

REPÚBLICA DE COLOMBIA
CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, dieciséis (16) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 23001-23-33-000-2013-00055-01 (59.465)
Demandante: INTEGRANTES DEL CONSORCIO PAVICOR
Demandado: DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA - NULIDAD DEL ACTO QUE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO Y DEL QUE LIQUIDA UNILATERALMENTE EL CONTRATO

Síntesis del caso: las partes celebraron un contrato de obra, culminado el plazo de ejecución la entidad contratante declaró el incumplimiento del contratista e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, además, liquidó unilateralmente el contrato con saldo a favor de departamento de Córdoba. El contratista pretende la nulidad de los actos administrativos para que se efectúe el cruce de cuentas que corresponda.

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia del 19 de diciembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba (fls. 1.641 a 1.669 vlto. cdno. ppal.) mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRESE no probadas las excepciones ‘perjuicio al bien común y a las comunidades beneficiarias con las obras’, ‘mala fe al alegar en su favor su propia culpa’, ‘legalidad de los actos demandados y autotutela administrativa en protección del patrimonio público’, propuestas por el Departamento de Córdoba.

SEGUNDO: DECLÁRESE parcialmente probada la excepción de ‘incumplimiento de las obligaciones contractuales’ y probada de oficio la excepción de ‘contrato no cumplido’, según se motivó.

TERCERO: DECLÁRESE la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones no. 16 de fecha 31 de agosto de 2012, por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato no. 633 de 2011 y se da aplicación a la cláusula penal pecuniaria, la Resolución no. 22 del 14 (sic) de septiembre de 2012, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición confirmando la anterior.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, déjese sin efectos la cláusula penal pecuniaria impuesta por el departamento de Córdoba al consorcio Pavicor.

QUINTO: DECLÁRESE la nulidad de la Resolución no. 29 del 25 de septiembre de 20 (sic) por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato no. 633 de 2011.

SEXTO: ORDÉNESE la liquidación judicial del contrato, ordenándosele al departamento de Córdoba pagar al consorcio Pavicor la suma de \$170.815.138,76 pesos, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: NIÉGUESE las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: ABSTENERSE de imponer condena en costas, conforme se motivó.” (fls. 1.669 y vlto. cdno. ppal. - negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

I. ANTECEDENTES

La demanda

Mediante escrito radicado el 1º de marzo de 2013 (fl. 66 cdno. ppal.), los integrantes del consorcio Pavimentos de Córdoba (consorcio Pavicor) –ZR Ingeniería SA, Never José Díaz Cerpa, Marco Tulio González Hernández y Yamil de Jesús Hemer Nájera– presentaron demanda (fls. 1 a 66 cdno. ppal.) con las siguientes súplicas:

“PRETENSIONES DECLARATIVAS.

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución no. 16 del 31 de agosto de 2012 expedida por la Gobernación de Córdoba, ‘por la cual se declara el incumplimiento del contrato estatal de obra no. 633 de 2011 y se da aplicación de la cláusula penal pecuniaria pactada’, disponiendo en su parte resolutive entra otras cosas:

‘ARTICULO PRIMERO. Declarar el incumplimiento definitivo del contrato estatal de obra no. 633 de 2011, cuyo objeto es la ‘rehabilitación, construcción, pavimento, mejoramiento y mantenimiento de vías y calles en los municipios de Montería, Cereté, San Santer (sic), Tierra Alta y Puerto Escondido en el departamento de Córdoba, suscrito con el consorcio Pavimentos de Córdoba (Pavicor) y la gobernación del departamento de Córdoba.

ARTÍCULO SEGUNDO. Declarar configurado el siniestro de incumplimiento del contrato estatal de obra no. 633 de 2011, por parte del consorcio Pavimentos de Córdoba (Pavicor), en su calidad de contratista.

ARTÍCULO TERCERO. Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en la novena (sic) del contrato estatal de obra no. 633 de 2011, equivalente al diez (10%) del valor contractual, esto es por la suma de setecientos un millones cuatrocientos ochenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y seis pesos con tres centavos (\$701.487.456,03) m/cte.

ARTÍCULO CUARTO. Hacer efectiva la garantía única contenida en la póliza de seguro de cumplimiento ante entidades estatales no. 30021947 en cuanto al amparo de cumplimiento, tornada por el consorcio pavimentos de Córdoba (Pavicor), y constituida por la Compañía de Seguros Condor SA, en su calidad de garante de la misma, por la suma de setecientos un millones cuatrocientos ochenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y seis pesos con tres centavos (\$701.487.456,03) m/cte, por lo expuesto la parte motiva.’.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la Resolución no. 22 del 14 (sic) de septiembre de 2012 expedida por la gobernación de Córdoba, ‘por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado contra la Resolución no. 16 del 31 de agosto de 2012’, y resuelve entre otras cosas lo siguiente:

‘ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todos y cada uno de sus apartes la Resolución no. 16 de 31 de agosto (sic), por la cual se declara el incumplimiento del contrato estatal de obra no. 633 de

2011 y se da aplicación a la cláusula penal pecuniaria pactada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.’

TERCERA: Que se declare la nulidad de la Resolución no. 29 del 25 de septiembre de 2012 expedida por la gobernación de Córdoba, ‘por la cual se liquida unilateralmente el contrato no. 633 de 2011’, y establece en su parte resolutive entre otras cosas lo siguiente:

‘**ARTÍCULO PRIMERO:** Liquidar unilateralmente el contrato no. 633 de 2011, suscrito con el consorcio pavimentos de Córdoba (Pavicor) y la gobernación del departamento de Córdoba, cuyo objeto es la ‘rehabilitación, construcción, pavimento, mejoramiento y mantenimiento de vías y calles en los municipios de Montería, Cereté, San Santero (sic), Tierra Alta y Puerto Escondido en el departamento de Córdoba’, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO: El contratista consorcio pavimentos de Córdoba (Pavicor) deberá reintegrar dentro de lo cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente resolución, la suma de ochocientos noventa y un mil (sic) ochocientos noventa y tres mil trescientos cuarenta y un pesos con 82/100 (\$891.893.341,82), equivalente al anticipo no amortizado en la ejecución de las obras. De igual manera el contratista deberá devolver la totalidad de los rendimientos financieros de los recursos aportados por la Corporación, suma que deberá ser certificada por la entidad bancaria donde se manejan los recursos.’

CUARTA: Que se declare que el departamento de Córdoba incumplió el contrato no. 633 de fecha 26 de septiembre del 2011, cuyo objeto es ‘rehabilitación, construcción, pavimento, mejoramiento y mantenimiento de vías y calles en los municipios de Montería, Cereté, San Antero, Tierra Alta y Puerto Escondido en el departamento de Córdoba’ incumplimiento cimentado en la indebida planeación, descuentos indebidos, pagos inoportunos, mala fe ante el no reconocimiento del desequilibrio existente así como la falta de respuesta a la prórroga del contrato.

QUINTA: Declarar que como consecuencia del incumplimiento decretado en contra del contratista así como con el incumplimiento achacable a la gobernación de Córdoba, se ocasionaron perjuicios al demandante al no poder ejecutar el contrato en la forma y tiempo debidos y así mismo por

cuanto con la sanción impuesta los consorciados no podrán participar libremente en las licitaciones y concursos.

SEXTA: Declarar que el consorcio pavimentos de Córdoba (Pavicor) ejecutó con posterioridad al vencimiento del plazo contractual obras que no fueron reconocidas ni pagadas por la entidad contratante.

PRETENSIONES CONDENATORIAS.

Como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones declarativas se condene a la gobernación de Córdoba a pagar a favor de los integrantes del consorcio pavimentos de Córdoba (Pavicor), a pagar los siguientes perjuicios:

PRIMERA: La suma de mil ciento sesenta y cinco millones ciento veinticuatro mil ciento treinta y cinco pesos (\$1.165.124.135), derivado del valor ejecutado por el contratista no reconocido y no pagado por la entidad contratante o el valor que se determine dentro del proceso.

SEGUNDA: La suma de doscientos cincuenta y cinco millones setecientos nueve mil ciento cincuenta y cinco pesos con ocho centavos (\$255.709.155,08), correspondiente al acta de obra no. 3, o el valor que se establezca dentro del proceso.

TERCERA: La suma de ciento ochenta millones de pesos (\$180.000.000) equivalente a la utilidad dejada de percibir como consecuencia de la

inejecución del contrato no imputable al contratista, o en su defecto el valor que se establezca dentro del proceso.

CUARTA: *La suma de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000) a favor de cada integrante del consorcio pavimentos de Córdoba (Pavicor), teniendo en cuenta que con la sanción impuesta los mismos no han podido ni podrán concurrir libremente a las licitaciones y concursos, derivados a los descuentos de puntajes a los que se encuentran sometidos por la sanción impuesta; o el valor que se logre determinar dentro del proceso.*

QUINTA: *Liquidar judicialmente el contrato teniendo en cuenta para el efecto la prosperidad de todas las pretensiones condenatorias o en su defecto el balance que se determine dentro del proceso.*

SEXTA: *Que el valor de las pretensiones de condena sean actualizadas al momento de su pago efectivo y sobre ellas procedan los intereses a la tasa legal más alta.” (fls. 2 a 6 cdno. ppal. - negrillas y mayúsculas fijadas del original).*

Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

1) El 26 de septiembre de 2011, las partes suscribieron un contrato de obra número 633 para la construcción, rehabilitación y mantenimiento de vías en los municipios de Montería, Cereté, San Antero, Tierra Alta y Puerto Escondido por el sistema de precios unitarios fijos, con valor de \$7.014.874.563 y cuyo plazo de ejecución finalizó el 30 de marzo de 2012.

2) Durante la ejecución, el departamento **i)** descontó indebidamente el valor de la estampilla prodesarrollo del anticipo, para lo cual tomó como base el valor total estimado del contrato sin importar que la ejecución fue solo parcial; **ii)** demoró la entrega de los diseños definitivos lo cual desequilibró la economía contractual y, en todo caso, no contaba con todos los diseños, estudios y predios para completar la obra; **iii)** pagó tardíamente las actas de obra; **iv)** no contestó las peticiones del contratista para ampliar y suspender el plazo, por lo cual se configuró el silencio administrativo positivo y, **v)** no pagó las obras ejecutadas después del vencimiento del plazo de ejecución por valor de \$1.165.124.135 –si no se consideran estas obras la ejecución disminuye del 50,48% al 37,35%–.

3) Mediante la Resolución número 16 del 31 de agosto de 2012, confirmada por la Resolución número 22 del 13 de septiembre del mismo año, el departamento declaró el incumplimiento del contratista e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria.

4) A través de la Resolución número 29 del 25 de septiembre de 2012 –la cual no fue recurrida–, la entidad contratante liquidó unilateralmente el contrato y ordenó devolver el anticipo no amortizado.

Cargos de la demanda

El demandante considera que con los actos acusados se desconocieron los artículos 29 de la Constitución Política, 28 del CCA, 11 de la Ley 1150 de 2007 y 5.1.4.2.1 del Decreto 734 de 2012.

1) La solicitud de nulidad de las Resoluciones números 16 del 31 de agosto de 2012 y 22 del 13 de septiembre del mismo año se sustentó en lo siguiente:

a) *“Violación directa de la ley y violación al debido proceso administrativo”*, por cuanto el departamento sancionó al consorcio sin citar a sus integrantes a participar del procedimiento previo adelantado pues, solo notificó del trámite al representante legal del consorcio y, en todo caso, declaró el incumplimiento después de vencido el plazo del contrato.

b) *“Falsa motivación de la declaratoria de incumplimiento”*, porque la entidad contratante no podía declarar el incumplimiento del contrato debido a que desatendió primero sus obligaciones por el hecho de descontar impuestos del anticipo –inclusive aplicó una tarifa del 2% a la estampilla prodesarrollo y la Ordenanza número 21 de 2004 de la asamblea departamental de Córdoba la fijó en el 1% sobre el valor total del contrato–, faltar a la debida planeación, pagar inoportunamente y no contestar las peticiones presentadas, adicionalmente, el departamento pasó por alto las obras adelantadas por fuera del plazo para efectos de disminuir el incumplimiento que declaró y el porcentaje de la cláusula penal aplicada.

2) La pretensión de nulidad de la Resolución número 29 del 25 de septiembre de 2012 se fundamentó en lo siguiente:

a) *“Violación directa de los artículos 11 de la Ley 1150 de 2007 y 5.1.4.2.1 del Decreto 734 de 2012”* debido a que el contratante no agotó previamente la etapa de liquidación bilateral, ni siquiera convocó al contratista para el efecto, además, ordenó la devolución del anticipo no amortizado sin afectar previamente la póliza que amparaba el buen manejo del anticipo.

b) *“Falsa motivación”*, pues, no se tuvo en cuenta el valor de las obras ejecutadas

después del plazo contractual y que, en todo caso, significaban la amortización de la totalidad del anticipo, adicionalmente, ningún pronunciamiento se hizo sobre las ganancias que suponía la ejecución de toda la obra.

Coadyuvancia y contestación de la demanda

Condor SA Compañía de Seguros Generales (fls. 388 a 402 cdno. ppal.) coadyuvó la demanda y resaltó la transgresión del debido proceso en el trámite previo a la declaratoria de incumplimiento (Resoluciones números 16 del 31 de agosto de 2012 y 22 del 13 de septiembre del mismo año) y a la liquidación unilateral del contrato (Resolución número 29 del 25 de septiembre de 2012).

El departamento de Córdoba (fls. 420 a 450 cdno. ppal.) contestó la demanda y propuso las excepciones de **i)** *“incumplimiento de las obligaciones contractuales”*, porque el contratista desatendió sus obligaciones durante la ejecución del contrato; **ii)** *“perjuicio al bien común y a las comunidades beneficiadas con las obras”* pues,

el consorcio no entregó todas las obras a las comunidades que se beneficiarían de estas; **iii)** *“mala fe y alegar en su favor su propia culpa”*, por el hecho de que la entidad citó al representante legal del consorcio a los trámites contractuales lo cual hacía innecesario vincular a los integrantes de este y, **iv)** *“legalidad de los actos demandados y autotutela administrativa en protección del patrimonio público”*, dado que el departamento ejerció sus competencias en defensa de la comunidad y del patrimonio público ante el incumplimiento del contratista.

Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Córdoba, en sentencia del 19 de diciembre de 2016 accedió a las pretensiones de la demanda con los siguientes fundamentos:

1) Las Resoluciones números 16 del 31 de agosto de 2012 y 22 del 13 de septiembre de ese mismo año, mediante las cuales se declaró el incumplimiento y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, son nulas porque la entidad contratante no podía declarar el incumplimiento debido a que también se encontraba en mora, particularmente en tres frentes de obra, según los testimonios practicados y el informe final de interventoría del cual se podía concluir lo siguiente:

“[S]e advierte el incumplimiento reiterativo de ambas partes del contrato, esto es, tanto del contratante al no entregar los diseños del frente de puesto (sic) escondido [frente de obra no. 1], ni los nuevos presupuestos y meta física frente al cambio de diseño en el municipio de Cereté [frente de obra no. 2], así como también se observa un error de

diseño en el municipio de San Antero [frente de obra no. 3], como del contratista al suspender injustificadamente las obras en varias ocasiones y en diferentes frentes, no realizar el pago de salarios a los trabajadores, ni realizar el pago de alquiler y materiales, no adelantar las obras en los lugares o sitios que podía hacerlo y realizar actuaciones sin previo consentimiento de particulares que podrían verse afectados.” (fl. 1.657 vlt. cdno. ppal. - resalta la Sala).

En los tres frentes de trabajo “*existieron demoras que de alguna forma impidieron el adelantamiento del proyecto, las cuales recaían en la administración (...) empero se advierte que el cumplimiento de las obligaciones de la administración no dependía del contratista, mientras que por el contrario la falta de la entrega de diseños o decisiones frente al tramo a construir sí repercuten el cumplimiento de las obras del contratista y tienen la entidad de impedir el cumplimiento de la obra*” (fl. 1.659 vlt. cdno. ppal.).

En esa medida, se configuró “*la excepción de contrato no cumplido*” (fl. 1.657 vlt. cdno. ppal.) debido al incumplimiento de las obligaciones de la entidad que impedían al contratista atender las propias.

2) La Resolución número 29 del 25 de septiembre de 2012, por la cual se liquidó unilateralmente el contrato, también es nula porque no hay prueba de que previamente se citó al contratista para liquidar de forma bilateral.

3) Anulada la liquidación unilateral del contrato resulta procedente el cruce de cuentas en sede judicial para lo cual se consideran, entre otros documentos, el plan de inversión del anticipo, las actas parciales de obra, los soportes de pago y los informes de interventoría, además, deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

a) El contratista no amortizó la totalidad del anticipo que recibió y debe reintegrar la parte no ejecutada, en consecuencia, la entidad cuenta con un saldo a favor por anticipo no amortizado (\$1.145.498.035).

b) Si bien el departamento retuvo un mayor valor por impuestos al contemplado en el plan de inversión del anticipo, lo cierto es que todos los gravámenes estaban a cargo del contratista quien debía pagarlos en su totalidad durante la legalización del contrato, esto es, antes de la entrega del anticipo; no obstante, la entidad aplicó una tarifa del 2% a la estampilla prodesarrollo y en realidad esta era del 1% según la Ordenanza número 21 de 2004 de la Asamblea Departamental de Córdoba, así las cosas, el contratista tiene un saldo a favor por reintegro de lo retenido en exceso (\$21.044.623,68).

c) La entidad no pagó la totalidad del acta de obra número 3, por lo tanto, el

contratista tiene derecho a recibir íntegramente el valor de dicha acta (\$255.709.155,8).

d) Aunque no se configuró el silencio administrativo positivo frente a la ampliación del plazo, el contratista sí acreditó las obras ejecutadas por fuera del término contractual con unos testimonios y con un dictamen pericial pero, estas no fueron avaladas por el interventor ni recibidas por el departamento y solo podría reconocerse su valor a partir del enriquecimiento sin causa; sin embargo, no se presenta ninguno de los supuestos jurisprudenciales para ello¹, aunque, *“sí deben considerarse como pago y/o amortización de capital, en caso de que el contratista resulte a deber algún saldo a la entidad”* (fl. 1.665 vlto. cdno. ppal.), por lo tanto, el contratista tiene un saldo a favor en la liquidación por obras ejecutadas por fuera del plazo (\$1.165.124.136,66), que no puede sustentar una condena en contra de la entidad.

e) En consecuencia, el contratista cuenta con \$1.441.877.916,14 y la entidad con \$1.145.498.035, restados ambos conceptos se obtiene una *“suma total de \$296.379.879,14 pesos [en realidad la operación da como resultado \$296.379.881,14] a favor de Pavicor, los cuales se reiteran no se reconocen al accionante, pues, lo que está reconociendo esta corporación es que el departamento de Córdoba no puede perseguir el doble cumplimiento o satisfacción de una misma obligación, pues, se generaría un cobro de lo no debido, sin embargo las obras que el consorcio ejecutó por fuera del plazo contractual no pueden constituirse en fuente de obligación a favor del contratista al carecer de soporte contractual, y no encontrarse enmarcado en los eventos desarrollados por la actio in rem verso.”* (fl. 1.668 cdno. ppal.).

f) Así las cosas, el único rubro que puede percibir el contratista es la utilidad pactada por la ejecución total del contrato, y como el contratista solo recibió el 37,35% de la utilidad acordada –que corresponde al porcentaje ejecutado durante el plazo original– la entidad le adeuda el otro 62,65% que asciende a \$170.815.138,76.

4) No procede la condena en costas porque ambas partes resultaron desfavorecidas con la decisión.

Recursos de apelación

El departamento de Córdoba presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y los integrantes del consorcio Pavicor apelaron en

forma adhesiva (fls. 1.673 a 1.676 y 1.686 a 1.702 cdno. ppal.).

1) La entidad demandada manifestó su inconformidad con los siguientes argumentos:

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 19 de noviembre de 2013, exp. 24.897, CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

a) Las decisiones administrativas que declararon el incumplimiento e hicieron efectiva la cláusula penal pecuniaria *“son actos que, de conformidad con los antecedentes administrativos previos a su generación, están sustentados en hechos de incumplimiento reiterados del contratista”* (fl. 1.673 cdno. ppal.).

b) No se transgredió el derecho del debido proceso del contratista durante la liquidación del contrato porque fue citado en dos oportunidades con antelación a que se expidiera el acto administrativo.

c) Las obras ejecutadas por fuera del plazo contractual no podían incluirse en el cruce de cuentas porque carecen de soporte y ni siquiera fueron recibidas por la entidad, otro contratista fue quien terminó las obras después de finalizado el contrato.

d) La utilidad esperada por la ejecución de todo el contrato carece de sustento ya que no fue pedida en la demanda ni es consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados.

2) La parte demandante cuestionó los ordinales segundo –relacionado con las excepciones probadas– y sexto –liquidación judicial del contrato– de la sentencia de primera instancia con base en estas otras razones:

a) Las obras alcanzaron el 50,48% después de vencido el plazo del contrato y el valor estas actividades no podía excluirse del cruce de cuentas porque el contrato respaldaba su ejecución, en consecuencia, no podía negarse el pago de los \$296.379.879,14 por el supuesto enriquecimiento sin causa –la causa era el contrato– *“otra cosa es que tales obras no hayan tenido la vigilancia ni hayan sido recibidas por la entidad”* (fl. 1.691 cdno. ppal.), además, la entidad no contestó las peticiones del contratista para ampliar el plazo por lo cual se configuró el silencio administrativo positivo, lo cual la obligaba a asumir el valor de lo ejecutado por fuera del plazo.

b) La entidad descontó el valor total de la estampilla prodesarrollo al anticipo a pesar de que el contrato no se ejecutó en su totalidad con lo cual desconoció la Ordenanza

número 21 de 2004 de la Asamblea Departamental de Córdoba, además, frente al impuesto del fondo de seguridad debió considerarse que *“el valor del anticipo sin amortizar no sería la suma de \$1.145.498.035, sino \$1.088.223.133, una vez descontado el 5% del impuesto del fondo de seguridad”* (fl. 1.700 cdno. ppal.).

c) No se configuró la excepción de contrato no cumplido, en efecto, *“como bien lo señaló el tribunal de primera instancia, dichos incumplimientos fueron provocados por la misma administración, pues el incumplimiento del contratante era determinante el cual conllevó a la declaratoria de nulidad de los actos acusados. Veamos: [sigue transcripción del fallo de primer grado]. Así pues, por los anteriores argumentos, no podría declarar de oficio la excepción de contrato no cumplido porque ese mismo argumento del tribunal fue el que llevó a la invalidez de la declaratoria de incumplimiento”* (fl. 1.701 cdno. ppal.).

d) Los valores reconocidos a favor del contratista debieron indexarse y reconocerse intereses respecto de ellos.

Actuación surtida en la segunda instancia

Por auto del 14 de agosto de 2017 (fl. 1.713 cdno. ppal.) se admitieron los recursos de apelación y el 17 de octubre del mismo año (fl. 1.715 cdno. ppal.) se corrió traslado para alegar de conclusión, en dicho término la parte demandante insistió en las razones de apelación (fls. 1.718 a 1.730 cdno. ppal.), mientras que la parte demandada y el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y decisión a adoptar, 2) el caso concreto y, 3) condena en costas.

Objeto de la controversia y decisión a adoptar

La controversia planteada en término² consiste en determinar, conforme a las apelaciones, si se debe revocar la decisión de primera instancia en cuanto declaró la nulidad de los actos acusados o, si se debe modificar para excluir los rubros

² La Resolución número 29 del 25 de septiembre de 2012 se notificó el 17 de octubre de 2012 (fl. 694 cdno. ppal.) y la demanda se presentó el 1º de marzo de 2013 (fl. 66 cdno. ppal.).

señalados por el demandando, o bien para incluir las cifras requeridas por el demandante.

Se modificará la sentencia impugnada para excluir del cruce de cuentas el valor de las obras ejecutadas por fuera del plazo del contrato y el de la utilidad esperada por el contratista por la ejecución total del contrato, ejercicio según el cual la liquidación ahora favorece a la entidad contratante.

El caso concreto

2.1 La declaratoria de nulidad de los actos acusados

1) El tribunal declaró la nulidad de las Resoluciones números 16 del 31 de agosto de 2012 y 22 del 13 de septiembre del mismo año –que declararon el incumplimiento e hicieron efectiva la cláusula penal pecuniaria– porque la entidad puso al particular en imposibilidad de satisfacer sus obligaciones, en efecto, la contratante desatendió su deber de entregar los diseños –por lo menos en tres frentes de trabajo– y dicha labor era necesaria para que el consorcio pudiera adelantar las obras, por ende, como cocontratante incumplió una tarea que era anterior en el tiempo el contratista no podía cumplir la propia.

La entidad demandada cuestiona esa decisión exclusivamente con el argumento de que los actos acusados “*están sustentados en hechos de incumplimiento reiterados del contratista*” (fl. 1.673 cdno. ppal.).

La tesis central para anular los actos que declararon el incumplimiento e hicieron efectiva la cláusula penal pecuniaria descansa sobre la idea de que el contratista en efecto incumplió pero, por causa atribuible a la contratante, en consecuencia, la sola afirmación de que el consorcio desatendió sus deberes no se opone a la nulidad de los actos declarada en la primera instancia pues, no desarrolla ningún sustento fáctico, precepto normativo o planteamiento lógico que permita controvertir los extremos de ese análisis, la forma en que se hizo o las conclusiones a las que llegó y, la ausencia de contradicción obliga a confirmar el fallo apelado en este punto porque la Sala carece de razones para estudiar la decisión impugnada respecto de la anulación de las Resoluciones números 16 del 31 de agosto de 2012 y 22 del 13 de septiembre del mismo año.

En efecto, el artículo 320 del Código General del Proceso (CGP) indica que el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las

referencias conceptuales y argumentativas que se aducen en contra de la decisión adoptada en primera instancia, razón por la cual no basta con la sola interposición del recurso, es necesario señalar las razones que controvierten las conclusiones que sustentan la sentencia impugnada.

Dicha excepción tiene como finalidad impedir que la parte que no hubiere cumplido o no hubiere estado dispuesta a cumplir se valga del contrato para exigirle a la otra que lo cumpla y *“dentro de los efectos que produce la presencia de la excepción de contrato no cumplido, está la imposibilidad para la administración de ejercitar los poderes exorbitantes que dependen del incumplimiento del contratista, cual es la de declarar la caducidad del mismo o imponer multas”*³ o bien, como en este caso, la de declarar el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de tal suerte que el *a quo* erró al declarar la prosperidad de la mencionada excepción porque en este preciso asunto dicha figura no respondió a la prosperidad de un medio exceptivo de índole procesal que enervara las pretensiones de la demanda, lo cual obliga a modificar el ordinal segundo del fallo apelado para revocar la decisión de declarar probada de oficio la excepción de contrato no cumplido..

2) Ahora bien, la entidad contratante sostiene que no transgredió el debido proceso del actor durante el procedimiento que culminó con la liquidación unilateral del contrato (Resolución número 29 del 25 de septiembre de 2012) por cuanto lo citó en dos ocasiones para que liquidaran de forma conjunta el contrato.

En el expediente solo se encuentra la mención que sobre el particular aparece en la liquidación unilateral, en los siguientes términos:

“Que estando en firme la anterior decisión [se refiere a la Resolución número 22 del 13 de septiembre de 2012], mediante oficios SI no. 998-2012 y SI no. 999-2012 de fecha 20 de septiembre de 2012 dirigidos al contratista y el interventor, se citó para el día lunes 24 de septiembre de 2012 a las 3:00 p. m. con el fin de liquidar bilateralmente el contrato en mención. Sin embargo, llegado el día y la hora solo hizo presencia el interventor del contrato, sin que el contratista asistiera a dicha citación. (...).

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de marzo de 2001, exp. 13.415, CP Ricardo Hoyos Duque.

Que la interventoría del contrato proyectó la liquidación bilateral y el balance del mismo, la cual se acogerá en el presente acto, en virtud al silencio guardado por el contratista, lo cual impidió realizarla bilateralmente (...).” (fls. 682 y 683 cdno. ppal.).

Visto lo anterior, se advierte que la presunción de legalidad que ampara al acto acusado obligaría a tener por cierto los hechos que le sirvieron de sustento; sin embargo, como el demandante cuestionó la veracidad de las citaciones ahí

enunciadas, en principio, le correspondería probar el hecho contrario –la falta de notificación–; no obstante, es una negación indefinida lo cual obliga a verificar los medios de prueba que soportan la decisión administrativa para corroborar este preciso hecho.

En esa medida, para resolver la tensión que existe entre ambas posiciones se exige a quien esté en posibilidad de probar el hecho que allegue los respectivos medios de prueba, en este caso a la entidad demandada porque debe tener copia de los oficios que asegura envió.

No obstante, tal como lo advirtió el tribunal de primera instancia, no hay prueba de que la entidad citó o convocó al contratista, en los términos del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, para liquidar bilateralmente el contrato, el demandado no aportó los oficios enunciados en el acto administrativo y tampoco acreditó que el contratista fue enterado de la convocatoria, ninguna de las pruebas permite concluir que efectivamente el contratista recibió el oficio de citación, por tanto, habrá de confirmarse la sentencia apelada en este punto.

2.2 Las obras ejecutadas por fuera del plazo pero no recibidas por la entidad contratante

1) La entidad demandada sostiene que el tribunal no debió considerar en el cruce de cuentas el valor de las obras ejecutadas por fuera del término del contrato toda vez que carecían de soporte y ni siquiera fueron recibidas, en contraste, el consorcio asegura que el contrato era la causa de esas obras y que por su intermedio era posible reconocerlas.

Sobre el particular, en anterior oportunidad la Sala precisó que *“si un contratista cumple con sus obligaciones contractuales por fuera del plazo de ejecución, y la entidad decide recibir la prestación que se le adeuda, resulta lógico que el contratista tenga el derecho de recibir la contraprestación de las prestaciones ejecutadas y recibidas a satisfacción. Lo anterior no implica que las entidades estatales estén obligadas a recibir las prestaciones ejecutadas fuera del plazo de ejecución. Tampoco quiere decir lo anterior que todas las obras ejecutadas fuera del plazo deban ser pagadas.”*⁴.

Lo expuesto encuentra sustento en el artículo 1610 del Código Civil que permite al acreedor pedir frente al deudor incumplido, a más de la indemnización por la mora, cualquiera de las siguientes cosas a su elección: **i)** que se apremie al deudor para que ejecute lo convenido, **ii)** que se autorice al acreedor para que un tercero ejecute

a expensas del deudor o, *iii*) que el deudor indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

Así, la administración no tiene la obligación de recibir ni de pagar lo ejecutado por fuera del término a menos que esa sea su elección, en consecuencia, para que pueda considerarse en el cruce de cuentas el valor de las obras extemporáneas la entidad debió recibirlas, de lo contrario sería tanto como imponerle el deber de pagar por unas prestaciones que el contratista libremente decidió ejecutar por fuera del plazo.

Pues bien, al finalizar el contrato el 30 de marzo de 2012, el interventor indicó en el informe final que *“el porcentaje de ejecución general del contrato es de: 37,35%”* (fl. 407 cdno. ppal.) y el perito precisó que con la ejecución efectuada después de culminado el plazo *“el porcentaje real ejecutado por el consorcio Pavicor fue de 50,48% que equivale a una inversión de \$3.541.118.102,42”* (fl. 1.174 cdno. ppal.).

Sin embargo, en el expediente no aparece prueba de que se recibieran a satisfacción las obras extemporáneas, por el contrario, el contratista reconoce que la interventoría no vigiló su ejecución y que la entidad en ningún momento las recibió.

La ejecución libérrima de obras a cuenta y riesgo del contratista no puede comprometer a la entidad que en ningún momento decidió recibirlas, en consecuencia, no podía incluirse este monto en el cruce de cuentas porque la

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 18 de noviembre de 2021, exp. 61.641, CP Alberto Montaña Plata.

entidad, en lugar de recibir a satisfacción, eligió que el contratista le indemnizara los perjuicios por la infracción contractual y la mora cuando declaró el incumplimiento e hizo efectiva la cláusula penal, según se lo permitía el artículo 1610 del Código Civil.

Inclusive, prefirió que un tercero terminara lo pactado, pero, a expensas de la póliza que amparaba el contrato; en efecto, el 21 de diciembre de 2012 Condor SA Compañía de Seguros Generales suscribió con la entidad contratante un acta de compromiso para *“ejecutar las obras pendientes dentro del contrato no. 633 de 2011”* (fl. 877 cdno. ppal.).

2) Adicionalmente, el contratista asegura que la ausencia de respuesta para la ampliación del plazo le imponía a la entidad asumir el valor de las obras por el silencio administrativo positivo que se configuró.

Al respecto, está acreditado que el 26 de marzo de 2012 –cuatro días antes de vencer el plazo– el contratista solicitó “*la ampliación del plazo del contrato por 60 (sesenta) días, tiempo necesario para ejecutar las actividades no iniciadas debido a los inconvenientes anotados*” (fl. 388 cdno. ppal.) y, ante la falta de respuesta por parte de la entidad contratante, el consorcio protocolizó el silencio administrativo positivo mediante la escritura pública número 1.739 del 26 de julio de 2012 (fls. 483 a 484 cdno. ppal.).

El silencio administrativo positivo previsto en el artículo 25 (numeral 16) de la Ley 80 de 1993 requiere que el contratista solicite el reconocimiento de un derecho preexistente a la petición pues, el solo transcurso del tiempo no puede ser fundamento para el reconociendo de prestaciones económicas a favor de los colaboradores de la administración, tal como lo precisó la Sección Tercera de esta Corporación en los siguientes términos:

“[E]s claro que no por el simple hecho de que la administración omita dar respuesta a una petición elevada por el contratista en la ejecución del contrato, el peticionario adquiera un derecho y la administración la obligación de satisfacerlo. Si bien es cierto, la ley 80 de 1993 dispuso que las peticiones elevadas por el contratista a la entidad contratante y no contestadas por esta en el término de tres meses desde la fecha de su presentación, dan lugar a la operancia de un silencio administrativo positivo, no lo es menos que quien pretenda reclamar el derecho surgido de dicho silencio, goce de este (el derecho) con anterioridad a la presentación de la petición (mediante la cual pretenda reclamarlo de la administración) y logre probarlo adecuadamente, configurándose consecuentemente, la obligación para la administración de hacerlo efectivo.”⁵ (negritas adicionales).

Así las cosas, la solicitud de prórroga no recaía sobre un derecho preexistente del contratista por lo cual el silencio administrativo positivo no resultaba en la prórroga automática del plazo ni tampoco en el deber de la entidad de asumir el pago de las obras ejecutadas por fuera del contrato.

2.3 Los gravámenes retenidos en exceso por la entidad

1) El contratista afirma que la entidad erró en descontarle la totalidad del valor de la estampilla prodesarrollo al anticipo porque el contrato no se ejecutó en su totalidad.

Sobre el particular, la Ordenanza número 21 de 2004 de la Asamblea Departamental de Córdoba prevé en el artículo 132 que la estampilla “*se causa en el momento de la celebración del acto o de la expedición del documento o de la expedición del documento gravado*” (fl. 368 cdno. ppal.), y el artículo 140 dispone que “*la estampilla de prodesarrollo departamental será validada con el recibo oficial de pago o*

mediante descuento directo efectuado sobre los pagos que genere el gravamen” (fl. 369 vlto. cdno. ppal.).

De esta forma, le asiste razón al contratista, pues, el gravamen se causa al momento de la celebración del contrato pero, solo podía descontarse su valor con cada pago por lo tanto, la entidad contratante no podía deducir el valor total de la estampilla con el desembolso del anticipo.

En efecto, en los diez (10) comprobantes de egreso del 28 de octubre de 2011 (fls. 337 a 346 cdno. ppal.) hechos por concepto de anticipo la entidad efectuó las siguientes deducciones por estampilla prodesarrollo: \$10.828.317, \$4.085.184, \$2.607.853, \$17.128.048, \$12.200.026, \$9.256.921, \$13.108.313, \$10.435.578, \$29.609.984 y \$31.037.266 para un total de \$140.297.490 que corresponde al dos por ciento (2%) del valor total del contrato (\$7.014.874.563)⁶ pero, en esa oportunidad, la entidad desembolsó un monto bruto de \$2.104.462.369, esto es, sin

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de marzo de 2000, exp. 1.199, CP Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁶ La entidad contratante aplicó una tarifa del dos por ciento (2%) a pesar de que la Ordenanza número 21 de 2004 prevé en su artículo 138 que *“la tarifa será del uno por ciento”* (fl. 369 cdno. ppal.) tal como lo advirtió el tribunal en su sentencia.

considerar los descuentos efectuados, por lo cual únicamente podía deducir 42.089.247 sobre ese valor —si se aplica la tarifa del dos por ciento (2%)— y no los \$140.297.490 que finalmente descontó.

La entidad, en lugar de descontar proporcionalmente el gravamen a cada pago, decidió retenerlo en su totalidad en el desembolso del anticipo lo cual eximia al contratista de pagar la estampilla durante la ejecución del contrato, a menos que se adicionara el valor por encima de \$7.014.874.563.

A pesar de que la entidad descontó indebidamente la totalidad del valor de la estampilla ello no hace acreedor al contratista de la diferencia (\$98.208.243), en efecto, el valor retenido en exceso se pagó con dinero de la entidad —el anticipo— y no con recursos del contratista; recuérdese que el anticipo no está destinado a remunerar al actor sino a financiar la ejecución del contrato, por lo tanto, ese dinero no ingresa al patrimonio del demandante, debe amortizarlo y si no lo hace está obligado a devolverlo, por ende, con la indebida retención lo único que sucedió es que el contratista recibió menos fondos como anticipo y esa sola circunstancia no permite concluir que ahora deba recibir la porción indebidamente descontada, condenar a la entidad a reintegrar la diferencia sería tanto como reconocer que el contratista tiene derecho a quedarse con parte del anticipo que no amortizó.

Lo anterior obliga a excluir del cruce de cuentas los \$21.044.623,68 que el *a quo* determinó como saldo a favor del contratista por la correcta aplicación de la tarifa, porque ese monto se pagó con dinero de la entidad y no con dinero del contratista que obligue a reembolsarle.

2) Ahora, el contratista también alega que el monto del anticipo a devolver es menor porque a este debe descontársele el cinco por ciento (5%) del impuesto del fondo de seguridad; no obstante, se encuentra que ese porcentaje ya fue deducido del anticipo pues, la entidad hizo las siguientes retenciones por ese concepto en los mencionados diez (10) comprobantes de egreso, así: \$8.121.238, \$3.063.888, \$1.955.890, \$12.846.036, \$9.150.020, \$6.942.691, \$9.831.235, \$7.826.684, \$22.207.488, \$23.277.950 para un total de \$105.223.120 que corresponde al cinco (5%) del valor desembolsado como anticipo (\$2.104.462.369), en consecuencia, no es posible aplicar dos veces la misma deducción.

2.4 La utilidad esperada por ejecutar todo el contrato

La entidad contratante controvierte el reconocimiento de \$170.815.138,76 hecho en favor del actor porque ello no fue pedido en la demanda y, en todo caso, no es consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados.

El punto sí fue pedido en la tercera pretensión condenatoria y se sustentó en la *causa petendi* de la siguiente forma: “*el demandante dejó de recibir la utilidad esperada conforme a su oferta económica, con el incumplimiento decretado en virtud de la declaratoria de incumplimiento, actuación consignada en las resoluciones 16 de 2012, 22 de 2012. El monto total que dejó de percibir el demandante fue de ciento ochenta millones de pesos (\$80.000.000) (sic)*” (fl. 58 cdno. ppal.).

Sin embargo, tal como lo advierte el contratante, la nulidad del acto que declaró el incumplimiento e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria no conlleva el reconocimiento económico en comento, en principio, el restablecimiento derivado de la nulidad de dicho acto se limita a declarar que el contratista no está obligado al pago de la cláusula penal pecuniaria o bien a que la entidad le reintegre ese valor si el contratista ya lo pagó, igualmente, el restablecimiento derivado de la nulidad de la liquidación unilateral solo permite revisar el cruce de cuentas o eximir al afectado de cumplir con las cargas dispuestas en el acto.

El contratista tiene derecho a recibir la utilidad pactada por la parte del contrato no ejecutada cuando la entidad le coarte indebidamente la posibilidad de continuar con el negocio y siempre que acredite haber cumplido o estado presto a cumplir sus propias obligaciones y este no es el caso.

En efecto, la entidad impidió la normal ejecución en tres frentes de obra –Cereté, San Antero y Puerto Escondido–; sin embargo, el contratista no cumplió en debida forma sus obligaciones en los otros dos frentes de trabajo –Montería y Tierra Alta– según quedó reseñado en el informe final de interventoría (fls 390 a 424 cdno. ppal.) pues, no pagaba los salarios, el alquiler de los equipos ni el valor de los materiales lo cual llevó a la suspensión intermitente de las obras en esos frentes.

Así las cosas, la desatención de esos deberes permite concluir que se trató de un incumplimiento omnicomprendido aplicable a todos los frentes obra, lo que resulta en la imposibilidad de demostrar que el contratista sí hubiese ejecutado en debida forma las prestaciones a su cargo en los otros en tres frentes de obra y que por esa razón recibiría la utilidad que ahora echa de menos, en otras palabras, no hay como acreditar la veracidad de que sí iba a obtener la utilidad pactada porque lo cierto es que no estaba en capacidad de cumplir.

2.5 Los montos a cargo de cada una de las partes

El tribunal dispuso que la entidad contaba con un saldo a favor de \$1.145.498.035 por concepto de anticipo no amortizado –se mantiene–, además, indicó que el contratista tenía a favor \$255.709.155,8 por saldo insoluto del acta de obra número 3 –se mantiene–, \$21.044.623,68 por indebida aplicación de la tarifa de la estampilla prodesarrollo –se excluye–, \$1.165.124.136,66 por obras ejecutadas fuera del plazo –se excluye– y 170.815.138,76 por utilidad esperada –se excluye–.

Así las cosas, solo se mantiene en el cruce de cuentas, de un lado, el anticipo no amortizado que el consorcio en ningún momento reintegró y, de otro, el acta de obra número 3 cuyo pago no fue acreditado por el deudor, los saldos se resumen a continuación:

	Contratante (A)	Contratista (B)
Anticipo no amortizado	\$1.145.498.035,00	-
Acta de obra número 3	-	\$255.709.155,80
Diferencia entre A y B	\$889.788.879,20	-

La entidad contratante tiene a su favor \$889.788.879, suma que se indexará desde el final del plazo del contrato hasta esta providencia, para traer a valor presente el monto de la condena se aplicará la siguiente fórmula:

$$vf = vi \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Dónde:

vf: es el valor final o condena actualizada o ajustada.

vi: es el valor inicial.

índice final: el último disponible a esta sentencia (julio de 2022).

índice inicial: el del fallo impugnado (marzo de 2012).

$$vf = \$889.788.879 \times 120,27$$

77,31

$$vf = \$1.384.231.128$$

En consecuencia, la liquidación del contrato arroja un saldo a cargo de los integrantes del consorcio del consorcio Pavimentos de Córdoba (consorcio Pavicor) –ZR Ingeniería SA, Never José Díaz Cerpa, Marco Tulio González Hernández y Yamil de Jesús Hemer Nájera– y a favor de la entidad demandada por valor de mil trescientos ochenta y cuatro millones doscientos treinta y un mil ciento veintiocho pesos (\$1.384.231.128).

Condena en costas

En los términos de los artículos 188 del CPACA y 365 (numeral 3) del CGP la parte demandante debe asumir las costas de la segunda instancia porque se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, la condena incluirá las agencias en derecho que para esta instancia se fijan en un millón de pesos (\$1.000.000) en atención al concepto y los criterios definidos para su causación en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura aplicable al caso en razón de la época de presentación de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º) Modifícase los ordinales segundo y sexto de la sentencia del 19 de diciembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, los cuales quedan así:

SEGUNDO: DECLÁRASE parcialmente probada la excepción de *“incumplimiento de las obligaciones contractuales”* según se motivó.

SEXTO: LIQUÍDASE judicialmente el contrato, con saldo en contra de los integrantes del consorcio del consorcio Pavimentos de Córdoba (consorcio Pavicor) –ZR Ingeniería SA, Never José Díaz Cerpa, Marco Tulio González Hernández y Yamil de Jesús Hemer Nájera– y en favor del departamento de Córdoba por la suma de mil trescientos ochenta y cuatro millones doscientos treinta y un mil ciento veintiocho pesos

(\$1.384.231.128), en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

2º) Confírmase en lo demás la sentencia del 19 de diciembre de 2016 emitida por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

3º) Condénase en costas de la segunda instancia a la parte demandante y **fíjanse** las agencias en derecho en un millón de pesos (\$1.000.000).

4º) Ejecutoriada la presente sentencia, por la secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen para lo su cargo, previas las respectivas constancias secretariales.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Sala
(Firmado electrónicamente)

FREDY IBARRA MARTÍNEZ Magistrado (Firmado electrónicamente)	MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ Magistrado (Firmado electrónicamente) Salvamento de voto
---	---

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 de CPACA.