



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., ocho (8) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00449-01 (54.133)

Actor: SEGUROS COLPATRIA S.A. (HOY, AXA COLPATRIA S.A.)

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS-

Referencia: LEY 1437 DE 2011 – MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: LÍMITES DE LA APELACIÓN: el juez de segunda instancia se encuentra sometido a los planteamientos del recurso de apelación / PROPORCIONALIDAD EN LA CLÁUSULA PENAL: las partes definieron expresamente que la cláusula penal se aplicaría de manera proporcional al avance de la obra / DIFERENCIAS ENTRE LA GARANTÍA ÚNICA Y LA CLÁUSULA PENAL: aunque ambas figuras están relacionadas, obedecen a naturalezas distintas / CONDENA EN COSTAS: la ley dispone que, ante una prosperidad parcial de la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o condenará de forma parcial.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia del 6 de febrero de 2015 (fls. 753 – 766, c. ppl.), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Seguros Colpatria S.A. demandó la nulidad de las Resoluciones 3350 y 3466 de 2012, proferidas por el Instituto Nacional de Vías, mediante las cuales se declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento definitivo del contrato de obra 0745 de 2008 -suscrito entre esta última entidad y el Consorcio Sogamoso-, y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria. La actora consideró que, en la tasación de la cláusula penal, el demandado debió valorar el principio de proporcionalidad, pues así se lo mandaba



la ley, el contrato y las condiciones de la garantía, al tiempo que no podía hacer efectiva la póliza de cumplimiento, en consideración a que el contrato no fue liquidado.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda:

Mediante demanda radicada ante el Tribunal Administrativo de Santander, el 15 de abril de 2013 (fls. 83 – 103, c1), la sociedad Seguros Colpatria S.A. (hoy, AXA Colpatria S.A.), en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, se dirigió en contra del Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, con la pretensión de que: (i) se declare la nulidad de la Resolución 3350 del 27 de junio de 2012, por medio de la cual se declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento definitivo del contrato de obra “045 de 2008” (en la pretensión segunda, se refirió el contrato “026 de 2006”), se ordenó el cobro de la cláusula penal y se hizo efectiva la garantía de cumplimiento; (ii) se declare la nulidad de la Resolución 3466 del 3 de julio de 2012, que confirmó la decisión anterior y declaró agotada la “*vía gubernativa*”; (iii) se declare, como restablecimiento del derecho, que Colpatria solo está obligada a reconocer, a título de cláusula penal, un monto equivalente al porcentaje no ejecutado de la obra, y no a la totalidad de dicha cláusula, y (iv) se declare que la suma que, eventualmente, se determine como cláusula penal -calculada según el porcentaje no ejecutado del contrato- solo podrá hacerse efectiva en contra de la aseguradora una vez se realice la liquidación final del acuerdo y se compensen las obras ejecutadas por el contratista, pero aún no pagadas.

1.1 Fundamentos de hecho:

Los hechos relevantes expuestos en el libelo introductorio son:

-El INVÍAS suscribió con el Consorcio Sogamoso¹ el contrato de obra 0745 de 2008, que tenía por objeto la construcción del puente Sogamoso, de la carretera cruce 45 (La Fortuna) – Bucaramanga, ruta 6602. El valor del contrato ascendió a la suma de \$10.150'790.122, y su plazo, inicialmente, se extendió hasta el 31 de diciembre de 2008. El negocio jurídico tuvo dos adiciones, una suspensión y seis prórrogas, estando vigente hasta el 28 de febrero de 2011.

¹ Integrado por Civil Engineering Technology E.U. -Civiltec E.U.-; DQ Ingeniería E.U.; Pavimentos y Construcciones de Colombia Ltda., y Construcciones e Inversiones RDV S.A.



-Conforme con lo previsto en la cláusula decimoctava del acuerdo negocial, el consorcio contratista constituyó a favor del INVÍAS el seguro de cumplimiento No. 8001019684, que contempló entre sus amparos al de cumplimiento, con un valor de \$1.015'079.012. Dicha póliza, junto con sus condiciones generales y particulares, así como con sus anexos modificatorios, fue aceptada y aprobada por la demandada.

-En oficio circular OAJ-No. "26637" del 7 de junio de 2012, el INVÍAS citó al consorcio y a la aseguradora para llevar a cabo la audiencia de incumplimiento. Dicha audiencia se adelantó el 27 de junio de 2012; en ella, el interventor del contrato -Consultécnicos S.A.- aseveró que, a pesar de las diferentes modificaciones contractuales, el contratista no terminó la construcción del puente, aclarando que lo ejecutado fue dentro del plazo contractual y que su avance total fue del 84.5%.

-A través de la Resolución 3350 de 2012, la demandada declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento definitivo del contrato de obra, e hizo efectiva la cláusula penal en una suma equivalente a \$1.015'079.012. Si el contratista no cancelaba este monto, se le exigiría su pago a Seguros Colpatria.

-El contratista y la aseguradora interpusieron el recurso de reposición en contra de la anterior decisión. Entre los argumentos del consorcio, los cuales fueron coadyuvados por Colpatria, se encuentra el alusivo al deber del INVÍAS de imponer la cláusula penal de manera proporcional al porcentaje de obra no ejecutado -y no el 10% del valor total del contrato-. También se puso de presente la necesidad de liquidar el negocio y de efectuar un peritaje técnico para determinar la totalidad de las obras ejecutadas y su valor -ya que el contratista consideraba que se habían realizado más trabajos de los certificados por el interventor-. La Resolución 3350 fue confirmada mediante la Resolución 3466 del 3 de julio de 2012.

-El demandado le envió a Colpatria la comunicación OAJ 40828 del 16 de agosto de 2012, radicada en sus oficinas el 22 de agosto siguiente, mediante el cual presentó la solicitud de afectación de la póliza.

-La cláusula decimoquinta del contrato 0745 de 2008 estableció que el INVÍAS podía imponerle al contratista, en caso de incumplimiento definitivo de las obligaciones, una sanción a título de penal pecuniaria, equivalente al 10% del valor total del contrato y *"de forma proporcional al avance de la obra"*.



-Tanto el artículo 1596 del Código Civil como las condiciones generales de la póliza de cumplimiento prevén la proporcionalidad en la aplicación de la cláusula penal. Adicionalmente, el cobro pretendido por el INVÍAS desconoce el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y las condiciones de la póliza, en relación con la formalización del reclamo, pues no se ha producido la liquidación del contrato.

1.2 Fundamentos de derecho:

La aseguradora sustentó sus pretensiones en los artículos 137, 141, 161, 162, 164, 166 y siguientes y concordantes del CPACA; 1494, 1495, 1496, 1497, 1498, 1499, 1500, 1602, 1603, 1714 y siguientes y concordantes del Código Civil; 5 -numeral 1-, 13, 23 y 60 de la Ley 80 de 1993, y 11 y 17 de la Ley 1150 de 2007. Sumado a ello, expresó:

-Reiteró que, según la cláusula decimoquinta del contrato y el artículo 1596 del Código Civil, la aplicación de la cláusula penal debía ser proporcional al avance de la obra. Por tanto, como el interventor certificó que el porcentaje dejado de ejecutar fue del 15.5%, era obligación del INVÍAS reducir el monto de la cláusula penal en atención a tal porcentaje. Para el actor, el desconocer los porcentajes de ejecución contractual, implicaba un abuso de poder por parte de la administración.

-Recordó que un acuerdo de voluntades legalmente celebrado es ley para las partes, por lo que el contrato 0745 se suscribió con observancia de la normativa vigente al momento de su perfeccionamiento. En ese sentido, el demandado se comprometió a pagar el valor de las obras y trabajos realizados por el contratista, que no eran solo aquellos consignados en la propuesta, sino todos los que surgieron durante la ejecución. La entidad disponía de un término para definir la cantidad de obra ejecutada, cuantificarla y plasmarla en la liquidación. No obstante, las partes no han liquidado el contrato bilateralmente, ni la entidad lo ha hecho de manera unilateral.

Al proferir las resoluciones demandadas, el INVÍAS incurrió en una falsa motivación y en un abuso de poder, pues consignó que la cláusula penal correspondía al 10% del valor total del contrato, como si no se hubiera ejecutado un solo ítem de la obra. También sostuvo que la sanción pecuniaria debía ser pagada por el contratista -directamente o deducida de los saldos a su favor-, olvidando que para ello debía liquidar primero el negocio. Si nada de lo anterior se lograba, se cobraría con cargo al amparo de cumplimiento de la póliza expedida por Colpatria.



Con fundamento en todo anterior, para el INVÍAS resultaba improcedente exigir del contratista el pago de la cláusula penal o descontarla de sus saldos a favor, en la medida que no se ha efectuado la liquidación del acuerdo -no tiene determinado el valor de la totalidad de las obras ejecutadas por el consorcio-. A su vez, no puede hacer efectiva la póliza de cumplimiento, porque el acto demandado no contiene la orden expresa de hacer efectiva la garantía².

-La liquidación debió surtirse a más tardar dentro de los 30 meses siguientes a la fecha de terminación del contrato, lo cual significaba que la posibilidad para liquidar el negocio caducaría mientras se adelantaba el proceso. Así, el INVÍAS, además de generar perjuicios al contratista y al garante, impidió que se pudiera determinar con exactitud la totalidad de las obras ejecutadas, el valor de las mismas, los saldos a cargo de la demandada, y las eventuales compensaciones a las que habría dado lugar.

-Las condiciones generales de la póliza preveían que, si al momento de ocurrido el siniestro, la entidad estatal era deudora del contratista por cualquier concepto, se debían compensar las prestaciones en la cuantía que correspondiera. Este mandato era un desarrollo del artículo 1714 del Código Civil. Según lo plasmó el consorcio en el recurso presentado en contra de la Resolución 3350, había obras que fueron ejecutadas y recibidas por el INVÍAS, pero que no fueron pagadas; incluso, no se habían relacionado y cuantificado en la liquidación final del contrato -la cual no fue realizada, conforme a los demás argumentos expuestos en la demanda-. En consecuencia, como la entidad había aceptado la póliza expedida por Colpatria, debía observar las condiciones generales del seguro, lo cual significa que, para poder realizarse cualquier pago indemnizatorio, debían cumplirse las previsiones relativas a la compensación.

2. Actuaciones procesales de primera instancia:

En auto del 8 de agosto de 2013 (fl. 106, c1), el *a quo* admitió la demanda, y ordenó que tal determinación fuera notificada al INVÍAS, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

² En la demanda también se lee: “Del texto del acto administrativo recurrido, claramente se deduce que el contratista alega haber ejecutado una serie de trabajos y erogaciones que no han sido objeto de valoración y recibo por parte del INVÍAS pero que, en todo caso, se encuentran en la obra, fueron recibidas por la demandada y de las que ella tomó posesión, circunstancia que evidencia la necesidad de cuantificarlas y, de no haber sido pagadas, la obligación de compensarlas respecto de aquellos valores a los que asciende la cláusula penal” (fl. 93, c1).



2.1 Contestación de la demanda:

El 6 de noviembre de 2013, el INVÍAS contestó la demanda (fls. 145 – 179, c1), oponiéndose a sus pretensiones. Al respecto, argumentó lo siguiente³:

-Los actos demandados no incurrieron en ningún tipo de irregularidad que comporte una falsa motivación, una desviación de poder, una infracción de normas superiores o una expedición arbitraria.

-Aceptar la proporcionalidad de la cláusula penal, es una situación que desconfigura su finalidad. Indicó que el artículo 15 del Decreto 4828 de 2008, vigente para la fecha de los hechos, consagraba la inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad en la garantía única de cumplimiento, por lo que la inclusión de tal estipulación no producía efectos.

Esta imposibilidad de incluir la cláusula de proporcionalidad también estaba prevista en el Decreto 734 de 2012, el cual continuó aplicándose hasta el 31 de diciembre de 2013⁴. Además, fue reproducida en el Decreto 1510 de 2013.

-La cláusula decimoquinta estipuló que, ante el incumplimiento del contratista, este estaría obligado a pagar una “obligación” correspondiente al 10% del valor del contrato; es decir, las partes fijaron “*ab initio*” el monto de los perjuicios que representaba tal incumplimiento, razón por la cual el INVÍAS quedaba liberado del deber de probar los daños sufridos y su valor en dinero -desde un inicio, el consorcio contratista y su garante sabían a cuánto ascendería el monto de la “*indemnización convencional*”-.

-En todo momento, fue respetado el derecho al debido proceso y a la defensa. Para el efecto, dejó de presente -entre otras razones- que en el expediente reposaban todas las notificaciones que se le enviaron al consorcio y a la aseguradora (en la contestación se dice “*al accionante, a su garante*”, lo cual se entiende como un error de forma), a efectos de que ejercieran su respectiva defensa.

³ Aclaró que el oficio mediante el cual se citó al contratista y a la garante para adelantar la audiencia de incumplimiento, fue el OAJ 27637, y no el enunciado por el demandante.

⁴ Según el demandado, este decreto consagraba que el amparo de cumplimiento debía ser equivalente al monto de la cláusula penal y, en todo caso, no podía ser inferior al 10% del valor del contrato.



-Si bien es cierto que los contratos estatales deben ser liquidados, dicha actuación no es un requisito indispensable para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento. Sumado a ello, es claro que Colpatria asumió el riesgo de amparar el *“cumplimiento general del contrato”*. De cualquier modo, en reiteradas oportunidades se requirió al contratista para que aportara los documentos necesarios para lograr la liquidación del acuerdo, sin que aquel realizara tal diligencia⁵.

-El INVÍAS no podía permitir la culminación de las obras por fuera del plazo contractual, ni avalar los trabajos que se ejecutaron con posterioridad a dicho término, en especial, porque no hubo presencia de la interventoría externa -citó la sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012 (rad.: 24.897), de esta Corporación-. En otras palabras, no había soporte de una modificación contractual que avalara el pago de las prestaciones pendientes. Adicionalmente, no estaba demostrado que el INVÍAS se sustrajo de pagar cantidades de obra ejecutadas por el consorcio y avaladas por la interventoría, como para que opere la compensación aludida en la demanda.

-La cláusula penal corresponde a los perjuicios anticipados ocasionados por el contratista, en atención al incumplimiento de las obligaciones. La posición del demandado encuentra sustento fáctico en el incumplimiento definitivo *“aceptado del contratista en el libelo introductorio”*, en los actos cuya legalidad se cuestiona, en los hechos reportados por la interventoría, y en otras circunstancias ocurridas durante el proceso de incumplimiento⁶.

Formuló como excepciones, las que denominó: (i) la genérica; (ii) legalidad de los actos administrativos demandados⁷, e (iii) inexistencia del derecho reclamado.

⁵ El contratista se negó a firmar el acta de recibo definitivo, y la consecuente acta de liquidación, porque no se habían incluido cantidades adicionales de obra.

⁶ El accionado reflexionó también lo siguiente: *“Así las cosas, frente al incumplimiento severo y grave de las obligaciones por parte del consorcio contratista procedía, como en efecto se hizo, la imposición de la cláusula penal pecuniaria por la suma de \$1.015.079.012,00 atendiendo el valor del contrato principal y sus adicionales, sin que pueda evidenciarse el pretendido abuso de poder de la parte actora”* (fl. 162, c1).

⁷ *“[...] La legalidad de los actos demandados surge del hecho cardinal de no existir razón jurídica alguna para cuestionar el adelantamiento del trámite sancionatorio que declaró de una parte, la ocurrencia del siniestro de incumplimiento definitivo y del amparo de anticipo del contrato de obra 745 de 2008, por el hecho de que uno de los extremos, el contratista -los integrantes del Consorcio Sogamoso-, y de otra, la imposición a título de cláusula penal pecuniaria por el incumplimiento definitivo del contrato de obra 745 de 2008”* (fl. 171, c1).



2.2 Pronunciamiento frente a las excepciones:

El 25 de noviembre de 2013, el actor presentó un escrito pronunciándose frente a las excepciones de la demandada (fls. 445 – 447, c1). Afirmó que el contrato 0745 se celebró antes de que se proferiera el Decreto 4828 de 2008 -que entró a regir en diciembre de ese año-, por lo que dicha norma no era aplicable. Este mismo razonamiento se extendía al Decreto 734 de 2012, que también fue posterior a la suscripción del contrato; ello, implicaba que se debiera aplicar la proporcionalidad de la cláusula penal, tal y como lo prevén el Código Civil y el clausulado general de la póliza. Sumado a ello, recordó que el INVÍAS aceptó y aprobó la garantía de cumplimiento, lo que le obliga a no ir en contra de sus propios actos y a actuar de buena fe. Finalmente, explicó que la liquidación debe acompañar cualquier actuación con la que se pretenda hacer efectivos los actos demandados, y que, como ya se había vencido el término para liquidar el contrato, la entidad no podía ejercer su derecho.

El 9 de diciembre de 2013 -aunque la fecha está borrosa-, Colpatria aportó nuevamente el anterior documento (fls. 451 – 453, c1). El mismo se allegó otra vez el 10 de diciembre del mismo año (fls. 457 – 459, c1).

3. Audiencias inicial y de pruebas:

El 22 de enero de 2014, se llevó a cabo la audiencia inicial, prevista en el artículo 180 del CPACA (fls. 460 – 463 y CD, fl. 464, c1). En ella, se surtió la etapa de saneamiento, se fijó el objeto del litigio y se decretaron las pruebas.

El 18 de marzo de 2014, tuvo lugar la audiencia de pruebas (fls. 685 – 686 y CD, fl. 687, c2), en la cual se recibieron los testimonios de los señores Sonia González Corzo -directora territorial Santander para el momento de los hechos- y Óscar Patiño Bustamante -ingeniero de vías y transporte del INVÍAS y gestor técnico del contrato-. El apoderado del actor formuló tacha en contra del último testigo referido, por ser sospechoso, en consideración a la dependencia que guardaba con la demandada.

El 9 de abril siguiente, se continuó la audiencia de pruebas (fls. 704 – 705 y CD, fl. 706, c2). En esta diligencia, se recibió el testimonio de María Consuelo Castaño Triana



-ingeniera civil del INVÍAS y supervisora del proyecto durante la primera etapa del mismo-⁸.

A través de auto del 25 de junio de 2014 (fl. 725, c2), el tribunal dio por terminada la etapa probatoria, prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y ordenó a las partes y al Ministerio Público alegar de conclusión y rendir concepto, respectivamente (por escrito).

4. Alegatos de conclusión:

El 7 de julio de 2014, Colpatria alegó de conclusión (fls. 728 – 742, c2), reiterando los argumentos expuestos en etapas procesales anteriores (pareciera ser que los alegatos se aportaron de forma incompleta). El 10 de julio siguiente, el INVÍAS presentó sus alegaciones finales (fls. 743 – 751, c2), insistiendo en varios argumentos de la contestación de la demanda, entre ellos, que estaba probado que el contratista incumplió, que aplicar la proporcionalidad de la cláusula penal desconfiguraba su finalidad, que está proscrita la cláusula de proporcionalidad en la garantía única de cumplimiento, que la falta de liquidación no enerva la posibilidad de cobrar la cláusula penal, etc.

5. Sentencia de primera instancia:

El Tribunal Administrativo Oral de Santander profirió la sentencia del 6 de febrero de 2015 (fls. 753 – 766, c. ppl.), mediante la cual: (i) declaró la nulidad parcial de las Resoluciones 3350 y 3466 de 2012, solo respecto del monto de la cláusula penal impuesta al Consorcio Sogamoso; (ii) ordenó que el valor de la cláusula penal que deberá pagarse asciende a \$157'513.744, en lugar de \$1.015'079.012; (iii) negó las demás pretensiones de la demanda; (iv) condenó en costas a la demandada, y (v) desestimó la tacha formulada en contra del testigo Óscar Patiño Bustamante⁹.

⁸ En documento del 8 de mayo de 2014 (fls. 714 – 715, c2), el actor desistió de la práctica de la prueba pericial decretada por el tribunal, debido a las dificultades que representó la designación y aceptación del cargo por parte de los profesionales nombrados, y por considerar que el material probatorio existente era suficiente para abordar el estudio de la controversia y emitir una decisión de fondo. La solicitud de desistimiento fue aceptada por medio de proveído del 26 de mayo de 2014 (fls. 718 – 719, c2).

⁹ Para el tribunal, el hecho de que el señor Patiño Bustamante fuera ingeniero del INVÍAS, no era razón suficiente para poner en duda su credibilidad ni concluir que tenía interés directo en el resultado del proceso, además de que sus declaraciones eran coincidentes con las de otros testigos.



-Explicó en qué consiste la potestad sancionadora del Estado, así como la institución de la cláusula penal. De tal modo, afirmó que “[...] *la imposición y ejecución de la cláusula penal busca penalizar al contratista por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio*” (fl. 758, c. ppl.).

-Luego, sostuvo que el juez tiene la facultad y el deber de realizar el juicio de proporcionalidad frente a la respectiva actuación administrativa, esto es, ante el acto que impuso la cláusula penal. Además, “[...] *teniendo claro que la cláusula penal pecuniaria se constituye en una tasación anticipada de perjuicios frente a la cual la entidad estatal estaría exenta de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista, considera la Sala que al Juez le asiste competencia para fijar su reducción en aplicación del principio de proporcionalidad y de la equidad, este último como criterio auxiliar de la actividad judicial*” (fl. 759, reverso, c. ppl.).

-Lo anterior, con fundamento en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, que le permiten al juez graduar la pena, para lo cual deberá verificar si la misma se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad.

-Estimó que, en este caso, estaba probado que el contratista incurrió en un incumplimiento de sus obligaciones, a pesar de las modificaciones que se realizaron al acuerdo negocial. Por ello, el INVÍAS estaba habilitado para hacer efectiva la cláusula penal. A pesar de esto, aseguró que se debió dar aplicación al principio de proporcionalidad, por lo que no compartía la decisión de la administración de hacer efectiva la referida cláusula por el 10% del valor del contrato, sin tener en cuenta las cantidades de obra que fueron ejecutadas por el contratista y que fueron debidamente recibidas por el interventor¹⁰.

-Siguiendo el tenor literal de la cláusula penal pactada en el contrato (que estipulaba un monto del 10%, de forma proporcional al avance de la obra), así como lo consignado en el memorando No. SRN-GP-IC-07-11 del 19 de julio de 2011, resultaba procedente

¹⁰ Inicialmente, el tribunal arguyó que el contrato estuvo vigente hasta el 28 de febrero de 2011, fecha para la cual se había ejecutado el 84.39% del valor, equivalente a “\$8.565,96 millones”, quedando por ejecutar un saldo de “1.584,83 millones” (fl. 764, reverso, c. ppl.). Posteriormente, indicó que estos montos y porcentajes se desprendían del último corte de obra, a 14 de febrero de 2011.



efectuar la cuantificación de la sanción, con fundamento en el 10% del valor dejado de ejecutar, y no como se dispuso en los actos demandados.

-Como el monto total dejado de ejecutar ascendió a \$1.575'137.438,98, la cláusula penal debió ser igual a \$157'513.744¹¹.

-Descartó el argumento del demandado, según el cual la cláusula de proporcionalidad estaba prohibida por el Decreto 4828 de 2008, pues este decreto entró a regir con posterioridad a la celebración del contrato, lo cual significa que no le era aplicable.

-Si bien se probó que el contratista ejecutó obras con posterioridad a la terminación del contrato, las mismas no se pueden tener en cuenta, en tanto no fueron objeto de recibo por parte de la interventoría, y tampoco fueron probadas las cantidades y calidades de la obra ejecutada -lo cual impedía que estas fueran consideradas para la graduación de la cláusula penal-.

-No era procedente el reconocimiento de los perjuicios alegados por el INVÍAS, para efectos de mantener la imposición del 100% de la cláusula penal dispuesta en los actos demandados.

-Finalmente, expuso: *“Así mismo, la Sala debe precisar que pese a que el demandado INVÍAS alega que el incumplimiento del contratista conllevó a que tuviera que adelantar todas las gestiones necesarias para lograr el cumplimiento total del objeto contractual lo cual refleja los severos perjuicios que le trajo el comportamiento del contratista, no es procedente en el asunto de marras admitir dicho análisis para efectos de imponer la totalidad de la cláusula penal pecuniaria sin tener en cuenta lo ejecutado por el contratista, entre otras cosas porque se requiere prueba de todo esto y la misma no obra en el proceso y porque en aquellos eventos en los que la cláusula penal no sea suficiente para cubrir los perjuicios causados, es necesario reclamarlos ante el juez, lo cual tampoco hizo la entidad demandada. // En consecuencia, considera la Sala que este no es el momento para justificar el derecho que cree tener el ente público demandado de cobrar una cifra superior a la que proporcionalmente corresponde al*

¹¹ Según la sentencia de primer grado, mediante comunicación CT DISOG-INV822-598, la firma interventora efectuó el reporte del valor dejado de ejecutar, el cual corresponde a \$1.575'137.438,98 (esta información, según se deduce de la providencia, fue enunciada en el memorando No. SRN-GP-IC-07-11 del 19 de julio de 2011).



nivel de ejecución por parte del contratista incumplido, pues para ello debió iniciar un proceso o demandar en reconvención, lo cual no aconteció” (fl. 766, c. ppl.)¹²⁻¹³.

6. Recurso de apelación:

El 25 de febrero de 2015, el INVÍAS interpuso el recurso de apelación en contra de la anterior decisión (aunque al inicio del documento se mencionó la sentencia *del “30 de enero de 2014”*), solicitando que la misma fuera revocada y que, en su lugar, se negaran pretensiones (fls. 777 – 780, c. ppl.). Para el efecto, expresó:

-Está demostrado, a partir de las pruebas aportadas por la demandada, que el contratista incumplió de forma definitiva el contrato 0745 de 2008.

-“[...] [A]ceptar la proporcionalidad de la cláusula penal al valor dejado de ejecutar es desconfigurar la finalidad de la cláusula penal y desprenderla del sentir de la normatividad vigente para la fecha de los sucesos y la posterior con el el (sic) derogado Decreto 4828 de 2008, el cual en el artículo 15, respecto a las condiciones generales de la póliza que garantizan el cumplimiento de las obligaciones en el numeral 15.3 consagró la inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad en la garantía única de cumplimiento, señalando que la inclusión de esta cláusula no producirá efecto alguno” (fl. 778, c. ppl.).

No es cierto que la inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad en la garantía única de cumplimiento empezó a regir desde el 24 de diciembre de 2008 (que en la sentencia se explicó que es la fecha de publicación del Decreto 4828¹⁴), pues de la normativa anterior y del texto de la póliza, se desprendía que tal afirmación carecía de fundamento. Adicionalmente, el Decreto 734 de 2012, el cual produjo efectos hasta el 31 de diciembre de 2013, también consagró la inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad. Incluso, el Decreto 1510 de 2013 abogó por la suficiencia de la garantía.

¹² La providencia se notificó por correo electrónico el 11 de febrero de 2015 (fls. 768 – 773, c. ppl.).

¹³ Uno de los magistrados de la Sala salvó su voto (fls. 775 – 776, c. ppl.), pues, en su criterio, el monto de la cláusula penal debió ser igual al 10% del valor total del contrato, y no de \$157'513.744. Como a la entidad solo le resultaba útil la obra terminada, la cláusula penal debía pagarse íntegramente.

¹⁴ *“No puede el juzgador de la instancia indicar, como erróneamente lo hace, indicar (sic) que sólo a partir del 24 de Diciembre de 2008 empezó a operar la inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad en la garantía única de cumplimiento, pues del examen de la normatividad anterior y del texto de la póliza de cumplimiento del contrato 0745 de 2008, la afirmación del Juzgador de la instancia queda sin sustento” (fl. 778, c. ppl.).*



-Según la jurisprudencia, la cláusula penal es una indemnización definitiva frente al incumplimiento definitivo del contratista. Dentro del pliego de condiciones y de la cláusula decimoquinta del contrato se estipuló que el monto de la cláusula penal sería de un 10% del valor del contrato, es decir, las partes fijaron “*ab initio*” el monto de los daños que representaría el incumplimiento del contratista. Por tanto, el INVÍAS quedó liberado del deber de probar los perjuicios sufridos y su valor en dinero.

-No se compartía la proporcionalidad invocada en el fallo de primer grado, porque era inaceptable que todos los daños generados por el incumplimiento del contratista fueran tasados en un 10% de lo que dejó de ejecutarse. Insistió en que se trataba de una indemnización definitiva por el incumplimiento del contrato, resaltando, además, que: (i) el puente no pudo ponerse en servicio, ni siquiera parcialmente; (ii) se debió adelantar un nuevo proceso contractual para finiquitar las obras, y (iii) se le causó un perjuicio a la comunidad, que no pudo contar con el puente que satisficiera sus necesidades.

-Aunque el INVÍAS pretendió celebrar un contrato que cumpliera con los postulados de la transparencia, la economía y la responsabilidad, ello no pudo lograrse.

-El daño causado a la entidad solo puede ser tasado conforme con lo pactado en el contrato y en el pliego de condiciones, esto es, el 10% del valor total, siendo importante que la indemnización de los perjuicios atienda al principio de reparación integral.

-Cuestionó que se le condenara en costas, porque el fallo accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, dando aplicación al artículo 188 del CPACA, en concordancia con el artículo 392 del C.P.C.

El 12 de marzo de 2015, el apoderado del actor remitió un memorial en el que, según manifestó, presentaba los alegatos de segunda instancia (fls. 781 – 783, c. ppl.). En tal documento, solicitó que se rechazara el recurso de apelación, porque el INVÍAS no expuso ningún argumento en contra de la decisión de primera instancia, dado que solo reiteró los alegatos de conclusión¹⁵. Pidió que se sancionara al apoderado del INVÍAS,

¹⁵ Según Colpatria, el recurso no explicó por qué las normas que fundaban la defensa del INVÍAS sí eran aplicables de manera retroactiva; citó el contrato para referenciar algo que no se plasmó en su clausulado; no probó los perjuicios que supuestamente se le causaron, dado que los mismos, ni siquiera, fueron invocados en la contestación de la demanda (ni se solicitó prueba para su acreditación), y desconoció que el CPACA permite que a las entidades se le condene en costas.



por actuar con temeridad. Aportó nuevamente este documento el 18 de marzo de 2015 (fls. 784 – 786, c. ppl).

7. Trámite en segunda instancia:

El 23 de abril de 2015, se tramitó la audiencia de conciliación de que trataba el artículo 192 del CPACA (fls. 802 – 803 y CD, fl. 804, c. ppl), la cual se declaró fallida por la falta de ánimo conciliatorio del INVÍAS. En ese sentido, el *a quo* concedió el recurso de apelación y ordenó remitir el expediente ante esta Corporación.

En auto del 18 de junio de 2015 (fls. 812 – 813, c.ppl.), el recurso fue admitido. A través de proveído del 15 de julio siguiente (fl. 816, c. ppl.), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto.

El 22 de julio de 2015, el actor allegó sus alegaciones finales (fls. 817 – 819, c. ppl.), en las que reiteró lo dicho en el documento del 12 de marzo de 2015, esto es, que el apelante no presentó argumentos orientados a controvertir la decisión del juez de primer grado.

El 29 de julio de 2015, el INVÍAS alegó de conclusión (fls. 820 – 824, c. ppl.), reiterando los argumentos de etapas procesales anteriores. Sumado a ello, se refirió al salvamento de voto de la sentencia de primera instancia, arguyendo que le asistía razón al magistrado disidente, en el sentido de que la cláusula penal debía pagarse en su integridad. Finalmente, pidió descartar la solicitud elevada por el apoderado de la actora, que recomendó sancionar al apoderado del INVÍAS. Los alegatos se aportaron nuevamente el 30 de julio de 2015 (fls. 828 – 832, c. ppl.).

El Ministerio Público guardó silencio (fl. 834, c. ppl.).

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado:

El Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, en los términos del artículo 150 del CPACA.



Por otra parte, el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 estableció que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocería, como regla general, de las controversias y de los litigios originados en los contratos, independientemente de su régimen, en los que fuera parte una entidad pública, naturaleza que ostenta el INVÍAS.

También le asiste competencia a la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, por tratarse de un proceso iniciado en ejercicio del medio de control de controversias contractuales con vocación de doble instancia en razón de la cuantía, dado que la pretensión mayor (artículo 157 del CPACA) excede los 500 SMLMV a la fecha de presentación de la demanda¹⁶.

2. Legitimación en la causa:

Seguros Colpatria S.A. está legitimada en la causa por activa, porque fue quien expidió la garantía 8001019684, la cual amparó el cumplimiento del contrato 0745 de 2008, suscrito entre el INVÍAS y el Consorcio Sogamoso. Dado que las resoluciones demandadas declararon el incumplimiento del contratista, hicieron efectiva la cláusula penal y estipularon que tal monto podría ser cobrado con cargo a la póliza, al actor le asiste un interés legítimo en el proceso.

Por su parte, el INVÍAS se encuentra legitimado en la causa por pasiva, al haber sido quien expidió los actos administrativos objeto de debate, esto es, las Resoluciones 3350 y 3466 de 2012.

3. Hechos probados y material probatorio relevante:

En el *sub-lite* se aportó el siguiente material probatorio, que resulta relevante para el estudio de la controversia:

¹⁶ El 15 de abril de 2013, fecha de presentación de la demanda, el salario mínimo en Colombia era igual a \$589.500 (que, multiplicado por 500, da como resultado: \$294'750.000).

Al estimar la cuantía, el actor manifestó que la calculaba en una suma superior a 500 salarios mínimos. En todo caso, se tiene que su pretensión principal consiste en que el pago de la cláusula penal sea proporcional al porcentaje de obra dejado de ejecutar por el contratista. Según la demanda, el consorcio solo dejó de ejecutar el 15.5% del total del contrato, por lo que solamente se debía pagar, aproximadamente, \$157'337.246,86 (este cálculo lo hace directamente la Sala), en lugar de \$1.015'079.012 (pena impuesta por el INVÍAS). La diferencia entre ambas sumas de dinero es \$857'741.765,14, lo cual supera los 500 salarios mínimos exigidos por la norma para la segunda instancia ante esta Corporación.



3.1 El INVÍAS suscribió con el Consorcio Sogamoso el contrato 0745 del 28 de julio de 2008 (fls. 22 – 28, c1), que tuvo por objeto la construcción, por el sistema de precios unitarios con ajustes, del puente Sogamoso, de la carretera cruce 45 (La Fortuna) – Bucaramanga, ruta 6602, en el departamento de Santander.

La cláusula segunda estipuló que el precio sería la suma de los productos que resultasen de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por los precios unitarios de la propuesta. En todo caso, se estimó el valor en \$6.600'790.122, equivalente a 14.302,90 salarios mínimos¹⁷. Su plazo, en virtud de la cláusula cuarta, se extendía hasta el 31 de diciembre de 2008, contado desde la orden de iniciación que impartía el subdirector de la Red Nacional de Carreteras. La cláusula decimoquinta regulaba la cláusula penal, en los siguientes términos:

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: MULTAS Y SANCIONES.- En caso de incumplimiento parcial de las obligaciones contraídas por EL CONTRATISTA, se dará aplicación al procedimiento, causales y cuantías previstas en la Resolución No 3662 del 13 de agosto de 2007 expedida por EL INSTITUTO. De igual manera EL INSTITUTO podrá, en caso de incumplimiento definitivo por parte del CONTRATISTA de cualquiera de las obligaciones contraídas en el contrato, que no constituya causal de caducidad, imponer una sanción a título de penal pecuniaria equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato por el incumplimiento y de forma proporcional al avance de la obra, siguiendo el procedimiento establecido en la Resolución No. 3662 del 13 de agosto de 2007. EL INSTITUTO podrá tomar directamente el valor de las multas y sanciones de los saldos que se adeuden al contratista o de la garantía constituida y si no fuere posible, cobrará los valores por vía judicial (fl. 26, c1).

La cláusula decimoctava previó la obligación, a cargo del contratista, de expedir la garantía única de cumplimiento, que debía cubrir, entre sus amparos, el cumplimiento general del contrato y el pago de las sanciones que se le impusieran -10% del valor del negocio, con una vigencia igual al plazo del mismo y cinco meses más-.

3.2 Las modificaciones del contrato 0745 fueron las siguientes¹⁸:

¹⁷ La cláusula tercera previó la apropiación presupuestal, la cual se discriminaba así: (i) \$6.375'953.485, por costo básico de las obras (incluyendo la provisión PAGA); (ii) \$39'236.637, por el IVA de las obras; (iii) \$160'000.000, correspondiente al valor de los estudios y diseños, y (iv) \$25'600.000, por el IVA de los estudios.

¹⁸ Algunos documentos indicaron que el inicio del contrato se dio el 29 de agosto de 2008.

En complemento de ello, reposa el oficio 34126 del 29 de agosto de 2008 (fl. 486, c1), en el cual el subdirector de la Red Nacional de Carreteras le manifestó al Consorcio Sogamoso: "Le comunico que a partir de la fecha, se imparte la orden de iniciación al contrato de la referencia [0745 de 2008], cuyo objeto es la 'Construcción de puentes grupo 14. Construcción del puente Sogamoso de la carretera Cruce 45 (La Fortuna) – Bucaramanga. Ruta 6602'".



NÚMERO DEL OTROSÍ:	FECHA:	OBJETO DE LA MODIFICACIÓN:
0745-01-08 (fl. 421, c1).	29 de diciembre de 2008.	Prorrogar el plazo del contrato en 7 meses, es decir, hasta el 31 de julio de 2009 ¹⁹ .
0745-02-08 (fl. 413, c1).	30 de julio de 2009.	Prorrogar el plazo del contrato hasta el 15 de diciembre de 2009. Además, se debía ajustar la vigencia de los amparos de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo, por el plazo del contrato y seis meses más.
0745-03-08 (fl. 388, c1)	15 de diciembre de 2009.	Prorrogar el plazo del contrato hasta el 31 de diciembre de 2009 y adicionar su valor en la suma de \$220'000.000, incluido IVA, para un total de \$6.820'790.122.
0745-04-08 (fl. 382, c1).	31 de diciembre de 2009.	Prorrogar el plazo del contrato por 3 meses, hasta el 31 de marzo de 2010.
Acta de suspensión 1 (fls. 483 – 485, c1) ²⁰ .	23 de marzo de 2010.	Suspendió el contrato por 15 días, con fecha prevista de reanudación del 6 de abril de 2010, y fecha de vencimiento del 14 de abril siguiente.
0745-05-08 (fl. 347, c1).	14 de abril de 2010.	Prorrogar el plazo del contrato hasta el 14 de agosto de 2010, y adicionar su valor en la suma de \$3.330'000.000, incluido IVA, para un valor acumulado de \$10.150'790.122. <i>“La presente adición y prórroga se concede sin perjuicio de las acciones y sanciones que EL INSTITUTO pueda adelantar e imponer, respectivamente, por el incumplimiento en que haya incurrido o incurra EL CONTRATISTA”</i> (nota incluida también en otras modificaciones).
Aclaración al contrato adicional 0745-05-08-10 (fl. 346, c1).	22 de abril de 2010.	Aclarar el inciso primero de la cláusula segunda del contrato 0745-05-08 de 2010, relacionada con las sumas de dinero que el INVÍAS se obligaba a reservar (el valor básico más IVA contenido en esa cláusula no coincidía con el valor total).
0745-06-08 (fl. 345, c1).	13 de agosto de 2010.	Prorrogar el plazo hasta el 14 de octubre de 2010.
0745-07-08 (fl. 336, c1).	14 de octubre de 2010.	Prorrogar el plazo del contrato desde el 14 de octubre de 2010, hasta el 31 de diciembre de ese año.
0745-08-08 (fl. 337, c1).	31 de diciembre de 2010.	Prorrogar el plazo desde el 31 de diciembre de 2010, hasta el 31 de enero de 2011.
0745-09-08 (fl. 338, c1).	31 de enero de 2011.	Prorrogar el plazo del contrato del 31 de enero de 2011 al 28 de febrero de 2011.

3.3 Colpatría expidió la póliza No. 8001019684 (fls. 29 – 30, c1), que tuvo como tomador y afianzado al Consorcio Sogamoso y como beneficiario al INVÍAS. También obran las modificaciones de esta garantía (fls. 31 – 70, c1). En la modificación 10 (fls. 49 – 50, c1) se indicó lo siguiente: *“Seguros Colpatría S.A. emite el presente certificado según adicional No. 5 al contrato principal No. 0745 de 2008, donde las partes acuerdan prorrogar el plazo del contrato hasta el 14 de agosto de 2010, y aumentan el valor del contrato en \$ 3.330.000.000.00 para un valor total del contrato [de] \$*

¹⁹ En este otrosí se plasmó lo siguiente: *“La presente ampliación en plazo se concede por solicitud del contratista y no implica adición en valor ni sobrecostos para el INSTITUTO, por lo que el contratista no presentará reclamación alguna por mayor permanencia en el sitio de los trabajos que tenga como causa la prórroga concedida, por cuanto se ha efectuado la reprogramación con los recursos existentes del contrato incluyendo esta prórroga”*. Esta disposición también fue incluida en otras modificaciones.

²⁰ La reanudación del contrato, según documentos del expediente, fue el 6 de abril de 2010.



10.150.790.122.00., por lo anterior se ajustan las vigencias y valores asegurados de la póliza como se muestra arriba”. En consideración a esta modificación, el amparo de cumplimiento tuvo un valor asegurado de \$1.015'079.012.

Las condiciones de la garantía señalaban (fls. 71 – 77, c1):

1.4 Cumplimiento del Contrato

Cubre los perjuicios causados directamente por el incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado, incluyendo las multas y la cláusula penal pecuniaria.

*El pago de la indemnización no es acumulable con el pago de la cláusula penal.
[...]*

3.3 Proporcionalidad

Si el contratista ha cumplido solamente una parte de la obligación garantizada, la indemnización se rebajará en la misma proporción a la parte cumplida.

El numeral 3.9.2.2 precisó que la prueba de la cuantía del siniestro se lograba con el acta de liquidación del contrato o con la resolución debidamente motivada y notificada a Colpatria, en las que se hayan impuesto multas o se declare la liquidación unilateral.

3.4 En el expediente reposa el proyecto de acta de entrega y recibo definitivo de obra del 14 de julio de 2011 (fls. 434 – 438, c1)²¹. En este documento, que solo tiene una firma (que parece ser de la interventoría), se informó que el valor total de la obra ejecutada fue de \$8.565'959.530 -empero, en el resumen financiero se mostró que lo ejecutado ascendía a \$8.565'968.530-. También se expresó: “*Se deja constancia de que el Contrato de Interventoría terminó el 21 de febrero de 2011, 7 días antes de la finalización del contrato de obra y por lo tanto las obras anotadas corresponden hasta la fecha de terminación de la interventoría*” (fl. 438, c1).

3.5 En el plenario obra el memorando SRN-GP-IC-07-11 del 19 de julio de 2011 (fls. 275 – 278, c1), por medio del cual profesional especializado Jorge Eduardo Medina²² le remitió al subdirector de la Red Nacional de Carreteras del INVÍAS un informe de comisión, que manifestaba: “*Según el último corte de obra a 14-feb-11, en desarrollo*

²¹ Solo la página 1 tiene esta fecha, pues las hojas 2 a 5 tienen fecha del 16 de julio de 2011.

²² En este y otros documentos se explicó que él era el gestor técnico del proyecto.



del contrato se logró una ejecución de \$8.565,96 millones equivalentes al 84.39% del valor del contrato, quedando un saldo por ejecutar de \$1.584,83 millones²³.

En la parte final de este documento, se enunció:

Es de anotar que la firma interventora acompañó la ejecución de la obra hasta el 21 de febrero de 2.011, y el último corte de obra fue el 14 de febrero de 2.011, es decir existe algo de obra que debe ser incluido en el acta de recibo definitivo de lo cual la interventoría tiene registro de ejecución, pero también existe obra que ejecutó de manera autónoma el contratista después del 21 de febrero de 2.011 sin el acompañamiento de la interventoría, obra que de manera general, durante la visita se pudo ver que está efectivamente ejecutada al comparar con los registros que en su oportunidad levantó la interventoría, pero de esta obra adicional que ejecutó el contratista no se disponía de registro en el momento de la visita, ante ello se decidió proyectar el acta de recibo definitivo con las cantidades de obra ejecutada que la interventoría tuvo oportunidad de registrar, dicho proyecto le será enviado por escrito al contratista para que él haga la complementación que considere procedente, y para que aporte la información detallada de cantidades y calidades de la obra adicional ejecutadas (sic), de tal forma que con base en esta información la interventoría pueda adelantar la revisión para su eventual inclusión en el acta de recibo definitivo. Es de anotar que la interventoría quedó de colaborar con la revisión de esta obra adicional ejecutada por el contratista en razón a que esta obra corresponde a elementos metálicos verificables visualmente de cuyo despiece detallado tiene conocimiento la interventoría (fls. 277 – 278, c1).

3.6 La Oficina Asesora Jurídica del INVÍAS le envió a los integrantes del consorcio contratista, a su representante y al garante (en este documento también se indicó que sería citada la interventoría), de manera individual, el oficio OAJ 27637 del 7 de junio de 2012, a través del cual los citó a la audiencia de incumplimiento del contrato 0745 de 2008 (fls. 208 – 218; 219 – 229; 230 – 240; 241 – 251; 252 – 262 y 263 – 273, c1).

Al enunciar la tasación del daño, la citación señaló: *“De acuerdo con lo establecido en el oficio CT-DISOG-INV822-598 del 8 de junio de 2011, con radicado INVIS (sic) 50687 del 10 de junio de 2011, en donde la Interventoría cuantifica las cantidades de obra no ejecutadas ni facturadas por el contratista a 31 de enero 2011, fecha del vencimiento*

²³ También se leía: *“En desarrollo del contrato de obra se han presentado diferentes circunstancias que han entorpecido su avance, entre ellos incumplimientos reiterados del contratista, por lo que se declaró siniestro de incumplimiento parcial y se impuso una multa mediante la resolución N° 3506 del 5-ago-10, ratificada mediante la resolución N° 264 del 25-ene-11. También se vio afectado el proyecto por las consecuencias de la ola invernal, pues la vía de acceso al puente desde Bucaramanga se interrumpió en varias oportunidades afectado (sic) los suministros. // Como se venció el contrato el 28 de febrero y no se ejecutó la obra contratada, se inició el proceso de sanción por incumplimiento definitivo, el cual se solicitó a la Oficina Jurídica del INVÍAS mediante el memorando SRN 37596 del 24 de junio de 2.011, con base en que la Territorial Santander mediante el memorando DT-SAN 34524 del 16-jun-2011, remite copia de la comunicación CT-DISOG-INV822-598, mediante la cual la firma interventora efectúa el reporte del valor dejado de ejecutar, que de acuerdo con la cláusula 15 del contrato principal debe tomarse para la cuantificación de la sanción, equivalente al 10% del valor dejado de ejecutar, resultando las siguientes cifras, basadas en el reporte interventoría: [...] // Básico total dejado de ejecutar: \$1.575.137.438,98 // Por lo anterior, el valor de la sanción correspondiente es de \$157.513.744,00” (fl. 276, c1).*



contractual, cantidades que corresponden al acta No. 29 del 14 de febrero de 2011, cuyo valor es de \$1.584.830.591.98” (fl. 215, c1).

3.7 El Instituto Nacional de Vías profirió la Resolución 3350 del 27 de junio de 2012 (fls. 12 – 20, c1), por medio de la cual declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento definitivo del contrato 0745 de 2008, suscrito con el Consorcio Sogamoso, e impuso a título de cláusula penal pecuniaria la suma de \$1.015'079.012. El artículo cuarto de este acto administrativo dispuso: *“El CONSORCIO SOGAMOSO y/o sus integrantes deberán pagar los valores señalados en los artículos anteriores, en la cuenta que para tal efecto señale el Área de Tesorería del Instituto Nacional de Vías, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución y si no procede en tal sentido, el INVÍAS descontará dicho valor de los saldos pendientes que le adeude al contratista, o exigirá su pago a la compañía, SEGUROS COLPATRIA S.A., en virtud del amparo de cumplimiento de la Póliza Única de Cumplimiento de Entidades Estatales número 8001019684 y sus certificados modificatorios”* (fl. 20, c1)²⁴.

3.8 El INVÍAS expidió la Resolución 3466 del 3 de julio de 2012 (fls. 5 – 11, c1), que confirmó la resolución anterior. Entre las consideraciones de la entidad, están: *“El incumplimiento del contrato sin importar el valor del mismo, genera la efectividad de la cláusula penal en su totalidad y no proporcionalmente como lo pretende el contratista, pues la misma protege a la entidad objetivamente por el incumplimiento de las obligaciones contractuales y los perjuicios pasados, presentes y futuros, pero no es por demás recordarle al contratista que ni con el monto de la cláusula penal en su totalidad se alcanzan a sufragar los daños que a (sic) tenido la entidad por el incumplimiento del contrato ya que no ha podido colocar en funcionamiento la vía que se esperaba, los sobrecostos para la terminación son cuantiosos, la pérdida de oportunidad de la comunidad es incalculable y el costo político que se le ha generado al Instituto Nacional de Vías es de relevancia nacional”* (fl. 8, c1).

Además, *“Las obras que han ejecutado los contratistas con posterioridad a la terminación del plazo contractual no se pueden reputar como de conservación de la obra existente, los mismos corresponden a la terminación del objeto contractual, pero*

²⁴ En la parte motiva de esta resolución, se explicó que Colpatria solicitó que “[...] se dé a conocer un balance del contrato con los perjuicios sufridos por la no ejecución del mismo, o la liquidación unilateral en caso [de] que el contratista no se presente, y lo dejado de ejecutar; igualmente solicita que la multa sea proporcional a ese monto” (fl. 18, c1).



que han sido tan lentos que ni aun transcurrido 16 meses desde el 28 de febrero de 2011, se han conminado a cumplir terminando el objeto del contrato” (fl. 9, c1).

3.9 Estos actos quedaron en firme a partir del 4 de julio de 2012, como consta en una certificación suscrita por la jefe de la Oficina Asesora Jurídica del INVÍAS (fl. 21, c1).

3.10 En oficio SRN 53453 del 19 de octubre de 2012 (fls. 183 – 184, c1), el INVÍAS le solicitó al consorcio que aportara diferentes documentos necesarios para proceder con la liquidación del contrato. El contratista acusó el recibido de este oficio, señalando que no estaba de acuerdo con el acta de recibo definitivo, por cuanto debían incluirse cantidades de obra adicionales que fueron realizadas debidamente -pidió que se convocara una reunión para cuantificar las cantidades reales ejecutadas- (fl. 185, c1).

3.11 El subdirector de la Red Nacional de Carreteras le remitió al representante del contratista el oficio SRN 57357 del 7 de noviembre de 2012 (fls. 181 – 182, c1), en el cual le indicó que las supuestas obras que no fueron reconocidas, de haber sido elaboradas con posterioridad al vencimiento del contrato, no podían incorporarse al mismo, porque no fueron autorizadas por la entidad, no contaron con acompañamiento del interventor, y tampoco se contaba con el presupuesto para su pago. *“Por lo anterior, le aclaramos que en lo que respecta a la liquidación del contrato No. 745 de 2008, no es procedente su propuesta de replantear las cantidades de obra contenidas en el acta de recibo definitivo, por lo tanto nuevamente insistimos en la necesidad que firme dicha acta y que aporte la documentación solicitada para continuar con la liquidación”* (fl. 182, c1).

3.12 El 7 de marzo de 2014, la empresa Consultécnicos S.A. le envió al tribunal a quo el oficio CT-DISOG-106 (fl. 481, c1), argumentando:

[...] Aclaramos además, que el contrato 822 de 2010 correspondiente a la Interventoría de la obra de construcción del nuevo Puente Sogamoso terminó el día 21 de febrero de 2011, antes de la fecha de terminación del contrato de obra y por lo tanto, el proceso de incumplimiento fue llevado directamente por el INVÍAS, como interventor directo a la fecha de terminación del plazo de la obra.

Finalmente, como consta en el informe No. 04 FINAL de la Interventoría, que se adjunta, anexo 12 “Copia de la última Acta de Recibo Parcial de Obra”, con corte a 14 de febrero de 2011 el valor acumulado ejecutado era de \$8.565.959.530 de un total del valor del contrato de \$10.150.790.122, para un valor dejado de ejecutar a \$1.584.830.592 información idéntica a la contenida en la comunicación CT-DISOG-INV822-575 dirigida por CONSULTÉCNICOS al INVÍAS, también se anexa.



3.13 En el documento denominado “*Relación de Pagos*” del 10 de marzo de 2014 (fls. 642 – 643, c2), la profesional especializada con funciones de tesorera (se entiende que del INVÍAS) certificó que al contratista Consorcio Sogamoso se le pagó, por la construcción del puente Sogamoso, las siguientes sumas: (i) el valor pagado (bruto) fue de \$8'565.959.530,53 y (ii) el valor pagado (neto) fue \$8'023.687.124,35.

3.14 El denominado cuaderno de pruebas contiene los documentos facilitados por la interventoría, de los cuales se resalta:

a) El proyecto de acta de recibo definitivo de obra, del 16 de julio de 2011, la cual solo está firmada por el interventor (fls. 3 – 7, c. de p.).

b) El informe mensual No. 04 – final, revisión 1 – mayo de 2011, junto con sus anexos (fls. 44 – 211, c. de p.), en el cual se sostuvo: “*El contrato de obra e interventoría se suspendió del día 23 de marzo hasta el día 6 de abril. // El contrato de obra se suspendió del día 18 de febrero hasta el día 18 de marzo de 2011*” (fl. 55, c. de p.).

También puede leerse: “*Las cantidades ejecutadas y facturadas del contrato 0745 de 2008 son las registradas en el acta de obra No 29 del periodo 15 de enero de 2011 febrero 14 de 2011 (sic), por un valor de \$8.566.159.530.00 copia de esta se encuentra en el anexo No 12 del informe y en el anexo 8 del mismo informe No 4 se presenta la relación de Financiera (sic) de la Obra*” (fl. 64, c. de p.).

El anexo 12 era la última acta de recibo parcial de obra, esto es, la No. 29 del periodo 15 de enero a 14 de febrero de 2011 (fls. 105 – 106, c. de p.). Allí se registró que el valor acumulado ascendía a \$8.565'959.530 (aunque no es del todo legible). Este documento tiene escrito a mano la expresión “*original firmado*”, dado que está sin firma. En un cuadro posterior, que fue anexado al oficio CT DISOG-INV822-575 del 1 de junio de 2011 (fl. 148, c. de p.)²⁵, se recalcó que las cantidades por facturar (no ejecutadas) ascendían a \$1.584'830.591,98 (fls. 149 – 150, c. de p.).

²⁵ El alcance de este documento fue complementado por la comunicación CT-DISOG-INV822-598 del 8 de junio de 2011 (fl. 304, c1). En ella, se anexó un cuadro (fls. 305 – 306, c1), a través del cual se determinó, nuevamente, el monto de las cantidades ejecutadas y por facturar. Se resalta que en la fila denominada subtotal básico de obras, correspondiente a la columna de cantidades por facturar, dicho monto se estableció en \$1.573'657.536,98. En complemento de lo expuesto, la provisión (PAGA, obras complementarias y ajustes) fue definida en \$1'479.902 (estos fueron los valores que tuvo en cuenta el tribunal, para efectos de calcular la reducción de la cláusula penal, sin que fuera apreciado lo correspondiente al IVA, que era del 16% sobre la utilidad -\$9'693.153-).



4. Caso concreto:

El actor, en los alegatos de segunda instancia -y desde antes-, aseguró que el recurso de apelación presentado por el INVÍAS no estuvo debidamente sustentado, pues no atacó los planteamientos del tribunal.

En este punto, se resalta que, por mandato del artículo 320 del Código General del Proceso²⁶, la competencia del juez de segunda instancia se circunscribe a los reparos concretos formulados por el apelante, lo cual le impone a este último la carga de exponer adecuadamente los motivos de disenso con la decisión del juez de primer grado, sin que sea suficiente enunciar, de manera genérica, su descontento con la determinación objeto del recurso. Sumado a ello, los fundamentos de la impugnación deben relacionarse o conectarse con las consideraciones del *a quo*, por cuanto está proscrito, bajo la excusa de presentar una apelación, traer a colación razonamientos que no guardan coherencia con la providencia controvertida²⁷.

Con base en lo anterior, la Sala limitará su análisis, exclusivamente, a lo plasmado en el recurso de apelación. Los reparos del INVÍAS se resumen en lo siguiente: (i) estaba demostrado el incumplimiento definitivo del contratista; (ii) aceptar la proporcionalidad de la cláusula penal desconfigura su finalidad; (iii) los Decretos 4828 de 2008 y 734 de 2012 previeron la inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad en la garantía única de cumplimiento (y el Decreto 1510 de 2013 abogó por la suficiencia de las garantías); (iv) no era cierto que la inaplicabilidad de la proporcionalidad entró a regir desde diciembre de 2008, puesto que un examen de la normativa anterior y de la póliza de cumplimiento dejaba sin soporte tal afirmación; (v) la cláusula penal es una indemnización definitiva frente al incumplimiento definitivo del contratista; (vi) las partes fijaron, desde un comienzo, el monto de los perjuicios que representaba el incumplimiento, por lo que el INVÍAS quedaba liberado de *“probar los daños sufridos y su valor en dinero”* (fl. 779, c. ppl.); (vii) todos los daños que se le generaron al

²⁶ “Artículo 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión. // Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71”.

²⁷ Sobre este tema, revisar: (i) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 8 de noviembre de 2021, C.P.: José Roberto Sáchica Méndez. Rad.: 25000-23-26-000-2011-00924-01 (54.282); (ii) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 4 de marzo de 2022, C.P.: José Roberto Sáchica Méndez. Rad.: 19001-23-33-000-2012-00652-01 (53.376), y (iii) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 29 de septiembre de 2023, C.P.: María Adriana Marín. Rad.: 25000-23-36-000-2012-00034-02 (57.788).



contratante no se cubrían con el 10% de lo dejado de ejecutar, recordando que la indemnización de perjuicios debe atender al principio de reparación integral, y (viii) no se le debió condenar en costas, porque el fallo accedió parcialmente a las pretensiones (mencionó los artículos 188 del CPACA y 392 del CPC).

-A partir de los planteamientos de la impugnación, la Sala entiende que el INVÍAS está cuestionando que el tribunal aplicara el principio de proporcionalidad, dado que dicha situación, además de que desconfigura la finalidad de la cláusula penal, desconoce que el incumplimiento del consorcio fue total o definitivo. En ese sentido, a pesar del avance de la obra, su no culminación se tradujo en una frustración absoluta de los intereses del ente contratante, ya que el puente no pudo ponerse en funcionamiento, ni siquiera parcialmente.

Para entrar a resolver este cargo, es necesario analizar la figura de la cláusula penal pecuniaria y el alcance del principio de proporcionalidad, al tiempo que deberá estudiarse lo acordado expresamente por las partes en la cláusula decimoquinta del contrato 0745 de 2008.

La cláusula penal, según el artículo 1592 del Código Civil, “[...] es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”. Según la jurisprudencia de esta Subsección, la cláusula penal constituye, por regla general, una tasación anticipada de perjuicios, la cual, por vía de excepción -en tanto medie un pacto entre las partes-, puede perder ese carácter y convertirse en una sanción convencional, por el simple retardo en el cumplimiento de las obligaciones²⁸.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, al abordar el sentido de esta institución, ha aseverado:

Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón,

²⁸ Puede consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 16 de agosto de 2022, C.P.: María Adriana Marín. Rad.: 08001-23-31-000-2011-00506-01 (60.434).



entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato²⁹.

Ahora bien, en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha expresado:

Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta -para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen.

No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal -es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena.

La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, los cuales prescriben, en su orden: [...]

Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad. [...]

Esta Corporación ha estudiado la problemática de la disminución de la cláusula penal en los contratos del Estado, sosteniendo -en todas esas ocasiones- que de conformidad con los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el juez tiene la posibilidad de reducir la suma impuesta por tal concepto, evaluando -para ello- el porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista y su aceptación por parte de la entidad contratante³⁰.

Como se observa, por mandato legal y a partir de la jurisprudencia de la Sala, es válido que, ante el cumplimiento parcial de las obligaciones, el juez gradúe la cláusula penal, rebajándola proporcionalmente (en los términos del artículo 1596 del Código Civil) o reduciéndola equitativamente (bajo el criterio del artículo 867 del Código de Comercio).

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de mayo de 1996, M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Exp.: 4.607.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, C.P.: Enrique Gil Botero. Rad.: 68001-23-31-000-1996-02081-01 (17.009).



Al margen de lo anterior, lo cierto es que, para resolver el caso concreto, se debe analizar lo estipulado expresamente por las partes en el contrato, toda vez que, en ejercicio de la autonomía contractual, aquellas podían definir los alcances de la cláusula penal.

Como se puso de presente en los hechos probados, la cláusula decimoquinta del contrato 0745 de 2008 dispuso: “[...] De igual manera EL INSTITUTO podrá, en caso de incumplimiento definitivo por parte del CONTRATISTA de cualquiera de las obligaciones contraídas en el contrato, que no constituya causal de caducidad, imponer una sanción a título de penal pecuniaria equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato por el incumplimiento y de forma proporcional al avance de la obra [...]” (fl. 26, c1). Bajo estos términos, y en virtud del mismo acuerdo de voluntades, es claro que la imposición de la cláusula penal debía ser proporcional al avance de la obra, lo cual era al margen de que el incumplimiento fuera total o de que se presentara una frustración absoluta del objeto.

Por lo mismo, el INVÍAS no puede, en sede de apelación, entrar a desconocer los postulados del negocio jurídico, el cual fue claro en determinar que la fijación y cobro de la pena sería en proporción a lo no ejecutado por el contratista.

Sumado a ello, la Sala también encuentra que en el plenario está demostrado que el Consorcio Sogamoso cumplió parcialmente con sus obligaciones, y que tales obras fueron recibidas por la entidad³¹. En concreto, se vislumbra lo siguiente:

(i) En la Resolución 3466 del 3 de julio de 2012 se indicó que, en la audiencia del 27 de junio de ese año, en la cual se declaró el incumplimiento del contrato, la interventoría concluyó: “Que a pesar de haberse ampliado el contrato tanto en tiempo como en valor hasta el tope máximo permitido, el contratista a 28 de febrero de 2011 no había terminado la ejecución del puente, faltándole por ejecutar alrededor de mil ochocientos millones. Adicionalmente aclara que todo lo ejecutado fue dentro del plazo

³¹ La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que, cuando el objeto del contrato sea indivisible, no aplicará la proporcionalidad de la cláusula penal, salvo que la entidad pública haya recibido los trabajos realizados: “Finalmente, cabe agregar que si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve al contratante su ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada” (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, C.P.: Enrique Gil Botero. Rad.: 68001-23-31-000-1996-02081-01 (17.009)). Así, e independientemente de la naturaleza de la prestación, cuando la entidad acepte y pague los porcentajes de obra ejecutados, será procedente una graduación de la pena.



contractual para un avance total de 84.5% por lo que solicita que la multa sea la establecida en la cláusula penal del contrato a ejecutar” (fl. 6, c1).

(ii) En el memorando SRN-GP-IC-07-11 del 19 de julio de 2011 (fls. 275 – 278, c1), se aclaró que, conforme al último corte de obra a 14 de febrero de 2011, el contrato logró una ejecución del 84.39%. Sumado a ello, se planteó que, según el contenido de la cláusula decimoquinta, el monto de lo dejado de ejecutar era el valor que debía tenerse en cuenta para calcular la cláusula penal.

(iii) En el oficio CT DISOG-INV822-575 del 1 de junio de 2011 (fl. 148, c. de p.), junto con su cuadro anexo (fls. 149 – 150, c. de p.)³², el interventor certificó que las cantidades facturadas con corte al acta No. 29 ascendían a \$8.565'959.530, al tiempo que las cantidades no ejecutadas eran igual a \$1.584'830.591,98. Si se transforman estos valores en porcentajes, se tiene que el consorcio ejecutó el 84,387%.

(iv) El acta de recibo parcial de obra No. 29, del periodo 15 de enero a 14 de febrero de 2011, estipuló que el valor acumulado de la obra ejecutada era igual a \$8.565'959.530 y que el saldo básico por ejecutar era de \$1.575'137.439 (fls. 105 – 106, c. de p.).

(v) La comunicación CT-DISOG-INV822-598 del 8 de junio de 2011 (fl. 304, c1), que complementó el alcance de la comunicación CT-DISOG-INV822-575, determinó, en su cuadro anexo (fls. 305 – 306, c1), que las cantidades facturadas al acta 29 equivalían a \$8.565'959.530, y que lo no ejecutado ascendía a \$1.584'830.591,98 (subtotal básico de obras, provisión e IVA).

(vi) Mediante memorando SRN 37596 del 24 de junio de 2011 (fls. 308 – 309, c1), el subdirector de la Red Nacional de Carreteras encargado le informó a la Oficina Asesora Jurídica lo siguiente:

Por lo anterior, la Territorial Santander mediante el memorando DT-SAN 34524 del 16-jun-2011, remite copia de la comunicación CT-DISOG-INV822-598, mediante la cual la firma interventora efectúa el reporte del valor dejado de ejecutar, que de acuerdo con la mencionada cláusula 15 de[l] contrato principal debe tomarse para la cuantificación de la sanción, equivalente al 10% del valor dejado de ejecutar, resultando las siguientes cifras, basadas en el reporte de interventoría:

³² Se aclara que en el oficio se señaló que el acta 29 era con corte al 14 de febrero de 2011, pero en el cuadro anexo se plasmó que la mencionada acta era de 2010, lo cual se entiende como un error de forma. Lo anterior, teniendo en cuenta que el acta 29 obra en el expediente, y pudo verificarse su fecha.



Subtotal básico de obras:	\$1.573.657.536,98.
Provisión:	\$1.479.902.00.
Básico total dejado de ejecutar:	\$1.575.137.438,98.

Por lo anterior, el valor de la sanción correspondiente es de \$157.513.744,00 (fl. 308, c1).

(vii) La interventoría ratificó los montos expuestos previamente, afirmando, en el oficio CT-DISOG-106 (fl. 481, c1), lo siguiente: “[...] el valor acumulado ejecutado era de \$8.565.959.530 de un total del valor del contrato de \$10.150.790.122, para un valor dejado de ejecutar a \$1.584.830.592 información idéntica a la contenida en la comunicación CT-DISOG-INV822-575 [...]”.

(viii) En la “Relación de Pagos” del 10 de marzo de 2014 (fls. 642 – 643, c2) se informó que el valor pagado (bruto) al consorcio, con ocasión del contrato 0745 de 2008, equivalía a \$8.565’959.530,53.

De acuerdo con el material probatorio referido, es indiscutible que el contratista cumplió parcialmente con sus obligaciones, las cuales fueron recibidas y pagadas por el INVÍAS, motivo por el cual era posible que el juez, en aplicación de la cláusula decimoquinta y de lo mandado por los códigos Civil y de Comercio, redujera -como en efecto lo hizo- el monto de la cláusula penal impuesta en los actos demandados.

Aun cuando es cierto que los regímenes civil y comercial no son idénticos, en tanto no es igual que la pena se rebaje proporcionalmente, a que se reduzca equitativamente, en este caso era válido que el tribunal optara por hacer una disminución proporcional, porque la proporcionalidad fue la figura que, según el clausulado contractual, se aplicaría en este tipo de situaciones. En consecuencia, y como el apelante no demostró los motivos por los cuales el juez de primera instancia erró al aplicar el tenor literal de la cláusula decimoquinta, ni por qué no eran aplicables los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, este punto de la sentencia será confirmado.

-En la impugnación también se dijo que la cláusula de proporcionalidad no era válida, en atención a lo prescrito en el Decreto 4828 de 2008³³. El *a quo* descartó esta

³³ El numeral 15.3 del artículo 15 de este decreto mandaba: “15.3 Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad. // En la garantía única de cumplimiento no podrá incluirse la ‘Cláusula de Proporcionalidad’ u otra similar, conforme a la cual el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado y de presentarse incumplimiento parcial del mismo, la indemnización de perjuicios a cargo del asegurador no excederá de la proporción del valor asegurado



aseveración, porque dicho decreto fue publicado el 24 de diciembre de 2008, es decir, con posterioridad a la firma del contrato -28 de julio de ese año-, lo cual hacía que no le fuera aplicable. El recurso solo se refiere de forma tangencial a este argumento, arguyendo que un examen de la normativa anterior y del texto de la póliza permitiría dejar sin sustento tal determinación.

Frente a este tema, la Sala encuentra que en el recurso no se expresó cuál era esa supuesta normativa anterior, ni cuál era su alcance. Además, no se justificó por qué los Decretos 4828 de 2008, 734 de 2012 y 1510 de 2013 eran aplicables, a pesar de que entraron a regir con posterioridad al perfeccionamiento del contrato.

A pesar de ello, esta Subsección se permite aclarar que la inaplicación de la cláusula de proporcionalidad en la garantía única, de ningún modo, impide que la cláusula penal pueda calcularse de forma proporcional al incumplimiento del contratista. Ciertamente, aunque ambas instituciones guardan relación -pues la penal pecuniaria se cobra con cargo a la garantía, lo cual significa que esta asegura la efectividad de aquella-, son diferentes³⁴, por lo que una eventual prohibición de incluir la cláusula de proporcionalidad en la garantía no hacía que, automáticamente, las partes no pudieran definir, en ejercicio de su autonomía, que la pena pecuniaria se tasaría con fundamento en el porcentaje de obra dejado de ejecutar (que fue lo que finalmente ocurrió). En otros términos, la prohibición del Decreto 4828 -el cual, se reitera, entró a regir luego de la suscripción del contrato- no se hacía extensiva a la cláusula penal, frente a la cual las partes podían definir los criterios para su fijación.

equivalente al porcentaje incumplido de la obligación garantizada. // La inclusión de una cláusula de ese tenor no producirá efecto alguno”.

³⁴ La doctrina ha abordado esta diferencia, así: “Las garantías no son una pena convencional, porque su función no es la de constituir una estimación anticipada de los posibles perjuicios que pudiera sufrir la entidad pública por la inejecución del contrato, ni un medio coercitivo para premiar al particular para que observe sus compromisos, sino esencialmente una salvaguarda que la ley le otorga al interés público frente a los eventuales incumplimientos del vínculo jurídico imputables al contratista. Por tanto es erróneo confundir las garantías contractuales con las potestades sancionatorias que le otorga la ley a la Administración en el ámbito de los contratos estatales, y que deben incluirse obligatoriamente en las cláusulas del contrato, pues se trata de dos técnicas jurídicas distintas, en razón a que mientras las primeras corresponden a una verdadera protección patrimonial de la Administración Pública, las segundas se traducen o en un poder que tienen las entidades públicas para asegurar la ejecución del contrato, o bien en una estimación previa del detrimento sufrido por el interés público derivado del incumplimiento de las obligaciones del contratista. // La garantía le permite a la Administración efectivamente percibir no sólo el importe de las multas o de la cláusula penal que le pueda imponer a su colaborador en la gestión de los servicios públicos, sino también el pago de todas las obligaciones a cargo del contratista que resulten en el procedimiento de liquidación, e incluso el valor de la indemnización de perjuicios que establezca el juez, hasta el monto de aquellas, en los casos que se configure la responsabilidad de naturaleza contractual del particular derivado de un incumplimiento definitivo, o de un cumplimiento tardío o defectuoso de sus obligaciones” (Escobar Gil, Rodrigo -2003-. Teoría general de los contratos de la administración pública. Legis, segunda reimpresión, pág. 243).



Por lo tanto, es innegable que la presunta aplicación del Decreto 4828 de 2008 no tendría la virtualidad de interferir en lo plasmado frente a la cláusula penal, lo cual es una razón suficiente para descartar este reproche de la alzada.

-El INVÍAS ratificó que el 10% de lo dejado de ejecutar no cubría los perjuicios generados por el incumplimiento; además, insistió en que el valor de la pena fue definido desde un comienzo, por lo que no era necesario que se probara el monto de los perjuicios. Al respecto, la Sala comparte los argumentos del *a quo*, pues si el demandado consideraba que la pena pactada era insuficiente, debió emprender la respectiva reclamación judicial, lo cual no aconteció en esta oportunidad. Si bien en los alegatos de segunda instancia el INVÍAS retomó lo señalado por el salvamento de voto de la sentencia apelada, dicho análisis no es de recibo, porque no fue planteado desde la apelación, que es la que define la competencia de la Sala.

Adicionalmente, y como ya se sostuvo en párrafos precedentes, aunque las partes fijaron el porcentaje de la cláusula penal en un 10% del precio, la misma se haría efectiva de manera proporcional al avance de la obra. Entonces, aun cuando es cierto que la pena convencional exoneraba a la entidad de la obligación de probar el monto de los perjuicios, tal situación no hacía que el cobro de la sanción pudiera desatender los precisos términos del contrato, o que la entidad estuviera relevada del deber de demandar, en caso de que el supuesto daño causado desbordara el valor de la cláusula penal. En consecuencia, este punto de la apelación se valorará de forma desfavorable.

-En lo relativo a la condena en costas, el INVÍAS se refirió al artículo 392 del CPC, el cual disponía que: “6. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión*”. Esta norma, que también está prevista en el artículo 365 del CGP, estipula que, ante la prosperidad parcial de la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o emitirá una condena parcial.

En la sentencia de primer grado, el tribunal refirió, frente a la condena en costas, lo siguiente: “*De conformidad con el Art. 188 del CPACA, se condena en costas a la entidad demandada INVÍAS por ser la parte vencida en el proceso, las cuales se liquidarán de acuerdo a lo establecido en el Art. 366 del Código General del Proceso*” (fl. 766, c. ppl.).



Con base en lo anterior, es claro que el *a quo* no incurrió en ningún yerro al condenar en costas al INVÍAS, en tanto la normativa procesal civil prescribe que el juez “*podrá*” -es decir, es un asunto subjetivo- abstenerse de condenar en costas, sin que esto sea un imperativo en cada caso en que la demanda prospere parcialmente. En esta oportunidad, es claro que el tribunal consideró que la condena en costas era válida, en atención al resultado del proceso, en el cual se concedió la pretensión principal de Colpatria, esto es, la declaratoria de nulidad parcial de los actos impugnados y la reducción del monto de la cláusula penal. Así, el cargo del demandado no está llamado a prosperar, porque no está demostrado que el tribunal, al imponer las costas, desatendió algún postulado legal.

En vista de que el recurrente no logró refutar o controvertir lo indicado en el fallo de primera instancia, el mismo será confirmado. Por ello, se mantendrá la decisión de declarar la nulidad parcial de las Resoluciones 3350 y 3466 de 2012, la de disminuir el valor de la cláusula penal y la de condenar en costas al INVÍAS.

5. Costas:

Con el sistema procesal actual, la condena en costas adoptó un régimen objetivo, en el que se condena a la parte vencida, con independencia de su conducta. Teniendo esto de presente, y para efectos de la condena en costas en segunda instancia, se tiene que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por el procedimiento civil.

Así, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que hay lugar a condenar en costas a la parte vencida en un proceso; adicionalmente, el artículo 361 *ibidem* establece que las costas “[...] *están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho*”. Estas últimas, vale aclarar, serán determinadas por las tarifas que, para el efecto, defina el Consejo Superior de la Judicatura, en virtud del numeral 4 del artículo 366 de esa misma disposición.

Bajo estos términos, se condenará en costas a la parte demandada, es decir, a quien interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia,



debido a que no prosperó³⁵. La liquidación de las costas la hará de manera concentrada el tribunal *a quo*, en los términos del artículo 366 del CGP.

En relación con las agencias en derecho correspondientes a esta instancia, y de acuerdo con lo previsto en el numeral 4 del artículo 366 del CGP, se tiene en cuenta la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada, la cuantía del proceso, y otras circunstancias especiales, si las hubiere. En ese sentido, se aprecia que:

Se trata de un proceso de controversias contractuales, en el cual el actor resultó favorecido, ya que deberá cancelar, como cláusula penal, la suma de \$157'513.744, en lugar de \$1.015'079.012. La diferencia entre ambos montos es de \$857'565.268, es decir, este fue el dinero que la aseguradora no deberá pagar a raíz de la providencia confirmada en esta instancia, lo cual significa que este es el valor de la pretensión reconocida y sobre el cual se calculará la condena en costas.

Teniendo en cuenta lo anterior, para efectos de la fijación de las agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, acerca de la duración y la complejidad de la gestión procesal, se observa que, además del seguimiento propio que amerita un caso como el presente, Seguros Colpatria presentó, oportunamente, los alegatos de conclusión. En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el acuerdo vigente para la fecha en que se presentó la demanda, las tarifas para las agencias en derecho son:

ACUERDO No. 1887 DE 2003

(Junio 26)

“Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”

[...] ARTÍCULO SEXTO. Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho: [...]

III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. [...]

3.1.3. Segunda instancia.

Sin cuantía: Hasta siete (7) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

³⁵ El numeral 3 del artículo 365 del CGP dispone: “[...] 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda”.



Por tanto, se fijarán las agencias en derecho de la segunda instancia en el 1% de las pretensiones reconocidas, es decir, la suma de OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$8'575.652,68). La anterior condena deberá incluirse en el auto de liquidación de costas a cargo de la parte vencida, en este caso, la demandada.

6. Remisión de una copia de esta providencia a otro proceso:

Revisado el sistema de la rama judicial, se advierte que existen dos procesos en los que se están discutiendo asuntos relacionados con el objeto de la controversia: (i) en el despacho del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas se está conociendo del proceso 68001-23-33-000-2013-01118-01 (59.622), en el cual el Consorcio Sogamoso demandó al INVÍAS, con la pretensión, entre otras, de que se declarara la nulidad de las Resoluciones 3350 y 3466 de 2012. (ii) En el Tribunal Administrativo de Santander se está tramitando el proceso 68001-33-33-011-2016-00207-02³⁶, que es un ejecutivo adelantado por el INVÍAS en contra de los integrantes del Consorcio Sogamoso y de Colpatria (la primera instancia de este expediente se surtió ante el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Bucaramanga, bajo el radicado 68001-33-33-002-2016-00207-00).

Como lo decidido en esta oportunidad podría influir en aquellos procesos, una vez quede en firme esta sentencia, se deberá enviar una copia de la misma para que sea anexada en los expedientes respectivos.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 6 de febrero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

³⁶ El auto del 5 de junio de 2023 -proferido por el Tribunal Administrativo de Santander-, que admitió el recurso de apelación presentado en contra de la providencia del 30 de marzo de ese año (que declaró no probadas las excepciones de Colpatria y ordenó seguir adelante con la ejecución), tiene en su encabezado el radicado 68001-33-33-002-2016-00207-02; empero, al determinar el radicado del expediente digital, se señaló que este era 68001-33-33-011-2016-00207-02, que es finalmente con el que se identifica en el SAMAI. Por ende, será a este último al cual se deberá allegar una copia de este proveído.



Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00449-01 (54.133).

Actor: Seguros Colpatria S.A.

Demandado: INVÍAS.

Referencia: Medio de Control de Controversias Contractuales.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandada a pagar las costas del proceso. Como consecuencia, el tribunal de origen deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 366 del Código General del Proceso. Como agencias en derecho en esta instancia, se fija la suma equivalente a OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$8'575.652,68).

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** al tribunal de origen para lo de su competencia.

CUARTO: Cuando esta decisión quede en firme, por secretaría, **REMITIR** una copia de la misma para que sea anexada a los procesos 68001-23-33-000-2013-01118-01 (59.622) -en esta Corporación- y 68001-33-33-011-2016-00207-02 (en el Tribunal Administrativo de Santander).

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado, y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador.aspx>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF