



JUZGADO DECIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, veintiocho (28) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 150013333010-2016-00137-00
Demandante: G Y G CONSTRUCCIONES SAS
Demandado: ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
"ESAP" – TERRITORIAL BOYACÁ Y CASANARE
Medio de Control: CONTROVERSIA CONTRACTUALES

Se encuentra el expediente al despacho para decidir sobre la petición de medida cautelar presentada por G Y G CONSTRUCCIONES SAS, en la cual se solicita la suspensión provisional de las Resoluciones No. DT 134 de 21 de abril de 2014 "Por medio de la cual se declara la ocurrencia de un siniestro y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria" y No. DT 0167 de 08 de mayo de 2014, a través de la que se resuelve recurso de reposición contra la primera.

I. ANTECEDENTES

1.1. De la solicitud de suspensión provisional

En escrito separado a la demanda, el actor solicitó decretar la medida cautelar de suspensión provisional, respecto de los actos administrativos demandados, señalando que dichas actuaciones ya produjeron consecuencias económicas, pues de conformidad con las previsiones del artículo 218 del Decreto 019 de 2012, la declaratoria de incumplimiento fue publicada afectándose el buen nombre de la empresa accionante, causándose un grave perjuicio a su objeto contractual, el cual depende de la contratación con las entidades estatales. Adicional a ello, solicita se analicen los argumentos de la demanda para conceder la medida de suspensión solicitada.

En el acápite de normas violadas y fundamento de la violación fundamentó su petición en siguientes términos:

- **Violación de los artículos 29, 121 de la Constitución Nacional, Ley 80 de 1993 (artículos 60 y 61), Ley 446 de 1998 (artículo 44 numeral 10, literal b, c y d), Ley 1150 de 2007 (artículo 11).** Señaló que se puede hacer uso de sus facultades excepcionales hasta la liquidación del contrato o hasta el vencimiento del plazo fijado para hacerlo y dos meses más, vencido éste sólo será competente para declarar el incumplimiento el juez ordinario.

Que bajo ese entendido, los límites para declarar el incumplimiento se soporta en el hecho de que la decisión se profiere por fuera del vencimiento de los términos convencionales para concretar la liquidación del contrato, por lo que los términos para proferir los actos demandados estaban superados; por lo cual, la declaratoria de incumplimiento y exigibilidad

de la cláusula penal pecuniaria deben ser anulada. Trae a colación para apoyar las pretensiones los pronunciamiento emitidos por el Consejo de Estado en los expedientes 10.264, 10.540 y 18.017.

- **Falsa motivación respecto del incumplimiento.** Dijo que la responsabilidad contractual en la Administración Pública tiene fundamento objetivo y los criterios son la buena fe y la reciprocidad en las prestaciones, siendo importante que la imputación sea a título de culpa, tales presupuestos deben aparecer probados en las resoluciones que declaran el incumplimiento contractual.

Sostuvo que lo anterior en el presente caso no se cumplía, pues pese a señalarse muchos aspectos requeridos en las resoluciones demandadas, se omiten referenciar las obligaciones que cabalmente se cumplían por la accionante, en consecuencia, no puede predicarse incumplimiento total de las obligaciones, aplicando la máxima sanción contractual y faltando al principio de proporcionalidad, pues solo centran su análisis en la culpabilidad del contratista pero perdiendo de vista que se cumplió con el objeto contractual, aduciendo que lo pretendido por la interventoría desborda lo pactado en el contrato y por ello no podía ser centro de análisis para valorar el cumplimiento.

1.2. Oposición a la medida cautelar (folios 7 a 18, Cuad. Medida Cautelar)

La accionada señaló que contrario a lo expresado en la solicitud de medida cautelar, la entidad si es competente para expedir los actos administrativos de los cuales se solicita la suspensión provisional, toda vez que tienen la facultad para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la cual se puede declarar durante el plazo del contrato o con posterioridad a su vencimiento, tal y como se hizo, dentro de los 2 meses siguientes al vencimiento del contrato, pues la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se realizó el 29 de octubre de 2013 y el plazo fenecía el 03 de noviembre de 2013, es decir, dentro del término establecido para ello. Para sustentar sus argumentos cita *in stensu* la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de septiembre de 2002, exp: 12726.

En cuanto a la falsa motivación, la ESAP indicó que la sanción impuesta no es repentina ni desproporcionada, pues se buscó de múltiples formas que la entidad GYG CONSTRUCCIONES S.A.S. cumpliera con la finalidad del contrato y dado que ello no fue posible, se vieron en la obligación de adelantar el respectivo proceso sancionatorio que hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, tal y como se sustentó en la Resolución DT 08 No.134 de 21 de abril de 2014. Adicionalmente, expuso que en el contenido de las resoluciones se cuantificaron los perjuicios causados, sin que eso haya sido objeto de discusión por alguna de las partes y por el contrario el garante hizo efectiva la cláusula penal sin inconveniente.

Finalmente, indicó que el debido proceso se cumplió a cabalidad, permitiendo el derecho de defensa del contratista, tanto así que hizo uso de los recursos de ley previó a proceder con la sanción definitiva por incumplimiento contractual.

Con las anteriores consideraciones solicitó que se desestimaran las argumentaciones efectuadas en la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados.

II. CONSIDERACIONES

2.1. De las medidas cautelares previstas en la Ley 1437 de 2011

El artículo 238 de la Constitución Política dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos susceptibles de ser impugnados por vía judicial, por los motivos y por los requisitos que establece la ley. En concordancia con la norma constitucional citada, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011¹ establece que el juez o magistrado ponente, a petición de parte, debidamente sustentada, puede decretar no solamente la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos sino las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

En relación con las medidas cautelares, el H. Consejo de Estado consideró lo siguiente:

“En relación con la sustentación de la petición, esta Corporación ha precisado que «la medida cautelar se debe solicitar (no es oficiosa), ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado. **Exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación**”². (Negrilla fuera del texto)

Ahora bien, para que procedan las medidas cautelares el artículo 231 del CPACA exige:

“ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la **suspensión provisional** de sus efectos **procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado**, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios **deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos**.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

¹ ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte, debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

² SECCIÓN QUINTA. C.P.: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Bogotá D.C., 24 de enero de 2013. Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00068-00. Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS. Demandado: DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE CIENCIAS, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN.

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.” – se destaca-

No obstante, tratándose de la suspensión provisional de actos administrativos, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que únicamente se requiere: i) violación de disposiciones jurídicas por análisis de los actos acusados y ii) perjuicio sumario, cuando se pretenda restablecimiento del derecho, señalando expresamente que las demás condiciones se imponen para las demás medidas cautelares. Así en providencia de 13 de abril de 2015, expediente: **(21206)**, con ponencia del DR. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ, indicó:

“...esta Corporación ha precisado que la nueva regulación de la suspensión provisional establecida en el CPACA, prescinde de la “*manifiesta infracción*” exigida en la antigua legislación, y “*presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud*”³. Esta es una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que ello habilita al juez para realizar un estudio de una manera más amplia que la prevista en la legislación anterior⁴.

Entonces, si la suspensión provisional parte del supuesto de que se presenta infracción entre una norma inferior respecto de una norma superior, y comoquiera que a partir de la vigencia del CPACA, para que proceda la suspensión provisional ya no es requisito indispensable que se presente manifiesta infracción entre la norma legal y la reglamentaria, es dable concluir que al juez administrativo le asiste la facultad de analizar el contenido y alcance de la norma, en el evento en el que el asunto planteado lo requiera y, en esas condiciones, es posible que el juez acuda a una opción interpretativa que armonice la norma reglamentaria con la ley, lo que conduce a que en todos los eventos no se deba acudir necesariamente a la suspensión de la norma acusada de ilegalidad. De ser el caso, se debe hacer uso de esa posibilidad hermenéutica que permite mantener la norma en el ordenamiento jurídico en virtud del principio de conservación del derecho.

Conforme con los artículos 229 y siguientes del CPACA, en especial, con el artículo 231 *ibidem*, si se trata de la suspensión provisional, **los únicos presupuestos materiales para su decreto son la violación de normas superiores y la prueba sumaria del perjuicio, si se busca el restablecimiento del derecho.**

Otros requisitos como el *fumus boni iuris* o el *periculum in mora* o la ponderación de intereses públicos, etc., son propios de otros tipos de medidas cautelares, pero no, se repite, de la suspensión provisional⁵- se destaca-

En similar sinsentido la Sección Tercera, en decisión de 29 de marzo de 2016, expediente: **54850**, con ponencia del Dr. DANILO ROJAS BETANCOURTH, indicó:

“De acuerdo con lo anterior, hay lugar a decretar la medida cautelar de suspensión provisional respecto de actos administrativos, cuando del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como sustento en la demanda o en la solicitud cautelar, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, surja la violación de las mismas; por lo que el requisito sustancial de procedencia está determinado por la violación de cualquiera de las disposiciones normativas invocadas, bajo los dos eventos expuestos, esto es, por la confrontación del acto -previo análisis- con el contenido normativo denunciado o con las pruebas aportadas, lo que supone no sólo una revisión formal como lo establecía el anterior Código, sino el examen de los elementos de procedencia establecidos en función de la finalidad de la medida, que es el amparo preliminar y preventivo de la legalidad cuando ésta se advierte quebrantada, lo que de ninguna manera implica prejuzgamiento como bien lo precisa el artículo 229 del CPACA”

Bajo estas condiciones se examinarán los fundamentos de la medida cautelar a efecto de determinar su prosperidad

³ Cfr. Sección Primera, auto del 3 de diciembre de 2012, C.P. Guillermo Vargas Ayala, expediente Nro. 2012-00290-00.

⁴ Cfr. Sección Cuarta, auto del 29 de enero de 2014, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, expediente Nro. 2012-00057-00 (19798).

⁵ Cfr. Sala Plena, auto del 17 de marzo de 2015, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente Nro. 2014-03799-00

2.2. Caso concreto

En este apartado examinará el Juzgado los cargos planteados fundamentos de la solicitud de suspensión, en el orden propuesto.

Del cargo de incompetencia

Se aduce que los actos acusados habrían violado *grosso modo* los artículos 29 y 121 de la Constitución Política, artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993; artículo 44, literal b), c) y d) de la Ley 446 de 1998 y artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, por ejercicio extemporáneo de la facultad exorbitante de declaratoria de incumplimiento del contrato y exigibilidad de clausula penal.

La imputación en lo medular se edifica en lo siguiente:

El contrato de consultoría 118 de 2011 suscrito entre la empresa demandante G & G CONSTRUCCIONES LTDA y la ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACION PUBLICA tenía una duración inicial de 4 meses, cuya fecha de terminación estaba convenida para el 26 de abril de 2012; no obstante en virtud de varias suspensiones y prorrogas fue ampliado, teniendo como fecha última de vigencia el 2 de mayo de 2013 (ver hechos 3 a 15).

A partir de lo anterior considera que dado que el ejercicio de las facultades excepcionales no es un poder irrestricto e ilimitado, del mismo no se podría hacer uso de forma posterior a la terminación del contrato y en todo caso, con posterioridad a la liquidación del contrato o del vencimiento del plazo para efectuarla; plazo este que está dispuesto en la norma invocada y en el mismo contrato en 4 meses para el acto bilateral y 2 meses para el unilateral

De allí entonces que al estimar, como fecha límite el 3 de septiembre de 2013, considere que los actos acusados emitidos el 21 de abril de 2014 (Resolución 134) y 8 de mayo de 2014 (167), sean extemporáneos y que bajo tal cariz, la ESAP no tuviera competencia para declarar un incumplimiento que ya para esa fecha era del resorte del Juez Ordinario.

La oposición a ello, como se vio, estriba en lo esencial en que el plazo final para la liquidación expiraba el 3 de noviembre de 2013 y que el procedimiento para definir sobre el incumplimiento inició antes de dicha fecha.

Pues bien, como innegablemente la posición de las partes en la contienda ha estado nutrida por los aportes de la Jurisprudencia, el Juzgado necesariamente debe remitirse a ella para ilustrar el tratamiento de los límites temporales para el ejercicio de facultades exorbitantes.

En esa finalidad, el Despacho destaca el pronunciamiento efectuado por la Sacción Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: DR. ENRIQUE GIL BOTERO, en sentencia 24 de octubre de 2013, radicado 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697):

“las cláusulas exorbitantes son -de acuerdo con la Ley 80 de 1993-: la interpretación unilateral de los documentos contractuales y de las estipulaciones en ellos convenidas, la introducción de

modificaciones a lo pactado, la terminación unilateral, la caducidad administrativa, la reversión y el sometimiento a las leyes nacionales. (...)

“...en relación con la competencia temporal para ejercer el poder exorbitante de declaración de la caducidad, el Consejo de Estado ha discurrido con suficiencia sobre este aspecto, pero sólo desde la óptica del límite temporal definitivo para su ejercicio, o sea, desde cuándo y hasta cuándo la administración puede hacer uso de ella.

Luego de infinidad de debates, recientemente la Sala Plena de la Sección Tercera profirió una sentencia de unificación jurisprudencial⁶, que sostiene **que sólo durante el plazo del contrato se puede declarar la caducidad**, de manera que tan pronto vence, aunque siga en ejecución, no es posible hacerlo. (...)

Frente a esta sentencia, el magistrado que actúa como ponente del proceso *sub iudice* salvó el voto, porque -en su criterio- incluso vencido el plazo es posible declarar la caducidad, siempre que el contrato siga en ejecución. No obstante, al margen de este aspecto, que no incide en la decisión de fondo, lo que interesa destacar de la posición mayoritaria es que no cabe duda que durante el plazo de ejecución es posible declarar la caducidad, pues nadie lo debate o niega; de hecho la discusión sólo radicó en la posibilidad de hacerlo por fuera del término, nunca dentro de él.

De otro lado, y en sentido contrario, la Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la *cláusula penal pecuniaria*. **Al respecto sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha venido, incluso hasta su liquidación**, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria. En este sentido ya expresó la Subsección C de la Sección Tercera -sentencia del 25 de mayo de 2011, exp. 18.017-, providencia que reitera la posición histórica de la Sala -incluso se citan dos providencias que hacen la línea jurisprudencial- que:

“5. Competencia temporal de la entidad estatal para declarar el incumplimiento del contrato, y hacer efectivas la cláusula penal pecuniaria.

(...) “La Sala recuerda que en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 -aplicable al contrato *sub iudice*- la jurisprudencia admitió que la administración podía declarar el incumplimiento -no la caducidad- de los contratos de tracto sucesivo, después de vencido el plazo de ejecución, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso antes de efectuarse la liquidación del contrato, tal como se desprende del siguiente pronunciamiento, que recoge una línea jurisprudencial ininterrumpida hasta hoy:

“Pues bien. Aquí se rectifica la tesis con el siguiente alcance: En los contratos de obra pública, de suministro o prestación de servicios, por ejemplo, en los cuales la nota de tracto sucesivo se ve clara, la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

“El fundamento de esta facultad se encuentra en el mandato contenido en el inciso 1º del artículo 72 del Decreto 222 de 1983, idéntico a la previsión contemplada en el mismo inciso del artículo 61 del Decreto 150 de 1976.

(...)

“Pues bien. La doctrina venía tomando este texto en forma recortada. Aceptaba que con la declaratoria de caducidad pudieran hacerse efectivas dicha cláusula y las multas, pero no aceptaba que esas medidas pudieran hacerse efectivas cuando la Administración no hiciera el pronunciamiento de caducidad durante el plazo contractual o lo produjera después de su vencimiento y menos que pudiera hacer, vencido el contrato, una declaración de incumplimiento para tales efectos.

“Con esta interpretación se estaba recortando evidentemente el poder de la Administración contratante: porque si bien ésta no puede caducar lo ya terminado, nada impide que se pronuncie sobre el incumplimiento del contratista, cuando precisamente el vencimiento del plazo pone en evidencia que ya el contrato no se puede ejecutar en su integridad. En otros términos, cuando el vencimiento del plazo, per se, muestra que hubo un incumplimiento en determinado porcentaje.

“Y todo se debió a una mala interpretación de la ley y como si ésta sólo permitiera la declaración de incumplimiento para efectos de multas, o de caducidad. Ese artículo 72 va más allá y permite ese pronunciamiento con otro fin diferente: El poder hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. En otros términos, ese artículo 72 permite que se haga efectiva la cláusula penal no sólo en el evento de la caducidad sino también en el caso de incumplimiento; incumplimiento que debe ser expresamente declarado por la administración.

(...)

“Pero este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese

⁶ Sentencia del 12 de junio de 2012, exp. 15.024.

incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer.

“ En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento 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.⁷”

(...)

“Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el contrato. Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley 1.150 de 2007: menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983 y algunas normas especiales que regulan el juego del chance –como en el caso concreto–.

“ En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato..., lo procedente, actualmente, como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento. Esta solución tiene precedentes en nuestra legislación, pues en vigencia del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 72 y 73), si el plazo se vencía y se advertía el incumplimiento del contrato, la Administración, mediante acto administrativo motivado, podía declararlo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria...”

(...)

“ En esos eventos, luego de terminado el plazo de ejecución, la Administración, como se dijo, podrá declarar el incumplimiento del contrato (según se establecía expresamente en el artículo 62 del Decreto ley 222 de 1983 y actualmente en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007), para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento y la cláusula penal si trata de obtener anticipada y previamente a la instancia judicial el resarcimiento de los perjuicios que la infracción del contrato le generó, pero ya le habrá fenecido la facultad excepcional de imponer la sanción de caducidad al contratista.”⁸

“Por las razones expuestas, la causal de nulidad asociada al factor temporal tampoco tiene vocación de prosperar, teniendo en cuenta que para la fecha en que se expidió la primera decisión sólo habían transcurrido dos semanas desde la terminación del contrato, es decir, que el plazo para liquidarlo no había vencido. Incluso, cuando se resolvieron los recursos de reposición tampoco habían transcurrido los cuatro meses con que contaban las partes para realizar la liquidación bilateral –a falta de haberse pactado un término especial– más los dos meses que la jurisprudencia otorgaba a la administración para hacerlo unilateralmente, de allí que la decisión se profirió en tiempo oportuno.” –

En los términos indicados, queda claro que en vigencia de todos los estatutos contractuales, incluidas las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, **la potestad sancionatoria para cobrar la cláusula penal se puede ejercer durante el plazo del contrato e incluso con posterioridad a su vencimiento.**

En relación con las multas, en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 la Sección Tercera sostuvo la misma tesis expresada en relación con la caducidad, es decir, que la administración podía imponerlas pero sólo mientras estuviera vigente el contrato; vencido éste desaparecía el poder exorbitante.

No obstante, en vigencia de la Ley 1150 de 2007 este mismo problema –competencia temporal para imponer sanciones–, en relación con las multas y la **cláusula penal pecuniaria, cambió de sentido, esta vez no por una variación introducida por la jurisprudencia a sus propias tesis, sino porque la ley 1150 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se conserva “mientras esté pendiente la ejecución”** del contrato, así es que de ninguna manera quedó limitado a que se haga sólo “durante el plazo” del contrato. En este sentido, el inciso primero del art. 17 de esta ley expresa categóricamente: “... *Esta decisión... procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista...*”⁹

En los términos indicados, **dependiendo del régimen jurídico que rijan cada contrato** (Decreto-ley 222 de 1983, Ley 80 de 1993 o ley 1150 de 2007–, **el problema de la temporalidad para ejercer el poder de declaración unilateral del incumplimiento tiene diversas respuestas**, según se sea: la caducidad, las multas o la cláusula penal pecuniaria.... – se destaca–

Esta sentencia es relevante, porque citada por la parte demandada recoge el criterio de la sentencia proferida en el radicado 18.017, citada por la parte actora y de la cual es posible extraer las siguientes conclusiones:

⁷ Sentencia de 29 de enero de 1988, Exp. 3.615. MP. Carlos Betancur Jaramillo

⁸ Sentencia de 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031. CP. Ruth Stella Correa

⁹ El texto completo de esta norma dispone: “Art. 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 cesar 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.

“PARAGRAFO. 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 inactiva.

- a) La caducidad solo puede ser declarada durante el contrato aun cuando el mismo siga en ejecución.
- b) A diferencia de la anterior figura, la declaratoria unilateral de incumplimiento y exigibilidad de la cláusula penal pecuniaria, si puede ser ejercida luego de la terminación de la duración del contrato pero no después de la liquidación de este.
- c) No obstante, en relación con el límite u oportunidad última en la cual es posible que la administración declare el incumplimiento es necesario verificar el régimen jurídico aplicable, ya que el ordenamiento ha modificado la vigencia de dichas facultades.

En función de lo anterior, el Despacho destaca que el contrato de consultoría 118 de 2011 (fs. 24-62) está regulado por la Ley 80 de 1993 y por la Ley 1150 de 2007, norma esta última que, en función de la oportunidad para ejercer facultades sancionatorias como la que se deriva de la declaratoria de incumplimiento y exigibilidad de cláusula penal, estableció en el artículo 17 lo siguiente:

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.
(...)- destacados fuera de texto-

Quiere decir lo anterior, como lo indicó claramente el Consejo de Estado en la sentencia transcrita *in extenso*, que el incumplimiento y las multas bajo esta nueva preceptiva pueden ser declaradas siempre que las obligaciones estén pendientes de ejecución, situación que además debe contrastarse con la facultad que tiene la administración para liquidar el contrato a la luz del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, pues si bien es cierto allí se retomaron los plazos de 4 meses de liquidación bilateral y 2 meses de unilateral, como era la inicial redacción del artículo 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, también lo es que se adicionó un inciso que le permite a la administración liquidar de forma unilateral el contrato aun cuando los plazos anteriores estén vencidos, pero siempre que tenga lugar dentro de los dos años siguientes. Establece la norma:

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. – se destaca-

Por lo tanto, el asunto sub judice no puede ser definido con citas descontextualizadas de jurisprudencia, en las que se hace alusión a las oportunidades de la administración para liquidar y materializar facultades exorbitantes, sin tener en cuenta las reglas de derecho que rigen cada contrato específico, tal como lo advierte la Jurisprudencia citada, en la cual justamente se advierte la necesidad de consultar la normativa particular.

Bajo este entendido, dado que las reglas particulares que gobiernan al contrato de Consultoría 118 de 2011, particularmente la ley 1150 de 2007 en sus artículos 11 y 17, incorporan un límite temporal para la liquidación unilateral mucho más amplio y además permiten el ejercicio de los poderes exorbitantes de imposición de multas y declaratoria de incumplimiento y exigibilidad de cláusula penal, por la sola circunstancia de estar pendiente de ejecución o cumplimiento la obligación del contratista, el cargo propuesto en la demanda no permitiría evidencia un quebrantamiento del ordenamiento capaz de abrir paso a la cautela.

De esta forma, el análisis de violación propuesto no permite acreditar con un grado de certidumbre aceptable sobre la trasgresión del ordenamiento jurídico en punto de la competencia temporal para hacer uso de la facultad exorbitante sub judice.

Téngase en cuenta además, que al haber expirado el plazo del contrato el 3 de mayo de 2013¹⁰, el periodo para liquidar el contrato de forma bilateral y concertada expiraban el 3 de septiembre de 2013 y los 2 meses adicionales para liquidar de forma unilateral el 3 de noviembre del mismo año; no obstante como se precisó, desde esta calenda la administración aun podía disponer de la facultad exorbitante dentro de un lapso de 2 años que se cumplirían el 3 de noviembre de 2015. Por ende como los actos administrativos censurados con los cuales se declaró de forma unilateral el incumplimiento del contrato y se hizo exigible la cláusula penal se produjeron en abril y mayo de 2014, su ejercicio sería oportuno.

Del cargo de falsa motivación

Ahora bien, en cuanto al cargo de falsa motivación respecto del incumplimiento, se indicó que en las resoluciones demandadas se omitió referenciar todos los elementos que la

¹⁰ Se debe a que fijándose la fecha de reinició el 2 de mayo de 2013, conforme al documento obrante a folio 80, y teniendo en cuenta que desde la primera suspensión faltaba al contrato un día para concluir (ver contrato ffs. 24-46, y acta fs. 49-51) el plazo se cumplía el 3 de mayo de 2013

doctrina exige para declarar el incumplimiento contractual, toda vez que de no hacerlo se desborda el principio de proporcionalidad que debe predicarse para imponer las sanciones contractuales. Añade que *“no puede predicarse incumplimiento total de las obligaciones como lo hacen ver las resoluciones...”* *“no contiene los presupuestos mínimos que evidencian el impacto de la conducta del contratista que derivó en la contratación”*

En este sentido, el análisis del principio de proporcionalidad para efectos de lo que se examina en el presente caso, considerando que la entidad pública –ESAP- impuso e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por incumplimiento del objeto del contrato por parte de la contratista GYG CONSTRUCTORES, es necesario determinar si dicho juicio de valor se adecuó a los hechos y finalidades de la actuación o por el contrario hubo falsa motivación en la expedición de los actos administrativos.

En lo relativo a la nulidad de los actos administrativos por falsa motivación, el Consejo de Estado ha señalado¹¹:

“Según lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación, esta causal de anulación de los actos administrativos se puede manifestar mediante un error de hecho, o a través de un error de derecho. El error de hecho se presenta cuando la Administración desconoce los supuestos fácticos en que debía soportar su decisión, ya sea porque la autoridad que profirió el acto no los tuvo en cuenta o, porque pese a haberlos considerado se deformó la realidad de tal manera que se dejaron por fuera o se introdujeron circunstancias de tiempo modo y lugar, trayendo como consecuencia que el acto administrativo no se funde en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de ser proferido. Por otra parte, también se incurre en falsa motivación por error de derecho, esto es, cuando se desconocen los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento a los actos demandados, este caso se puede presentar por: i) inexistencia de las normas en que se basó la Administración; ii) ausencia de relación entre los preceptos que sirvieron de fundamento a la manifestación de voluntad de la Administración y los supuestos de hecho objeto de decisión; y finalmente iii) cuando se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas”

De igual manera, en lo que atañe a la carga probatoria de la causal de anulación de falsa motivación, el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

“La falsa motivación, quien la aduce tiene la carga de la prueba, es decir, de demostrar la falsedad o inexactitud en los motivos que explícita o implícitamente sustentan el acto administrativo respectivo, habida cuenta de la presunción de legalidad de que se hallan revestidos los actos administrativos”¹²

En los mismos términos se pronunció la alta corporación, al señalar en la sentencia del 9 de octubre de 2003 con ponencia del Dr. GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, lo siguiente:

“ Quien impugna un acto administrativo bajo el argumento de encontrarse falsamente motivado, tiene la carga probatoria (onus probandi) de demostrarlo, dado que sobre los actos de la administración gravita una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por quien pretenda impugnarlos”.

Pues bien, como en el asunto que se examina la parte actora no niega la existencia de incumplimiento sino la infracción al principio de proporcionalidad (relación de medio a fin y valoración de la importancia del hecho) en función de la afectación del servicio, considera este Despacho que le correspondía bajo tal principio, señalar como no se afectaba, ofreciendo las razones para arribar a la conclusión correspondiente; ejercicio en el cual le

¹¹ Sentencia 20 de marzo de 2013, expediente 22523

¹² Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 28 de octubre de 1999, expediente 3443, Consejero Ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa

competente abordar punto a punto los incumplimientos que la administración le achaca para sustentar como su presunta irrelevante incidencia no compromete el servicio.

En función de lo anterior, el Juzgado no puede del simple cotejo de la información que contienen los actos censurados arribar a una conclusión como la propuesta por la parte actora, sin que el cargo tenga cabal desarrollo.

Por el contrario, la argumentación dada por la ESAP en la Resolución DT-08 134 de 21 de abril de 2014, da cuenta de un ejercicio razonado y proporcional al impacto del presunto incumplimiento pues se ha echado de menos la *"entrega de las memorial y planos estructurales firmados para la cimentación del bloque central y auditorio y el presupuesto de la segunda fase con los análisis a precios unitarios"* respecto de lo cual, lógicamente entiende incumplido el mismo objeto del contrato pues añade *"sin esos planos la obra no puede ser ejecutada, dado que la cimentación es la primera fase del proceso constructivo y definido en el contrato 118 de 2011...lo anterior con base en el alcance del objeto del contrato.... Al incumplimiento de los numerales anteriormente descritos que al ser un proyecto integral causan perjuicios a la totalidad de la construcción del proyecto se suma que la entidad debió retirar los pliegos borrador de la licitación para la construcción de la primera fase de la sede; toda vez que no se cuenta con la totalidad de los diseños para su construcción..."*

Reiterándose en la Resolución 167 de 8 de mayo de 2014: *"...dichas manifestaciones no desvirtúan en manera alguna el informe técnico de la supervisión del contrato, en donde se evidencia, contrario a lo dicho por la parte contratista, la ausencia de la totalidad de productos, así como la falta de planos y memorias de cálculo que son fundamentales para la efectividad del producto requerido por la entidad contratante y a que se comprometió"* (f. 126)

En tal medida, el Juzgado considera que no se acredita el presupuesto esencial para que la medida cautelar tenga éxito, dado que no la parte actora no desvirtúa con las pruebas arrimadas la existencia del incumplimiento denunciado por la parte demandada y tampoco que la entidad del mismo, conlleve en efecto, una infracción al principio de proporcionalidad, amén de coincidir el Juzgado en el actual estado de cosas, con la razón ofrecida de la actuación censurada, sobre la importancia que tiene para un contrato de consultoría cuyo objeto es *"elaborar los estudios y diseños arquitectónicos y técnicos así como los tramites, permisos y obtención de licencias"* la entrega de las memorial y planos estructurales.

En virtud de lo expuesto, el Juzgado negará la medida cautelar deprecada.

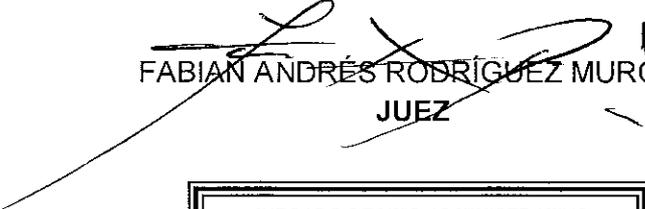
RESUELVE:

1. Niéguese la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados en este proceso (Resoluciones DT 134 de 21 de abril de 2014 "Por medio de la cual se declara la ocurrencia de un siniestro y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria" y DT 0167 de 08 de mayo de 2014, a través de

la que se resuelve recurso de reposición contra la primera), de conformidad con lo expuesto.

2. Continúese con el trámite del proceso

Notifíquese y cúmplase,


FABIAN ANDRÉS RODRÍGUEZ MURCIA
JUEZ

