



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

Expediente: 15001233300020190035201 (67.981)
Demandante: CONSORCIO EL ROBLE
Demandado: EMPRESA CONSTRUCTORA DE VIVIENDA DE TUNJA – ECOVIVIENDA
Acción: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: CAUSA PETENDI – no es posible introducir variaciones por fuera de las etapas preclusivas previstas por el legislador / DEBER DE SUSTENTACIÓN – lo debe cumplir el recurrente – sirve de insumo para el estudio que debe realizar el juez en la segunda instancia / CADUCIDAD DEL CONTRATO – se diferencia de la declaratoria de incumplimiento por su finalidad y las condiciones especiales que se deben cumplir para su ejercicio / AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO – cubre los riesgos derivados de las obligaciones que adquiere el contratista al recibirlo – para hacerlo efectivo se debe acreditar su ocurrencia – LIQUIDACIÓN UNILATERAL – la facultad solo nace si ha fracasado la etapa de la liquidación bilateral porque se convocó al contratista y este no asistió o porque habiéndolo hecho las partes no lograron acuerdo.

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El conflicto versa sobre la nulidad de los actos administrativos contractuales por medio de los cuales se declaró el incumplimiento y se liquidó unilateralmente el contrato de consultoría No. 29 de 2009.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión adoptada el 24 de junio de 2021, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá decidió:

***PRIMERO:** Declarar probada la excepción de ‘Legalidad de los actos administrativos acusados’, solo en lo que respecta a la Resolución No. 25 de 31 de enero de 2019, de acuerdo con las razones antes expuestas.*

***SEGUNDO:** Declarar probada la excepción denominada ‘Del contrato de interventoría No. 29 de 2009, no cumplido’, de acuerdo con lo antes expuesto.*

***TERCERO:** Declarar NO PROBADAS las excepciones denominadas ‘Buena fe’, y ‘De la potestas de Ecovivienda en cuanto a la protección y defensa de los intereses y patrimonio público’, propuestas por la apoderada de ECOVIVIENDA.
CUARTO: Declarar la nulidad total de la Resolución No. 026 de 31 de enero de 2019 ‘por medio de la cual se liquida en forma unilateral el contrato de consultoría No. 29 de 2 de octubre de 2009’, así como de la Resolución No. 38 de 10 de abril de 2019 ‘Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 26 de 31 de enero de 2019 mediante la cual*

se liquidó en forma unilateral el contrato de consultoría No. 29 de 2 de octubre de 2009', de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: Por secretaría de este Tribunal compúlsese copias de ésta providencia, y envíese el expediente digital del presente proceso, con destino a la Procuraduría Provincial, y Contraloría Municipal de Tunja, con el fin de que se lleve a cabo las investigaciones disciplinarias y fiscales a que haya lugar, con ocasión de la omisión del Representante Legal de la Empresa Constructora de Vivienda de Tunja – ECOVIVIENDA, de llevar a cabo oportunamente y con respeto a las garantías procesales, la liquidación unilateral del contrato de consultoría No. 29 e (sic) 02 de octubre de 2009

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente dejando las constancias del caso¹.

Pretensiones

2. El 11 de julio de 2019², los integrantes del Consorcio El Roble³ (en adelante el consorcio, el interventor, el demandante o el contratista) instauraron demanda en contra de la Empresa Constructora de Vivienda de Tunja (en adelante, ECOVIVIENDA, la entidad o la demandada), con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA. Que se declare nulo el acto administrativo – Resolución No. 25 del 31 de enero de 2019, proferida por parte de la Empresa Constructora de Vivienda de Tunja ECOVIVIENDA, medio del cual (sic) se declara el incumplimiento del contrato de consultoría No. 29 celebrado el 2 de octubre de 2009, entre el entonces INVITU, hoy ECOVIVIENDA y el Consorcio el Roble.

SEGUNDA. A título de restablecimiento del derecho, se revoque la (sic) contemplado en la cláusula segunda de la referida resolución que declara la ocurrencia del siniestro de la póliza No. 39 – 44 – 1010 22100, en lo que respecta al amparo de cumplimiento en la suma de \$137.412.584,00; al amparo de anticipo en la suma de \$343.531.46,00 y al amparo de calidad del servicio en valor de \$137.412.584,00.

De manera subsidiaria (**sic**), que

TERCERA. Que se declare nulo el acto administrativo contractual – Resolución No. 026 del 31 de enero de 2018, por medio del cual se ordena la liquidación unilateral del contrato de consultoría No. 29 celebrado el 2 de octubre de 2009, entre el entonces INVITU, hoy ECOVIVIENDA y el Consorcio el Roble, proferido por la Empresa Constructora de Vivienda de Tunja ECOVIVIENDA, a su vez que se REVOQUE el acto administrativo de carácter contractual – Resolución No. 38 del 10 de abril de 2019, por medio de la cual se resuelve el recurso al acto que ordena la liquidación unilateral.

Que, como consecuencia de lo anterior se ordene pagar a título de restablecimiento del derecho lo siguiente:

a.) \$61.781.460,00..... x concepto de saldo pendiente de pago por la liquidación unilateral.

¹ Índice 39, SAMAI.

² Folio 35, c.1.

³ Juan Carlos Belalcázar Benítez y William Duván Avendaño Suárez (fls. 1 a 3, c.1).

b.) \$49,418.000 ... x con (sic) concepto de intereses falta de pago.

CUARTA: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A., aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha de la promulgación de la resolución No. 25 del 31 de enero de 2019, hasta la fecha de ejecutoria que le ponga fin al proceso.

QUINTA: La Empresa Constructora de Vivienda – ECOVIVIENDA, dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A y si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena dicho artículo.

SEXTA: Que se condene en costas a los demandados⁴.

Hechos

3. En apoyo de las pretensiones, se mencionaron los siguientes hechos relevantes que la Sala resume a continuación:

4. El 16 de junio de 2009 se constituyó la Unión Temporal “ESTANCIA DEL ROBLE”, integrada por el municipio de Tunja, el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja –INVITU–, hoy Ecovivienda⁵, y el constructor lader Wilhelm Barrios Hernández para “[/]a ejecución del proyecto de vivienda de interés prioritario y social la Estancia del Roble, con un alcance para la construcción de 1.082 soluciones de vivienda”.

5. El 2 de octubre de 2009, el INVITU celebró el contrato de consultoría No. 29 con el consorcio, cuyo objeto consistió en realizar las labores de interventoría del contrato anterior. En virtud de las modificaciones⁶ que acordaron las partes respecto del término de ejecución y del precio, y las suspensiones que se suscribieron⁷, el valor final del contrato ascendió a \$687’062.920,00 y el plazo finalizó el 7 de junio de 2016.

6. Seguros del Estado S.A. expidió la póliza No. 39-44-101022100, en la que se incluyeron los amparos de cumplimiento, anticipo, calidad del servicio y prestaciones sociales respecto del contrato de consultoría.

7. Durante el plazo de ejecución contractual no se presentó requerimiento al contratista asociado al incumplimiento de sus obligaciones.

⁴ Fls. 10 y11, c.1.

⁵ Acuerdo Municipal 0034 del 3 de diciembre de 2009: “ARTICULO 2. A partir de la fecha de la sanción y aprobación del presente acuerdo el Instituto de Vivienda Interés Social y Reforma Urbana de Tunja INVITU se denominará Empresa Constructora de Vivienda de Tunja ECOVIVIENDA , manteniendo su naturaleza jurídica de Establecimiento Público del Orden Municipal con Autonomía administrativa y financiera, personería jurídica, presupuesto propio y patrimonio independiente, encargada de desarrollar actividades conforme a las reglas del derecho público, el cual se regirá por las funciones administrativas que la ley le asigne, el presente acuerdo y las que señale la reglamentación interna”.

⁶ Las actas de modificación, de conformidad con lo señalado en la demanda, tuvieron por objeto ampliar el plazo de ejecución contractual y adicionar el valor del contrato: (i) 30 de septiembre de 2011: \$30.000.000 y 7 meses, (ii) 19 de julio de 2012: \$40.000.000 y 8 meses, (iii) 7 de junio de 2013: \$40.000.000 y 8 meses, (iv) 4 de febrero de 2014: 4 meses, (v) 26 de junio de 2014: \$38.000.000 y 4 meses, (vi) 26 de diciembre de 2014: \$175.000.000 y 4 meses, (vii) 10 de diciembre de 2015: \$123.562.920 y 4 meses.

⁷ Según la demanda, el contrato se suspendió cuatro (4) veces de la siguiente manera: (i) el 6 de noviembre de 2011 por 2 meses y 19 días, (ii) el 15 de diciembre de 2012 y con reinicio el 04 de marzo de 2013, (iii) del 7 de enero de 2014 y con reinicio el 3 de marzo de 2014, (iv) del 23 de diciembre de 2015 y con reinicio el 12 de enero de 2016.

8. Después de más de 2 años de finalizado el contrato, a través de Resolución No. 81 del 16 de noviembre de 2018, se inició actuación administrativa con la finalidad de verificar si el objeto se incumplió. En desarrollo de este procedimiento⁸ la entidad aportó los resultados obtenidos de los estudios contratados con la Sociedad Boyacense de Ingenieros y Arquitectos –SBIA– y con la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –UPTC– que concluyeron en la existencia de deficiencias en algunas de las construcciones realizadas en el proyecto la Estancia del Roble; a partir de ahí la demandada dedujo la responsabilidad del interventor por deficiencia en sus labores de control.

9. Con el propósito de desvirtuar los resultados de los referidos estudios, el consorcio solicitó que se practicara una pericia o que se tuviera en cuenta la que fue aportada por él. ECOVIVIENDA señaló que carecía de facultades jurisdiccionales para realizar esa valoración probatoria.

10. El 31 de enero de 2019 ECOVIVIENDA expidió la Resolución No. 025, por medio de la cual declaró el incumplimiento del contrato de consultoría No. 29 del 02 de octubre de 2009 por desatención de sus labores de vigilancia técnica en la construcción del proyecto Estancia del Roble, así como la Resolución No. 026, por medio de la cual lo liquidó unilateralmente.

11. Del valor total del contrato se le adeuda al contratista la suma de \$61'781.460 que no se reconoció a su favor en la liquidación final.

Concepto de violación

12. El consorcio discutió que la Resolución No. 025 del 31 de enero de 2019 se expidió sin competencia, pues:

(i) La declaratoria de incumplimiento correspondió en realidad a una caducidad del contrato, toda vez que no se tasaron los perjuicios de manera proporcional;

(ii) El acto administrativo se expidió con posterioridad a la fecha en que el plazo del contrato había finalizado, por lo cual no estaba llamado a cumplir con las finalidades que la ley consagra para el ejercicio de esa facultad exorbitante;

(iii) La declaración de ocurrencia del siniestro en relación con el anticipo por fuera del plazo pactado para la ejecución del contrato constituye un elemento arbitrario e injusto; y

(iv) Al momento en que se expidió la resolución, la vigencia de los amparos de la póliza ya estaba vencida.

13. Esa misma resolución está viciada de nulidad por falsa motivación porque:

(i) El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 señala que en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio se debe probar el incumplimiento y cuantificar los perjuicios, por lo que la entidad debió tasar la “sanción por multas”, la cual no podía

⁸ Compuesta por tres (3) audiencias que se desarrollaron los días: (i) 3 de diciembre de 2018, (ii) 17 de diciembre de 2018 y (iii) 31 de enero de 2019.

imponer después de terminado el contrato por la finalidad conminatoria que se predica de ellas;

(ii) En relación con el anticipo no existe ningún informe que indique que se invirtió de manera inadecuada o al margen del plan de inversión.

14. Además, la Resolución No. 025 se expidió con violación del debido proceso, en tanto:

(i) No se practicaron las pruebas técnicas que permitían arribar a una conclusión diferente de aquella adoptada por la entidad;

(ii) No se permitió al consorcio controvertir el informe de la UPTC, dado que la entidad se negó a valorar la prueba que aportó el contratista con ese propósito;

(iv) No se probó el incumplimiento de las obligaciones del contratista porque ningún requerimiento se le hizo en ese sentido durante su ejecución.

15. En lo que respecta a la Resolución No. 026 del 31 de enero de 2019, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato, indicó que:

(i) Está viciada de nulidad por violación del debido proceso en tanto ECOVIVIENDA no convocó al consorcio para adelantar el trámite de manera bilateral en contravención del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. El acto de liquidación unilateral se profirió sin siquiera notificar el acto administrativo que declaró el incumplimiento del contrato, lo cual es violatorio de los principios de la actuación administrativa dispuestos en el artículo 209 de la Constitución Política, desarrollados en la Ley 1437 de 2011.

(ii) Se expidió sin competencia, pues se profirió por fuera de los plazos establecidos en el artículo 11 de la Ley 1150 (el contrato finalizó el 7 de junio de 2016 y el acto se expidió el 31 de enero de 2019).

Contestación de la demanda

16. ECOVIVIENDA se opuso a las pretensiones de la demanda y expresó⁹:

17. La entidad sí tenía competencia para declarar el incumplimiento, en tanto:

(i) La facultad sancionatoria de la administración por el incumplimiento de las obligaciones de sus contratistas no se limita al plazo de ejecución del contrato, sino que se extiende durante el plazo fijado para su liquidación;

(ii) El contrato no terminó el 7 de junio de 2016. En virtud de la adición celebrada el 10 de diciembre de 2015, el plazo feneció el 31 de julio de 2016, por lo que la Resolución No. 25 se expidió dentro del término fijado para la liquidación, en tanto

⁹ La Sala se permite organizar y sistematizar los argumentos de defensa para su mejor manejo y entendimiento, dado que la contestación no presenta una estructura clara y metódica.

ese plazo terminaba el 31 de enero de 2019 y ese mismo día se expidió ese acto administrativo.

18. La Resolución No. 25 de 2019 no está viciada de nulidad por falsa motivación:

(i) La declaración de incumplimiento de las cláusulas primera, quinta y sexta del contrato¹⁰ tuvo respaldo probatorio. El procedimiento administrativo se inició con ocasión del informe de supervisión del 1 de noviembre de 2018 que se realizó con base en el análisis de más de 79 informes que reposaban en los archivos de la entidad, los cuales evidenciaban el avance de la obra, pero no de conformidad con las especificaciones técnicas exigidas en estructura y calidad. Si bien se halló que en algunos aspectos la interventoría formuló requerimientos al constructor al indicar falencias en la calidad de los materiales, lo cierto es que no verificó que se hicieran las correcciones, pese a ello avaló que se realizaran pagos por obras que no cumplieran con tales especificaciones, lo cual comprometió su responsabilidad. La decisión se sustentó en los resultados del peritaje técnico rendido por la SBIA con el objeto de evaluar el estado del proyecto La Estancia del Roble¹¹ y en los resultados de los estudios que realizó la UPTC para la evaluación geotécnica, de estructura e hidráulica del proyecto¹² que evidenciaron el incumplimiento de las obligaciones de la interventoría respecto de la vigilancia técnica que debía realizar;

(ii) En el acto administrativo se incluyó la cuantificación del perjuicio con base en las pruebas técnicas rendidas por la SBIA y la UPTC. Se indicó que de conformidad con aquéllas 79 estructuras del proyecto no cumplían al 100% con los requerimientos técnicos lo que imponía que fueran reforzadas, además de que se debían remplazar todos los puntos fijos del proyecto, por lo cual el perjuicio se determinó en \$625'281.460;

(iii) Las partes pactaron una cláusula penal pecuniaria como tasación anticipada pero parcial de los perjuicios correspondiente al 20% del valor total del contrato, sin perjuicio del cobro de las garantías a que hubiere lugar;

¹⁰ Objeto, obligaciones del contratista y funciones de la interventoría, respectivamente.

¹¹ Indicó que el informe reveló que varios apartamentos presentaban humedades y filtraciones, que las torres mostraban fallas en los métodos constructivos, problemas de plomos en muros y deflexiones en las placas de entresijos, problemas en la instalación de tuberías hidrosanitarias, muros perforados y agrietados, placas en mal estado con refuerzos cortados, elementos de fachadas desprendidos que evidenciaban malas prácticas constructivas, bajantes de lluvias con descargas en zonas no adecuadas que potencializaban procesos erosivos en áreas abiertas que perderían estabilidad y exponiendo a riesgo la cimentación de las estructuras que imponían recomendar la realización de una evaluación del estado actual de vulnerabilidad sísmica de la estructura en por lo menos un bloque de cada uno de los dos tipos de torres de 2 y 3 alcobas para determinar su compromiso estructural frente al cumplimiento del reglamento colombiano de construcción sistema resiste NSR10, entre otras.

¹² Este estudio se realizó atendiendo las recomendaciones realizadas por la SBIA con miras a diseñar las intervenciones que fueran necesarias para corregir las deficiencias en el proyecto de vivienda. Según la demanda, estos estudios arrojaron como resultados, entre otros, recubrimientos menores a 39mm y losas sin recubrimientos, la vida útil de las placas de concreto ya se había terminado, a pesar de que para una construcción normal ese proceso tarda en promedio 45 años, se hallaron 36.365 lesiones que requerían ser tratadas o intervenidas, algunas con afectaciones muy críticas, elementos estructurales que no cumplían con resistencia especificada del concreto según los diseños estructurales, la mayoría de bloques tenían concretos de dudosa calidad, las flexiones de entresijos de las terrazas excedieron significativamente las establecidas en la norma constructiva, lo cual afectó no solo niveles de funcionamiento sino resistencia de los elementos estructurales, en las placas de algunos bloques y niveles; la severidad y extensión del daño imponía la necesidad de la reconstrucción total de los elementos, pues las afectaciones no solo eran a la resistencia estructural global de la edificación con un grado de recuperación o tratamiento técnicamente inviable.

(iv) Se probó la indebida inversión del anticipo porque por las deficiencias técnicas presentadas era necesario reinvertir dineros para la ejecución del proyecto de vivienda.

19. Tampoco se vulneró el debido proceso del consorcio previa la expedición del acto administrativo que declaró el incumplimiento, porque se le permitió presentar descargos e interponer recursos, aportar pruebas y controvertir las que obraban en el expediente administrativo. A pesar de que se le puso en conocimiento los resultados del peritaje técnico, no los desvirtuó. Aunque se le dio la oportunidad, no presentó recurso en contra de la resolución que declaró el incumplimiento.

20. La liquidación del contrato se realizó dentro del término establecido por la Ley. En virtud de la adición No. 7 suscrita el 10 de diciembre de 2015 el contrato terminó el 31 de julio de 2016, por lo cual no se superó el término de treinta (30) meses establecido en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 para realizar el balance final de cuentas, en tanto ese plazo se cumplía el 31 de enero de 2019, cuando se expidió la resolución.

21. No se vulneró el derecho de audiencia y de defensa al realizar la liquidación unilateral del contrato. Dado que previamente la entidad encontró probado el incumplimiento del consorcio, éste no podía pretender la liquidación de mutuo acuerdo, pues ello implicaba desconocer la potestad sancionatoria de la administración.

22. Con base en lo anterior propuso las excepciones que denominó: legalidad de los actos administrativos, buena fe, contrato de interventoría no cumplido, potestad sancionatoria en cuanto a la protección y defensa de los intereses y el patrimonio público, innominada.

23. **Alegatos en primera Instancia**

24. Surtido el periodo probatorio¹³, en el término para alegar de conclusión¹⁴ la demandada reiteró los argumentos relacionados en la contestación de la demanda¹⁵. La demandante y el Ministerio Público no intervinieron.

¹³ En la audiencia inicial, celebrada el 03 de noviembre de 2020, el Tribunal en el acápite VII del “Decreto de Pruebas”, conforme al artículo 180 numeral 10º del CPACA, decretó las siguientes: (i) las allegadas en la demanda -documentales-, (ii) las allegadas en la contestación -documentales- (iii) prueba trasladada, en virtud del cual se ofició a la Fiscalía General de la Nación para que, dentro de los cinco (5) días siguientes, allegara copia íntegra y legible de las pruebas practicadas -solicitando se indique si fueron practicadas y si se surtió el proceso de contradicción en la investigación penal adelantada contra WILLIAM DUVAN AVENDAÑO por las conductas dolosas en que pudo incurrir a lo largo de su actividad contractual como interventor del proyecto Estancia del Roble (índice 23, SAMAI). El 11 de noviembre de 2020, la Fiscalía 19 Seccional de Tunja respondió en oficio con fecha del 09 de noviembre de 2020 a la solicitud: “Me permito informarle que la actuación se viene adelantando bajo la estructura del Sistema Penal Oral acusatorio, Ley 906 de 2004 (...) actualmente en fase de indagación (...) por lo que atendiendo a la preceptiva legal en cita, la dinámica del procedimiento y garantía del debido proceso, no es factible en este estadio procesal acceder a su pedimento, comoquiera que esta Delegada se encuentra acopiando y estudiando Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física (...)” (índice 31, SAMAI), la cual el Tribunal dispuso incorporar al proceso en auto del 19 de noviembre de 2020 (índice 33, SAMAI).

¹⁴ En auto de audiencia de pruebas calendada el 19 de noviembre de 2020, de conformidad con el inciso 3º del artículo 181 del CPACA, el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto si a bien lo tiene (índice 33, SAMAI).

¹⁵ índice 32, SAMAI.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

25. En relación con la negativa a declarar la nulidad de la Resolución No. 025 del 31 de enero de 2019 el Tribunal expresó:

26. Si bien la declaratoria de caducidad del contrato solo puede hacerse durante el plazo de su ejecución, la de incumplimiento procede incluso con posterioridad a ello y hasta antes de que se venza el plazo para realizar la liquidación del negocio jurídico, pero solo para hacer efectiva la cláusula penal y las garantías que amparen el contrato. ECOVIVIENDA declaró el incumplimiento dentro de ese plazo, en tanto los 30 meses a los que se refiere el artículo 11 de la Ley 1150 de 2011 para realizar el balance final del contrato vencían el 31 de enero de 2019 y ese mismo día se expidió la Resolución No. 025 de 2019; además, el acto se profirió antes de que operara la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro –dos (2) años desde el conocimiento de la realización del riesgo–, puesto que la entidad tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro el 10 de agosto de 2018, fecha en la que fueron entregados los estudios por parte de la UPTC.

27. La falta de valoración por parte de ECOVIVIENDA respecto del dictamen pericial aportado por el consorcio y que se decretó como prueba en la actuación administrativa es un hecho violatorio del debido proceso. Empero, no varía la decisión tomada en el acto administrativo de incumplimiento, toda vez que los hallazgos encontrados en los dictámenes de la UPTC y de la SBIA son coincidentes y ponen en evidencia la multiplicidad de falencias halladas en la construcción del proyecto La Estancia del Roble, de donde se deriva la actuación casi nula, permisiva y negligente del interventor que, a pesar de que le hizo varios requerimientos al constructor en torno a falencias en los procesos constructivos y calidad de la obra, radicó las cuentas de cobro y recibió a satisfacción las soluciones de vivienda.

28. La entidad fundamentó la cuantificación del perjuicio en el acto administrativo. Con base en los informes de la UPTC determinó que los incumplimientos del consorcio contribuyeron a que las obras no cumplieran con la calidad técnica exigida, toda vez que las 79 estructuras no atendían el 100% de los requerimientos técnicos, lo que imponía la necesidad de sanear las deficiencias de casi el 90% del proyecto, por lo cual estimó el valor del perjuicio en ese porcentaje aplicado al valor total del contrato, que arrojó la suma de \$618.356.628 por la que, en total, se hicieron efectivos los amparos de cumplimiento, anticipo y calidad amparados por la póliza.

29. En lo que concierne a las Resoluciones Nos. 26 del 31 de enero de 2019 y 38 del 10 de abril de ese mismo año, por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato, el Tribunal expuso que ECOVIVIENDA desconoció lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, en tanto omitió convocar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato al consorcio para intentar la liquidación bilateral, lo cual configuró una violación a sus derechos de defensa y contradicción y conllevó a una pérdida material de competencia para efectuar ese acto.

30. No es procedente acceder a las pretensiones que se formularon como consecuenciales de la nulidad de la liquidación unilateral consistentes en condenar

a ECOVIVIENDA a pagar al consorcio los saldos insolutos del contrato, junto con los intereses moratorios que se habrían causado, en tanto no se pretendió la liquidación judicial del negocio jurídico y, en todo caso, no se aportó el material probatorio que permita determinar la procedencia de la cuantía solicitada.

II. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

31. La demandante interpuso recurso de apelación con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución No. 25 del 31 de enero de 2019¹⁶. Como fundamento expresó:

32. Lo que se discutió en la demanda fue que, a pesar de que formalmente lo denominó incumplimiento, en verdad ECOVIVIENDA declaró la caducidad del contrato, porque no tasó los perjuicios de manera proporcional, por lo cual debe concluirse que lo hizo sin competencia, pues esa potestad solo la podía ejercer dentro del plazo de ejecución del contrato y no después.

33. De conformidad con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, los efectos de la caducidad consisten en dar por terminado el contrato sin indemnización a favor del contratista, ordenar su liquidación, hacer exigibles las garantías por configuración del siniestro de incumplimiento y la cláusula penal. La entidad excedió estos límites porque al declarar el incumplimiento lo hizo por la totalidad del amparo sin tasar previamente los perjuicios, declaró realizado el siniestro de correcta inversión del anticipo, el de calidad del servicio e hizo efectiva la cláusula penal, lo que solo habría podido hacer en el caso de haber declarado la caducidad.

34. De haberse demostrado que el contratista de la obra incurrió en errores constructivos y que existió un incumplimiento de las obligaciones del interventor por la aparente mala calidad de las edificaciones, el amparo que se debió afectar fue el de calidad del servicio que opera después de finalizada la relación contractual –no el de incumplimiento–; sin embargo, como ECOVIVIENDA no lo tasó, tampoco podía declarar la ocurrencia de ese siniestro ni hacer efectiva la póliza por este concepto.

35. No se demostró el incumplimiento del interventor ni que su actuar hubiere sido omisivo o permisivo con el constructor. El consorcio tenía un supervisor respecto del que nunca recibió una amonestación, por lo cual no era posible afectar el amparo de cumplimiento.

36. ECOVIVIENDA no cuantificó debidamente los perjuicios. El contrato de interventoría se pacta por honorarios que se componen de costos directos –jornadas de dedicación de profesionales u otros miembros de personal– e indirectos –gastos de oficina, vehículos, laboratorios–, por lo cual para declarar el incumplimiento la entidad debió acreditar que el contratista no dispuso de tales costos en los términos pactados por las partes.

37. La configuración del siniestro de anticipo no opera de forma automática, se debe acreditar que el contratista no utilizó los recursos según lo establecido en su

¹⁶ (índice 45, SAMAI).

plan de inversión y que tuvieron una destinación diferente al contrato. Comoquiera que ECOVIVIENDA no probó esos supuestos, no podía afectar ese amparo.

38. ECOVIVIENDA interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revoque la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales liquidó unilateralmente el contrato¹⁷. Sostuvo que el Tribunal realizó una errónea interpretación del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 que lo condujo a concluir que la entidad estaba obligada a convocar al contratista para intentar la liquidación bilateral, cuando esto no le era exigible porque la facultad la ejerció en el término de dos (2) años siguientes al vencimiento del plazo de cuatro (4) meses para hacerlo de manera consensuada y de dos (2) meses para hacerlo de manera unilateral, periodo en el que la norma no impone tal exigencia.

39. Con todo, ECOVIVIENDA sí manifestó al contratista la intención de liquidar el contrato. Lo hizo a través del oficio 130-13-1396 del 4 de octubre de 2016 en el que le indicó que, dada la terminación del negocio jurídico, se procedería a la etapa de liquidación, el consorcio guardó silencio y no mostró interés en realizar este acto de manera concertada, lo cual se corrobora porque en el numeral 5º de la Resolución No. 25 del 31 de enero de 2019, por medio de la cual declaró el incumplimiento, se le indicó lo mismo; sin embargo, tampoco hizo ninguna manifestación ni interpuso recurso en su contra, lo mismo que ocurrió respecto de la Resolución No. 26 del 31 de enero de 2019 en la que se adoptó esa determinación.

40. Los fundamentos que soportaron el balance de cuentas fueron de pleno conocimiento del consorcio, toda vez que los hechos y argumentos fueron, en su mayoría, los mismos que soportaron la Resolución No. 025 del 31 de enero de 2019 que declaró el incumplimiento.

Trámite en segunda instancia

41. En auto del 19 de noviembre de 2021¹⁸, el Tribunal concedió los recursos de apelación y esta Corporación los admitió en proveído del 17 de febrero de 2022¹⁹. Dentro del término de ejecutoria del auto que admitió los recursos, el demandado alegó de conclusión para reiterar las razones de la alzada y se opuso a los argumentos de la impugnación del demandante²⁰. La parte demandante y el Ministerio Público no se pronunciaron.

¹⁷ (índice 44, SAMAI).

¹⁸ Índice 52, SAMAI.

¹⁹ Índice 04, C.E, SAMAI.

²⁰ Indicó que: (i) la legalidad de los actos administrativos no se desvirtuó, como lo reconoció el Tribunal Administrativo de Boyacá la entidad actuó con competencia para declarar el incumplimiento del contrato; (ii) el daño sufrido por ECOVIVIENDA se cuantificó debidamente y fue probado como consecuencia del resultado de los estudios adelantados por la UPTC que evidenció que el interventor no cumplió su labor; y (iii) carecen de sustento los argumentos que aduce el demandante acerca del cumplimiento del contrato. El proceso constructivo presentó errores que debió verificar el interventor, *empero* avaló los pagos sin que se hubieren corregido los errores. El proceso administrativo sancionatorio que declaró el incumplimiento del contrato se sustentó en los peritajes de la Sociedad Boyacense Ingenieros y Arquitectos y la Universidad que, en suma, sugieren que el proceso constructivo fue deficiente y que el contratista no ejecutó sus obligaciones contractuales tratándose de las cláusulas primera 1ª, quinta 5ª y sexta 6ª y se debe mantener la decisión (índice 9, SAMAI).

III. CONSIDERACIONES

Cuestiones previas

42. Antes de fijar el objeto de la apelación, la Sala advierte que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 163 de la Ley 1437 de 2011²¹, aunque en las pretensiones de la demanda no se incluyó la de nulidad del acto administrativo identificado con el radicado OAJ-101-09.309 del 10 de abril de 2019²², por medio del cual ECOVIVIENDA resolvió negativamente el recurso de apelación que Seguros del Estado S.A. interpuso en contra de la Resolución No. 25 del 31 de enero de ese mismo año, la decisión que se adopte respecto de tal resolución se hará extensiva a aquél.

43. Igualmente, con miras a establecer el objeto de la apelación y ante la advertencia de que en su impugnación el consorcio introdujo argumentos que no presentó en su demanda y realizó afirmaciones que no confrontan los razonamientos desarrollados por el Tribunal en función de algunos de los puntos resueltos en la primera instancia, es necesario hacer las siguientes precisiones en torno al principio de congruencia, el derecho al debido proceso y la carga de sustentación que debe cumplir el recurrente.

44. La *causa petendi* tiene relación directa con el principio de congruencia que está consagrado en el artículo 281 del CGP²³; a su vez, éste se muestra como un mecanismo de protección y garantía del derecho al debido proceso, en tanto procura que las partes no sean sorprendidas con decisiones que recaigan o se funden en aspectos frente a los cuales no tuvieron la oportunidad de debatir, por tanto, delimita el marco de competencia del juez en función de los hechos y pretensiones formuladas en la demanda y, de cara a ellos, de los argumentos de defensa que la contraparte procesal plantee, sin perjuicio de los asuntos que oficiosamente se deban resolver.

45. La demandante no puede modificar la causa en la que sustenta sus pretensiones a través de señalamientos alegados por fuera de las etapas procesales dispuestas para ello, específicamente, la demanda o su reforma, puesto que ello implicaría desconocer el derecho de defensa y contradicción de su contraparte, en la medida en que el proceso judicial está diseñado a través de etapas preclusivas que permiten a las partes en contienda, con una secuencia organizada, manifestarse frente a los argumentos de la otra. Agotado este escenario de imputación y contradicción, se delimita el asunto sobre el cual ha de pronunciarse el juez, de manera que, precluidas tales oportunidades, no se abrirán otras para que se introduzcan nuevos argumentos.

²¹ “ARTÍCULO 163. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.
(...)”

²² Folios 81 a 88, c. ppal.

²³ Aplicable por expresa remisión del artículo 306º del CPACA. El artículo 281 del CGP señala que la sentencia debe tener consonancia con “los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades” a las que refiere el Código General del Proceso, razón por la que en consonancia con el inciso 2º *ibidem* el demandado no podrá ser condenado por “objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente invocada en ésta”.

46. Realizada la revisión del recurso de apelación propuesto por el consorcio y contrastando con lo esgrimido en su demanda, se encuentra que en el primero se introdujeron aspectos que no fueron planteados en el libelo introductorio, específicamente en lo que concierne a los siguientes aspectos:

47. En el recurso de apelación el demandante señaló que, en caso de existir defectos constructivos en las edificaciones debido al incumplimiento de las obligaciones del interventor en cuanto a la vigilancia técnica del proyecto, el amparo que se debía afectar era el de calidad del servicio, que es el que opera con posterioridad a la finalización del contrato, no el de cumplimiento. En la demanda no se planteó este argumento.

48. En el libelo introductorio se hizo mención al amparo de calidad para señalar que se hizo efectivo a través de la Resolución No. 25 de 2019 y en las pretensiones se solicitó que “*revocara*” esta decisión; sin embargo, no se encuentra que se hubiere desarrollado un argumento específico que soporte estas pretensiones, más allá de aquél destinado a señalar –en términos generales y sin desligarlo de lo alegado frente al amparo de cumplimiento– que no había prueba de que el consorcio hubiere incumplido sus deberes negociales porque ningún requerimiento se le hizo durante la ejecución del contrato en ese sentido. Como el demandante no planteó un argumento tendiente a señalar que se afectó un amparo que no correspondía al siniestro que se causó, ECOVIVIENDA no hizo ninguna manifestación al respecto y el Tribunal tampoco lo resolvió.

49. Ante la evidencia de que se trata de un aspecto que el contratista pretende introducir en esta fase del proceso, la Sala no puede emitir un pronunciamiento basada en el estudio de ese argumento.

50. En el recurso de apelación la demandante afirmó que la entidad no tasó los perjuicios y, por tanto, que no determinó en el marco del procedimiento administrativo de dónde surgió el valor por el que hizo efectivos los amparos de la póliza; a la vez, refirió que lo que ocurrió fue que no hizo tal tasación *debidamente* porque no tuvo en cuenta la destinación de los costos directos e indirectos del contrato y añadió que por ello no podía declarar el incumplimiento. Dada la falta de claridad de este argumento, la Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones antes de fijar el objeto de la apelación.

51. En el acápite de la demanda que se tituló “*Indebida cuantización del daño – Falsa motivación*” se mencionó, de manera general y abstracta, que en los términos del artículo 86 de la Ley 1437 de 2011 para garantizar el derecho de defensa y contradicción no bastaba con realizar las audiencias del procedimiento sancionatorio, sino que era necesario realizar la cuantificación del perjuicio; sin embargo, no desarrolló esa idea para vincularla al monto por el que se hicieron efectivos los amparos de cumplimiento y calidad²⁴. El consorcio no concretó cómo era que tal aspecto habría sido desconocido por la entidad, pues, además de lo anterior y de transcribir apartes de la sentencia C-499 de 2015, a lo que hizo alusión fue a la figura de las multas y a su carácter conminatorio, a pesar de que ninguno de los actos administrativos demandados versó sobre ese asunto. Nada dijo en

²⁴ En cuanto al anticipo dijo que no había prueba de que se hubiere invertido de forma inadecuada.

torno a que para determinar el monto por el que se hicieron efectivos los amparos de cumplimiento y calidad habría sido menester establecer si el contratista destinó el precio pactado en los costos directos e indirectos que generaría la ejecución del negocio jurídico, como refirió novedosamente en su apelación.

52. Es importante destacar que el principio de justicia rogada orienta los juicios de legalidad en los que se impugna, con un interés subjetivo y particular, la validez de un acto administrativo. Este principio supone, de un lado, que no es posible emprender oficiosamente un juicio de legalidad sobre aquéllos y, de otro, que mediando petición de parte, el pronunciamiento judicial debe ceñirse estrictamente a lo solicitado por la demandante y a los fundamentos en los que se funde su pedimento; por esto, al lado de este principio se deben observar el postulado de preclusión y la regla de señalamiento que imponen a la demandante exhibir de manera clara y precisa lo que pide y por qué lo pide, como una garantía del derecho de defensa y contradicción de su contraparte.

53. Estos aspectos los recoge de manera específica el numeral 4 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011 al señalar que cuando la demanda verse sobre la legalidad de un acto administrativo –sin distinguir su naturaleza, por lo cual incluye los contractuales– el libelo que la contenga debe expresar las normas violadas y explicar el concepto de violación, es decir, el legislador impone a la demandante la carga de precisar la norma del ordenamiento jurídico que entiende que ha sido vulnerada con su expedición y de explicar de forma clara, razonada y suficiente las razones que sustentan dicha trasgresión, pues tales elementos, a la vez que delimitan los aspectos sobre los cuales ha de defenderse el demandado, constituyen los lineamientos de actuación del juez de lo contencioso administrativo.

54. Aunque la Sala no pasa por alto que lo dicho no supone que el juez administrativo esté relevado de leer integralmente la demanda y hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formas²⁵, para lo cual puede interpretar la explicación que se ofrezca en el concepto de la violación, lo cierto es que esta facultad se debe utilizar con extrema cautela, en la medida que su ejercicio no puede extralimitarse al punto de crear o modificar la *causa petendi*, pues este es un aspecto medular sobre el que descansa el derecho al debido proceso del demandado.

55. A partir de lo referido en la demanda en relación con la cuantificación del perjuicio, a lo sumo, lo que se podría interpretar es que lo que quiso expresar el consorcio fue que la entidad no realizó tal ejercicio, no que la base sobre la cual lo hizo fuere inadecuada o incorrecta por no haber considerado la destinación del precio pactado del contrato en los costos directos e indirectos, pues nada mencionó al respecto, lo que explica que la demandada no se manifestara sobre ello ni el Tribunal emitiera pronunciamiento en ese sentido. De hecho, lo que muestra el expediente es que, pese a la falta de claridad y precisión de la demanda, lo que entendió ECOVIVIENDA que se le imputó fue no haber realizado la cuantificación,

²⁵ En sentencia C-197 de 1999, la Corte Constitucional expresó que: “No obstante lo anterior, debe advertir la Corte que en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad”.

pues fue frente a ello que emitió su argumento de defensa; así mismo, ese fue el aspecto que resolvió el Tribunal.

56. En su contestación, ECOVIVIENDA expresó que sí realizó la cuantificación del perjuicio en la Resolución No. 25 y que lo hizo en función de los defectos constructivos que se pusieron en evidencia con los resultados del estudio técnico de la UPTC que condujeron a establecer su proporción en una suma correspondiente al 90% del valor del contrato, dado que se determinó que ninguna de las 79 estructuras existentes cumplía al 100% con las especificaciones técnicas, lo que implicaba la necesidad de reforzarlas y remplazar todos los puntos fijos del proyecto. Con base en el análisis del contenido de la Resolución 25 de 2019, el Tribunal avaló el dicho de ECOVIVIENDA, en tanto constató que en el acto sí se hizo tal cuantificación y que aquélla se explicaba y se hallaba representada en los montos por los que se hicieron efectivos los amparos de anticipo, cumplimiento y calidad²⁶.

57. Constatado que en la delimitación del objeto del proceso la parte demandante no incluyó un argumento como el que ahora señala en sede de apelación de cara a la cuantificación de los perjuicios, según el cual para establecerlos era necesario determinar si el precio pactado se destinó a cubrir los costos directos e indirectos del contrato, resulta claro que al introducirlo varió la *causa petendi*, por lo cual, por las razones ya mencionadas, la Sala no se pronunciará al respecto.

58. Al lado de aseverar que la cuantificación se realizó de manera indebida por la razón antedicha, el demandante también señaló en la apelación que por ese mismo aspecto la entidad no podía declarar el incumplimiento. Este argumento tampoco se planteó en la demanda como fundamento para desvirtuar la legalidad de la Resolución No. 25 de 2019, pues sobre ese aspecto no se hizo alusión en el libelo introductorio; por tanto, la Sala tampoco lo analizará con esta perspectiva.

59. De otra parte, es pertinente en esta oportunidad reiterar²⁷ y recalcar que, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo previsto en el artículo 320 de la Ley 1564 de 2012, quien pretenda impugnar una decisión judicial debe cumplir con la carga de sustentar su recurso a través del señalamiento de razones que debatan el acierto de la decisión, en la medida que la apelación es un mecanismo de control que busca garantizar la doble instancia, en tanto está instituido para controvertir las decisiones judiciales que no se ajusten al ordenamiento jurídico con el objeto de que puedan ser corregidas; por ello, se parte del hecho de que el asunto ha transitado, en términos generales, por las etapas probatorias, de contradicción y alegaciones que evaluadas por el *a quo* soportan su decisión, por lo cual el conflicto no puede trasladarse al juez de la segunda instancia en su estado primigenio.

²⁶ Según se analizó previamente, en la demanda no se concretó cómo la entidad habría vulnerado la disposición contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 respecto de la cuantificación de los perjuicios en lo que concierne a los amparos de cumplimiento y calidad, pues, además de hacer referencias genéricas y abstractas en lo que toca a este aspecto y otras que no tienen relación con el asunto que se debate, no expresó con precisión y claridad si la entidad no lo hizo o si lo hizo pero de manera incorrecta, aunque, al parecer, y según habría entendido la demandada y el Tribunal, y no fue corregido por el Consorcio en la apelación, lo que pretendió expresar fue lo primero, es decir, que ese ejercicio no se habría realizado.

²⁷ Al respecto se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias de esta Subsección: sentencia del 6 de julio de 2022, Exp. 44707, sentencia del 20 de mayo de 2022, Exp. 53800 y sentencia del 6 de julio de 2022, Exp. 54666.

60. Corresponde al apelante confrontar los argumentos del juez de primera instancia con reflexiones que se opongan a sus conclusiones para que, sobre esos planteamientos, sea el *ad quem* el que determine la corrección de la decisión que se impugna, por lo cual la carga de la sustentación no se cumple con la manifestación de expresiones genéricas y vagas que no confronten la determinación judicial²⁸, ni con la mera reiteración de los aspectos que se hubieren planteado en la primera instancia, pues aunque la ley no exige que la sustentación sea extensa, sí obliga a que los fundamentos que se expresen develen los motivos que conducen al recurrente a considerar que lo decidido en primera instancia resulta desacertado de cara al ordenamiento jurídico, más allá de la consideración subjetiva de oposición que subyace cuando la decisión no se aviene a sus intereses.

61. Las razones que debe contener el recurso de apelación constituyen el insumo que el recurrente está en la carga de ofrecer al juez de la segunda instancia para que éste aborde el análisis de corrección de la decisión que se impugne, pues no le está dado construir los motivos de disenso; si lo hiciera, vulneraría el principio de imparcialidad²⁹ y el derecho al debido proceso de la contraparte³⁰.

62. En adición a lo anterior, la Sala observa que frente a los siguientes dos asuntos el recurrente no cumplió con la carga de sustentación, por las razones que se pasan a expresar:

63. A la vez que en la impugnación el demandante aseveró que la cuantificación del perjuicio se hizo de forma indebida porque no se analizó la destinación de los costos directos e indirectos del contrato, señaló que el perjuicio no se tasó. En cuanto a lo primero la Sala ya se pronunció. Frente a lo segundo –que es la que corresponde a lo que se venía discutiendo desde la primera instancia, según la interpretación que se acoge de la demanda en este punto (párrafos 55 y 56)–, se trata de una afirmación genérica que no confronta las razones que el Tribunal tuvo en cuenta para concluir que ECOVIVIENDA sí realizó ese ejercicio, en la medida que no expresa porqué la conclusión a la que arribó con base en el estudio del contenido del acto administrativo³¹ resultaría desacertada, por lo cual, en lo que a este aspecto concierne, la Sala carece de elementos de juicio para analizar el acierto o no de la decisión del *a quo* que se basó en este razonamiento, lo que impone que se mantenga en la forma en que fue resuelto en la primera instancia.

64. En la sentencia impugnada el Tribunal concluyó que no se desvirtuó la legalidad de la Resolución No. 25 de 2019 porque la decisión se basó en los

²⁸ “(...) no puede darse por sustentada una apelación, ni por ende cumplida la condición que subordina la admisibilidad de este recurso, cuando el impugnante se limita simplemente a calificar la providencia recurrida de ilegal, injurídica o irregular; tampoco cuando emplea expresiones abstractas tales como, ‘sí hay prueba de los hechos’ u otras semejantes, puesto que aquellos calificativos y estas expresiones, justamente por su vaguedad e imprecisión no expresan, pero ni siquiera implícitamente, las razones o motivos de la inconformidad del apelante con las deducciones lógico-jurídicas a que llegó el Juez en su proveído impugnado”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto de 30 de agosto de 1984, Gaceta Judicial No. 2415. M.P. Humberto Murcia Ballén.

²⁹ “Cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 13 Superior, impone al juez la obligación de dar un trato igual a las personas que acuden a la administración de justicia”. Corte Constitucional, sentencia C-450 de 2015.

³⁰ Artículo 29 Constitucional.

³¹ el Tribunal encontró que en el acto sí se hizo la cuantificación en un porcentaje equivalente al 90% del valor del contrato, con base en los defectos técnicos de la construcción que implicaban de reforzar las 79 estructuras y de reemplazar todos los puntos fijos del proyecto.

resultados de los dictámenes rendidos por la UPTC y por la SBIA que pusieron en evidencia, de manera coincidente, la multiplicidad de defectos constructivos del proyecto que amenazaban su estabilidad, los cuales permitían deducir que la actuación del interventor fue permisiva y negligente, pues a pesar de que le hizo varios requerimientos al constructor en torno a las falencias en los procesos constructivos y calidad de la obra, avaló los pagos al contratista y recibió a satisfacción las soluciones de vivienda. Señaló que, a pesar de que el hecho de que la entidad no hubiere valorado el dictamen pericial que el contratista aportó al procedimiento administrativo constituía una vulneración del debido proceso, esto no era suficiente para anular el acto, en la medida que la evaluación conjunta de aquéllos se imponía sobre las conclusiones de la prueba pericial del demandante.

65. En el recurso de apelación el consorcio insistió en que no se acreditó el incumplimiento de sus deberes contractuales respecto del seguimiento técnico de la construcción del proyecto porque durante el plazo de ejecución no se le hizo ningún requerimiento en ese sentido, es decir, reiteró lo que al respecto planteó en la demanda, sin proponer un argumento tendiente a refutar las razones por las que el Tribunal concluyó que no se desvirtuó la presunción de legalidad de la Resolución No. 25 en torno a esta cuestión, que pasaron por analizar el contenido y conclusiones de las pruebas periciales en las que ECOVIVIENDA basó su decisión, y contrastarlo con las conclusiones de la prueba pericial que allegó el contratista en sede administrativa, ejercicio que al final condujo al *a quo* a otorgarle mayor credibilidad a las primeras debido a su coincidencia y a lo que revelaban respecto de las múltiples falencias constructivas del proyecto, frente a lo cual el apelante se limitó a aseverar que el comportamiento del interventor no fue omisivo o permisivo con el constructor, apreciación genérica que no permite siquiera deducir un argumento de disenso frente a los razonamientos de la primera instancia y que, por tanto, impiden abordar su análisis con miras a establecer su corrección, por lo cual este aspecto también se debe mantener en la forma que fue resuelto en sede de primera instancia.

66. Se advierte que en el recurso de apelación la demandante no presentó reparos en torno a la decisión del Tribunal de negar las pretensiones consecuenciales a la nulidad de la liquidación unilateral, consistentes en condenar a ECOVIVIENDA a pagar los saldos insolutos del contrato, junto con los intereses moratorios que se habrían causado, por lo cual la Sala no hará ningún pronunciamiento al respecto.

El objeto de la apelación

67. Definido lo anterior, corresponde a la Sala establecer: (i) si la declaración que se realizó en la Resolución No. 25 de 2019 corresponde a una declaratoria de caducidad del contrato y no a un incumplimiento. En caso afirmativo, se tendrá que determinar si tales actos están viciados de nulidad por falta de competencia; (ii) si ECOVIVIENDA no podía hacer efectivo el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo porque no dio cuenta de su ocurrencia; (iii) si las Resoluciones Nos. 26 y 38 de 2019 no están viciadas de nulidad porque la demandada intentó agotar la etapa de la liquidación bilateral, o porque, en todo caso, no estaba obligada a hacerlo, en tanto la facultad unilateral de liquidación la ejerció durante el plazo de dos años al que se refiere el inciso tercero de esa norma.

68. El primer cargo de la apelación no está llamado a prosperar. El consorcio no demostró que a través de la Resolución No. 25 de 2019 ECOVIVIENDA veladamente hubiere ejercido la facultad exorbitante de caducidad consagrada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. Esto no se deduce del hecho de que la entidad tasara o no los perjuicios de manera proporcional al incumplimiento, tampoco de que hicieran efectivos los amparos de la póliza que cubrió el contrato.

69. La figura de la caducidad a la que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 supone el incumplimiento de las obligaciones del contratista; sin embargo, su especialidad radica en que para su ejercicio se deben cumplir las siguientes condiciones: (i) el incumplimiento debe ser grave, (ii) debe amenazar directamente la ejecución del contrato, y (iii) se debe evidenciar que puede conducir a su paralización; de ahí que se entienda que esta facultad solo puede ser ejercida durante el plazo de ejecución del negocio jurídico, pues vencido éste no podría cumplir la finalidad principal para la cual fue instituida, que se concreta, básicamente, en garantizar la satisfacción de las necesidades públicas que se hubieren pretendido conjurar a través de la celebración del contrato, dotando a la administración de una herramienta drástica pero útil y, esencialmente, efectiva para garantizar la continuación de la prestación del servicio que se hubiere contratado o que el objeto convenido se logre a cabalidad.

70. Para el cumplimiento de tal finalidad, la mencionada herramienta jurídica habilita a la administración pública para que, ante la gravedad de los incumplimientos del contratista y la afectación determinante que pueda producir de cara a la consecución del objeto pactado, evalúe la necesidad de removerlo a través de la terminación del vínculo contractual, con el propósito de tomar posesión de la obra –cuando sea el caso– o continuar inmediatamente la ejecución del objeto convenido a través del garante o de otro contratista y lograr así el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

71. Dado el fundamento que explica y justifica esta figura propia del derecho administrativo, su declaratoria impide que el contratista sea indemnizado, pues, en los términos de los postulados del principio de buena fe, nadie puede beneficiarse de su propio dolo o culpa.

72. Por imperativo legal, la declaratoria de caducidad del contrato es *constitutiva* del siniestro de incumplimiento.

73. Las anteriores características que se extraen del contenido del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 son las que permiten reconocer y diferenciar la facultad de la administración de declarar la caducidad del contrato de aquella que se prevé para declarar su incumplimiento, en la medida que la segunda, aunque también parte de la inobservancia de las obligaciones del contratista, no responde a las finalidades especiales que explican a la primera y que determinan que ésta solo pueda ejercerse durante el plazo de ejecución del negocio jurídico, sino que tiene como propósito primordial, pero no exclusivo, que la administración pueda reclamar del contratista por una vía expedita el cubrimiento de los perjuicios que éste le hubiere causado por no atender oportuna y adecuadamente sus obligaciones, por esto es posible que se haga uso de la declaratoria de incumplimiento aún después de finalizado el contrato.

74. La inobservancia de las obligaciones del contratista –sea que dé lugar a declarar la caducidad del contrato, o a declarar su incumplimiento, según el caso– en principio y, por regla general, es una causa que tiene la potencialidad para generar perjuicios a la entidad contratante, la cual tiene derecho a recibir la indemnización correspondiente. En el marco de los contratos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–, además de declarar la caducidad o el incumplimiento, según corresponda, la administración tiene la facultad legal de determinar de manera directa los perjuicios que le hubiere causado la desatención de su contratista, en la medida que, como consecuencia de una u otra declaración, puede hacer efectiva la cláusula penal que con ese propósito se hubiere pactado³², bien sea por el 100% de su valor o por uno menor si estima pertinente hacer una tasación³³. En ausencia de una estipulación de esa naturaleza, previa su comprobación, puede y debe cuantificar los perjuicios que pretenda hacer efectivos³⁴; de manera que la forma en la que la entidad establezca ese monto no demarca un aspecto que permita distinguir entre una y otra figura, pues no constituye una característica exclusiva de ninguna de ellas, por lo mismo no se muestra como un elemento útil para develar que, pese a la forma, la verdadera intención de ECOVIVIENDA hubiere sido declarar la caducidad del contrato de interventoría y no su incumplimiento.

75. Que la ley señale que la declaratoria de caducidad del contrato sea constitutiva del siniestro de incumplimiento, no significa que sea la única causa que puede dar lugar a la configuración de los riesgos que se cubren a través del amparo de cumplimiento y, por tanto, que sea la única causa que pueda dar lugar a hacer efectivo ese amparo. Por regla general y en los términos del artículo 1072 del Código de Comercio, el siniestro se entiende causado cuando se realiza el hecho asegurado. Para el caso del mencionado amparo, ello sucede en el momento en que el contratista incurre en alguna de las desatenciones a las que se refería el artículo 4.2.3³⁵ del Decreto 4828 de 2008³⁶ –hoy el numeral 3.1 del artículo 2.2.1.2.3.17 del Decreto 1082 de 2015–, no cuando se declara que ello ha ocurrido; sin embargo, por excepción, la Ley 80 de 1993 prevé que en el caso de la caducidad su declaratoria es la que constituye la realización del siniestro.

76. Lo anterior demuestra que el amparo de cumplimiento no es una garantía exclusiva que cubra a la entidad pública de los perjuicios derivados de incumplimientos que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencien que puede conducir a su paralización y que, por ello, habiliten a la administración a declarar la caducidad, sino que está llamada a cubrirla de los perjuicios que se deriven, en general, de los incumplimientos a los que se refiere el citado artículo, al margen de que tengan o no la virtualidad de habilitar a la administración para ejercer esa prerrogativa pública, por lo cual el hecho de que en

³² Ley 1150 de 2011, artículo 17.

³³ Código Civil, artículo 1596.

³⁴ Ley 1474 de 2011, artículo 86.

³⁵ El artículo 4.2.3 del Decreto 4828 de 2008 establecía que el referido amparo de la garantía única debía cubrir el “[c]umplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato. El amparo de cumplimiento del contrato cubrirá a la entidad estatal contratante **de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso**, cuando ellos son imputables al contratista garantizado. Además de esos riesgos, este amparo comprenderá siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado” (énfasis agregado).

³⁶ Vigente al momento de celebración del contrato de consultoría 29 de 2009.

la Resolución No. 25 de 2009 se hubiere hecho efectivo ese amparo no es indicativo de que, veladamente, ECOVIVIENDA hubiere hecho uso de esa facultad exorbitante.

77. En lo que concierne a los amparos de calidad y buen manejo y correcta inversión del anticipo, basta con mencionar que los riesgos que amparan no se asocian al incumplimiento que da lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, por ello, que se hubieren hecho efectivos tampoco conduce a la conclusión en la que el consorcio fundó su pretensión de nulidad de la Resolución No. 25 de 2009, esto es, que la declaración de incumplimiento vertida en ese acto en verdad correspondió a la caducidad del contrato³⁷.

78. Cabe destacar que no hay discusión entre las partes en cuanto a que para el momento en que se expidió la Resolución No. 25 de 2009 el contrato ya había finalizado y estaba en la etapa de liquidación, lo cual, lejos de generar inquietud acerca de cuál fue la facultad que ejerció ECOVIVIENDA, corrobora que no se trató de la caducidad, en la medida en que para este momento era claro que la decisión de la administración no podía dar lugar a la terminación del contrato como efecto ínsito de esta figura.

79. En estas condiciones, el cargo de nulidad de falta de competencia que se enderezó en contra de ese acto administrativo con fundamento en que, en realidad, habría correspondido a una declaratoria de caducidad que solo podía hacerse durante el plazo de ejecución del contrato de consultoría No. 29 de 2009, no está llamado a prosperar.

80. Asiste razón al consorcio al señalar que no era procedente afectar el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, en tanto la Resolución No. 25 de 2019 no da cuenta de su ocurrencia, pues no hace ninguna mención en cuanto a que se hubiere configurado alguno de los riesgos que se cubrieron a través de este amparo, sino a las inobservancias en las que incurrió el contratista respecto del cumplimiento de sus obligaciones de vigilancia técnica de la construcción del proyecto Estancia del Roble.

81. Por imperativo legal, los contratistas del Estado están obligados a prestar garantía para el cumplimiento de sus obligaciones³⁸. En la actualidad, esa obligación se encuentra contenida en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 que prevé que para el cumplimiento de tal deber, además de otro tipo de garantías, es posible constituir pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia. El Decreto 4828 de 2008 –vigente al momento de

³⁷ De conformidad con el artículo 4.2.8 del Decreto 4828 de 2008, el amparo de calidad del servicio debía cubrir a la entidad estatal de los perjuicios que surgieran con posterioridad a la terminación del contrato y que se derivaran de la mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría, o de la mala calidad del servicio prestado (en la actualidad ese amparo está definido en el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.3.17 del Decreto 1082 de 2015). En los términos del artículo 4.2.1 de ese mismo decreto, el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo la debía cubrir de los perjuicios que se le irrogaran con ocasión de la no inversión, el uso indebido o la apropiación indebida que el contratista hiciera de los bienes o dineros que se le hubieren entregado en esa calidad (en la actualidad este amparo está definido en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.17 del Decreto 1082 de 2015).

³⁸ Salvo algunas excepciones, consagradas inicialmente en el inciso final del artículo 67 del Decreto 222 de 1983, luego en los dos incisos finales del numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y, finalmente, en el inciso final del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

celebración del contrato de consultoría 29 de 2009³⁹– en su artículo 4º, a modo enunciativo, se refería a los riesgos que debían ser amparados en el marco de la contratación estatal, dividiendo los asociados a los incumplimientos de los ofrecimientos, de los relacionados con los incumplimientos de las obligaciones de los contratistas.

82. En cuanto a los segundos, el referido artículo indicaba que la garantía de cumplimiento debía cubrir los perjuicios derivados de los incumplimientos de las obligaciones legales o contractuales del contratista. En ese mismo artículo se discriminaban los riesgos y el cubrimiento que frente a cada uno de ellos debía otorgarse en favor de la entidad pública contratante. Específicamente se refería a: (i) el buen manejo y correcta inversión del anticipo, (ii) la devolución del pago anticipado, (iii) el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal, (iv) el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, (v) estabilidad y calidad de la obra, (vi) calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados, y (vii) calidad del servicio. Esta normativa señalaba además que la entidad contratante podía solicitar el amparo de los demás riesgos que considerara necesarios.

83. La normativa en mención –al igual que la actualmente vigente sobre la materia– da cuenta de que a pesar de que al seguro de cumplimiento a favor de entidades públicas se le ha dado la denominación general de garantía única de cumplimiento, los amparos que cubija se distinguen según la clase de obligaciones a las que se asocia cada uno de ellos. En el caso del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, de manera diferenciada respecto de los riesgos que estaban llamados a cubrir otros amparos, el numeral 4.2.1 del Decreto 4828 de 2008 establecía que cubría a la entidad estatal contratante de los perjuicios que sufriera con ocasión de “(i) la no inversión; (ii) el uso indebido, y (iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato ...”.

84. Esta Subsección ha señalado que si bien la garantía de cumplimiento a favor de entidades públicas es una sola, sus amparos son diversos, pues se asocian a las diferentes obligaciones de los contratistas, lo que impone a la entidad asegurada ser absolutamente rigurosa a la hora de determinar el riesgo que se ha configurado y con fundamento en el cual pretende hacer efectiva la garantía vertida en una póliza, en tanto no es posible tomar el valor de un amparo, para cubrir el siniestro acaecido por la ocurrencia de un riesgo cubierto por otro⁴⁰. Esta conclusión halla respaldo en los elementos esenciales del contrato de seguro⁴¹, específicamente, en el cumplimiento de la condición suspensiva que da lugar a que surja la obligación del asegurador⁴², esto es, la ocurrencia del siniestro, que no es más que la

³⁹ Derogado por el artículo 9.2 del Decreto 734 de 2012 (lo referente a garantías, Título V), este, a su vez, fue derogado por el Decreto 1510 de 2013 (lo referente a garantías, Título III), el que, a su vez, fue compilado en el Decreto 1082 de 2015 (lo referente a garantías, Sección Tercera).

⁴⁰ Al respecto se pueden consultar, entre otras, la sentencia proferida por esta Subsección el 18 de febrero de 2022, Exp. 53.318.

⁴¹ Código de Comercio: “ARTÍCULO 1045. Son elementos esenciales del contrato de seguro:

1) El interés asegurable;

2) El riesgo asegurable;

3) La prima o precio del seguro, y

4) La obligación condicional del asegurador.

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno”.

⁴² Código de Comercio: “ARTÍCULO 1037. Son partes del contrato de seguro:

materialización del riesgo amparado⁴³ que debe ser demostrada por el asegurado, en conjunto con la cuantía de la pérdida⁴⁴.

85. Al revisar en su integridad el texto de la Resolución No. 25 de 2009 y del acto que la confirmó, la Sala constata que el incumplimiento que declaró ECOVIVIENDA no se soportó en la realización de ninguno de los riesgos cubiertos por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, pues no se refirió a (i) la no inversión, (ii) el uso indebido o (iii) la apropiación indebida de los recursos que le entregó la entidad por ese concepto, sino al incumplimiento en el que incurrió el interventor respecto de la vigilancia técnica en la construcción del proyecto Estancia del Roble, el cual derivó de las conclusiones del informe rendido por la supervisora el 1 de noviembre de 2018 que mostraron que, a pesar de que sí realizó requerimientos al ejecutor de la obra en torno al cumplimiento de las especificaciones técnicas y aun cuando éstos no fueron atendidos, autorizó los pagos y recibió a satisfacción los bienes. Igualmente, la declaratoria de incumplimiento se fundó en las conclusiones a las que arribaron la UPTC y la SBIA en cuanto a la multiplicidad de falencias halladas en las obras lo que, concluyó la entidad, denotaba la inobservancia de las obligaciones del consultor en torno al seguimiento técnico de la obra.

86. Lo anterior pone en evidencia que los fundamentos fácticos en los que se sustentó la decisión de la administración no se asociaron a las obligaciones que adquirió el contratista respecto del anticipo que le entregó la entidad pública contratante para la ejecución del objeto pactado. Debido a la función que está llamado a cumplir, el anticipo que se entrega al contratista con un objeto específico, apalancar la ejecución del objeto convenido, por lo cual tales recursos no entran a hacer parte del patrimonio de aquél⁴⁵ y, por tanto, al recibirlo queda obligado a destinarlo y emplearlo en los términos convenidos por las partes, es decir, a manejarlo e invertirlo según esas estipulaciones. En línea con esto, el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la contratante del riesgo de sufrir perjuicios por el hecho de que el contratista ejecute conductas que desconozcan o incumplan la forma acordada para el manejo de tales recursos y que conduzcan a contrariar los propósitos para los cuales fue estipulado⁴⁶.

87. Dado que ni en el texto de la Resolución No. 25 de 2009 ni en su acto confirmatorio la entidad hizo ninguna alusión a incumplimientos del consorcio respecto de las obligaciones asociadas al manejo del anticipo que le fue entregado, si no, como ya se vio, a otras cuya inobservancia podía causar perjuicios que no estaban cobijados por este amparo, se debe otorgar razón al contratista en cuanto a que la administración no podía hacerlo efectivo porque no se acreditó su ocurrencia, en tanto no dio cuenta de que no se hubiere invertido adecuadamente o en los términos del plan de inversión, lo que conduce a revocar en este punto la

1) *El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y (...)*".

⁴³ Código de Comercio: "ARTÍCULO 1072. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado".

⁴⁴ Código de Comercio: "ARTÍCULO 1077. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad".

⁴⁵ A diferencia del pago anticipado, pues su finalidad no consiste en remunerar al contratista.

⁴⁶ Al respecto se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias: Subsección A, sentencia del 5 de febrero de 2024, Exp. 62.324 y Subsección B, sentencia del 3 de noviembre de 2020, Exp. 47760.

sentencia impugnada y a declarar la nulidad parcial del acto en lo tocante a la decisión de hacer efectivo este amparo.

88. En el recurso de apelación el demandante señaló que como no era posible declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 25 de 2019, en caso de encontrarse configurado un vicio que afectara alguna de sus partes debía invalidarse íntegramente. Este argumento no es de recibo puesto que, al contener varias decisiones diferentes, el acto administrativo puede ser invalidado solamente respecto de aquellas que resulten afectadas por el supuesto fáctico y jurídico que se halle comprobado, sin extenderse a otras respecto de las cuales esos supuestos no tengan relación. Las razones que conducen a concluir que en el acto administrativo demandado ECOVIVIENDA no dio cuenta de la ocurrencia del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo –que se asocian a las razones que en relación con este aspecto expuso el consorcio en su demanda y en su impugnación– no se pueden trasladar automáticamente a las otras declaraciones que contiene, por lo cual, en lo demás, se mantendrá la presunción de legalidad de la Resolución No. 25 de 2019 y su acto administrativo confirmatorio.

89. La Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 26 y 38 de 2019 por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato de consultoría No. 29 de 2009, en tanto no es cierto que ECOVIVIENDA hubiere convocado al consorcio para intentar la liquidación bilateral; además, la interpretación que realiza esta entidad respecto del inciso tercero del artículo 11 de la Ley 1150 de 2011 para señalar que no estaba obligada a ello no resulta plausible a la luz del procedimiento administrativo fijado por esa misma ley para que la administración quede habilitada para ejercer esa facultad, en tanto está diseñado para garantizar el derecho del contratista de participar en él. El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 dispone:

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

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

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

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

90. La lectura sistemática de este artículo revela con claridad que el legislador quiso privilegiar el acuerdo de las partes frente al finiquito económico del contrato, respecto de la imposición unilateral de la voluntad de la administración sobre esta materia:

(i) La norma empieza por señalar con carácter imperativo que la liquidación se *hará* de manera bilateral dentro del plazo estipulado por las partes o, de manera supletiva, dentro del término legal de cuatro (4) meses;

(ii) Enseguida, como una excepción a tal regla general, se abre la posibilidad de que la administración adopte unilateralmente esa determinación en un plazo de dos (2) meses, pero condicionada a que se presente una cualquiera de estas dos circunstancias: a) que el contratista no se presente a la liquidación *previa notificación o convocatoria*; o que, habiéndolo hecho, b) las partes no logren un acuerdo;

(iii) En el siguiente inciso, lo que regula la ley es un plazo adicional al término acumulado de seis (6) meses anteriores para que ese acto se realice, bien sea de manera concertada o unilateralmente, pero esto no supone que se invierta la regla general en cuanto a que se debe dar primacía al acuerdo de las partes y, solo de manera subsidiaria ante la falta de consenso por la ocurrencia de cualquiera de las dos condiciones expresamente contempladas por el legislador, la administración defina el finiquito de cuentas sin el consentimiento de su contratista.

(iv) Finalmente, la norma reafirma la intención del legislador de darle prevalencia al acuerdo de las partes, al señalar que en caso de que en la liquidación bilateral el contratista deje salvedades, la administración sólo podrá hacer uso de su facultad unilateral respecto de esos puntos.

91. El entendimiento de la demandada en cuanto a que el inciso tercero del referido artículo 11 la autoriza para erradicar el derecho que tiene el contratista de concurrir a la celebración de un acuerdo liquidatario no encuentra respaldo en la lectura íntegra y sistemática de esa norma, de la cual se deriva, sin hesitación alguna, que la liquidación unilateral tiene un carácter eminentemente supletivo a la bilateral; además, resulta abiertamente contrario al derecho de defensa y contradicción del que es titular cualquier sujeto en la etapa previa a la formación de la voluntad de la administración respecto de un acto administrativo de contenido particular y concreto que lo afectará.

92. Que la contratante deba convocar al contratista con el propósito de garantizar su participación efectiva en el cierre de cuentas del negocio jurídico, no es una concesión generosa o caprichosa de la administración, ni se trata de una facultad discrecional, es una obligación legal de ineludible cumplimiento, en tanto está encaminada a asegurar el derecho que le asiste a su colaborador de expresar y probar lo que estime necesario de cara al estado en el que se declarará la terminación del contrato. Si bien lo que primordialmente procura la norma con la regulación de este procedimiento es que a ello se llegue a través de la concertación de las partes, lo cierto es que también prevé, aunque de manera supletiva, que en caso de no lograrse ese acuerdo por alguna de las dos condiciones expresamente

señaladas por el legislador, la administración adopte tal determinación de manera unilateral, pero habiendo transitado previamente por un escenario en el que el contratista tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción⁴⁷.

93. En suma, la interpretación de ECOVIVIENDA ignora que la liquidación unilateral es supletiva al acuerdo bilateral de las partes sobre esa materia y que solamente ante el fracaso real de esa etapa previa –que únicamente podrá entenderse que ha ocurrido cuando pese a haberse convocado al contratista éste no participa o habiéndolo hecho las partes no logran un acuerdo– se activa la facultad legal de la administración para determinar el estado final del contrato sin el consenso del contratista, por lo cual debe concluirse que el *a quo* no incurrió en una aplicación errónea de la ley, pues le asistió razón al señalar como fundamento de la nulidad de las Resoluciones Nos. 26 y 38 de 2009 que la entidad debió agotar *ex ante* la etapa de liquidación bilateral.

94. El material probatorio obrante en el expediente revela que ECOVIVIENDA no convocó al consorcio para efectos de que se concertara la liquidación bilateral. A partir del contenido del oficio 130-13-1396 del 4 de octubre de 2016 al que se refirió en su recurso de apelación, no puede inferirse que lo hubiere hecho⁴⁸, pues no se observa que lo hubiera citado o notificado para tales efectos. La información que se puso en conocimiento del contratista a través de ese documento se refería a la terminación del contrato de consultoría No. 29 por efecto de la terminación del contrato de unión temporal para la construcción del proyecto Estancia del Roble. Seguidamente se le indicó que como consecuencia de ello y en los términos de la Ley 80 de 1993 se debía proceder a la etapa de liquidación⁴⁹. Es decir, en lo que a la liquidación concierne, el oficio simplemente reprodujo lo que por imperativo legal era de conocimiento de las partes –que después de finalizado el contrato debe procederse a su liquidación–, pero no contiene una invitación, citación, convocatoria o notificación al contratista para dar inicio a las tratativas tendientes a realizar al balance final de cuentas.

95. La referida mención a la etapa de liquidación que contiene el oficio del 4 de octubre de 2016 resulta insuficiente para tener por cumplido el requisito que la ley impone para entender que la etapa de liquidación bilateral se agotó y que, como consecuencia de ello, se activó la competencia de la administración para realizar ese acto de manera unilateral, en la medida que si el legislador hubiese considerado suficiente para garantizar la participación del colaborador de la administración en la realización del balance final de cuentas que conozca que una vez finalizado el contrato se abre paso esa fase del negocio, no habría dispuesto de manera expresa

⁴⁷ Sentencia del 28 de junio de 2016, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente: 2253. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

⁴⁸ El demandado en el recurso de apelación refirió al oficio No. 130 – 13 – 1396 del 04 de octubre de 2016 suscrito por el Gerente de Ecovivienda y el Alcalde Municipal de Tunja. En este indicaron que el contrato de interventoría No. 029 de 2009 es accesorio al negocio jurídico La Estancia del Roble, por lo que, en aplicación del principio general del derecho que señala que lo accesorio sigue a la suerte de lo principal, los contratos en mención se encuentran terminados por sustracción de materia y: “debe procederse conforme la Ley 80 de 1993, a la etapa de liquidación de los mismos” (SAMAI 44, C.E.).

⁴⁹ El contenido del oficio suscrito por ECOVIVIENDA y dirigido al consorcio es el siguiente “*Sobre el particular, de manera atenta me permito informarle que en consideración a que los contratos de Interventoría 029 de 2009 y 030 de 2010 son accesorios a los negocios jurídicos La Estancia del Roble y Torres del parque, aplicando el principio general del derecho según el cual “lo accesorio sigue la suerte de lo principal” los contratos en mención se hallan terminados por sustracción de materia y debe procederse conforme a la Ley 80 de 1993 a la etapa de liquidación de los mismos*” (folio 56, c.2).

en el inciso segundo del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 que la entidad debe propiciar ese trámite a través de la convocatoria o notificación al contratista para tales efectos, pues esto habría sido inane. Si bien no hay obstáculo legal para que sea el contratista el que por su propia iniciativa provoque el inicio de las tratativas, lo cierto es que es a la administración como directora del contrato a la que corresponde hacerlo y, específicamente, la que debe garantizar que dicho trámite se agote como paso previo a adoptar una determinación sin el consenso del contratista.

96. Tampoco es de recibo el argumento de la demandada que se dirige a señalar que sí se agotó la etapa previa de liquidación bilateral porque en el artículo 5º de la Resolución No. 25 del 31 de enero de 2019 dispuso que se procedería a la liquidación del contrato sin que el consorcio hiciera manifestación alguna al respecto ni interpusiera recurso en contra de tal determinación, así como tampoco lo hizo respecto de la Resolución No. 26 de esa misma fecha a través de la cual se realizó de manera unilateral el balance final de cuentas, pues, además de que esto tampoco supone una citación previa a la adopción de esta determinación, ello habría sido imposible, pues la resolución de incumplimiento y la de liquidación se expidieron el mismo día.

97. Igualmente, no asiste razón a ECOVIVIENDA al afirmar que, en todo caso, los fundamentos que soportaron el balance de cuentas fueron de pleno conocimiento del consorcio porque, en su mayoría, fueron los mismos que sirvieron de insumo a la Resolución No. 25 de 2019 que declaró su incumplimiento. Si bien el resultado del cumplimiento del contrato puede tener impacto en el balance final de cuentas, lo cierto es que los análisis que corresponden a la observancia de las obligaciones difieren de aquellos que corresponden a la liquidación. En el primero lo que se estudia es si el contratista cumplió debida y adecuadamente sus obligaciones y se logró el objeto convenido; en el segundo, lo que se realiza es un cruce de cuentas en función de ese cumplimiento.

98. En conclusión, como se demostró que ECOVIVIENDA no convocó al consorcio para adelantar el trámite bilateral de la liquidación y, además, como no se acreditó que, pese a ello, las partes hubieran tenido acercamientos sobre esta materia sin que hubieran podido arribar a un consenso la Sala confirmará la decisión del Tribunal de declarar la nulidad de las Resoluciones Nos. 26 y 38 de 2019 por vulnerar lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y por falta de competencia.

Costas

99. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del CPC, aplicable a este proceso por remisión del artículo 188 del CPACA, la condena en costas procede en contra de la parte a la que se le ha resuelto de manera desfavorable el recurso. La Sala se abstendrá de condenar en costas de esta instancia a las partes de este proceso, puesto que el recurso de apelación que presentó el consorcio no prosperó respecto de su petición de anular en su totalidad la Resolución No. 25 de 2009. El recurso que presentó ECOVIVIENDA para que se revoque la decisión del Tribunal respecto de las Resoluciones Nos. 26 y 38 de 2019

tampoco prosperó, por lo cual la condena en costas que a cada una correspondería en función de ello se entiende compensada entre ellas.

¹⁰⁰. Se añade que de conformidad con lo previsto en el numeral 5 de ese mismo artículo 365, cuando la demanda prospera parcialmente, el juez se puede abstener de condenar en costas. Al final del proceso, lo que se observa es que se accede solo de manera parcial a las pretensiones de la demandante, por lo cual en este caso la Sala está habilitada para no emitir condena en contra de la demandada respecto de aquello a lo que se accedió, pues en ese caso también tendría que hacerlo en contra de la demandante respecto de las pretensiones que se negaron.

FALLA:

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

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 24 de junio de 2021, la cual quedará así:

1. **DECLÁRASE** la nulidad parcial de la Resolución No. 25 del 31 de enero de 2019 y su acto administrativo confirmatorio identificado con el radicado OAJ-101-09.309 del 10 de abril de 2019, **únicamente** en cuanto declaró ocurrido el siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo y ordenó hacerlo efectivo por un valor de trescientos cuarenta y tres millones quinientos treinta y un mil cuatrocientos sesenta pesos (\$343'531.460).
2. **DECLÁRASE** la nulidad total de la Resolución No. 26 del 31 de enero de 2019 y su confirmatoria la Resolución No. 38 del 10 de abril de 2019.
3. **NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN

(aclaración de voto)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

(aclaración de voto)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. **Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.**

