

# BOLETÍN JURÍDICO CCI

13 DE AGOSTO DE 2024

UNA PUBLICACIÓN DE LA CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA



## Contenido

(i) Novedades jurisprudenciales.....	2
1. Graduación de la cláusula penal pecuniaria por incumplimiento del contrato .....	2

## (i) Novedades jurisprudenciales

### 1. Graduación de la cláusula penal pecuniaria por incumplimiento del contrato

La subsección C, de la sección tercera, se pronunció sobre una controversia suscitada entre el Consorcio Sogamoso y el INVÍAS respecto de la construcción de un puente en el departamento de Santander. Entre los hechos mencionados por el demandante, contratista, y lo acreditado en el proceso, se tienen las circunstancias fácticas:

1. Las partes pactaron un contrato de obra para construir un puente en el sector de la Fortuna en el departamento Santander.
2. Durante la ejecución, se presentaron incumplimientos en el cronograma de ejecución del contrato, los cuales, en opinión del consorcio, eran imputables a la entidad contratante. Entre los eventos endilgados, se observan: (i) falencias relacionadas con la adquisición de predios; (II) ubicación de talleres para el ensamblaje de estructuras de acero y compra de materiales; (iii) la demora en trámites administrativos internos de aprobación y entrega de anticipo; y (iv) la insuficiencia de tiempos y de recursos económicos acordes a la obra contratada.
3. La entidad contratante adelantó procesos sancionatorios en contra del contratista, motivo por el cual profirió los respectivos actos administrativos declarando (i) el siniestro de incumplimiento e impuso una multa por los retrasos, y (ii) la aplicación de la pena pecuniaria por un monto de \$1.015.079.012.

La primera instancia declaró eficaces los actos administrativos, por consiguiente, el contratista apeló la decisión para que el Consejo de Estado revisará la decisión.

El consejero ponente consideró que las decisiones de la administración eran plenamente eficaces, de acuerdo con los siguientes asuntos y razonamientos:

#### (i) Estado del cumplimiento de obligaciones

En el marco de los procedimientos sancionatorios, precisó el fallo, que la demandada había revocado la decisión de la multa porque se acreditó el cumplimiento de la entrega de los documentos solicitados por la interventoría y el INVÍAS, no obstante, no aconteció lo mismo con la ejecución de las demás obligaciones pactadas.

Así las cosas, el yerro del procedimiento sancionatorio fue debidamente subsanado por la entidad contratante, por lo que el cargo en la demanda solo se analizará respecto del acto administrativo que declaró el siniestro y aplicó la cláusula penal.

En consideración de dicha subsección, el contratista nunca logró ejecutar sus obligaciones en los plazos y términos acordados, y por el contrario la interventoría documentó en varios informes los reparos a la dirección y organización del contratista:

*“Es cierto que los mismos informes de interventoría permiten apreciar que el contratista tuvo momentos de mejoría en su rendimiento, por aumentos en el ritmo constructivo y en la asignación de personal, sin embargo, estos correctivos de su parte no fueron constantes ni suficientes para solventar los retrasos<sup>51</sup>. En*

ese sentido, otra observación permanente de la interventoría radicaba en la necesidad la presentación, por el Consorcio Sogamoso, de planes de contingencia con el fin de remediar el desfase en la construcción del proyecto<sup>52</sup>, pero que debían ser “coherentes” con la realidad del contrato para cumplir con los plazos pactados, es decir, que no bastaba con la mera presentación de dicho plan para satisfacer el débito contractual, sino que era necesario que estos planes fueran cumplidos a cabalidad<sup>53</sup>.

4.6. De conformidad con el contexto fáctico descrito en precedencia, las aserciones del demandante en su recurso de alzada<sup>54</sup> carecen completamente de asidero, toda vez que la observancia del programa de inversiones y del cronograma de obra no se cumplía con la mera formulación de planes de contingencia, ni se entendía satisfecha con las múltiples ampliaciones de los plazos del contrato. En realidad, la necesidad de trazar esas líneas de acción extraordinarias ante los atrasos contractuales y de prorrogar la vigencia del negocio, junto con la abundante información consignada en los informes y oficios rendidos por la interventoría del contrato, dan cuenta de que el Consorcio Sogamoso sí incumplió constantemente lo estipulado en el contrato núm. 745 de 2008, justificando así la pena que el INVIAST le impuso”.

#### (ii) La ocurrencia de circunstancias externas durante la ejecución del contrato

En relación con este asunto, el consejero ponente realizó una precisión importante en torno a la presunta incidencia de la no celebración oportuna del contrato. En consideración de la magistratura, el demandante no allegó prueba idónea del pliego de condiciones, que permitiera probar que el tiempo transcurrido entre la adjudicación de la licitación y la firma del contrato haya tenido una extensión allende, ni que esta haya errado en la planeación del negocio.

En el siguiente aparte, el Consejo expresó:

*“Al margen de lo expuesto en inmediata precedencia, denota la Sala que, incluso, de haber sido acreditado este supuesto fáctico (la suscripción tardía del contrato), no obra prueba alguna que permita inferir la existencia de una relación entre ese hecho, y el atraso sostenido del contratista en la ejecución de las actividades programadas.*

*En realidad, está probado que el plazo contractual fue extendido en más del doble de tiempo que, según adujo el demandante, se previó en el pliego, al extender por un total de veintiséis (26) meses y veintiocho (28) días, transcurridos entre la fecha del acta de inicio<sup>72</sup> (veintinueve (29) de agosto de dos mil nueve (2009)) y el límite pactado en el último de los acuerdos de prórroga<sup>73</sup> (veintiocho (28) de febrero de dos mil once (2011)). Igualmente fue acreditado que todas las modificaciones del plazo fueron solicitadas por el propio contratista, y en todas ellas fue acordado que acogería la reprogramación en los cronogramas y en el programa de inversiones<sup>74</sup>. ”.*

En lo que concierne a las ocurrencia de eventos que incidieron en el desarrollo contractual, el magistrado señaló:

*"4.11. Por otro lado, el Consorcio Sogamoso no demostró que la alternativa de construcción empleada para el puente en "viga cajón metálica", ni el supuesto traslado de elementos estructurales de un lugar a otro, hayan ocurrido en las condiciones de tiempo, modo y lugar afirmadas en el recurso, ni que estas circunstancias hubieran incidido en el incumplimiento, que la administración achacó al contratista mediante los actos demandados<sup>75</sup>. Tampoco está probado que la entidad hubiera desembolsado tardíamente recursos del anticipo pactado, o de las adiciones realizadas, ni que el Consorcio Sogamoso hubiera usado recursos propios para la ejecución del contrato<sup>76</sup>, ni que ello explique la frustración de la ejecución del objeto del contrato, hecho que tanto la entidad —a través de las decisiones demandadas y de los informes que las antecedieron<sup>77</sup>— como el interventor<sup>78</sup> imputan a una gestión deficiente del propio contratista.*

*Al igual que en la acusación anterior, el demandante afirmó que la dilación de la contratante en la tramitación de algunos aspectos administrativos (como la aprobación de diseños y alternativas de construcción, reubicación de sitios de fabricación y elementos de ensamble), y financieros (como la demora en aprobar la adición en dinero, en el desembolso del anticipo, o en la asunción de trabajos con dineros de su peculio) hayan desencadenado el incumplimiento en el que incurrió. Lejos de demostrar que dichas circunstancias hubieran afectado el rendimiento de la ejecución del contrato núm. 745 de 2008 o que desmintieran la motivación de los actos impugnados, las pruebas allegadas y practicadas en el proceso ponen en evidencia, de forma clara y coincidente que el Consorcio Sogamoso faltó a los compromisos asumidos, no solamente en el contrato principal, sino en cada prórroga y adición suscrita<sup>79</sup>.*

**(iii) Proporcionalidad de la pena impuesta con ocasión de lo pactado en la cláusula penal**

Después de analizar el cargo formulado en la apelación por parte del INVÍAS, la subsección determinó:

*En la contratación de las entidades sometidas al EGCAP, la imposición de la pena pecuniaria se inserta dentro de los deberes de las entidades públicas<sup>122</sup>, como una medida complementaria y consecuencial, bien sea, de la declaración de caducidad del contrato, en caso de que este se encuentre vigente, o del incumplimiento del contrato, si el negocio ya se ha extinguido<sup>123</sup>. Es esa, una decisión que, en todo caso, asume la forma y sustancia de un acto administrativo, con todo lo que ello implica, y emana de las prerrogativas públicas dispuestas por el legislador en materia contractual, reconocidas a las entidades públicas contratantes, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007<sup>124</sup> y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011<sup>125</sup>.*

*(...)*

*4.20. Entonces, existen dos grupos de razones que apartan a esta segunda instancia de la conclusión del Tribunal en relación con la proporcionalidad de la pena:*

4.20.1. En primer lugar, por razones procesales, pues la parte actora no pretendió la nulidad parcial de los actos demandados invocando el ajuste o reducción de la cláusula penal en virtud de su desproporcionalidad o exceso, bien fuera como pretensión principal o subsidiaria dentro del escrito de demanda<sup>127</sup>, o en reforma posterior —que no tuvo lugar en este asunto—, sino que fue insertada en la audiencia inicial con el beneplácito de la funcionaria sustanciadora<sup>128</sup>.

Este supuesto desconoce el límite temporal de la reforma a la demanda que, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 173 del CPACA, solamente puede adelantarse “hasta el vencimiento de los diez (10) días siguientes al traslado de la demanda”, e incluso, desde la perspectiva del CGP, que en su artículo 93 dicta en su inciso inicial que este acto reformatorio podrá tener lugar, no durante, sino “hasta antes del señalamiento de la audiencia inicial”. Por esta razón, la inserción de esta súplica no podía realizarse válidamente durante el adelantamiento de esta diligencia, en tanto desconoce el diseño procesal dispuesto por el legislador mediante norma de orden público.

Si bien, acertó el Tribunal en destacar que las propias partes pactaron, en la cláusula décima quinta del contrato<sup>130</sup>, que la sanción pecuniaria sería impuesta “de forma proporcional al avance de la obra”, y en una de las comunicaciones internas<sup>131</sup> un funcionario del INVIAST dio cuenta de que el avance final de obra ejecutada era igual al ochenta y cuatro coma treinta y nueve por ciento (84.39%), dejando así un quince coma sesenta y uno por ciento (15,61%) por ejecutar, es preciso advertir que la suma de dinero equivalente a esa obra no ejecutada estaba soportada en el oficio del ocho (8) de junio de dos mil once (2011), en el que la interventoría, reiterando la información allegada en comunicación del primero (1º) de junio del mismo año<sup>132</sup>, refirió que las cantidades no ejecutadas por el consorcio contratista correspondían a las señaladas en el acta correspondiente a las facturadas hasta el corte del acta núm. 29 de febrero catorce (14) de dos mil once (2011), razón por la cual, el INVIAST, al requerir al Consorcio Sogamoso para efectos del inicio del procedimiento sancionatorio contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con el fin de declarar el siniestro de “incumplimiento total de contrato”, indicó que tasaría la pena pecuniaria,

(...)

El Tribunal, sin embargo, valido de un elemental ejercicio aritmético, estableció una cifra que hipotéticamente representaría el daño contractual cubierto por los contratantes a través de la cláusula mencionada, ignorando con este proceder, por completo, la cuantificación que hizo el interventor y su racionalidad intrínseca, elemento éste, cardinal en la motivación fáctica de las decisiones impugnadas en tanto allí fue incorporado; y eximiendo, incorrectamente, a la parte actora, de la carga de probar la dimensión real del daño irrogado y el valor que objetivamente correspondería a la sanción punitiva.

Por lo tanto, en el caso concreto, el límite cuantitativo infranqueable era el de la propia cláusula penal pactada en el contrato, que fue respetado por el INVIAST

*en la Resolución 355 del veintisiete (27) de junio de dos mil doce (2012), al imponer la pena pecuniaria por un monto de mil quince millones setenta y nueve mil dos pesos (\$1.015'079.012), correspondiente a la cuantificación de las prestaciones no ejecutadas por el Consorcio Sogamoso134. Itera la Sala que la labor de probar su exceso no fue satisfecha por el extremo actor.*

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección c, consejero ponente Jaime Enrique Rodríguez Navas, 22 de mayo de 2024, radicado 68001-23-33-000-2013-01118-01, expediente 59622.