la Administración para realizarla

³ C.C.A corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha, como el presente; CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es Código de Procedimiento Civil; CGP es Código General del Proceso; al mencionar C.C, es Código Civil, CST es Código Sustantivo del Trabajo, C. Co. es Código de Comercio y E. T. Estatuto Tributario. C. P. es Código Penal y CPP se refiere al Código de Procedimiento Penal. M. P. es el Magistrado Ponente en sentencias que se citan; de otra parte, "fl" indica el número de folio o página en donde se encuentra la prueba invocada, "c" se refiere a la carpeta o cuaderno que la contiene, "a" es Anexo, "c.pr" es cuaderno de pruebas. Si no se cita "c", es el Principal.

de forma unilateral se cumplieron el 2 de octubre de ese año, con lo cual los dos años de caducidad se extendían hasta el 3 de octubre de 2010.

La solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 29 de septiembre de 2010 (fl. 332, 348), con lo que restaban cinco días para vencerse el lapso de caducidad; la audiencia fallida se realizó el 15 de diciembre de 2010 y la demanda se radicó al día siguiente (fl. 359) –Agotó uno de los cinco días que faltaban–, lo que significa que se hizo dentro del plazo legal, por lo que no tuvo ocurrencia en el caso la figura jurídica de la caducidad de la acción interpuesta por Invías.

2.2.2.2. Ejercicio de la acción en la demanda de reconvencción y el requisito de procedibilidad.

1). Se verifica si pudo ocurrir la “Caducidad” frente a la demanda de reconvencción. El Consorcio Vías Carreño 2005 y sus integrantes radicaron el 28 de abril de 2014 (fl. 478-489, 509-520; a.2), demanda de reconvencción “de acción contractual” (fl. 509) en contra de Invías, por circunstancias acaecidas dentro del “Contrato de obra número 1552 del 7 de septiembre de 2005” (fl. 509). En sus pretensiones, piden la nulidad de la Resolución 01694 de 2009, por la cual Invías declaró el incumplimiento definitivo del contrato citado, y en consecuencia, se liquide judicialmente teniendo en cuenta el incumplimiento de la entidad e incluyendo en su favor perjuicios materiales de daño emergente y lucro cesante, entre otras.

En los procesos contractuales, es viable interponer demanda de reconvencción (Artículos 145 y 217, C.C.A; dichas normas jurídicas al regular el tema en el proceso contencioso administrativo, hacen innecesaria la remisión al artículo 400 del C.P.C), la que consiste en un acto procesal de petición mediante el cual el demandado aduce oportunamente contra el demandante una acción propia, independiente o conexa con la acción que es materia de la demanda, a fin de que ambas sean sustanciadas y decididas en forma simultánea en el mismo expediente y persigue evitar la proliferación de procesos, en aras del principio de economía; no se dirige contra las pretensiones del demandante, sino que formula unas nuevas en su contra, quien a partir de ese momento, también adquiere la calidad de demandado y es uno de los ejemplos evidentes del fenómeno de acumulación de acciones, donde las partes adquieren la doble calidad de demandantes y demandados, pero frente a relaciones jurídicas diversas⁴.

Es claro que en la acción judicial que se ejerce en este proceso es la contractual (Artículo 87, C.C.A), en la que se puede pedir “que se hagan otras declaraciones y condenas”, dentro de lo que es viable cuestionar y solicitar la nulidad de actos administrativos (Declaratorias de incumplimiento, siniestro, caducidad, liquidación unilateral, entre otros)

⁴ Consejo de Estado, M. P. Alíer Eduardo Hernández Enriquez, mayo 27 de 2004, rad. 250002326 000 2001 0087002, 26275.

expedidos en razón de los contratos de las entidades públicas, pues en estos casos no procede la de nulidad y restablecimiento del derecho⁵.

Para la acción contractual en este caso y como se demostró en el acápite precedente, para establecer el término de caducidad de dos años, se encuentra que la terminación del contrato ocurrió el 31 de marzo de 2008 (fl. 31-32), con lo que los cuatro meses para liquidarlo de manera conjunta se vencieron el 1 de agosto de 2008 y los dos que tenía la Administración para realizarla de forma unilateral –Lo cual omitió hacer– se cumplieron el 2 de octubre de ese año, con lo que los dos años de caducidad se extendían hasta el 3 de octubre de 2010.

El Consorcio Vías Carreño 2005 ni sus integrantes radicaron solicitud de conciliación extrajudicial, con lo que no hubo suspensión del término extintivo del derecho a ejercer la acción judicial; y la demanda de reconvención se radicó el 28 de abril de 2014 (fl. 509), esto es, tres años y medio después del lapso máximo que tenían para hacerlo; lo que significa que se hizo por fuera del plazo legal, por lo que tuvo ocurrencia en el caso la figura jurídica de la caducidad de la acción contractual en forma de demanda de reconvención interpuesta por los demandados.

Por lo tanto, se declarará de oficio la excepción de caducidad de la demanda de reconvención, con lo que no se emitirán pronunciamientos respecto de su contenido; y como quiera que la decisión se adopta en la sentencia, ello conduce a negar las pretensiones que contenía.

2). La situación descrita no se subsana en favor del Consorcio y sus integrantes, por el hecho de demandar la nulidad de la Resolución 01694 de 2009, pues el término de caducidad independiente del querer de los cocontratantes e incluso de posteriores actuaciones administrativas de la entidad estatal, se inició de manera irreversible y fatal el 3 de octubre de 2008, día siguiente al que se cumplieron los cuatro más dos meses que tenía Invías para ejercer su obligación de liquidar, ya en forma conjunta, ya de manera unilateral.

Pero aún, si en gracia de discusión se tomaran los dos años de caducidad a partir de tal acto administrativo, también estaría la demanda de reconvención afectada por dicho fenómeno extintivo, pues esta se radicó cinco años después de la expedición de la resolución.

3). Es de aclarar que mediante providencia del 6 de julio de 2016, se admitió la demanda de reconvención "*por haber sido presentada de manera oportuna*" (fl. 550); la oportunidad que allí se analizó, no fue la referida a la caducidad de la acción, sino a la procesal para radicarla, conforme lo exigía el artículo 145 del C.C.A: "*Durante el término de fijación en lista, el demandado podrá proponer demanda de reconvención contra uno o varios de los demandantes*", y en efecto, fue fijada en lista (fl. 441) y se radicó

⁵ Consejo de Estado, M. P. Mauricio Fajardo Gómez, 3 de octubre de 2012, rad. 85001 2331 000 2000 0041 01, 23.400.

en dicho plazo de 10 días (fl. 509). Por lo tanto, es jurídico adoptar la decisión en este momento procesal.

4). A lo anterior se suma que el Consorcio Vías Carreño 2005 ni sus integrantes, agotaron previo a radicar la demanda, el obligatorio requisito de procedibilidad de la acción consistente en la conciliación extrajudicial, al que estaban obligados en virtud del mandato expreso del artículo 145 del C.C.A. que prescribía: "*La reconvencción deberá reunir los requisitos de toda demanda (...)*".

Esta circunstancia también impide que se resuelvan en el proceso las pretensiones, la *causa petendi* y todo el contenido de la demanda de reconvencción, y su consecuencia es negar las pretensiones.

5). También se agrega que el Consorcio Vías Carreño 2005 y sus integrantes, en la demanda de reconvencción piden la nulidad de la Resolución 01694 de 2009 (fl. 509).

Pero omitieron demandar la Resolución 03853 de 2010 (fl. 306-331), por la cual se resolvieron los recursos interpuestos contra aquella, confirmándola. Se presenta así la falta de integración del contradictorio, pues no incluyeron todos los actos administrativos obligados a cuestionar en esta vía judicial, lo que a su vez constituye inepta demanda por falta de uno de sus requisitos, el exigido en el artículo 138 del C.C.A: "*Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión (...) Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen (...)*".

E igual, si procediera –Como no procede- contar los dos años de caducidad a partir de este acto administrativo, la demanda de reconvencción se radicó más de tres años después, con lo que también se configuraría la pérdida del derecho a demandar, por haberlo ejercido fuera del tiempo legal.

6). La "*falta de agotamiento del requisito de procedibilidad*" ya referida, se respalda en que se exigía el trámite de la conciliación extrajudicial para la demanda de reconvencción, el cual no se acreditó.

En este punto es necesario precisar que la demanda de reconvencción es otro medio de defensa que tiene el demandado, adicional al de la natural oposición a las pretensiones y al de las excepciones, pero contrario a estos dos instrumentos, "*deberá reunir los requisitos de toda demanda*" (Artículo 145, C.C.A), y "*No podría ser de otra manera, porque la demanda de reconvencción es una acción autónoma, que no pretende enervar las pretensiones de la demanda inicial, sino que está encaminada a obtener el reconocimiento de pretensiones diferentes ... razón por la cual no es una consecuencia de la demanda principal*" (M. P. Hernán Andrade Rincón, 14 de agosto de 2013, rad. 25000-23-26-000-2009-01045-01, 45191).

De otra parte, las Leyes 270 de 1996 (Artículo 42A) y 640 de 2000 (Artículo 37), fijaron la conciliación como requisito de procedibilidad en algunas acciones judiciales (También las Leyes 23/91 y 446/98 consagraban la figura jurídica pero no la hacían obligatoria). Y con la expedición de la Ley 1285 de 2009, vigente para el momento de la radicación de la demanda principal y la de reconvención, se introdujeron varias modificaciones en materia contencioso administrativa, en especial por medio del artículo 13, que la exigió como presupuesto procesal para el ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y de controversias contractuales, estableciendo que siempre procedía tal requisito, cuando los asuntos fueran conciliables, como es el de las disputas que plantearon las partes en este proceso, pues por su naturaleza no son derechos inciertos, indiscutibles, mínimos ni intransigibles, no se aprecia que hagan parte de los no susceptibles de conciliación y no están incluidos en los expresamente fijados como tales por la norma jurídica aplicable⁶.

El Consejo de Estado (M. P. Stella Conto Díaz Del Castillo, 26 de julio de 2012, rad. 25000-2326-000-2011-00568-01, 43257) precisó que es requisito obligatorio y necesario para instaurar las acciones de que tratan los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, que la parte demandante acredite que adelantó el trámite de la conciliación extrajudicial, es decir, que radicó la solicitud ante el Ministerio Público, porque la exigencia tiene que ver con crear la oportunidad y no con que la entidad pública efectivamente cite a las partes, como tampoco con que estas concurren, en cuanto se atiende al resultado, y que *"En consecuencia, se deja en claro que, a partir de la expedición de la Ley 1285 de 2009, para interponer las demandas de reparación directa, contractuales y de nulidad y restablecimiento del derecho, se debe allegar constancia que acredite el inicio del trámite de la conciliación extrajudicial, pues, de no ser ello así, la demanda no podrá admitirse y si no se subsana en tiempo habrá de rechazarse"*.

Sobre el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad (Agotamiento de la vía gubernativa, conciliación extrajudicial) que se exigen para la demanda de reconvención, el Consejo de Estado (M. P. Gerardo Arenas Monsalve, 19 de febrero de 2009, rad. 25000-23-25-000-2007-00564-02) ha establecido:

"Por lo anterior, esta Sala considera que **se encuentran todos los requisitos de procedibilidad** para que se **admita la demanda de reconvención** en relación con la Resolución No. 585 de 1988 por la cual se reconoció y ordenó el pago de pensión de jubilación a la señora Díaz de Triana. (...)

⁶ El artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 no determinó la naturaleza de los asuntos que fueran "conciliables" para someterlos al trámite de la conciliación extrajudicial y por ello, el Gobierno Nacional, en aras de determinar si un tema es o no tiene tal carácter, profirió el Decreto 1716 de 2009, que en el artículo 2, parágrafo 1 estableció que no son susceptibles de conciliación en asuntos contencioso administrativos: Los que versen sobre conflictos de carácter tributario, los que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y aquellos en los cuales la correspondiente acción haya caducado, y agregó en el parágrafo 2 que *"El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles"*, y sobre el tema y su listado enunciativo se ha pronunciado la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-023/12.

La demanda de reconvención constituye el ejemplo típico de una acumulación de pretensiones; dicha demanda debe reunir los requisitos de toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa y supone, además, el agotamiento de la vía gubernativa y que la acción que se instaura no se encuentre caducada.

La Sala reitera que es necesario que la acción no se encuentre caducada al momento de presentar la demanda de reconvención pues es necesario cumplir con todos y cada uno de los requisitos de la demanda principal independientemente de que ésta se haya presentado en el término de fijación en lista de la demanda principal". Negrilla no es del original.

En la demanda de reconvención se fijó que la acción corresponde a la contractual que se estableció para el proceso; de ahí que también "*deberá reunir los requisitos de toda demanda*" (Artículo 145, C.C.A), y uno de ellos es el de haber agotado el de procedibilidad consistente en el trámite de la conciliación extrajudicial.

En el expediente no se acreditó el cumplimiento de tal requisito.

De otra parte, si bien el asunto debió ponerse de manifiesto al momento de decidir si se admitía o no la demanda de reconvención, su omisión no sana la falencia presentada, por lo que procede al encontrarla probada, declararla en este momento procesal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 del C.C.A, al ordenar que "*En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada*". En consecuencia, se demostró la "*falta de agotamiento del requisito de procedibilidad*" de la demanda de reconvención que formularon el Consorcio Vías Carreño 2005 y sus integrantes y así se declarará en la parte resolutive, por lo que al no abrirse entonces la vía judicial para su análisis, tampoco habría lugar a efectuar pronunciamiento alguno respecto de las pretensiones de dicha demanda.

Estas circunstancias no afectan el desarrollo del proceso ni impiden continuar con el análisis de la demanda principal que subsiste, ni evitan adoptar la decisión de fondo que sobre la misma corresponda.

2.3. Vocería. Se decidió en el proceso tener a Fiduagraria S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes y Contingencias Cóndor, al entrar la aseguradora en liquidación (fl. 641-644).

2.4. Este proceso se recibió del Tribunal Administrativo de Meta para ser tramitado solo en cuanto a proferir la sentencia de primera instancia; todos los demás trámites, incluido el de notificación, se harán en esa Corporación Judicial remitente.

3. Principales pruebas

Del acervo probatorio allegado y valorado, se destacan las siguientes:

- Contrato número 1552 de 2005, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías –Inviás- y el Consorcio Vías Carreño 2005, integrado por Alfredo Ortegón Pulido, Lelis Alfonso Sotelo Sánchez y César Augusto Moreno Ladino, para el diseño, la reconstrucción, la pavimentación o repavimentación de la vía Grupo 88, en el Tramo 1 Puerto Carreño-Juriepe, del K3+500 al K16+000, con una longitud de 12.50 kilómetros, en el Departamento del Vichada, por \$4.999.726.785 incluido el Iva, con plazo de 24 meses a partir de la orden de iniciación (fl. 22-28).
- Orden de iniciación del contrato, del 18 de noviembre de 2005 (fl. 30).
- Modificadorio No. 2, para aumentar el valor del anticipo (fl. 29) y Adicional No. 2, donde se pacta prórroga hasta el 31 de marzo de 2008 (fl. 31-32).
- Póliza de cumplimiento 133030 de Seguros Cóndor, anexos y aprobaciones (fl. 47-69).
- Oficios del Interventor BIL-ARA y del Consultor de Apoyo HMV con solicitudes de inicio del procedimiento de declaratoria de caducidad (fl. 70-78).
- Oficios de Inviás a Seguros Cóndor y al contratista para descargos ante solicitudes de declaratoria de caducidad (fl. 79-82).
- Escritos de descargos ante solicitud de caducidad, radicados por el contratista y la aseguradora (fl. 83-110, 127-128).
- Conceptos de HMV, BIL-ARA y del Supervisor ante los descargos del contratista y de la aseguradora (fl. 111-126, 130-135, 138-142).
- Oficio del 18 de julio de 2008 de Inviás al Consorcio Vías Carreño 2005, con solicitud de devolución del anticipo sin amortizar, por \$1.844.594.556 (fl. 129), respuesta del contratista (fl. 136-137) y concepto de HMV (fl. 143-144).
- Resolución 01694 del 9 de marzo de 2009, por la cual se declara el incumplimiento definitivo del contrato 1552 de 2005 e impone como sanción a título de cláusula penal pecuniaria \$153.806.445.10 por el 10% de obra por ejecutarse, recursos de reposición, conceptos, y Resolución 03853 del 27 de agosto de 2010, que al resolver los recursos, confirmó aquella pero fijó la cláusula penal en \$117.636.667.50 (fl. 145-249, 306-331, 525-543).
- Acta de entrega y recibo definitivo de obra (fl. 250-257).
- Resolución 01035 del 15 de marzo de 2010, por la que se declara el siniestro de anticipo por \$1.844.594.557, recursos, conceptos, y Resolución 03205 del 16 de julio de 2010 con la que se resuelven los recursos, confirmando la 01035 (fl. 258-305).

-Testimonio de Claudia Estrada Charris (fl. 678-679 CD).

- Documentos aportados con la demanda de reconvención del Consorcio Vías Carreño 2005 y sus integrantes, con separadores denominados: Stand by maquinaria, desequilibrio económico, ampliación de plazo, demanda laboral, etapa invernal (a.1), los cuales se repiten en el a.2.

4. Caso concreto

En el proceso se discuten las pretensiones del Instituto Nacional de Vías, Invías, que busca que se liquide judicialmente el contrato de obra 1552 de 2005, y que se tenga en cuenta la suma no amortizada del anticipo por \$1.844.594.557, el valor dispuesto como cláusula penal pecuniaria por \$153.806.445.10 y las sumas que los demandados le hubieren retenido o compensado de manera ilegal junto con sus intereses y las demás que se prueben en el proceso.

4.1. De los cargos y de las pretensiones que contra los demandados se plantearon en la demanda, se encuentra que el primer aspecto a definir es sobre la petición de liquidación judicial del contrato 1552 de 2005.

En el expediente no se demostró que se haya efectuado la liquidación del contrato en vía administrativa, ni de manera conjunta entre los cocontratantes, ni en forma unilateral por Invías. Por el contrario, ante la pretensión del Instituto, los demandados contestaron que *"no me opongo a que se liquide el contrato de obra 1552 de 2005"* (fl. 442), con lo cual se corrobora que dicho trámite liquidatorio contractual no se realizó y que por este hecho, no hay controversia entre las partes.

No hay duda que en este caso, existía la obligación de liquidar el contrato de obra 1552 de 2005, pues así lo exigía el régimen bajo el cual se adjudicó y suscribió, el de la Ley 80 de 1993, y a ello se comprometieron los cocontratantes conforme con la cláusula vigésimo cuarta donde se pactó que habría liquidación y que esta se *"efectuará de acuerdo con lo establecido en la Ley 80 de 1993"* (fl. 27-envés). Y dicha disposición legal prescribía en su artículo 60: *"Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (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 la disponga"*.

Por su parte, la Ley 1150 de 2007 que ya se encontraba vigente y aplicable para la fecha de terminación del contrato y por lo tanto regularía su trámite post contractual, estableció sobre el particular:

"ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo".

El contrato fue pactado para 24 meses de ejecución y pagos por etapas y actas parciales (fl. 23, 23-envés), con lo que era de los denominados de tracto sucesivo cuyo cumplimiento se prolongaba en el tiempo, y por lo tanto, requería de liquidación, por expreso mandato legal y tal como se convino en la citada cláusula vigésimo cuarta.

Con la obligatoria liquidación de los contratos que se impone por mandato legal y que los cocontratantes pactaron, se busca que en principio las propias partes establezcan el balance de sus obligaciones y derechos mutuos, para lo cual deben confrontar lo que se convino frente a lo que se ejecutó por cada una de ellas, detecten los cumplimientos efectuados o los incumplimientos que persistan, revisen actuaciones acordadas, logren consensos sobre puntos en los que puedan existir controversias o acuerden o en caso de no lograrlo, identifiquen aspectos en los que haya mutuo disenso, se declaren a paz y salvo o consignen las salvedades que consideren pertinentes.

Esta etapa de liquidación no es la última que existe en la relación contractual, pues bien pueden surgir o persistir hacia el futuro, incluso luego de terminado el plazo del contrato y realizada la liquidación del mismo, obligaciones que deben cumplirse con posterioridad (suministro de repuestos, reparación de obras, entre otras) o derechos que deben ser cumplidos en fecha posterior (como los pagos sometidos a plazo).

El Consejo de Estado (M.P. Danilo Rojas Betancourth, 31 de mayo de 2013, rad. 250002326000199902072 01, 23903) ha expresado sobre el tema de la liquidación de los contratos estatales:

“22. Esa actuación que se lleva a cabo una vez se termina el contrato, tiene como finalidad efectuar un corte de cuentas, para establecer el resultado final de la ejecución contractual, desde el punto de vista de las prestaciones y el cumplimiento del objeto, así como desde la perspectiva económica del negocio jurídico, para verificar cuáles son los valores pactados en el contrato, cuáles las cantidades efectivamente pagadas al contratista y cuáles aquellas sumas pendientes de pago. Se trata, en últimas, de establecer quién le debe a quién y cuánto, siendo éste el momento en el que las partes pueden llegar a arreglos, acuerdos, transacciones y conciliaciones, sobre sus mutuas reclamaciones”.

Demostrada la existencia de la obligación de liquidación y probado que no se actuó de conformidad con el mandato legal ni con el acuerdo negocial suscrito, es procedente la liquidación judicial del contrato de obra 1552 de 2005, y en consecuencia de ello, realizarla, máxime cuando fue pedida con la radicación de la demanda antes del vencimiento del término de caducidad, como se determinó en acápite anterior.

La liquidación judicial de los contratos está permitida en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 87 del C.C.A. establecía respecto de las disputas que podían surgir en virtud de un contrato estatal: “*DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir (...) y que se hagan otras declaraciones y condenas*”.

Así mismo, el Consejo de Estado (M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz, 13 de abril de 2011, rad. 25000-23-26-000-1998-03040-01, 18878) ha consagrado:

“Ordinariamente los contratos de obra pública y de suministro deberán liquidarse a su terminación normal o anormal, para definir quién debe a quién y cuánto. Si el negocio no se liquidó, ni bilateral ni unilateralmente, **las partes pueden demandarse mutuamente, con absoluta libertad en la materia, a fin de que dicha liquidación se efectúe.** (...)”

En el contrato que ha sido objeto de análisis, se observa que las partes contratantes no han procurado liquidar de mutuo acuerdo o no han demostrado interés alguno en realizar la liquidación del citado contrato, al punto que en la actualidad la liquidación del mismo quedó sin ninguna solución ni administrativa, ni judicial.

Bajo este entendimiento, **la liquidación del contrato estatal** según lo establece la Ley 80 de 1993, **puede ser** bilateral, unilateral **o judicial**, según el caso, tiene por objeto establecer (i) el estado en que quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual, así como, (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Ejecutoriado el acto de liquidación cesa definitivamente la relación contractual, o sea se extingue el contrato. (...)”

La norma es clara en el sentido de precisar que si transcurrió el término de dos años y la liquidación del contrato no se ha efectuado ni bilateral ni unilateralmente, la administración pierde competencia; pero ante este hecho, surgen dos situaciones a tenerse en cuenta: (i) Si a pesar de haber transcurrido los cuatro meses que otorga la ley o cualquier otro tiempo que haya sido estipulado por los contratantes más dos

meses para la liquidación del contrato, y ésta no se ha efectuado ni de mutuo acuerdo ni por parte de la administración, siempre y cuando no se demande ante el juez competente y se notifique a la contraparte de tal actuación, la administración durante el tiempo de caducidad de la acción, es decir de los dos años, conserva competencia para liquidar. (II) Si la administración no liquida unilateral o bilateralmente, dentro del término legal o convencional, el contratista puede obtener la liquidación a través del juez competente, siempre y cuando así lo solicite dentro del término de dos años que es la caducidad de la acción y tan pronto a la administración se le notifique el auto admisorio de la demanda, ésta pierde competencia para proceder a la liquidación unilateral del contrato". Resaltado fuera de texto.

Por lo tanto, se efectuará la liquidación judicial del contrato de obra 1552 de 2005, suscrito entre Invías y el Consorcio Vías Carreño 2005. Y en los acápites siguientes, se determinará si en ella se incluyen los conceptos pedidos por la entidad demandante.

4.2. La segunda pretensión de la demanda persigue que se incluya en la liquidación, la devolución del anticipo no amortizado por el consorcio contratista, en cuantía de \$1.844.594.557 (fl. 2).

Se accederá a esta pretensión, por cuanto se refiere a dineros que se le entregaron al contratista para ser invertidos en la ejecución del objeto contractual (Cláusula octava, fl. 24-envés), cuya suma debía reintegrar con los abonos que hiciera en cada acta de obra (Parágrafo segundo de la cláusula octava, fl. 24-envés).

El Consejo de Estado (M. P. Ruth Stella Correa Palacio, 5 de julio de 2006, rad. 24812) ha establecido sobre la naturaleza jurídica del anticipo:

"La Sala ha sostenido en varias providencias que los dineros que se entregan al contratista por concepto de anticipo son dineros públicos que le siguen perteneciendo a la entidad contratante mientras el contratista no los amortice totalmente, por cuanto es un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato [...] que sólo se incorporan al patrimonio del contratista e implican un pago en la medida de su amortización".

Dichos criterios se han reiterado de manera frecuente (M. P. María Adriana Marín, 16 de mayo de 2019, rad. 85001-23-31-000-2007-00159-01, 40102, entre otras):

"Como lo ha indicado en anteriores oportunidades la jurisprudencia, 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 como anticipo no ingresa al patrimonio del contratista sino cuando ha sido debidamente amortizado".

En el expediente se acreditó respecto de este concepto, la existencia del daño y su cuantía; al Consorcio Vías Carreño 2005 se le giró a título de anticipo la suma de \$2.472.940.700, de la que amortizó o devolvió con los

abonos de las actas de obra, el valor de \$628.346.143, con lo que quedaron en su poder \$1.844.594.557, que son dineros de la entidad, esto es, son recursos públicos que está obligado a devolver. La entrega del dinero y sus amortizaciones y saldo, se acredita con el Acta de entrega y recibo definitivo de obra, suscrita por el Representante Legal del contratista, el Interventor y el Supervisor del contrato (fl. 250-257) y con la aceptación de la suma recibida que hacen los demandados al contestar la demanda (fl. 444). Lo cual coincide con las cifras que contiene la Resolución 01035 del 15 de marzo de 2010, por la que se declaró el siniestro de anticipo por \$1.844.594.557, y la Resolución 03205 del 16 de julio de 2010 con la que se confirmó (fl. 258-305), de las cuales no se adujo ni probó que hayan sido derogadas, suspendidas o anuladas, o se encuentren cuestionadas en vía judicial.

Es necesario precisar que el Consorcio Vías Carreño 2005 adujo en vía administrativa (fl. 282-287) y en este proceso (fl. 442-456; a.1, a.2), que el saldo debido por anticipo era menor, ya que había ejecutado la obra relacionada en las actas 7 y 7 A, con las que haría amortizaciones. No obstante, no demostró que dichas actas fueron aceptadas por Invías, entidad que al contrario, reiteró su no procedencia en los actos administrativos ya referidos, las resoluciones 01035 y 03205 de 2010. Y se constata que tales actas (fl. 42-48, a.2) solo tienen las firmas del contratista y del interventor, pero no las de HMV -Consultor-, ni la del Supervisor ni la de algún servidor público del Instituto. Se agrega que en el contrato se pactó que las actas de obra debían ser "*refrendadas por EL CONTRATISTA, el Interventor, el Consultor de Apoyo a la Gestión y los funcionarios y/o contratistas del INSTITUTO*" (Cláusula séptima, Forma de pago, fl. 23-envés), y de ahí que al no haber sido aceptadas por la totalidad de quienes las debían aprobar, no tienen respaldo fáctico ni legal para acogerlas en esta instancia judicial.

De manera que el Consorcio Vías Carreño 2005 y sus integrantes, deberán reintegrar la suma de \$1.844.594.557 al Instituto Nacional de Vías, Invías.

4.3. La tercera pretensión de la demanda persigue que se incluya en la liquidación, el valor de la cláusula penal pecuniaria por incumplimiento que mediante las resoluciones 01694 de 2009 y 03853 de 2010 se fijó a cargo del consorcio contratista, en cuantía de \$153.806.445.10 (fl. 2).

Se hace necesario destacar un error de la entidad demandante, toda vez que el valor que cita fue el inicialmente establecido en la Resolución No. 01694 de 2009 (fl. 145-224), pero al resolver los recursos de reposición, en la Resolución No. 03853 de 2010 lo modificó para establecer la cuantía en \$117.636.667.50 (fl. 145-249, 306-331, 525-543).

En el expediente, Invías consideró que el consorcio contratista ejecutó obras por \$3.769.514.725, con base en el informe del Interventor Consorcio Bil-Ara, que frente al valor del contrato de \$4.945.881.400, ambas cifras antes de Iva, arrojaba una suma dejada de ejecutar de

\$1.176.366.675, por lo que recurriendo al principio de proporcionalidad, correspondía imponer el 10% por concepto de cláusula penal pecuniaria, la tasaba en \$117.636.667.50 (fl. 329).

Frente al tema del incumplimiento contractual, se encuentra que el artículo 1602 del Código Civil establece que *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*, mientras que el artículo 1603 del mismo Código exige en forma perentoria que *"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella"*.

De manera que todo contrato se suscribe para cumplirse, esto es, ejecutar las actividades u obligaciones convenidas y recibir los derechos que se acuerden.

Cuando uno de los cocontratantes falta a lo pactado, se abre paso la reclamación judicial de declaratoria de incumplimiento por la parte cumplida (Artículo 1609, C.C) -Además de las decisiones administrativas que se puedan adoptar, artículos 3-4, 14-18, 24, 26, Ley 80 de 1993-, y si prospera la pretensión de responsabilidad al acreditarse dicho incumplimiento, se podrán obtener los reconocimientos indemnizatorios que demuestren la existencia del daño sufrido y su cuantía en razón de la conducta irregular de quien dejó de ejecutar las prestaciones a que se había comprometido, y es dable aplicar la cláusula penal pecuniaria (Artículo 17, Ley 1150 de 2007) solo si se ha pactado en el contrato.

En el contrato 1552 de 2005 los cocontratantes convinieron: ***"CLAÚSULA DÉCIMA QUINTA: PENAL PECUNIARIA.- En caso de incumplimiento definitivo por parte del CONTRATISTA de cualquiera de las obligaciones contraídas con el contrato o de declaratoria de caducidad, EL CONTRATISTA conviene en pagar al INSTITUTO a título de pena, una suma equivalente al diez por ciento (10%), del valor total del contrato para el incumplimiento y de forma proporcional al avance de la obra, suma que EL INSTITUTO hará efectiva mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento o, a su elección, de los saldos que adeude al CONTRATISTA, si los hubiere, para lo cual se entiende expresamente autorizado con la suscripción del contrato; si esto no fuere posible, se cobrará por vía judicial. La aplicación de la cláusula penal se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios que se causen al INSTITUTO"*** (fl. 26).

Sobre esta figura jurídica el Consejo de Estado (M. P. María Adriana Marín, 28 de noviembre de 2019, rad. 11001-03-26-000-2009-00034-00, 36600) ha consagrado: *"De acuerdo con lo anterior, en los contratos estatales el legislador ha contemplado diferentes mecanismos que pueden ser utilizados por la entidad contratante frente a la mora o el incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, como la imposición de multas, la declaratoria de caducidad del contrato o la declaratoria de*

incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. // En relación con esta última, así mismo, se prevé la posibilidad de que las partes incluyan en el contrato el cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que para la entidad representará el incumplimiento contractual del contratista, mediante el pacto de una cláusula penal pecuniaria, que, por lo tanto, podrá hacerse efectiva como consecuencia de la declaratoria de caducidad, si el contrato está vigente, o de la declaratoria de incumplimiento. // En este último caso, es decir, cuando se ha pactado la cláusula penal, la entidad no está obligada a acreditar el monto de los perjuicios sufridos y podrá cobrar el monto total de la cláusula penal, pero si considera que los perjuicios fueron superiores al mismo, deberá demandar ante el juez del contrato para acreditarlo dentro del respectivo proceso".

De igual forma, nuestra Alta Corte (M. P. Martín Bermúdez Muñoz, 3 de abril de 2020, rad. 13001-23-31-000-2001-19401-01, 39330) también determina en situación similar a la del presente proceso: "14.- Con todo, la Sala estima que la posibilidad de obtener que por vía judicial se haga efectiva la cláusula penal pecuniaria depende en todo caso de que se corrobore que la mencionada cláusula haya sido pactada y de que aparezcan probadas en el proceso las razones de incumplimiento del contrato, evaluación que no implica el juzgamiento del acto administrativo que declaró la caducidad, cuya legalidad no es materia de examen en el presente trámite".

En el expediente se demostró que en efecto, el consorcio contratista ejecutó obras por \$3.769.514.725, lo que se prueba con el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de Obra del 20 de enero de 2010, suscrita por el propio Consorcio y por el Interventor y el Supervisor del contrato (fl. 250-255), y frente al valor del contrato de \$4.945.881.400 ambas cifras antes de Iva, se acreditó que el contratista dejó de ejecutar la suma de \$1.176.366.675, por lo que recurriendo al principio de proporcionalidad, el valor a imponer es con base en esta diferencia y no sobre el valor total pactado, y como se convino el 10% por concepto de cláusula penal pecuniaria, se establece que corresponde a \$117.636.667.50. Esta circunstancia de incumplimiento que se acreditó y la cifra que se establece en el proceso, coincide con la que determinó Invías en las resoluciones 01694 de 2009 (fl. 145-224) y 03853 de 2010 (fl. 306-331).

En la forma pactada, la cláusula penal del contrato 1552 de 2005 tenía naturaleza indemnizatoria y no conminatoria, toda vez que estaba prevista para el "incumplimiento definitivo", además de que podía imponerse en forma independiente de la decisión de caducidad del contrato y con fundamento en el incumplimiento que se definió previa contradicción del contratista en el procedimiento sancionatorio, se motivó en las resoluciones 01694 de 2009 (fl. 145-224) y 03853 de 2010 (fl. 306-331) las cuales se encuentran en firme y gozan de presunción de legalidad, no están en discusión en este proceso ni se informó de estarlo en otro. En cuanto al monto de la cláusula penal, se observa que se fijó en el 10% del valor que

se dejó de ejecutar, de manera que se puede verificar que la pena se impuso sobre un valor debidamente determinado y cumpliendo con la proporcionalidad prevista en el contrato. Consejo de Estado, M. P. Marta Nubia Velásquez Rico, 25 de octubre de 2019, rad. 15001-231-000-2009-00261-01, 56349.

De otra parte, a pesar de cuestionar el Consorcio la Resolución 01694 del 9 de marzo de 2009 con el recurso de reposición (fl. 525-539), aducir ejecución de obra en mayor cantidad a la registrada en el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de Obra del 20 de enero de 2010 que su propio representante legal suscribió (fl. 250-255) y haber presentado reclamación ante Invías por desequilibrio económico que después reiteró en su fallida demanda de reconvención (a.1, a.2), ello no puede asumirse en su favor pues no hubo recibido de las obras por parte de la entidad y sus solicitudes no fueron acogidas por la entidad, ni por la Interventoría, ni por la Consultoría de apoyo, ni por la Supervisión del convenio, y de ahí que no se incluyen en la liquidación que aquí se efectúa.

En consecuencia, el Consorcio Vías Carreño 2005 y sus integrantes, deberán pagar la suma de \$117.636.667.50 al Instituto Nacional de Vías, Invías, por el incumplimiento que se demostró a título de cláusula penal pecuniaria.

4.4. La tercera pretensión de la demanda persigue que se incluya en la liquidación, todas las sumas que el contratista y la aseguradora *"le hubiere retenido o compensado ilegalmente, junto con los intereses a que haya lugar, de acuerdo con la ley, así como las demás sumas de dinero que resultaren probadas en el proceso"* (fl. 2).

Esta pretensión se negará, toda vez que Invías no demostró en el expediente que el Consorcio Vías Carreño 2005 o Seguros Cóndor le hubieran retenido o compensado alguna suma o que le correspondiera alguna en su favor en razón del contrato 1552 de 2005, y de manera consecuencial, tampoco demostró la existencia de algún daño adicional ni de la cuantía de otro perjuicio en su contra. La entidad se limitó a hacer una petición general pero no aportó prueba alguna sobre concepto o hecho concreto o específico.

4.5. En el escrito de contestación de la demanda, el Consorcio Vías Carreño 2005 y sus integrantes, plantearon las excepciones (fl. 455) que se resuelven en el presente acápite de las consideraciones.

4.5.1. Frente a la de *"Incumplimiento del contrato por parte de la demandante"*, se sustenta en que el contratista no dio causal para dar por terminado el contrato de forma unilateral, y que por el contrario, fue Invías que a pesar que ya estaba autorizada la ampliación del contrato, de manera unilateral lo dio por terminado; agrega que pidió un nuevo plazo, el que tuvo visto bueno de la interventoría y la consultoría de apoyo, pero es Invías el que después da por terminado el contrato.

Se establece que no tienen respaldo alguno el Consorcio y sus integrantes, toda vez que en el desarrollo del contrato 1552 de 2005 no se declaró la terminación unilateral del mismo, o al menos, los excepcionantes no lo demostraron en el expediente. En efecto, no aparece en este proceso algún acto administrativo que así lo haya decidido, si bien Invías tenía facultad legal para adoptarla, conforme la atribución que le confería la Ley 80 de 1993: *"ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato (...)"*.

De otra parte, lo que ocurrió es que el plazo de duración del contrato terminó el 31 de marzo de 2008, como se había pactado entre los cocontratantes en el Adicional número dos (fl. 31-32). Y el hecho que Invías no haya suscrito una nueva ampliación, no significa en modo alguno, decisión de terminación unilateral, como sin respaldo jurídico lo plantean los demandados.

Además, se hace notar que ante el vencimiento del término contractual el 31 de marzo de 2008, el Consorcio contratista apenas pidió la prórroga de tres meses, el 28 de ese mes y año, esto es, tres días antes de su culminación, cuando radicó la solicitud ante el Interventor Consorcio Bil-Ara (fl. 125, a.2); ese día era un viernes y el 31 era un lunes. Significa que la petición debía tramitarse en un solo día hábil, en el que se requerían de los conceptos de la Interventoría, la Consultoría de Apoyo, la Supervisión y el procedimiento interno en el Instituto. Trámite que no alcanzó a culminarse, a pesar de la agilidad con la que el interventor emitió su concepto favorable, pues lo hizo ese mismo 28 de marzo de 2008 (fl. 125-126, a.2), y la del Consultor de Apoyo que lo expidió el lunes 31 (fl. 127-130, a.2), con lo cual no alcanzó a ser entregado al Supervisor, quien por lo mismo no profirió su opinión y no puede suponerse que era favorable a la ampliación del plazo, para que después lo analizaran los servidores públicos que debían suscribir el adicional, si acogían los dos primeros conceptos.

De ahí que al no suscribirse una adición en tiempo del contrato al 31 de marzo de 2008, ya no era viable jurídicamente prorrogarlo a partir del día siguiente, pues había precluido toda oportunidad legal para hacerlo.

Con lo anterior se establece que no hubo terminación unilateral del contrato por parte de Invías, y que el trámite de solicitud de prórroga no pudo culminarse en el lapso legal, por haber sido radicada por el contratista un día hábil antes de su vencimiento. Por lo tanto, no prosperan las circunstancias que integran esta excepción, que se tiene como no probada.

4.5.2. Respecto de la de *"Desequilibrio económico del contratista"*, la hacen consistir el Consorcio Vías Carreño 2005 y sus integrantes, en que aquél está dado *"por los precios que contrataron con otra obra realizada en sitios cercanos con las mismas circunstancias de tiempo, lugar y tipo de obra"*,

que "los precios que se pactaron ni siquiera se encontraban en el mercado", y que al observar los precios superiores del otro contrato, conllevó a que "los contratistas perdieran en el contrato" (fl. 455; 5-21, 22-123, a.2).

Estos planteamientos no se acogen, toda vez que no es dable establecer una pérdida económica por la ejecución de un contrato con la mera comparación de precios respecto de otro, ya que en los procesos de selección pueden intervenir factores que motivan a los proponentes a ofertar valores distintos, comenzando por la estructuración del negocio que cada uno hace en sus cuentas de manera unilateral, libre y autónoma y en lo que inciden aspectos como la eficiencia administrativa, la capacidad de negociación en la compra de materiales, transportes y contratación de equipos, herramientas y personas, control y vigilancia sobre los trabajos, organización empresarial, eficiencia directiva, recursos financieros, control de riesgos, entre muchos más. Por lo tanto, lo que una persona pueda construir en un determinado precio, para otra podría serle más gravosa y difícil y para una tercera más económica y fácil, según sus particulares condiciones de cada quien.

Por lo tanto, los argumentos de los excepcionantes no tienen respaldo fáctico ni jurídico, máxime cuando además se observa que el sitio de los trabajos en los dos contratos ni siquiera coincidía en una misma área municipal y las longitudes de las obras a realizar eran diferentes.

Se agrega que quien pretenda reclamar por desequilibrio económico, debe probar la pérdida, y ello no ocurrió en el proceso, pues solo se adujo y anexaron algunos cuadros sin documentos de respaldo, pero no se aportaron los elementos probatorios que la demostraran, que debían consistir entre otras, en prueba donde constaran las erogaciones, contabilidad, comprobantes, facturas, cuentas de cobro; o en dado caso, con un dictamen pericial que la acreditara. Este tipo de daño se debe demostrar, ya que no se presume. Y debía ser reclamado a la entidad antes de la terminación del contrato, hecho que tampoco probaron los demandados en el expediente.

Sobre este asunto, el Consejo de Estado (M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 29 de enero de 2018, rad. 68001233300020130011 801, 52666) consagra que *"la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse"*.

Agrega que este deber se encuentra previsto en los numerales 3 y 8 del artículo 4, en el numeral 1 del artículo 5 y en el artículo 27, todos de la Ley

80 de 1993, con lo que más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato. Exige la necesidad de prueba idónea del vínculo entre la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato.

Otra exigencia que hace la sentencia se refiere a la oportunidad de las reclamaciones: *"En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual"*.

Establece que si una de las partes ya padece alguna situación en contra de su equilibrio económico y se presenta la posibilidad de algún acuerdo, puede *"i) suscribirlos, pero con precios de mercado adecuados, es decir, renegociando el valor unitario de los ítems -en otras palabras, debió pedir la revisión del precio-, o ii) desistir del negocio, porque no satisfacía su pretensión económica"*. Y que si acaso se le causó un daño se trata de una conducta imputable a él, porque pudo desistir si no satisfacían su pretensión y *"Por tanto, es inadmisibles que ahora, luego de celebrados y ejecutados los negocios jurídicos, (...) solicite una indemnización por hechos imputables a la gestión propia, pues de haber sido precavido no se habrían generado las consecuencias que dice padecer"*.

Agrega que *"Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificadorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea "venire contra factum proprium non valet", que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas"*.

Concluye fijando los siguientes requisitos para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato:

1. Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato (menoscabo) sea de carácter grave.
2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico.
3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes.

4.- Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, entre otros.

5. Que las solicitudes, reclamaciones o salvedades se realicen de manera específica y concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor. Es decir, no tienen validez las salvedades formuladas en forma general o abstracta.

Como quiera que el Consorcio Vías Carreño 2005 y sus integrantes no cumplieron con alguno de tales requerimientos pues se limitaron a pedirlo pero no aportaron prueba que acreditara la existencia de algún daño y su cuantía, se reitera que esta excepción tampoco se probó en el proceso.

4.5.3. También plantearon los demandados en su escrito de contestación, la de *"Haberse presentado caso fortuito fuerza mayor"*, que como ya se expuso, no se trata de excepciones sino de causales que pueden exonerar de responsabilidad.

Expresan como fundamento, que *"el tiempo que fue dado para ejecutar la obra fue interrumpido por un fuerte invierno"* pues se *"puede probar que el contratista debió de esperar cuatro meses que pasara un fuerte invierno, y una vez paso el invierno debió de replantear la obra, pues la misma sufrió graves daños"* (fl. 455; 142-220, a.2).

La anterior sustentación coincide con la solicitud que el Consorcio le radicó a Invías el 3 de octubre de 2007 (fl. 204-220, a.2), en la que pide una ampliación de plazo de cinco meses *"para poder cumplir con el objeto del contrato"*; dicha petición también se respalda en las fuertes lluvias.

En el expediente se encuentra que los cuatro meses de invierno a que se refieren los demandados en su escrito de contestación, corresponden a mayo-agosto de 2007; y en su petición de ampliación, del cuadro de días de lluvia en ese año, se observa que en enero-marzo y septiembre-diciembre no hubo lluvias (fl. 216-217, a.2), por lo cual la interferencia aludida ya había desaparecido desde agosto de 2007, a lo que se agrega que en el expediente, no demostraron que fueron ciertos los caudales de pluviosidad sobre la región, pues ninguna prueba adjuntaron.

Pero es más: Invías accedió a la ampliación que se le pidió en octubre de 2007, basado el Instituto en parte por las lluvias que se presentaron, además de otras razones por las que el contratista estaba incumpliendo, y decidió adicionar el plazo del contrato en tres meses (Adicional No. 2, fl. 31-32), lo que fue aceptado por el Consorcio, cuyo representante legal suscribió el documento sin salvedad alguna.

De manera que al haberse adoptado por los cocontratantes una medida sustancial, oportuna, idónea y directa para superar las dificultades que pudieron causar las lluvias en cuatro meses de 2007 para la ejecución de las obras, lo que implicó una corrección adecuada, razonable y proporcional a la situación dada, no es dable aceptar que el Consorcio reciba en el proceso, otra vez el beneficio que ya se le otorgó durante la ejecución del contrato, ya que al acoger entonces Invías la medida de ampliación del plazo por la misma razón que ahora alega en vía judicial y no volverse a presentar después el fenómeno meteorológico, con ello desaparecía la causa extraña que hasta agosto de 2007 le pudo afectar el cumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, no se declara probada esta causal de exoneración de responsabilidad que se adujo por parte de los demandados.

4.6. De conformidad con lo que se expuso y demostró, se establece así la liquidación judicial del contrato 1552 de 2005, celebrado entre Invías y el Consorcio Vías Carreño 2005:

- Sumas dinerarias a cargo del Consorcio Vías Carreño 2005 y de Sus integrantes, que en forma solidaria Les deben pagar a Invías:	
- Por anticipo no amortizado:	\$1.844.594.557.00
- Por incumplimiento del contrato, a Título de cláusula penal pecuniaria:	<u>\$ 117.636.667.50</u>
TOTAL	\$1.962.231.224.50
	=====

Estas sumas se le deben pagar al Instituto Nacional de Vías, Invías, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, y como en el contrato se pactaron, las pagarán con intereses moratorios a la tasa equivalente al 8% (Cláusula séptima, parágrafo sexto, fl. 24-envés) sobre el valor histórico actualizado con la fórmula que aplica la Jurisdicción Contencioso Administrativa.⁷

La obligación se asigna en forma exclusiva a cargo del Consorcio Vías Carreño 2005 y de sus integrantes de manera solidaria, y no de Seguros Cóndor o su vocera, ya que *"Por lo anterior, que en este caso el garante sea una compañía de seguros, en manera alguna exonera de responsabilidad al contratista frente a la administración o lo subroga en sus responsabilidades"* (Consejo de Estado, M. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, 28 de junio de 2019, rad. 25-000-23-26-000-2008-00063-02, 44935).

⁷ La fórmula es Va (valor a pagar) = Rh (valor histórico) * If (IPC certificado por el Dane para el último mes con dato disponible anterior al de la fecha en la que realice el reintegro del anticipo) / li (IPC certificado por el DANE para marzo de 2008, cuando terminó el plazo contractual). Así:

$$Va = Rh * \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Para la suma de \$117.636.667.50, el If es la fecha de pago, y el li , la de ejecutoria de esta sentencia.

4.7. Por lo tanto, y ante el problema jurídico planteado, se responde que procede acoger en forma parcial las pretensiones de Invías, en cuanto se efectúa la liquidación judicial del contrato de obra 1552 de 2005, con la inclusión de los conceptos referidos en los acápite precedente, y se negarán las demás peticiones de la demanda, así como también las de la demanda de reconvención, conforme con lo expuesto y probado.

5. Otras decisiones

5.1. Costas. No se condena en costas por el trámite en ésta instancia, toda vez que de la conducta de las partes no se evidencia mala fe, ni son constitutivas de temeridad ni de abuso del derecho.

5.2. Comunicación y remisión. Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, se remita copia de esta sentencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público en carácter de mera información; y el expediente al Tribunal Administrativo del Meta para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: LIQUIDAR el Contrato 1552 de 2005, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías –Invías- y el Consorcio Vías Carreño 2005.

SEGUNDO: CONDENAR al Consorcio Vías Carreño 2005 y a sus integrantes Alfredo Ortegón Pulido, Lelis Alfonso Sotelo Sánchez y César Augusto Moreno Ladino, a pagarle en forma solidaria al Instituto Nacional de Vías –Invías-, la suma de \$1.962.231.224.50, en el plazo y forma indicados en el acápite 4.6. de las consideraciones.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda; y las de la demanda de reconvención.

CUARTO. DECLARAR que no hay condena en costas.

QUINTO. ORDENAR que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca: (i) Se remita copia de esta providencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información, y (ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo del Meta, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

SEXTO. DAR cumplimiento a lo dispuesto en esta sentencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 176 y 177 del C.C.A, para lo cual se expedirán por el Tribunal Administrativo del Meta las copias, comunicaciones, certificaciones y demás documentos, conforme con las exigencias del artículo 114 del Código General del Proceso.

SÉPTIMO. ORDENAR que por Secretaría del Tribunal Administrativo del Meta, se liquiden los gastos del proceso y si lo hubiere, devolver a la parte demandante el saldo respectivo.

OCTAVO. ORDENAR que en firme en el Tribunal Administrativo del Meta esta decisión, se archive el expediente, previos sus registros.

La presente providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS NORBERTO CERMEÑO

Magistrado



YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO

Magistrada



LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Magistrada