



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)

Expediente: 680012331000 201100721 01 (62.016)
Demandante: UNIÓN TEMPORAL PUENTES I
Demandado: METROLÍNEA S.A.
Acción: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

TEMAS: CLÁUSULA PENAL – en sentido general abarca la tasación anticipada de perjuicios y las multas – su alcance y efectos se regulan por la autonomía de la libertad que encuentra límite en el principio del non bis in ídem – las reglas establecidas en el Título XI del Código Civil aplican de manera supletiva / MULTA – es una sanción con fines de apremio – requiere pacto inequívoco de las partes.

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

La controversia en esta instancia cuestiona la procedencia de las penas que Metrolínea impuso a la demandante por el atraso en la entrega de algunas obras del contrato 002 de 2008, cuando las mismas ya se habían culminado.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. El 20 de abril de 2018, el Tribunal Administrativo de Santander profirió la siguiente decisión:

“Primero. DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 152 de marzo 08 de 2011, suscrita por el Gerente (E) de METROLÍNEA S.A., ‘POR MEDIO DE LA CUAL SE IMPONE UNA MULTA A LA UNIÓN TEMPORAL PUENTES I’, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo. CONDENAR a METROLÍNEA S.A. a devolver a la UNIÓN TEMPORAL PUENTES I, cualquier suma de dinero que ésta hubiere pagado por concepto de las multas impuestas mediante la Resolución No. 152 de marzo del 2011, debidamente indexada desde la fecha en la cual se hubiere producido el pago, hasta la fecha en la cual éste se realice.

Tercero. DENEGAR las restantes pretensiones.

Cuarto. Sin condena en costas.

Quinto. Una vez en firme esta providencia, ARCHIVAR las diligencias previas las anotaciones en el Sistema Justicia SIGO XXI¹.

¹ Folios 553 a 572, c. ppal.

2. El anterior proveído resolvió la demanda presentada² por los integrantes de la Unión Temporal Puentes I, Arketipo S.A., Industrias AVM S.A. y HB Estructuras Metálicas (en adelante, la parte demandante, la Unión Temporal o la contratista) en contra de METROLÍNEA S.A. (en adelante, METROLÍNEA, la contratante o la demandada) cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos de derecho son los siguientes:

Pretensiones

3. La demandante solicitó que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“Que se DECLARE LA NULIDAD de la Resolución No. 151 (sic³) de marzo 8 de 2011, por medio de la cual METROLÍNEA impuso una multa a la UNIÓN TEMPORAL PUENTES I, por el supuesto incumplimiento del contrato No. 002 de 3 de marzo de 2008.

Como consecuencia de lo anterior, la sociedad METROLINEA S.A. reconozca y pague a favor de mi mandante, los dineros que debía cancelar correspondientes a los pagos debidamente facturados y reconocidos de conformidad con el contrato y que en el momento del pago fueron retenidos para hacer efectivo el cobro de las multas. Estos dineros deben ser reembolsados o cancelados, debidamente actualizados con los intereses corrientes y moratorios correspondientes liquidados desde el momento en que se hace la apropiación o retención de los dineros por parte de METROLÍNEA, en lugar de pagar las actas a la UTPI, dentro de los plazos establecidos en el contrato y hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. En consecuencia debe cancelar lo descontado con los INTERESES MORATORIOS DESDE EL DÍA DEL DESCUENTO REALIZADO, TENIENDO EN CUENTA QUE CORRESPONDÍA AL PAGO DE LAS CUENTAS DE COBRO DE LOS PAGOS CONTRACTUALES QUE DEBÍA REALIZAR EL CONTRATANTE HASTA EL DÍA EN QUE EFECTIVAMENTE REALICE EL PAGO”.

Hechos

4. En apoyo de sus pretensiones, la demandante relató los siguientes hechos:

5. El 3 de marzo de 2008, entre las mismas partes de este proceso se celebró el contrato de obra No. 002, cuyo objeto consistió en la construcción de puentes peatonales y estaciones de parada de los tramos de Lagos II a Piedecuesta y de Bucaramanga a Girón del sistema integrado de transporte masivo para el área metropolitana de Bucaramanga. El plazo del contrato se prorrogó en 6 oportunidades debido a incumplimientos de Metrolínea y culminó el 5 de abril de 2011.

6. A través de oficio M-OAJ-109-070111 del 7 de enero de 2011 (en adelante, oficio 109), se corrió traslado a la Unión Temporal –no a sus integrantes– de los oficios M-DIN-2605-180610 y M-DIN-3844-160910 emitidos por el Director Técnico de Infraestructura de Metrolínea, con el fin de que se pronunciara sobre las razones por las cuales se daba inicio al procedimiento para imponer multas.

² La demanda se presentó el 13 de septiembre de 2011 (folio 139, c. 1).

³ Se refiere a la Resolución No. 152 de esa misma fecha. Así se deriva del contenido de la demanda y se reafirma porque fue frente a este acto que se pronunció el Tribunal Administrativo de Santander en la sentencia recurrida, sin que ninguna de las partes objetara este aspecto. Además, Consta en el proceso que sobre la Resolución No. 151 del 8 de marzo de 2011 se pronunció ese mismo Tribunal a través de sentencia del 11 de diciembre de 2017, dentro del proceso radicado bajo el número 68001233100020110072800 que quedó ejecutoriada el 15 de enero de 2018 (Samai, índice 40).

7. Mediante Resolución No. 151 del 8 de marzo de 2011, en la que se hizo alusión al oficio 109, la contratante impuso una multa a la Unión Temporal por los atrasos presentados en las estaciones Río de Hato, Campo Alegre y La Estancia; así como en los puentes Campo Alegre, Mensulí y La Estancia.
8. El mismo 7 de enero de 2011, a través de oficio M-OAJ-110-070111 (en adelante, oficio 110) se corrió traslado a la Unión Temporal –no a sus integrantes– de los oficios 097-DIR-064-2010 y 097-DIR-096-2010 emitidos por la interventoría con el fin de que se pronunciara sobre las razones por las cuales se daba inicio al procedimiento para imponer multas, esta vez, con base en el contenido de tales documentos de la interventoría.
9. El 8 de marzo de 2011 también se expidió la Resolución No. 152, por medio de la cual la contratante impuso una multa a la contratista con base en los atrasos presentados en los mismos puentes mencionados en la Resolución No. 151 y, además, en el de Palmichal. En ésta se hizo alusión al oficio 110. La Resolución no fue notificada a los integrantes de la Unión Temporal.
10. No se notificó un pliego de cargos en debida forma y en el oficio que se remitió como antesala de la expedición de la Resolución No. 152 no se cuantificó el valor de la multa.

Normas violadas y concepto de violación

11. La Resolución No. 152 de 2011 es contraria a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, pues la multa tiene carácter conminatorio y se impuso cuando ya se había culminado la obra contratada. Para el 7 de enero de 2011 cuando se expidieron los oficios 109 y 110 las obras ya se habían terminado, pues, salvo el puente de Palmichal, las demás finalizaron en noviembre de 2010. En relación con este puente manifestó que el hecho de que a ese mismo momento no se hubiere terminado se debió al incumplimiento de Metrolínea por no entregar a tiempo los predios, obligación que atendió solo hasta diciembre de 2010. Dijo que este aspecto fue destacado por la interventoría en oficio 097-DIR-029-2011 del 23 de febrero de 2011, documento en el que también precisó que el atraso se redujo a 15 días. Añadió que, en todo caso, la Unión Temporal sí entregó las estaciones y puentes de manera oportuna porque lo hizo dentro de los plazos acordados, incluido el de entrega de correcciones.
12. La Resolución No. 152 de 2011 se expidió con violación del debido proceso, dado que: (i) no se notificó un pliego de cargos a la Unión Temporal ni a sus integrantes, tampoco se les notificó tal acto, y (ii) no aplicó la multa de acuerdo con la participación de cada uno de ellos en la figura asociativa.
13. Por tratarse de una sanción, la notificación debió hacerse directamente a los integrantes de la Unión Temporal pues, en esa materia, eran solo ellos los que podían asumir su defensa. Aun cuando se hubiere intentado notificarlos a través del representante de esa figura asociativa, ello no surtía ningún efecto porque tal representación opera únicamente para asuntos contractuales (adjudicación, celebración y ejecución del contrato); además de que ninguno de ellos delegó en

aquél su representación en temas sancionatorios. Como fundamento se refirió al artículo 7 de la Ley 80 de 1993.

14. En el “*aparente pliego de cargos*” no se cuantificó el valor de la multa a cargo de la contratista y, a pesar de que Metrolínea conocía la participación de cada uno de los integrantes de la Unión Temporal, no la tuvo en cuenta para tasar el monto de la multa correspondiente a cada uno de ellos, según su participación en la figura asociativa, lo que afectó su derecho de defensa.

15. La Resolución No. 152 es nula porque impuso doble sanción por los mismos hechos. En este acto y en la Resolución No. 151 el fundamento de las multas consistió en un mismo supuesto, pues ambas se refirieron, entre otras obras, a los atrasos que se presentaron en los puentes Campo Alegre, Mensulí y La Estancia.

16. Por el mismo hecho del retardo, en la Resolución No. 152 se sancionó doblemente al contratista, al aplicar lo dispuesto en los numerales 27.5 y 49.3 del pliego de condiciones, en tanto ambos se refieren a una sanción en función del atraso de las obras, el primero en un porcentaje del 0.0002% sobre el valor total del contrato “*por cada día de atraso*”, y el segundo en un porcentaje del 0.1% “*por cada día de retardo*”. Añadió que, a pesar de que el numeral 49.3 se aplicó haciendo referencia a una compensación por daños y perjuicios, lo cierto es que en la resolución demandada no se hizo alusión a cuáles fueron los daños causados, ni se indicaron las pruebas de su existencia y tampoco fueron cuantificados.

17. La Resolución No. 152 está viciada de nulidad por falsa motivación, en tanto la imposibilidad de entregar las obras en la fecha estipulada se debió a incumplimientos de Metrolínea y no de la contratista, generados, principalmente, porque no entregó las zonas de las obras en la forma establecida, sino que hizo entregas parciales, así como porque las cotas rojas se entregaron extemporáneamente, además de que no hizo traslados de postes y redes, entre otros aspectos. Al referirse específicamente a cada puente, hizo alusión a los problemas presentados y a las fechas de entrega de zonas de trabajos y cotas rojas.

18. Finalmente, puntualizó que en repetidas oportunidades se le indicó a la contratante la necesidad de fijar prórrogas que atendieran a la realidad del contrato y se le advirtió que el cumplimiento de las que se fijaran dependía de la atención oportuna de sus compromisos, especialmente, de entregar las zonas de trabajo y las cotas rojas; no obstante, Metrolínea no atendió tales recomendaciones, lo que dio lugar a que se tuvieran que suscribir 6 prórrogas.

Contestación de la demanda

19. Metrolínea se opuso a las pretensiones de la demanda. Como fundamento expresó las razones que se sintetizan a continuación:

20. En la actuación que se surtió previo a la expedición de la Resolución No. 152 se respetó el debido proceso de la contratista, en tanto se siguió lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 con el ánimo de conminarla al cumplimiento de sus obligaciones. Mediante oficio 097-DIR-037-2010 del 14 de septiembre de 2010

se le indicó que las estaciones Río de Hato, Campo Alegre y La Estancia, así como los puentes Campo Alegre, La Estancia y Mensulí debían concluirse al día siguiente, pero que a esa fecha aún estaban en etapa de construcción, por lo cual se le solicitó presentar planes de contingencia, a la vez que se le advirtió que la situación se enmarcaba en lo dispuesto en el numeral 27.5 del pliego de condiciones que establecía una sanción equivalente al 0.0002% por cada día de atraso, así como en lo dispuesto en el numeral 49.3 de ese mismo documento en el que se acordó que durante la ejecución del contrato Metrolínea podía imponer a la contratista multas diarias sucesivas por el incumplimiento tardío o defectuoso de sus obligaciones por un valor equivalente al 0.1% del valor del contrato, hasta un tope máximo del 10%.

21. Adicionalmente, a través del oficio 109 del 7 de enero de 2011 Metrolínea dio traslado a la contratista de los documentos en los que se expusieron los hechos y las razones para aplicar los numerales 27.5 y 49.3 del pliego de condiciones, frente a lo cual la Unión Temporal presentó sus descargos; además de que, según la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 25 de septiembre de 2013 (Exp. 19.933), los consorcios y las uniones temporales sí tienen capacidad para comparecer al proceso a través de sus representantes.

22. De conformidad con lo dispuesto en el mismo artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, las multas pueden imponerse mientras esté pendiente la ejecución del contrato, por lo que no es dable entender que esa competencia se encuentre limitada en función del vencimiento del plazo pactado para cumplir el objeto. En consecuencia y teniendo en cuenta las prórrogas que se pactaron para ampliarlo, la Resolución No. 152 se expidió cuando el negocio jurídico aún estaba vigente.

23. Las multas que se impusieron en las Resoluciones Nos. 151 y 152 no corresponden a los mismos hechos y, por tanto, no se aplicó doblemente la sanción. Como fundamento, se expuso que respecto de una y otra se señalaron los hechos que daban lugar a su imposición –no mencionó exactamente a qué hechos se referían tales documentos–, así como a su cuantificación; indicó que la contratista tuvo la oportunidad de presentar sus descargos, pero que los mismos no fueron aceptados por la entidad.

24. En cuanto a la Resolución No. 152 precisó que al pronunciarse sobre los descargos de la contratista, la entidad consideró que no tenían fundamento porque los días de atraso se presentaron en el costado oriental que estaba disponible para su intervención. Se añadió que las prórrogas no se hicieron necesarias por incumplimiento de Metrolínea, sino por solicitudes de la contratista.

Alegatos en primera instancia

25. Agotado el período probatorio⁴, la demandante presentó alegatos de conclusión para insistir en sus argumentos. La demandada también lo hizo con el

⁴ Mediante auto del 26 de junio de 2015 (fls. 336 a 338, c. 1), el Tribunal decretó como pruebas las allegadas con la demanda y con la contestación. Ofició a la Interventoría del contrato para que allegara al expediente unas comunicaciones que dirigió a Metrolínea, así como copia auténtica del contrato, de sus modificatorios y de las páginas 75, 93, 94 y 95 de los documentos estándar de la licitación que precedió la celebración del contrato, así como a Metrolínea para que remitiera otras comunicaciones, el acta de terminación y recibo de las obras y certificación de descuentos realizados en las cuentas de cobro presentadas por la UTPI para cubrir el valor de las multas impuestas mediante Resolución No. 12 del 8 de marzo de 2011. A través de auto del 19 de febrero de

mismo propósito y para expresar que las Resoluciones Nos. 151 y 152 contienen sanciones diferentes. Señaló que en la primera de ellas se aplicó el numeral 49.1 del pliego de condiciones, referente a una tasación anticipada de perjuicios por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, mientras que en la segunda se aplicó el numeral 27.5 como descuento automático por el incumplimiento del cronograma, al margen de que el objeto se cumpliera o no con posterioridad. Añadió que ninguno de esos dos numerales correspondía a multas porque no tenían por fin conminar al cumplimiento de las obligaciones. El Ministerio Público no se pronunció.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

26. El Tribunal Administrativo de Santander resolvió las pretensiones de la demanda en los términos que se dejaron expuestos al inicio de esta providencia. Como fundamento expresó:

27. Previo a la imposición de la multa, a la Unión Temporal se le respetó su derecho al debido proceso, en tanto el procedimiento se surtió con su audiencia. La notificación de las actuaciones que se realizaron y de las decisiones que se adoptaron se hizo al representante de esa figura asociativa que era el que tenía su vocería frente a cualquier actuación administrativa o judicial derivada de la actividad contractual⁵. Adicionalmente, Metrolínea, a través de diferentes oficios, puso en conocimiento de la contratista los fundamentos de hecho que daban cuenta de sus incumplimientos, le permitió presentar sus descargos, los cuales fueron evaluados por la entidad para, finalmente, tomar una decisión motivada que quedó vertida en la resolución demandada.

28. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en la contratación estatal las multas no tienen naturaleza indemnizatoria ni sancionatoria, sino conminatoria del cumplimiento de los compromisos del contratista, por lo cual, a diferencia de la declaración de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, que puede hacerse incluso después de vencido el plazo del contrato, aquéllas solo pueden ser impuestas mientras esté pendiente el cumplimiento de la obligación; no obstante, para la fecha en la que se expidió la Resolución No. 152 del 8 de marzo de 2011 la Unión Temporal ya había cumplido sus obligaciones, puesto que culminó las obras de construcción de los puentes el 30 de noviembre del año anterior, por lo cual, para ese entonces, Metrolínea ya había perdido competencia para hacer esa declaración. En virtud de esto, el Tribunal señaló que quedaba relevado de analizar los demás cargos de la demanda.

29. Dado que no se acreditó que Metrolínea hubiere hecho descuentos con cargo a saldos a favor del contratista por el concepto de la multa impuesta en la Resolución No. 152 de 2011 y tampoco que la Unión Temporal las hubiere pagado por algún otro

2024, se ofició a Metrolínea para que informara si el Banco Mundial financió en todo o en parte el contrato No. 002 del 3 de marzo de 2008 y, en caso afirmativo, para que certificara el porcentaje de financiación; así como para que allegara a este proceso la totalidad de los pliegos de condiciones que se aplicaron a la licitación pública internacional No. LPI003-07, con sus respectivas adendas y anexos, así como las normas del BIRF aplicables a esa licitación y al contrato No. 002 de 3 de marzo de 2008. Se ofició al Tribunal Administrativo de Santander para que allegara a este proceso copia de la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2017 en el proceso radicado bajo el No. 68001233100020110078200, acompañada de su constancia de ejecutoria. Se cumplieron ambos requerimientos.

⁵ Como fundamento se refirió a la sentencia del 25 de septiembre de 2013, de la Sección Tercera de esta Corporación, Exp. 19.933.

medio, el Tribunal ordenó que, en caso de haberlo hecho, la demandada le debía reintegrar el monto que hubiere sido efectivamente pagado. No se reconocieron intereses de mora porque, en caso de que se hubiere cubierto el valor de las multas, los intereses correrían a partir de la ejecutoria de la sentencia.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

30. Metrolínea pidió que se revoque la sentencia y se nieguen todas las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su inconformidad expresó que la providencia es contraria a los hechos que fueron probados en el proceso.

31. En los pliegos de condiciones que integraron el contrato de obra No. 002 de 2008 se estipularon diferentes consecuencias frente a los incumplimientos de la contratista:

- En el numeral 49.1 se consignó una cláusula penal moratoria con la finalidad de indemnizar los perjuicios que se causaran a Metrolínea por el retardo en la terminación de las obras;

- En el numeral 27.5 se estableció una sanción por el simple incumplimiento del cronograma de obra, sin que tuviera el carácter conminatorio al que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, puesto que, en los términos estipulados, la sola inobservancia generaba su causación, es decir, se causaba con independencia de que el contratista pudiera cumplir posteriormente sus obligaciones;

- En el numeral 49.3 se pactó una cláusula de multas por el cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones; y,

- En el mismo numeral 49.3 se estipuló una cláusula penal pecuniaria en caso de incumplimiento definitivo.

32. Del contenido de los oficios M-DIN-2605-1801610 del 18 de junio de 2010, M-DIN-3844-1609110 del 1 de junio de 2010, M-DIN-4980-021210 del 10 de diciembre de 2010 y M-OAJ-109-070111 del 7 de enero de 2011, así como del mismo de la Resolución No. 152 de 2008 se deduce que Metrolínea no hizo efectiva una multa conminatoria en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, sino que aplicó la cláusula penal moratoria prevista en el numeral 49.1 y, al mismo tiempo, la sanción del numeral 27.5. Como soporte señaló que en el primero de los referidos oficios se hizo alusión a la cuantificación de daños y perjuicios causados a la entidad con ocasión de los atrasos del contrato y a la sanción por el incumplimiento del cronograma, por lo cual no podía derivarse que la intención de la entidad hubiere sido conminar a la Unión Temporal al cumplimiento de sus obligaciones.

33. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso de apelación⁶, el cual fue admitido por esta Corporación el 17 de septiembre de 2018⁷. El 21 de enero de 2019 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. La demandada intervino en esta etapa

⁶ Folio 582, c. ppal.

⁷ Folio 588, c. ppal.

procesal para insistir en los argumentos que ha expresado en favor de sus intereses a lo largo del proceso⁸. La demandante y el Ministerio Público no se pronunciaron.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

34. Con el objeto de resolver el recurso de apelación, se deberá analizar si las penas⁹ impuestas a través de la Resolución No. 152 de marzo 8 de 2011 podían ser aplicadas con posterioridad al momento en que la contratista había cumplido con las obligaciones en cuyo retraso se sustentaron las decisiones adoptadas en ese acto.

35. El contrato No. 002 de 2008 se financió con recursos del Banco Mundial¹⁰. En virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 80 de 1993¹¹, el proceso de selección se rigió por la normativa de ese organismo internacional.

36. En relación con el régimen jurídico aplicable al contrato 002 de 2008, se estima pertinente mencionar que si bien en sentencia del 12 de febrero de 2014 (Exp. 48117), al resolver un recurso extraordinario de anulación respecto de un laudo arbitral en el que se decidió una controversia entre las mismas partes de este proceso, originada también en el contrato 002 de 2008, la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación indicó que el negocio jurídico se rigió por la ley 80 de 1993, esta Sala se aparta de tal conclusión, en la medida que al realizar un análisis íntegro de la normativa aplicable, concluye que se gobernó por el derecho privado.

37. En el referido fallo se mencionó que al asunto resultaba aplicable la norma de transición establecida en el artículo 31 de la ley 1150 de 2007 que dispuso que los procesos de contratación que estuvieran en curso al momento en que entrara a regir esa ley –16 de enero de 2008– continuarían sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación, por lo cual, como el proceso de selección que precedió al contrato 002 de 2008 se surtió en el año 2007, la normativa aplicable se determinaba por lo previsto en el artículo 13 de la ley 80 de 1993 que, a su vez, señalaba que “*los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes*”.

⁸ Folios 593 a 595, c. ppal.

⁹ “4a. La cláusula penal (...) El concepto de pena comprende el derecho represivo y el Derecho Privado en el que se da a través de convenciones o cláusulas para garantizar el cumplimiento de la voluntad contractual.

5a. Los artículos 1592 a 1601 del Código Civil, objeto de esta demanda de inconstitucionalidad, estatuyen lo relacionado con la cláusula penal en materia civil o pecuniaria, o sea que constituyen la reglamentación a que deben atenerse los contratantes que la estipulan voluntariamente para asegurar el cumplimiento de una obligación”. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 27 de septiembre de 1974.

¹⁰ Según certificación emitida por Metrolínea, el Banco Mundial financió el 59% del contrato 002 del 3 de marzo de 2008, Samai, índice 27.

¹¹ Vigente al momento en que inició el procedimiento de selección, octubre de 2007 (Samai, índice archivo 34, carpeta 1, folio 13). De conformidad con el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, salvo los artículos 9 y 17 que entraron a regir a partir de su promulgación –16 de julio de 2007– y el artículo 6 que entró a regir 18 meses después, las demás disposiciones de esa norma empezaron a regir 6 meses después a la fecha de su promulgación, es decir, el 16 de enero de 2008.

38. Se señaló que Metrolínea eligió la opción que le confería el artículo 13 de la ley 80 de 1993, en el sentido de adelantar la etapa precontractual de conformidad con el reglamento del organismo internacional que financió el proyecto y de determinar que el contrato no se gobernaría por ese reglamento, sino por la legislación Colombia, porque esto expresamente fue lo que estableció en el pliego de condiciones, por lo cual concluyó que: “[e]sto significa con mucha claridad y contundencia que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública colombiano sería el régimen sustantivo del negocio; sin incluir la modificación que introdujo la Ley 1150 de 2007, porque en esa fecha aún no estaba vigente”.

39. En esta oportunidad la Sala recoge la conclusión del fallo referenciado pues los supuestos de la transición regulada en el artículo 31 de la ley 1150 de 2007 no resultan aplicables para definir el régimen jurídico del contrato 002 de 2008. En su primera parte ese artículo se refiere a los procesos de contratación en curso al momento de su entrada en vigencia, en la segunda a los contratos de que trata el artículo 20 de la ley 1150 de 2007 que estuvieran en ejecución para ese mismo momento. Lo primero no resulta aplicable al caso porque para el 16 de enero de 2008 –fecha en que entró a regir la ley 1150, salvo en lo relacionado con los artículos 6, 9 y 17– el proceso de selección ya había finalizado, en tanto terminó con la adjudicación el 26 de diciembre de 2007¹². Tampoco lo segundo porque para esa misma fecha el contrato no estaba en ejecución, pues aún no se había suscrito.

40. Lo anterior conduce a que para determinar el régimen jurídico aplicable al contrato se deba acudir a lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, según el cual, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

41. El contrato se celebró el 3 de marzo de 2008, es decir, en vigencia de la ley 1150 de 2007, la cual en la parte final del artículo 20 dispone que “... los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades”. En la sección cuarta –“DATOS DEL CONTRATO”– de los documentos estándar de la licitación pública se dispuso expresamente que “la Ley por la que se regirá el Contrato es la de la República de Colombia”¹³. En consecuencia, en concordancia con el mencionado artículo 38 de la ley 153 de 1887, para determinar el régimen jurídico aplicable al contrato 002 de 2008 resulta necesario remitirse a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 1150 de 2007 –antes de la modificación introducida por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011–, por ser la vigente al momento de su celebración.

42. El párrafo 1 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 dispone que las sociedades públicas –naturaleza jurídica de la que participa Metrolínea, en tanto se trata de una sociedad comercial del tipo de las anónimas constituidas entre entidades públicas de carácter municipal con aportes del sector público– se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. El referido artículo 14 de la ley 1150 de 2007 establece el régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado, respecto de las cuales consagra una excepción a la

¹² Samai, índice archivo 34, carpeta 3, folios 497 a 500

¹³ Samai, índice 34, carpeta 1, pág. 98.

aplicación del EGCAP. Antes de la modificación introducida por el artículo 93 de la ley 1474 de 2011, esa norma disponía que aquellas EICE que se encontraran en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollaran su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, se regirían por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales. Como Metrolínea desarrolla su objeto en competencia con el sector privado y en un mercado regulado, su actividad contractual estaba regulada por el derecho común.

43. La determinación del régimen jurídico al cual se somete Metrolínea en su actividad contractual conduce a precisar que las resoluciones que profirió en el marco del contrato 002 de 2008 no tienen la connotación de actos administrativos pese a su denominación, por lo cual no pueden examinarse como tales, sino bajo las normas que las rigen y los institutos que su naturaleza jurídica les impone; por tanto, la Sala se abstendrá de realizar un estudio de legalidad de las “*resoluciones*” demandadas a partir de las causales de nulidad previstas por el legislador frente a los actos administrativos, sino que lo hará en función del cumplimiento del contrato, pues la herramienta de la nulidad se refiere a un juicio de validez de los elementos de verdaderos actos administrativos.

44. Lo anterior no comporta una variación de la *causa petendi* ni un desconocimiento de las garantías procesales de las partes, sino que responde al deber del juez para que, ante los supuestos fácticos que son puestos a su consideración, aplique el derecho correspondiente (*principio iura novit curia*); de manera que el análisis se abordará sin superar el objeto del proceso fijado por la intención de la demandante de que se analice si contractual y legalmente procedía la imposición de las penalidades que cuestiona en su demanda.

45. Lo anterior resulta coherente con la reciente posición unificada de la Sección Tercera en sentencia del 9 de mayo de 2024 (Exp. 53.962¹⁴) en cuanto a que el juez no podrá declararse inhibido para pronunciarse en casos en los que se hubiere pretendido la nulidad de actos que no tienen la condición de administrativos, puesto que, en garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y la aplicación del principio *iura novit curia*, debe adecuar e interpretar la demanda y reconducirla para fallarla de fondo. Si bien este pronunciamiento se hizo respecto de actos proferidos por empresas de servicios públicos domiciliarios en atención a que sus actos y contratos no están sometidos al EGCAP, tal pauta resulta aplicable a eventos que participan de esa misma particularidad, esto es, cuando se pretenda la nulidad de actos que no tienen la connotación de administrativos en atención a que la actividad contractual de la demandada estaba regulada por el derecho común.

46. Precisado lo anterior, procede la Sala a abordar el análisis del caso de cara al objeto de la apelación que se planteó.

47. En la Resolución No. 152 del 8 de marzo de 2011¹⁵ Metrolínea señaló puntualmente, que:

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 2024, radicación 76001233100020060332003 (53.962), C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

¹⁵ Folios 65 a 75, c. 1.

- Las actuaciones que se adelantaron previo a su expedición y que le sirvieron de fundamento para adoptar la decisión contenida en ese documento tuvieron por objeto determinar el incumplimiento parcial de la Unión Temporal respecto de las obligaciones relacionadas con el atraso de la ejecución de las obras **a 31 de mayo de 2010**.

- El incumplimiento parcial se sustentó en el contenido del informe de interventoría No. M-DIN-**2605**-180610 del 18 de junio de 2010, relacionado con el atraso en la ejecución de los puentes peatonales Campoalegre, Mensulí y La Estancia, así como por el atraso respecto de la rampa de Palmichal costado nororiental.

- En la parte resolutive se señaló que se aplicó una “*multa*” por valor de \$688’000.000 correspondiente al 0,1% “*del valor adjudicado del contrato*” por cada día de retardo, según lo contemplado “*en el numeral 49 del pliego de condiciones*”, más la suma de \$137’600.000, correspondiente al 0.0002% sobre el valor total del contrato, por cada día de atraso en el cumplimiento del cronograma de obra, de conformidad con lo estipulado en el numeral 27.5 de ese mismo documento, para un total de \$825’600.000.

48. El conflicto que se plantea en sede de apelación encuentra su génesis en la aplicación que la entidad contratante hizo de las cláusulas que se convinieron en procura de garantizar el cumplimiento cabal del contrato –unas que corresponden a una tasación anticipada de perjuicios y otras que se adecuan al concepto de multas–, es decir, tiene relación con el concepto general de “*cláusula penal*”¹⁶ que el Código Civil regula.

49. La lectura sistemática e integral de los artículos del Título XI del Código Civil conduce a considerar que la “*cláusula penal*” no tiene un único carácter, sino que puede denotar tres funciones diferentes, dependiendo de cuál sea la voluntad de las partes.

50. Por regla general, sirve como medio para tasar de manera anticipada los perjuicios por la mora o el incumplimiento definitivo de una obligación, caso en el cual se entiende que tiene un carácter compensatorio, resarcitorio o indemnizatorio¹⁷ (*cláusula penal*, en estricto sentido); sin embargo, esa misma codificación las habilita para que a través de estipulaciones inequívocas, la doten de otras funciones, como la de servir de garantía o caución¹⁸ así como de funcionar como una sanción

¹⁶ “ARTICULO 1592. <DEFINICIÓN DE CLÁUSULA PENAL>. La cláusula penal 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”.

¹⁷ “Según esta definición [se refiere a la contenida en el artículo 1592 de esa normativa], la cláusula penal implica una liquidación de los perjuicios por la no ejecución o el retardo de la obligación principal, realizada directamente por las partes, de manera anticipada y con un “carácter estimativo y aproximado”, que en principio debe considerarse “equitativo”, sin perjuicio, eso sí, de la acción de rebaja que consagra el art. 1601 del C. Civil ...”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 12 de enero de 2024, Rad. 11001-31-03-041-2020-00020-01 (SC507-2023)

¹⁸ Código Civil, “ARTÍCULO 1593. <NULLIDAD Y VALIDEZ DE LA CLÁUSULA PENAL>. La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal. Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por esta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona. Lo mismo sucederá cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido”.

destinada a conminar al contratista para que cumpla cabalmente sus obligaciones (*multa*¹⁹)²⁰.

51. En el caso de la cláusula penal, en sus facetas de tasación anticipada de perjuicios y de multa, los anteriores asertos se derivan, principalmente, del contenido de los artículos 1594, 1595 y 1600 del Código Civil, que señalan:

“ARTÍCULO 1594. <TRATAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL Y DE LA PENA POR MORA>. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; **a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.**

ARTÍCULO 1595. <CAUSACIÓN DE LA PENA>. Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva.

Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse.

“ARTÍCULO 1600. <PENA E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS>. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, **a menos de haberse estipulado así expresamente**; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena” (énfasis agregado).

52. Son estas disposiciones las que han conducido a la jurisprudencia y a la doctrina a concluir que la cláusula penal se entiende como tasación anticipada de perjuicios, a menos que se pacte de manera inequívoca que cumpla otra función, como cuando se estipula: (i) la pena por el mero retardo; (ii) que el pago de la pena no extingue la obligación principal, o (iii) que se pueden pedir a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, caso en el cual la primera debe entenderse como una sanción de carácter compulsivo o de apremio²¹. Cuando se pacta este tipo de

¹⁹ “Al explicar el concepto de cláusula como apremio, el profesor OSPINA indica que su propósito consiste en la presión o amenaza que este tipo de pena ejerce sobre la voluntad del deudor, induciéndolo a cumplir la obligación principal por el temor de incurrir en aquella, es decir, que válidamente podemos afirmar que la cláusula penal como apremio no es otra cosa que la cláusula de multas en la que la pena o sanción no reemplaza ni a la obligación principal ni a la indemnización compensatoria, sino que busca simplemente compulsar el exacto cumplimiento de la obligación, tal y como se había anotado”. DÁVILA VINUEZA. Luis Guillermo. “RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL- APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA LEY 80 DE 1993” 2ª edición. Editorial LEGIS, Pág. 456.

²⁰ Al respecto, se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias de esta Subsección: auto del 16 de febrero de 2012, Exp. 39702, sentencia del 24 de abril de 2020, Exp. 64154; sentencia del 5 de febrero de 2024; Exp. 62986, entre otras. En el mismo sentido se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia: sentencia del 18 de diciembre de 2009, Exp. 68001 3103 001 2001 00389 01; sentencia del 31 de julio de 2018, SC3047 Rad. 2018 25899-31-03-002-2013-00162-01, sentencia del 12 de enero de 2024; SC507-2023, Rad. 11001-31-03-041-2020-00020-01.

²¹ “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, 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

estipulaciones, la multa puede acumularse tanto al cumplimiento de la obligación principal –en tanto su finalidad consiste, justamente, en generar un efecto apremiante en la conducta del contratista para lograr el cumplimiento cabal de sus obligaciones– como al cobro de indemnización de perjuicios porque obedecen a causas jurídicas diferentes, bajo la condición que las partes pacten la acumulación expresamente – artículo 1600 del Código Civil–.

53. La cláusula penal también puede pactarse como tasación anticipada de perjuicios por el retardo en el cumplimiento de una obligación –*cláusula penal moratoria*²²–, en la medida que el cumplimiento tardío no desdice de los perjuicios que se hubieren podido causar por la mora, por lo cual, si se estipuló la pena indemnizatoria de carácter moratorio²³, nada se opone para que además del cumplimiento de la obligación, se reclame el pago de la tasación anticipada de perjuicios por el retardo, lo que es coherente con los términos del artículo 1613 de esa misma normativa que indica que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante que puede provenir “*de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*”²⁴ (énfasis agregado).

54. En suma, el carácter que se le debe atribuir a la “*cláusula penal*” en su acepción más genérica, depende de aquel que en ejercicio de la autonomía de la libertad hubieren querido darle las partes. Para que funja como una multa y pueda acumularse al cumplimiento de la obligación principal o a la indemnización de perjuicios, según sea la voluntad de los contratantes, se requiere que tal intención sea explícita o clara, pues si ello no es así, se tendrá como tasación anticipada de perjuicios.

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 contrato”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de mayo de 1996, Exp. 4607.

El tratadista Guillermo Ospina Fernández señala que la ley presume que la cláusula penal tiene una función compensatoria, razón por la cual la efectividad de la función de apremio, de conformidad con los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, exige pacto expreso de las partes, porque de lo contrario ésta cumplirá una función de estimación anticipada de perjuicios. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo “*RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES*” 6ª edición, Bogotá, Editorial TEMIS, pág. 142 a 145.

²² “... en el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina «*cláusula penal*» al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de «*cláusula penal compensatoria*» y en el segundo, «*cláusula penal moratoria*»; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2018, Rad. 25899-31-03-002-2013-00162-01.

²³ “*Puede estipularse la acumulación de la pena moratoria con la obligación principal (art. 1537). Ninguna anomalía hay en esta acumulación, porque la pena moratoria no representa el objeto mismo de la obligación, sino que tiende a indemnizar el retardo, los perjuicios derivados de éste. En este caso no es necesario que la acumulación se haya estipulado expresamente; basta -como dice el Código- que ella aparezca haberse estipulado (art. 1537). El que aparezca estipulada la pena por el simple retardo, puede comprobarse tanto por la existencia de una estipulación expresa como de una tática que se desprende inequívocamente de las diversas cláusulas del contrato o de los antecedentes del caso. Podría deducirse que hay una pena moratoria cuando el monto de ella es muy inferior al de la obligación principal*”. RODRÍGUEZ, Arturo Alessandri, SOMARRIVA U. Manuel y VODANOVIC H. Antonio. Tratado de las obligaciones. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión 2da Edición. Santiago de Chile. 2009, pág. 345. Tomado de CSJ, sentencia del 12 de enero de 2024, Exp. SC507-2023, Radicado 11001-31-03-041-2020-00020-01.

²⁴ Al respecto, en sentencia del 5 de febrero de 2024, Exp. 62986, esta Subsección señaló: “*mientras la cláusula penal pecuniaria, entendida como una tasación anticipada de perjuicios, tiene por finalidad reparar el daño causado con el incumplimiento del objeto acordado, incluso en aquellos casos del simple retardo en la ejecución de las prestaciones acordadas, la multa busca siempre forzar el cumplimiento del contrato como medida de presión o de apremio ...*”.

55. Los postulados normativos contenidos en el Título XI del Código Civil avalan que, en el marco de la libertad negocial, sean las partes las que de manera preferente delimiten y establezcan las funciones que se otorgarán a este tipo de cláusulas, por lo cual tales disposiciones normativas solo entran a operar de manera supletiva ante la falta de estipulaciones que muestren ese querer negocial, imponiendo como único límite la imposibilidad de sancionar dos veces al contratista por un mismo hecho y bajo un mismo concepto, lo cual se aviene al principio *non bis in ídem* consagrado en el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución Política de 1991²⁵.

56. De cara a lo que se pretende en este proceso, es pertinente destacar que el carácter apremiante que se atribuye a la multa halla su génesis en la libertad negocial de las partes que, en los términos del artículo 1594 del Código Civil, pueden pactar válidamente que se cause la pena por el solo retardo, sin que ello excluya el cumplimiento de la obligación, o que su pago se haga sin perjuicio de tal cumplimiento, justamente porque en estos casos su objetivo está destinado a conminar o apremiar al contratista que se encuentre incumpliendo transitoriamente las obligaciones derivadas de un contrato de tracto sucesivo para que reajuste su conducta de modo que se garantice la consecución satisfactoria del objeto pactado²⁶.

57. En general la función de la “*cláusula penal*” entendida en sentido amplio –es decir, incluida la multa y todas sus demás expresiones– radica en que se utiliza como un mecanismo persuasivo para el cumplimiento cabal de las obligaciones del contratista, en tanto está destinado a influir en su conducta con el ánimo de que se ajuste a lo acordado, *so pena* de incurrir en la pena previamente convenida. Expresada esta misma idea en sentido negativo, puede decirse que la “*cláusula penal*” en su acepción genérica opera con un carácter disuasivo, en la medida que procura evitar que el contratista incurra en mora, ante el riesgo o amenaza legítima de que si lo hace la pena que se hubiere pactado se causará (art. 1595, Código Civil).

58. En suma, las distintas expresiones de las que se puede dotar a la cláusula penal tienen una finalidad común, procurar el cumplimiento adecuado del contrato. Esto, claro está, sin perjuicio de las particularidades que cada una de ellas desplegará en caso de que pese al efecto persuasivo o disuasor, se incurra en incumplimiento y con ello se cause la pena estipulada, bien sea la tasación anticipada de perjuicios o la sanción, según lo determine la voluntad de las partes.

59. Lo anterior muestra porqué, mientras el deudor no ha incurrido en mora, la *cláusula penal* –en su acepción genérica– opera como una amenaza legítima que influye en su conducta para que cumpla cabalmente sus obligaciones, en aras de evitar que se concrete en su contra la pena estipulada. De manera que antes de constituirse el deudor en mora, el acreedor no puede reclamar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal, esto no significa que durante este periodo la *cláusula penal* no cumpla ninguna función, pues opera como un mecanismo persuasivo del cumplimiento, o si se quiere, disuasivo de la inobservancia de las obligaciones pactadas. Esto es lo que expresa el artículo 1592 al definir a la cláusula penal –en sentido amplio– como: “*aquella en que una persona,*

²⁵ Este principio no es exclusivo del derecho penal ni disciplinario, sino que se hace extensivo al campo de las sanciones en general, pues se fundamenta en los principios de seguridad jurídica y justicia material. Al respecto, se puede consultar: Corte Constitucional, sentencia C-870 de 2002.

²⁶ Ver pie de página 21.

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 (énfasis agregado).

60. El artículo 1595 del Código Civil expresa que si la obligación es positiva, la pena se causa cuando el deudor se ha constituido en mora, si es negativa desde que se ejecute el hecho que el deudor se obligó a no realizar, de manera que la causación de la pena está sujeta al cumplimiento de una condición suspensiva²⁷; por tanto, cuando esta se realiza, la *cláusula penal* –entendida en sentido amplio– deja de operar como una mera amenaza, en la medida que al configurarse el hecho que se ha pactado como su generador, aquélla despliega los efectos particulares de la que se le hubiere dotado: tasación anticipada de perjuicios –moratoria o compensatoria–, sanción o garantía.

61. Con base en lo anterior y para lo que interesa a este caso, cabe destacar que la multa solo se genera y revela el carácter conminatorio o de apremio con el que se ha pactado –como en los casos que se estipula que se va causando por cada día de atraso, aunque no es el único evento, pero sí uno de los más comunes– cuando el contratista incurre en un incumplimiento parcial de sus obligaciones retardándolas o cumpliéndolas de manera defectuosa, pues es ese hecho –su causación– el que impacta determinadamente en su conducta, ya no como un mero mecanismo sugestivo o de amenaza, sino constriñéndolo a acatar debidamente lo pactado, en la medida que mientras se encuentre en mora, la sanción se seguirá causando y acrecentando hasta que se cumpla con la obligación debida, que es su objetivo; por eso una y otra no se excluyen.

62. Lo que resalta la Sala es que el alcance de la sanción y sus efectos dependerá de la voluntad de los contratantes, la cual debe ser específica e inequívoca –pues de no ser así, se deberán aplicar las reglas supletivas previstas en el Título XI del Código Civil–, y se deberá atender siempre que no supere el límite impuesto por el principio *non bis in ídem*.

63. Recapitulando, el carácter apremiante del que se puede dotar a la sanción no se opone a que se acumule con el cumplimiento de la obligación; esta es una posibilidad que queda cobijada por el artículo 1594 del Código Civil²⁸, puesto que su finalidad en estos casos es lograr de forma compulsiva –ya no solo persuasiva o disuasiva como ocurre antes del incumplimiento– el acatamiento adecuado de las obligaciones, de manera que el hecho de que se cumpla el objetivo para el cual fue pactada no hace que aquella que ya se produjo desaparezca, sino que ante el pacto inequívoco de que se estipuló por el solo retardo o sin perjuicio de tal cumplimiento, una y otra (sanción y obligación) pueden ser exigidas por el acreedor. Lo que sí ocurre es que, al dejar de existir el supuesto fáctico que le da sustento, la multa ya no se continuará generando.

²⁷ Código Civil: “ARTÍCULO 1536. <CONDICIÓN SUSPENSIVA Y RESOLUTORIA>. La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho”.

²⁸ Entre otras acepciones que pueden estar determinadas por la autonomía de la voluntad de las partes, como cuando se pacta una cláusula penal moratoria, o una pura sanción, en el sentido más primigenio de la expresión, esto es, desprovista de un carácter conminatorio.

64. Lo anterior explica porqué, si la sanción se ha pactado por el solo retardo o sin perjuicio del cumplimiento de la obligación, para hacerla efectiva no es condición *sine qua non* que el contratista aún se encuentre pendiente de acatar adecuadamente sus compromisos, pues, en estos casos, el cumplimiento tardío no purga la mora y, por ello, no borra la multa que ya se ha causado y que, por tanto, ante el pacto inequívoco de los contratantes, el acreedor pueda reclamar ambos conceptos, como lo habilita el referido artículo 1594.

65. Hechas las anteriores precisiones, la Sala pasa a analizar las penas que se pactaron en el contrato No. 002 del 3 de marzo de 2008.

66. En los documentos estándar de la licitación que precedieron a la celebración del negocio jurídico se establecieron las siguientes cláusulas de tasación anticipada de perjuicios –por mora y por el incumplimiento definitivo– y de multas.

67. En el numeral 27.5 de la sección cuarta –“DATOS DEL CONTRATO”, en adelante DC–, que se enmarca en el numeral 27 del literal B –“CONTROL DE PLAZOS”– de la sección tercera –“CONDICIONES DEL CONTRATO”, en adelante CC– se estipuló:

“27. Programa

(...)

27.5. *Por cada día de atraso en el cumplimiento del cronograma de obra aprobado por la interventoría, imputable al contratista, se le descontará del próximo pago el 0,0002% diario sobre el valor total del contrato a título de sanción”.*

68. En el literal D –“CONTROL DE COSTO”– de las CC se estableció lo siguiente bajo el título general de “Compensación por Liquidación de Daños y Perjuicios”:

“49. Compensación por Liquidación de Daños y perjuicios.

49.1. *El Contratista deberá pagar al Contratante Compensación por Liquidación de Daños y Perjuicios **al monto por día fijado en los Datos del Contrato, por cada día de demora respecto de la Fecha Prevista de Terminación.** El monto total de Daños y Perjuicios no deberá exceder el monto definido en los Datos del Contrato. El contratante podrá deducir dicha compensación de los pagos que se adeudaren al contratista. El pago de compensación por liquidación de Daños y Perjuicios no afectarán las responsabilidades del contratista.*

49.2. *Si después de pagadas las compensaciones **se prorrogara la Fecha Prevista de Terminación,** el Contratante deberá corregir los pagos en exceso que hubiere efectuado el Contratista por concepto de Liquidación de Daños y Perjuicios en el siguiente certificado de pago. Se deberá pagar intereses al Contratista sobre lo pagado en exceso, desde la fecha de pago hasta la fecha de reembolso, a las tasas especificadas en la Subcláusula 53. 1” (énfasis agregado).*

69. En el numeral 49 de los DC se estipuló:

“49. Compensación por Liquidación de Daños y Perjuicios

49.1. La compensación por liquidación de daños y perjuicios aplicable **por cada día de mora respecto de la fecha prevista de terminación** es de 0,1% diario calculado **sobre el valor de las obras dejadas de ejecutar**.

La máxima Compensación por Liquidación de Daños y Perjuicios para la totalidad de las Obras es de 10% del Valor Final del Contrato.

Se adiciona el siguiente texto en la cláusula 49:

49.3. Las partes acuerdan que Metrolínea S.A. **durante la ejecución del contrato** podrá imponer **al contratista multas diarias sucesivas por el cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones contractuales, equivalente al 0.1% del valor del contrato**, hasta por un monto que no supere el diez por ciento (10%) del valor del contrato, sin perjuicio de las acciones legales a que hubiere lugar.

En caso de incumplimiento definitivo por parte del contratista, éste pagará a Metrolínea S.A. como pena pecuniaria, el treinta por ciento (30%) del valor total del contrato, suma que tendrá el carácter de pago de indemnización parcial.

El valor de las multas y de la sanción pecuniaria ingresará al tesoro de Metrolínea S.A. **y podrá ordenarse el pago directamente del saldo disponible a favor del contratista, si lo hubiere, o de la garantía constituida. Si esto no fuere posible se cobrará ejecutivamente**” (énfasis agregado).

70. Las referidas estipulaciones, leídas en concordancia con las diferentes etapas que se pactaron para la ejecución del contrato, permiten establecer que cada una de ellas estaba llamada a operar en fases diferentes del negocio jurídico y respecto de supuestos fácticos diversos.

71. De conformidad con el numeral 16.2 de los DC y la cláusula segunda del contrato²⁹, éste se ejecutaría en dos etapas, la primera de preconstrucción por un periodo de dos (2) meses y, la segunda, de construcción que, inicialmente, debía desarrollarse en un término de diez (10) meses³⁰.

72. Según el numeral 1 de las CC –“DEFINICIONES”– existía además un *periodo de corrección de defectos* correspondiente a aquel que se estableciera para que el contratista enmendara los defectos³¹ que fueran notificados por la interventoría a la entidad contratante, cuya duración debía ser definida por Metrolínea previa solicitud de la interventoría. Según se deriva del contenido de la Resolución No. 152 del 8 de marzo de 2011, para esta etapa se determinó un periodo de dos (2) meses siguientes a la *Fecha Prevista de Terminación de las Obras*³².

73. La *Fecha Prevista de Terminación*, que era aquella en la que “se prevé que el Contratista debe terminar las obras y que se especifica en los Datos del Contrato ...”

²⁹ “**PLAZO:** el término de ejecución del presente contrato tendrá una duración total de doce (12) meses, el cual incluye dos (2) meses de etapa de preconstrucción y diez (10) meses de etapa de construcción, contados a partir de la legalización del contrato y la firma del acta de iniciación” (folio 13, c.1).

³⁰ La fase de construcción del contrato se prorrogó en 6 oportunidades, sin incluir el periodo de corrección de defectos.

³¹ CC, numeral 1, DEFINICIONES: “**Defecto** es cualquier parte de las obras que no ha sido completada conforme al contrato”.

³² En dicho acto se indicó: “De acuerdo al cronograma de obra presentado por la UNIÓN TEMPORAL PUENTES I para el adicional No. 2 al Contrato de Obra No. 002 DE 2008, de 191 días, acordaron como plazo para la culminación de la construcción el 31 de mayo de 2010 y con corrección de defectos el 31 de julio de 2010” (énfasis agregado, fl. 72, c1).

–inicialmente los diez (10) meses estipulados para la etapa de construcción–, se distinguió de la *Fecha de Terminación*, entendida como aquella certificada por el interventor, si decidía que las obras estaban terminadas, previa elaboración del acta de recibo a satisfacción³³.

74. Se pactó un *periodo de responsabilidad por defectos* cuyo término debía ser definido en los DC y que se debía calcular a partir de la *Fecha de Terminación*. Según el numeral 35.1 de los DC, esta fase se pactó en un término de dos (2) meses³⁴.

75. En el numeral 27 del literal B de las CC –“*CONTROL DE PLAZOS*”– se estableció que el contratista debía presentar para aprobación al interventor un programa en el que constaran “*los métodos generales, procedimientos, secuencias y tiempos de ejecución de todas las actividades relativas a las obras*” (27.1). Se estipuló también que dicho programa debía mostrar los avances reales de cada actividad y los efectos de tales avances sobre las tareas restantes, incluyendo cualquier cambio en la secuencia de las actividades (27.2) y que debía presentar a la interventoría para su aprobación un programa actualizado con la periodicidad fijada en los DC (27.3).

76. En concordancia, en el numeral 27.1 de los DC se determinó que el programa de obra “*entendido como el Cronograma de obras*” debía actualizarse en la etapa de preconstrucción y en la de construcción por lo menos cada 30 días. Asimismo, en los cronogramas de obra se fijaron *las secuencias y tiempos de ejecución* de todas las actividades necesarias para completar cada una de las obras que componían el objeto del contrato³⁵, esto es, respecto de cada puente peatonal y estación de parada³⁶, de manera discriminada e individualizada para cada una de esas obras. De conformidad con tales cronogramas, cada obra debía completar una serie de actividades en las fechas de inicio y finalización determinadas, hasta llegar a la fecha de entrega, la cual estaba fijada dentro de la *Fecha Prevista de Terminación*, pero no necesariamente coincidía con ella, pues esa fecha se establecía como el límite máximo para la terminación de todas las obras convenidas en el contrato.

77. Este panorama permite observar que la multa estipulada en el numeral 27.5 de los DC tenía por objeto influir en la conducta del contratista con el propósito de persuadirlo –so pena de incurrir en la sanción del 0.0002% del valor diario del contrato por cada día atraso– para que empleara todos los mecanismos que fueran necesarios

³³ Sección Tercera –CC–, A. Disposiciones Generales, 1. Definiciones: “(...) **Fecha de terminación** es la fecha de terminación de las Obras, certificada por el Interventor de acuerdo con la subcláusula 55.1”.

Sección Tercera –CC–, E. Final del contrato: “55.1. **Terminación de las obras** El contratista requerirá al Contratante que emita un Certificado de Terminación de la Obras y el Interventor lo emitirá si decide que las Obras están terminadas previa elaboración del Acta de Recibo de las Obras a satisfacción”.

³⁴ Sección Cuarta –DC–, “33. **Corrección de defectos**

35.1. *El periodo de responsabilidad por defectos es de dos (2) meses (...)*”.

³⁵ Aunque en el expediente no obran todos los cronogramas de obra que fueron aprobados por la interventoría y sus actualizaciones, así se deduce del que fue aprobado en razón de la prórroga No. 3 del contrato, según el cual la *Fecha Prevista de Terminación* se amplió del 31 de mayo –que fue la que se tuvo en cuenta como límite para calcular los montos que se impusieron a la Unión Temporal en la Resolución No. 12 de 2011– al 15 de septiembre de 2010 y que obra de folios 191 a 197, c. 1. Este documento muestra cuáles eran las actividades y secuencias contempladas para la construcción de cada obra (puente peatonal o estación de parada), así como la estipulación de un plazo fijo para la realización de cada actividad hasta llegar a la culminación de cada obra.

³⁶ “**CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO:** CONSTRUCCIÓN DE PUENTES PEATONALES Y ESTACIONES DE PARADA DE LOS TRAMOS DE LAGOS II A PIEDECUESTA Y DE BUCARAMANGA A GIRÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO PARA EL ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA” (Fl. 13, c. 1).

para entregar las obras en la fecha programada dentro del plazo de la *Fecha Prevista de Terminación*, lo cual se lograba si cumplía con los tiempos y secuencias determinadas en el cronograma.

78. Si, pese a su efecto persuasor, la contratista incurría en atraso respecto de las fechas de inicio y terminación de *las secuencias programadas*, la sanción se causaba en el porcentaje estipulado por cada día de demora respecto de tales momentos. En este escenario, su función ya no se limitaba a la de disuadir a la contratista de incurrir en incumplimiento, sino que empezaba a operar con un carácter eminentemente apremiante o conminatorio, en aras de obligarla a ponerse al corriente con la programación y, pese a los retrasos, entregar las obras en la fecha establecida, pues mientras se mantuviera en mora, la sanción se seguiría causando.

79. Lo anterior revela que la voluntad de las partes fue convenir esta pena como una multa en la medida que se causaría a título de sanción por el mero hecho del retardo de las actividades del cronograma, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que era lo que se pretendía lograr con esta estipulación, al generar una presión en la contratista a través de la causación de la pena por cada día de atraso.

80. Estas estipulaciones permiten concluir que el pago de esta multa podía exigirse al margen de que para ese momento la Unión Temporal ya se hubiere ajustado a la programación, tanto que, según lo establecido en esa misma cláusula, su valor se deduciría del próximo pago, sin que esta facultad convencional se limitara por el hecho de que para ese momento la contratista se mantuviera o no en mora. En suma, en los términos pactados el cumplimiento tardío de las actividades del cronograma no purgaba la mora y, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1594 del Código Civil, ante un pacto inequívoco como éste, la pena y el cumplimiento de la obligación no se excluyen.

81. Según el texto del inciso primero del numeral 49.3 de los DC, los supuestos fácticos que daban lugar a la multa que en este punto se pactó eran el “*cumplimiento tardío*” o “*defectuoso*” de las obligaciones de la contratista. En lo que concierne al primer supuesto –que es el que interesa a este asunto– cabe mencionar que una primera lectura de esta estipulación en conjunto con la contenida en el numeral 27.5 conduciría a concluir que regularon un mismo aspecto, puesto que mientras ésta sancionaba el retardo en el cumplimiento del cronograma de obra, la otra operaba como mecanismo corrector del cumplimiento tardío de las obligaciones de la Unión Temporal, aspecto que solo podía determinarse en función de la observancia de los tiempos estipulados en dicho cronograma.

82. Esta interpretación no es plausible a la luz del principio *non bis in idem* que constituye el límite que el legislador fijó a la libertad negocial de las partes al pactar la “*cláusula penal*” entendida en sentido general, postulado que aplica en materia sancionatoria y según el cual no es posible castigar dos veces a un sujeto por un mismo supuesto de hecho y bajo el mismo fundamento jurídico (una misma sanción, en este caso, el retardo en el cronograma de obra). La aplicación de este principio a la referida interpretación conduce a concluir que, ante la imposibilidad de aplicar ambas sanciones al mismo supuesto que regulan, al menos una de esas dos estipulaciones no estaría llamada a producir ningún efecto.

83. Sin embargo, existe otra interpretación que conduce a que ambas cláusulas produzcan efectos, por lo cual, en atención al principio de conservación de los contratos y, en concordancia con ello, a lo dispuesto en el artículo 1620 del Código Civil, es la que debe preferirse, pues también se acompasa con una lectura integral y sistemática entre esas dos estipulaciones y varias otras del negocio jurídico (art. 1622, Código Civil).

84. Según lo previamente analizado, la multa establecida en el numeral 27.5 de los DC sancionaba el atraso en las secuencias y tiempos de ejecución contemplados en el cronograma de obra, es decir, se circunscribía al retraso en la programación de esas actividades. El objetivo de esa sanción era lograr que el contratista entregara cada obra que componía el objeto del contrato en la fecha prevista para cada una de ellas, en la medida que era posible que, a pesar de que se atrasara en las actividades del cronograma, adoptara las medidas necesarias y, al final, cumpliera con la entrega en la fecha estipulada.

85. Si lo anterior no se lograba, lo que se generaba a partir de ese momento era una sanción que recaía sobre un supuesto fáctico diferente, el *cumplimiento tardío* de la obligación, entiéndase, la entrega de cada obra que componía el objeto del contrato en una fecha posterior a la programada para cada una de ellas. En este caso, el objetivo de la multa ya no era conminar al contratista para que se ajustara al cronograma en aras de entregar cada obra en el tiempo estipulado, sino que cumpliera con la entrega, pues mientras ello no ocurriera, se causaría una multa diaria por tal atraso hasta llegar a un tope del 10% del valor del contrato, sin perjuicio de las acciones legales a que hubiere lugar. Este panorama muestra que ambas sanciones no solo se distinguían en función del espacio temporal en el que estaban llamadas a ser aplicadas, sino por la finalidad que cada una de ellas estaba destinada a conseguir.

86. La redacción del inciso primero de la cláusula 49.3 también revela que la voluntad de las partes respecto de la multa que en este punto se pactó era que se causara por el mero hecho del retardo y sin perjuicio del cumplimiento de la obligación. Su voluntad fue tan específica que el hecho que se fijó como generador de la sanción fue –además del cumplimiento defectuoso– el *cumplimiento tardío*, es decir, que este hecho no impedía que la sanción se causara, por lo cual su pago podía exigirse al margen de que para ese momento el contratista ya se hubiere puesto al corriente con sus compromisos pues, se itera, de conformidad con lo establecido en el artículo 1594 del Código Civil, cuando la pena se pacta por la mora, su pago no excluye el cumplimiento de la prestación. En ese sentido, lo que se convino en el inciso final de ese numeral era que Metrolínea podía descontar el valor de la multa de los saldos del contratista –o, a falta de esos, hacerlo efectivo con carga a la garantía de cumplimiento–, sin condicionar que para ese momento la Unión Temporal tuviera que estar aún en mora de cumplir sus obligaciones.

87. El entendimiento que se otorga a las cláusulas 27.5 y 49.3 –inciso primero– a partir de una lectura sistemática del contrato se afianza por el hecho de que para los atrasos de las actividades según las secuencias y tiempos del cronograma la sanción se estableció en un porcentaje del 0,0002% del valor del contrato por cada día de demora, mientras que cuando el contratista ya estaba en el escenario del incumplimiento respecto de la fecha de entrega de las obras, la multa era mucho más

drástica, en tanto se pactó por un valor del 0.1% del valor del contrato por cada día de retardo. El valor diferencial de las sanciones encuentra explicación en el hecho de que las partes estimaron mucho más gravoso que las diferentes obras no se entregaran en la fecha programada para cada una de ellas, que el hecho de que el contratista incurriera en atrasos respecto de las fechas de inicio y terminación de las actividades del cronograma.

88. Las estipulaciones contenidas en los numerales 49.1 de las CC y de los DC se refirieron expresamente al retardo en el cumplimiento de las obligaciones de la contratista respecto de la “*Fecha Prevista de Terminación*”, la cual, de conformidad con lo estipulado en el numeral 1º del literal A –“*DEFINICIONES*”– de las CC, en concordancia con el numeral 17.1 de los DC, estaba fijada en función de la terminación de todas las obras pactadas, que se estipuló dentro de un plazo de diez (10) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio de la etapa de construcción, es decir que esta pena no se pactó respecto de atrasos de la contratista en las actividades del cronograma de obra, tampoco respecto de los atrasos de la fecha de entrega pactada de manera individual para cada obra (puente peatonal o estación de parada), sino teniendo como parámetro la fecha prevista para la finalización del plazo acordado para culminar todas las obras que componían el contrato.

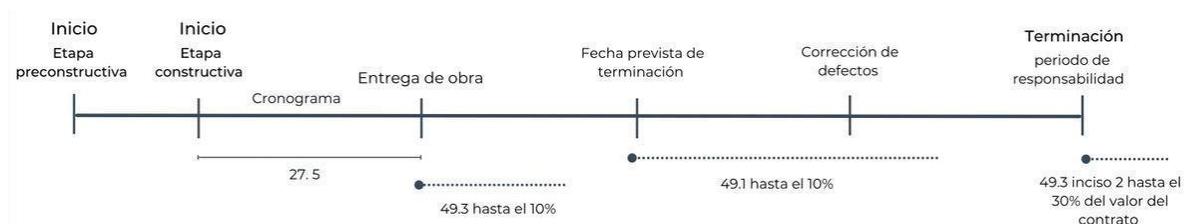
89. A partir de esas mismas estipulaciones se deriva además con claridad que en ellas las partes pactaron una *cláusula penal* por la mora del contratista respecto de la “*Fecha Prevista de Terminación*”, con un carácter eminentemente indemnizatorio o resarcitorio –como expresamente se indicó en tales cláusulas al señalar que correspondía a una liquidación por concepto de “*daños y perjuicios*”– que podía ser impuesta y cobrada a la Unión Temporal al margen del momento en que se hubiere puesto al corriente con sus obligaciones, pues ello no desdice de que los perjuicios tasados anticipadamente por el mero retardo se hubieren causado. En estos casos al no oponerse a su objeto o finalidad resarcitoria, el cumplimiento de la obligación no desnaturaliza o deja sin efectos la cláusula penal.

90. A la par con lo anterior, las partes también acordaron que si con posterioridad al pago de las compensaciones se prorrogara la *Fecha Prevista de Terminación*, la contratante debía reembolsar a la contratista los pagos hechos en exceso por concepto de liquidación de daños y perjuicios, con reconocimiento de intereses.

91. Finalmente, en el inciso segundo de la cláusula 49.3 de los DC, las partes acordaron que en caso de incumplimiento definitivo –esto es, si después del periodo de corrección de defectos que seguía a la *Fecha Prevista de Terminación*– la contratista no cumplía con sus obligaciones, se le aplicaría, por concepto de “*pena pecuniaria*” el monto equivalente al 30% del valor del contrato.

92. En conclusión, la lectura sistemática de las estipulaciones referidas a las etapas del contrato en concordancia con las atinentes a las cláusulas penales y de multas, permite a la Sala concluir que se estableció: (i) una multa por el mero retardo en el cumplimiento de las actividades que debían completarse según las secuencias y tiempos establecidos en el cronograma para ejecutar cada una de las obras que componían el objeto pactado (numeral 27.5, DC); (ii) una multa por el cumplimiento tardío –según la fecha fijada en el cronograma para la entrega de cada obra– o

defectuoso de las obras (numeral 49.3, inciso primero, DC); (iii) una cláusula penal moratoria respecto de la *Fecha Prevista de Terminación* (49.1, DC); y (iv) una cláusula penal compensatoria por el incumplimiento definitivo del contrato (49.3, inciso segundo, DC). Se representa en la siguiente gráfica:



93. En el recurso se afirmó que la suma que se impuso pagar a la Unión Temporal por valor de \$688'000.000 no tuvo carácter conminatorio del cumplimiento de sus obligaciones, en tanto el numeral del pliego de condiciones que se aplicó fue el 49.1, referente a una tasación anticipada de perjuicios por el solo hecho del retardo, no el 49.3 en el que se pactó una multa. Revisado el contenido del referido acto en conjunto con los documentos que le sirvieron de soporte y a la luz de la normatividad colombiana que regula tales figuras, la Sala concluye que no le asiste razón a la recurrente.

94. Establecidos los alcances que las partes les dieron a los numerales 49.1 y 49.3, inciso primero, de los DC, la Sala consigna las razones por las cuales concluye que la suma que se impuso pagar a la Unión Temporal por valor de \$688'000.000 en la Resolución No. 152 corresponde a la multa contemplada en el segundo de ellos.

95. Al inicio de la parte considerativa de la referida resolución, como escenario general de los análisis que posteriormente se hicieron, se hizo alusión expresamente –se transcribió– al numeral 49.3 –incorporado, como ya se vio, dentro del numeral 49 de los DC, denominado “*Compensación por Liquidación de Daños y Perjuicios*”–, no al numeral 49.1. Al finalizar las motivaciones que soportaron las decisiones contenidas en ese acto, se indicó expresamente que: “*Conforme a lo expuesto anteriormente, el Gerente Encargado de la Sociedad Metrolínea S.A. da por cierto los hechos que originaron el procedimiento de **imposición de multas** ...*” (énfasis agregado), en línea con ello, en la parte resolutive se indicó expresamente que el valor de \$688'000.000 se aplicó a título de “*multa*”.

96. El contenido del acto demandado es claro, específico y expreso en cuanto a que a la Unión Temporal se le impuso una **multa** por valor de \$688'000.000, la cual encuentra su fundamento convencional en el inciso primero del numeral 49.3 de los DC.

97. La Sala estima pertinente advertir que los oficios que fueron mencionados en la Resolución No. 152 y a los que aludió la recurrente en su impugnación no conducen a una conclusión diferente a la expresamente vertida en ese acto, en la medida en que si bien en ellos se consignó la expresión “*indemnización por concepto de daños y perjuicios*”, su contenido no permite concluir que en realidad se estuvieran refiriendo a ese concepto, pues a lo que se aludió fue al numeral 49 de los DC que llevaba esa denominación, sin especificar a qué subnumeral se estaba dando aplicación, a pesar de que bajo esa subclasificación, se incluyó la multa.

98. Se añade que, de conformidad con el numeral 2 –“*INTERPRETACIÓN*”– del literal A –“*DISPOSICIONES GENERALES*”– de las CC, “[L]os encabezamientos de las cláusulas no tiene significado por sí mismos”; por lo cual, la mención que se hizo referida al título de ese capítulo resulta insuficiente para entender que la pena que se estaba aplicando era la cláusula penal moratoria pactada en el numeral 49.1, y no la multa del inciso primero del numeral 49.3.

99. Al relatar los hechos que antecedieron a la expedición del acto demandado, en éste se señaló que Metrolínea³⁷ solicitó a la Unión Temporal que aumentara el rendimiento y ritmo de trabajo con la instalación de los puentes peatonales Campoalegre, Mensulí, y La Estancia, los cuales presentaban un atraso significativo respecto del cronograma de actividades. En relación con la rampa de Palmichal costado nororiental, pidió que se terminara su construcción.

100. Posteriormente, se mencionó que a través de oficio M-DIN-2783-010710 del 1 de julio de 2010³⁸, Metrolínea remitió a la Unión Temporal la cuantificación de la “*indemnización por daños y perjuicios*” con ocasión de los atrasos referidos en el oficio M-DIN-2605-180610 del 18 de junio de 2010³⁹ en el que la interventoría señaló que daba aplicación a lo dispuesto en el numeral 49 del pliego de condiciones “y siguientes” por los retrasos presentados hasta el 31 de mayo de 2010, en tanto la contratista presentaba un “*atraso*” en promedio de 70 días “*por los cuatro elementos que no han sido construidos en su totalidad de acuerdo a las áreas disponibles, que reflejados en el plazo total en porcentaje de las obras del 28.57%, cuantifica un atraso total de 20 días*”. En el oficio no se indicó a qué subnumeral del numeral 49 se dio aplicación, solo que el resultado en contra de la contratista y a favor de la contratante ascendía a \$688'000.000.

101. En el numeral 49.1 de los DC se señaló que el valor de la compensación por la liquidación de daños y perjuicios se calcularía sobre un porcentaje del 0.1% sobre el valor de las **obras dejadas de ejecutar**, por cada día de retardo respecto de la *Fecha Prevista de Terminación*. En el numeral 49.3 se estipuló que por el cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones se aplicaría ese mismo porcentaje, pero sobre el **valor del contrato**. La Sala desconoce el valor de las obras que al 31 de mayo de 2010 –fecha que de conformidad con el oficio del 18 de noviembre de 2010 y la Resolución No. 0152 fue la que se consideró como fecha límite para aplicar la sanción– no estaban culminadas; sin embargo, a partir del mismo oficio de cuantificación se deriva que no correspondían a todas las del contrato, pues el cálculo solo incluyó 4 puentes (Mensulí, Palmichal, Campoalegre y La Estancia) de los 8 que debían construirse y no incluyó ninguna estación de parada (6 en total)⁴⁰. La cifra de \$688'000.00 se obtiene de aplicar el 0.1% al valor del contrato –que se estipuló en \$34.400'000.000– y multiplicar el resultado por los 20 días de atraso, lo que confirma que el numeral que se aplicó para el cálculo de la

³⁷ El oficio obra a folio 201, c. 1.

³⁸ El oficio obra a folio 208, c. 1.

³⁹ El oficio obra de folios 202 a 207, c. 1. En la parte resolutive de la Resolución 12 se indicó: “**PRIMERO:** Declarar el incumplimiento de las obligaciones del Contrato de obra pública No. 002 de 2008, suscrito entre la Sociedad Metrolínea S.A. y UNIÓN TEMPORAL PUENTES I contenidas en el oficio M-DIN-2605-180610 de fecha 18 de junio de 2010” (énfasis agregado).

⁴⁰ Así se deduce del oficio 10-2052-OBR del 15 de abril de 2010 (fls. 94 a 96, c. 1).

sanción fue el 49.3 –inciso primero–. Si se hubiese aplicado el numeral 49.1, el monto de la compensación por la liquidación de daños y perjuicios no habría podido ser igual a ese valor, porque ello habría supuesto que se incluyeran en el cálculo la totalidad de las obras convenidas entendiéndose que todas se habían dejado de ejecutar.

^{102.} En el oficio M-DIN-3844-160910 del 16 de septiembre de 2010⁴¹, también mencionado en la Resolución No. 152 y referenciado en el recurso de apelación, Metrolínea se pronunció frente a las manifestaciones que hizo la Unión Temporal respecto de los referidos atrasos y la cuantificación de la sanción, en el sentido de señalar que no existía causa que los justificara. Si bien en este documento no se hizo un análisis acerca de la sanción que se aplicaría por los atrasos, pues frente a ello solo se hizo una remisión al oficio M-DIN-2605-180610 del 18 de junio de 2010 para señalar que era procedente la “*indemnización*”, sí se indicó que “*el contratista desvía la atención objeto de la cuantificación de perjuicios estipulados en el numeral 49.3 del pliego de condiciones calculado por la interventoría*” (énfasis agregado).

^{103.} El oficio M-DIN-4980-021210 del 10 de diciembre de 2010 no obra en el proceso; sin embargo, en la Resolución 152 se indicó que a través suyo el Director Técnico de Infraestructura manifestó que, de acuerdo al procedimiento expuesto por la nueva interventoría mediante oficio METROLÍNEA-PUENTES-097-DIR-090-2010 del 23 de noviembre de 2010⁴², se debía dar aplicación al numeral **27.5** de los pliegos de condiciones respecto de los 20 días de atraso hasta el 31 de mayo de 2010. Entonces, el oficio del 10 de diciembre de 2010 no se refería al numeral 49 de los DC, por lo cual no sirve de insumo para aclarar el aspecto que ahora se analiza. En todo caso, el oficio del 23 de noviembre de 2010 sí obra en el plenario, pero ese documento se refiere expresamente a los numerales **27.5 y 49.3** de los DC, aunque en relación con un periodo de atraso diferente al sancionado en la Resolución demandada.

^{104.} A través del oficio M-OAJ-109-070111 del 7 de enero de 2011⁴³, con la referencia “*PROCEDIMIENTO IMPOSICIÓN DE MULTAS*”, se le pusieron de presente la Unión Temporal los oficios M-DIN-2605-180610 del 18 de junio de 2010 y M-DIN-3844-160910 del 16 de septiembre de 2010, y se indicó que en éstos se exponían las razones que daban lugar a la aplicación de los numerales “*27.5 y 49*” del pliego de condiciones, nuevamente, sin especificar a cuál subnumeral se estaba haciendo alusión. Sin embargo, dada la referencia con la que se identificó el contenido del oficio, tendría que deducirse que se estaba refiriendo al punto 3.

^{105.} Se añade a lo anterior que lo que establecía el numeral 49.1 de los DC era que la compensación por daños y perjuicios a la que hacía referencia se debía establecer “*por cada día de mora respecto de la fecha prevista de terminación*”, es decir, como ya se analizó, para este supuesto el hecho generador de la cláusula penal moratoria lo constituía el atraso que se causara desde este momento hacía adelante. El momento que se tuvo en cuenta para determinar la mora en la construcción de los puentes Mensulí, Palmichal, Campoalegre y La Estancia a los que se refirió la resolución demandada no fue éste, sino la fecha determinada para

⁴¹ El oficio obra de folios 135 a 138, c. 1.

⁴² El oficio obra a folios 125 y 126, c. 1.

⁴³ El oficio obra a folio 127, c. 1.

la entrega de cada una de esas obras en el cronograma establecido para la segunda prórroga del contrato⁴⁴, y se fijó como límite de la causación de la sanción –no como punto de partida– el 31 de mayo de 2010, fecha que, valga mencionar, hasta antes de la prórroga No. 3, era la *Fecha Prevista de Terminación*; sin embargo, previo a su finalización y en virtud de los acuerdos Nos. 3 a 6, se amplió hasta el 5 de abril de 2011⁴⁵.

^{106.} En la Resolución No. 152 del 8 de marzo de 2011, al analizar el contenido del oficio M-DIN-2605-180610 del 18 de junio de 2010, los pronunciamientos de la contratista y la respuesta de la interventoría contenida en el oficio M-DIN-3844-160910 del 16 de septiembre de 2010, como sustento de las sanciones que finalmente impuso Metrolínea destacó que de acuerdo al cronograma de obra presentado por la Unión Temporal para el adicional No. 2 de 191 días se acordó “*como plazo culminación de la construcción el 31 de mayo de 2010 y con corrección de defectos el 31 de julio de 2010*”. Después, refiriéndose a cada una de esas obras, resaltó que a la fecha que se había pactado para su entrega ninguna de ellas se había culminado, lo cual dedujo porque para los puentes Mensulí y Palmichal la fecha programada de entrega era el 15 de abril de 2010, para Campoalegre el 30 de abril de ese mismo año y para La Estancia el 31 de mayo siguiente, pero, según el primero de los mencionados oficios, al momento en que éste se fechó –18 de junio de 2010– todas tenían actividades pendientes por culminar.

^{107.} Se reafirma entonces que lo que se aplicó fue la multa estipulada en el inciso primero del numeral 49.3 de los DC, en tanto esta operaba para los atrasos que se presentaran respecto de la fecha de entrega programada de cada una de las obras.

^{108.} Finalmente se encuentra que, a la fecha en que se emitió la Resolución demandada –8 de marzo de 2011– Metrolínea no habría podido hacer efectiva la estipulación del numeral 49.1, pues, en los términos del numeral 49.2 de las CC, si la *Fecha Prevista de Terminación* se prorrogaba, como en efecto ocurrió, la contratante no podía conservar lo que hubiere cobrado por ese concepto o, lo que es lo mismo, si no lo había cobrado, ya no podía hacerlo efectivo.

^{109.} Con todo, si lo anterior no fuera suficiente para superar las dudas que podrían derivarse debido a la falta de claridad y especificidad de los oficios en los que se soportó la Resolución No. 152 en cuanto a cuál de los subpuntos del numeral 49 de los DC se estaba aplicando, éstas quedan totalmente zanjadas con el contenido mismo de este acto que, como se vio, refiere expresamente al numeral 49.3 y a la expresión “*multa*” como fundamento de la sanción correspondiente al valor de \$688'000.000; por tanto, no asiste razón a la apelante al afirmar que la pena que se

⁴⁴ Las cuales, se recuerda, estaban dentro de ese límite de la fecha prevista, pero no necesariamente correspondían con ella, en tanto ésta fijaba el límite máximo en el que se debían completar todas las obras del contrato.

⁴⁵ Inicialmente la *Fecha Prevista de Terminación* se cumplía el 5 de junio de 2009, cuando fenecían los 10 meses establecidos para la fase de construcción. Sin embargo, en virtud de la prórroga acordada ese mismo día ese plazo se amplió hasta el 19 de noviembre de 2009; el 18 de noviembre de ese año se volvió a prorrogar hasta el 31 de mayo de 2010; en esta fecha se acordó nuevamente su ampliación hasta el 15 de septiembre siguiente; el día anterior a que llegara este límite las partes convinieron extender el plazo hasta el 30 de noviembre de ese mismo año; el 20 de noviembre anterior lo volvieron ampliar hasta el 15 de marzo de 2011; finalmente, el 14 de marzo de ese año lo difirieron hasta el 5 de abril de 2011. Contratos modificatorios 1 a 6, fls. 54 a 62, c.1).

aplicó fue la de indemnización de perjuicios por el mero retardo prevista en el numeral 49.1 de los DC y no la multa del inciso primero del 49.3.

110. De todas maneras, lo concluido no conduce a validar automáticamente las consideraciones del *a quo*, puesto que resulta intrascendente que para el momento en que se expidió la Resolución No. 152 no se mantuviera latente la supuesta condición de incumplimiento de la Unión Temporal respecto de la construcción de los puentes Mensulí, Palmichal, Campoalegre y La Estancia⁴⁶, por cuanto ni el alcance con el que se pactó la multa ni la facultad que se ejerció para cobrarla unilateralmente estaban limitados por el hecho de que las obligaciones se cumplieran antes de que la sanción se aplicara, pues al haber sido convenida por el solo retardo y, por tanto, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación, ésta se habría causado durante los 20 días de demora que se calcularon hasta el 31 de mayo de 2010 lo cual encuentra respaldo en el artículo 1594 del Código Civil⁴⁷.

111. Sin perjuicio de lo anterior, sí se encuentra, como alegó la parte demandante⁴⁸, que la multa que se impuso con base en el referido inciso primero del numeral 49.3 de los DC no cumplió con la función de apremio con la que se pactó, en la medida que se impuso pese a que las obligaciones se cumplieron de manera *oportuna* dentro de los plazos que fueron acordados por las partes, lo que incluye las ampliaciones acordadas. En suma, este argumento se traduce en que la entidad inició el procedimiento y aplicó la multa a pesar de que se convino prorrogar los plazos y la contratista cumplió dentro de tales extensiones de tiempo.

112. La Sala encuentra que el plazo de entrega de las obras y la *Fecha Prevista de Terminación* que se tuvieron en cuenta para aplicar la multa se ampliaron para ser cumplidas con posterioridad, por la cual, después de celebrado este acuerdo, carecía completamente de objeto que Metrolínea aplicara la sanción con fundamento en esos límites temporales, sin considerar su prórroga. Lo que conduce a concluir que al momento en que se impuso la multa el carácter conminatorio con el que se pactó no estaba llamado a producir ningún efecto, más allá de que a ese momento las obligaciones se hubieren cumplido o no, entre otras cosas porque el periodo que se sancionó no cubría el término que finalmente se acordó para su ejecución.

113. Como ya se vio, el parámetro que tuvo en cuenta Metrolínea para aplicar la multa fue el vencimiento de las fechas programadas para la entrega de los puentes en el cronograma de obra aprobado para la segunda prórroga del contrato y hasta el

⁴⁶ Se reitera que en la sentencia de primera instancia se encontró acreditado este hecho y que en el recurso este aspecto no se refutó.

⁴⁷ Esta conclusión tampoco conduce automáticamente a revocar el fallo recurrido, sino a analizar los demás cargos de la demanda que no fueron revisados por el Tribunal, en tanto al encontrar asidero a uno de los argumentos de la contratista, el *a quo* estimó innecesario estudiar los demás. El análisis de los demás cargos de la demanda resulta procedente, en la medida que no es dable exigirle a la parte que resultó favorecida en primera instancia que apelara el fallo anticipándose a que, en la segunda, se llegaría a una conclusión diversa de aquella a la que arribó el *a quo*, y con base en la cual dejó de resolver los demás argumentos que planteó la Unión Temporal. Al respecto, se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2017. Exp. 39.285. En el mismo sentido, Subsección A, sentencia del 19 de diciembre de 2020, Exp. 40.919.

⁴⁸ La Unión Temporal también alegó que la multa no cumplió con la finalidad de apremio porque se impuso a pesar de que los puentes se entregaron oportunamente –lo que, se entiende, incluía sus prórrogas y tiempos de correcciones– (fl. 10, c.1). Si bien estas consideraciones las hizo al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, ello no es impedimento para que el juez las analice bajo la normatividad aplicable, en virtud de la aplicación del principio *iura novit curia*.

31 de mayo de 2010 –que, hasta ese acuerdo, era la *Fecha Prevista de Terminación*–; sin embargo, por mutuo acuerdo, unas y otra fueron prorrogadas con el ánimo de avalar que tales obligaciones se cumplieran con posterioridad; de ahí que no era posible considerar esas fechas para establecer la mora o retraso de las obligaciones o, como se estipuló, su *cumplimiento tardío*, supuesto fáctico que constituía el objeto sobre el cual recaía esta sanción, pues era el que daba lugar a su causación, y era el que ameritaba conminar al contratista al cumplimiento; antes de esto, la multa solo operaba con un efecto disuasivo del incumplimiento de la contratista.

114. En el siguiente cuadro se muestran las ampliaciones que se acordaron a través de la prórroga No. 3 al contrato en relación con la *Fecha Prevista de Terminación* y las fechas de entrega de los puentes Mensulí, Palmichal, Campoalegre y La Estancia en los cronogramas aprobados para las prórrogas 2 y 3, donde se evidencia que todas superaron el 31 de mayo de 2010:

Puentes	Cronograma No. 2 ⁴⁹	Cronograma No. 3 ⁵⁰
<i>Fecha Prevista de Terminación</i>	31 de mayo de 2010	15 de septiembre de 2010
Mensulí	15 de abril de 2010	17 de julio de 2010
Palmichal	15 de abril de 2010	16 de agosto de 2010
Campoalegre	30 de abril de 2010	16 de junio de 2010
La Estancia	31 de mayo de 2010	8 de agosto de 2010

115. Si bien, entre las fechas de entrega estipuladas en el cronograma 2 y la fecha en que se suscribió la prórroga No. 3⁵¹ –respecto de los puentes Mensulí, Palmichal y Campoalegre– transcurrieron algunos días, lo cierto es que fue la voluntad de las partes establecer un mecanismo de remediación para esa situación, que claramente no consistió en aplicar la multa para conminar al contratista a cumplir así fuera a destiempo –que era la finalidad con la que se pactó esta sanción–, sino en ampliar los plazos convenidos para que lo hiciera dentro de ellos; de manera que aplicar la sanción después de realizada esta negociación no solo muestra que esta medida carecía absolutamente de objeto, sino que evidencia un abierto desconocimiento al carácter vinculante de este acuerdo (art. 1602, Código Civil) que llevaba inmersa la intención de renegociar las condiciones de tiempo estipuladas para superar el atraso que hasta ese momento se había presentado. Si la entidad estimaba que se mantenía el derecho a exigir el pago de la multa por el periodo transcurrido entre la fecha programada para la entrega de las obras y la fecha de la celebración de la prórroga, lo debió manifestar expresamente; sin embargo, ningún pronunciamiento hizo en ese sentido, ni en la fase previa a la celebración de ese acuerdo, ni en el texto que lo contuvo. Lo que muestra el expediente es que la entidad lo suscribió sin ningún reparo al avalar las motivaciones que la Unión Temporal expuso para solicitar la ampliación.

116. Las razones que motivaron esta prórroga obedecieron a las dificultades que se presentaron durante la segunda ampliación del contrato y que impidieron culminar las obras en las fechas convenidas. Según el oficio 10-2052-OBR del 15 de abril de 2010⁵² por medio del cual la Unión Temporal solicitó la extensión del plazo, tales

⁴⁹ La información se toma del contenido de la Resolución 152 de 2011.

⁵⁰ Folios 191 a 197, c.1.

⁵¹ 31 de mayo de 2010, fl. 58, c. 1.

⁵² Fls. 94 a 96, c.1.

dificultades estuvieron relacionadas con el incumplimiento de Metrolínea de entregar la totalidad de los predios requeridos para la ejecución de los puentes peatonales y las estaciones de parada, y de otras empresas vinculadas al proyecto de cumplir con sus compromisos. En respuesta a esta solicitud, mediante oficio M-DIN-2028 del 10 de mayo de 2010⁵³, Metrolínea manifestó que para esa fecha, se contaban con varios frentes de trabajo “*debido a que se han venido solucionando temas relacionados con el trazado de las redes ...*”, por lo cual era importante realizar la reprogramación con un plazo no mayor a 3.5 meses desde el 30 de mayo de 2010. En comunicación del 21 de mayo de 2010⁵⁴, la demandante advirtió que el tiempo ofertado era corto, debido a que aún no estaban dadas las condiciones para la intervención de los sitios de las obras; sin embargo, aceptó bajo la condición de que se cumplieran los compromisos de Metrolínea y las demás empresas. El 31 de mayo se suscribió la prórroga en los tiempos indicados en el cuadro anterior con la anotación de que “*mediante análisis de conveniencia y oportunidad el Director Técnico de Infraestructura de la sociedad Metrolínea S.A., define la necesidad de realizar la presente adición*”⁵⁵.

117. La Sala advierte que, si bien es posible que las partes acuerden que se podrán hacer efectivas las multas que se hubieren estipulado sin la necesidad de la intervención de un juez que declare si la condición suspensiva de la que penden se ha configurado, ello no supone en manera alguna que la parte habilitada por esa convención pueda utilizarla de manera arbitraria o ilimitada, sino que deberá ceñirse a las condiciones pactadas para su imposición, tales como la ocurrencia efectiva de la inejecución que dé lugar a su aplicación, que ésta sea imputable al contratista, los parámetros para cuantificar su valor, el procedimiento que debe surtirse para el efecto, entre otros y, en todo caso, el deudor, como en este evento, tendrá el derecho de discutir en sede judicial la procedencia de la sanción, así como la responsabilidad del acreedor que la hubiere hecho efectiva sin apego a las condiciones estipuladas⁵⁶.

118. Metrolínea no obró conforme a la facultad de origen convencional. En virtud del acuerdo de prórroga que ya se había celebrado al momento en que impuso la multa, no podía sostener que había ocurrido el hecho generador que daba lugar a ella y, por lo mismo, que su aplicación se avenía a la función con la que fue pactada. Recuérdese que la multa del numeral 49.3 se estipuló para sancionar el retardo en el cumplimiento de las obligaciones, específicamente, respecto de la fecha de entrega de las obras. En los términos del artículo 1608 del Código Civil, el deudor está en mora, cuando no ha cumplido la obligación dentro del tiempo estipulado, por lo cual, si por voluntad de las partes ese término se amplía, no podría con posterioridad a ello arribarse a esa conclusión. En línea con ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1594 del Código Civil, antes de constituirse el deudor en mora, el acreedor no puede pretender el pago de la pena, sino solo el cumplimiento de la obligación, pues, en estos casos, como es apenas obvio, no se habrá cumplido la condición suspensiva que justifica la sanción.

⁵³ Fl. 188, c. 1.

⁵⁴ Fls. 189 a 197, c. 1.

⁵⁵ Fl. 58, c. 1.

⁵⁶ En este sentido se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de mayo de 2021. Exp. 39249.

119. En consecuencia, asistió razón al demandante al señalar que al momento de imposición la multa establecida en el inciso primero del numeral 49.3 de los DC ya no podía cumplir con su función de apremio y, por tanto, no podía ser aplicada, pues para ese entonces, respecto del periodo que se sancionó, las partes ya habían reajustado sus compromisos en aras de cumplir lo pactado dentro de los nuevos tiempos convenidos en la prórroga No. 3, por lo cual, en lo que a ésta concierne, la Sala confirmará la decisión del *a quo* en cuanto a que la Unión Temporal no estaba obligada a pagarla.

120. Respecto de la sanción estipulada en el numeral 27.5 de los DC que también se aplicó a la Unión Temporal a través de la Resolución 152 de 2011 se concluye igualmente que se pactó con un destacado carácter apremiante –no como una pura sanción como alegó la parte recurrente– por el solo retardo en el cumplimiento de las secuencias y tiempos del cronograma de obra, sin perjuicio del cumplimiento tardío de esa obligación a la que podía acumularse, y que su imposición se basó en la habilitación convencional que se le entregó a Metrolínea para tales efectos.

121. En relación con esta sanción la Sala debe empezar por precisar que no es posible trasladar las mismas consideraciones que se hicieron respecto de la multa del inciso primero del numeral 49.3 de los DC, en tanto en virtud de la prórroga No. 3 solo algunas de las actividades del cronograma de obra de los puentes Mensulí, Palmichal, Campoalegre y La Estancia se ampliaron para ser ejecutadas con posterioridad a las fechas de entrega contempladas en el cronograma de obra No. 2 e, incluso, con posterioridad al 31 de mayo de 2010, sin que ello permita dilucidar con claridad si las fechas que quedaron en el cronograma No. 3 para ser terminadas en ese lapso fueron o no objeto de ampliación, porque el cronograma aprobado para la segunda extensión del plazo no obra en el plenario y ninguna otra prueba permite establecer la secuencia y tiempos de esa programación.

122. El contenido de la Resolución 152 de 2011 tampoco da cuenta de ello, pues los análisis que allí se consignaron y los que se incluyeron en los oficios que le sirvieron de soporte no se refirieron a las fechas en las que se debía cumplir cada actividad de la programación No. 2 –que era el supuesto fáctico sobre el cual recaía la sanción del numeral 27.5 de los DC–, sino, como ya se analizó, al revisar el atraso respecto de la fecha de entrega de cada una las obras que componían el objeto del contrato –aspecto sobre el cual recaía la sanción del inciso primero del numeral 49.3 de los DC–, para lo cual, de manera general se mencionaron las actividades que aún estaban pendientes de ejecutar.

123. Lo señalado obliga a la Sala a ubicarse en un momento anterior al del cumplimiento de la obligación en función de la fecha de imposición de la sanción, y pone en evidencia que al imponerla la entidad no tuvo en cuenta la finalidad para la cual fue pactada, tanto que la aplicó al margen de constatar siquiera si durante el periodo que sancionó pudo o no haber generado los efectos conminatorios o de apremio de los que se la dotó. En efecto, lo que muestra el expediente es que la sanción del numeral 27.5 se impuso respecto del mismo periodo de atraso al que se refirió el oficio M-DIN-**2605**-180610 del 18 de junio de 2019, sin más consideración que aquella según la cual esa estipulación regulaba el mismo supuesto fáctico contemplado en el inciso primero del numeral 49.3 de los DC –el atraso en el cumplimiento de las obligaciones de la Unión Temporal–.

124. En la Resolución No. 152 de 2011 Metrolínea se limitó a indicar que la aplicaba sobre los mismos 20 días de atraso reportados en el oficio M-DIN-**2605**-180610 del 18 de junio de 2019, porque, según concepto emitido por la interventoría a través del oficio METROLÍNEA-PUENTES-097-DIR-096-2010 del 23 de noviembre de 2010, a ese periodo también se debía aplicar lo dispuesto en el numeral 27.5 de los DC en tanto se refería al atraso en el cumplimiento del cronograma⁵⁷. En el último de los mencionados oficios⁵⁸, la interventoría consideró: “... *se observa que efectivamente el PLIEGO DE CONDICIONES determinó un porcentaje a TÍTULO DE SANCIÓN, por cada día de mora [refiriéndose al numeral 27.5] y un porcentaje a TÍTULO DE MULTA, por cada día de mora [refiriéndose al numeral 49.3], es decir las dos debe ser aplicadas ...*”⁵⁹.

125. La interpretación de la que se valió Metrolínea para aplicar las sanciones del inciso primero del numeral 49.3 y la del numeral 27.5 a un mismo supuesto de hecho, se basó en una lectura de ambas estipulaciones que no es admisible a la luz del principio *non bis in ídem* y, en concordancia, con los límites que impone el Título XI del Código Civil respecto del alcance con el que las partes pueden convenir la cláusula penal entendida en el sentido más general de la expresión, la cual ya fue descartada por la Sala, lo que condujo, de una parte, a que se castigara un supuesto fáctico que ni siquiera estaba llamada a regular y respecto del cual, por tanto, no podía desplegar el efecto de apremio con el que se la concibió y, además, a vulnerar ese postulado de raigambre constitucional –carga que también se alegó en la demanda–, lo que conduce también a confirmar el fallo de primera instancia en cuanto estableció que la Unión Temporal no estaba obligada al pago de la sanción que se impuso con base en el numeral 27.5 de los DC.

126. Cuando se halla, como en este caso, que un mismo hecho ha sido sancionado dos veces por el mismo concepto, la consecuencia no es extraer del mundo jurídico las dos sanciones, sino solo aquélla que no era aplicable al caso. Sin embargo, lo que en este asunto ocurre es que ninguna de las dos sanciones resultaba aplicable. La del inciso primero del numeral 49.3 porque no cumplió con el carácter conminatorio con el que se pactó, en la medida que se aplicó sin tener en cuenta las ampliaciones de los plazos que previamente se convinieron para que la contratista cumpliera sus obligaciones dentro de esos periodos extendidos, la del 27.5 porque el supuesto fáctico al que se aplicó –según se deduce del contenido de la Resolución No. 152 y de los oficios en que esta se fundó– no era el que estaba llamada a regular y, por tanto, respecto de él no podía generar el efecto conminatorio con el que se la estipuló.

127. La Sala mantendrá el sentido de la decisión de primera instancia, en cuanto a que la Unión Temporal Puentes I no está obligada al pago de las sanciones que le impuso Metrolínea a través de la Resolución No. 152 del 8 de marzo de 2011; sin

⁵⁷ “9. Que mediante oficio M-DIN-4980-021210 del 10 de diciembre de 2010, el Director Técnico de Infraestructura manifiesta que de acuerdo al procedimiento expuesto por la nueva interventoría mediante Oficio METROLÍNEA-PUENTES-097-DIR-096-2010 del 23 de noviembre de 2010, se debe dar aplicación al numeral 27.5 de los pliegos de condiciones en donde se especifica que por cada día de atraso en el cumplimiento del cronograma aprobado se descontará del próximo pago el 0.0002 diarios sobre el valor total del contrato a título de sanción, cifra que asciende a CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$137.600.000) causados por los veinte días de atraso en la programación de los trabajos, es decir, a 31 de mayo de 2010”.

⁵⁸ En el oficio del 23 de noviembre de 2010 la interventoría se refirió a otro periodo de atraso de 30 días entre el 15 de septiembre de 2010 –Fecha Prevista de Terminación acordada en el modificatorio No. 3– hasta el 15 de octubre de ese mismo año.

⁵⁹ Folio 126. c. 1.

embargo, modificará la decisión, pues al no tratarse de un acto administrativo, no es posible declarar su nulidad, sin que ello implique desconocer el principio de congruencia ni el derecho al debido proceso de la contraparte, puesto que el pronunciamiento se hace sin superar el objeto del proceso fijado por la intención de la demandante de que se analice la procedencia de las sanciones que le fueron impuestas sobre las mismas causas que ella planteó; además de que se enmarca dentro de la labor que corresponde al juez de aplicar el derecho correspondiente a la situación fáctica que se pone a su consideración.

Costas

^{128.} En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 20 de abril de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, la cual quedará así:

1.- DECLÁRASE que la Unión Temporal Puentes I no tiene la obligación de pagar las sanciones a las que refiere el numeral primero de la Resolución No. 152 del 8 de marzo de 2011. En caso de que la Unión Temporal Puentes I hubiere pagado algún valor por este concepto, Metrolínea deberá restituirlo, debidamente actualizado desde la fecha del pago y hasta que se haga efectivamente la devolución.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

Radicación: 680012331000 201100721 01 (62016)
Actor: UNIÓN TEMPORAL PUENTES I
Demandado: METROLÍNEA S. A.
Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
(aclaración de voto)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ
(salvamento parcial 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.

