



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN 1

MAGISTRADA PONENTE: LAURA PATRICIA ALBA CALIXTO

Tunja, once (11) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024)

MEDIO DE CONTROL:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
RADICADO:	15001-33-33-006-2018-00081-01
DEMANDANTE:	INVÍAS
DEMANDADO:	CONSORCIO IBAGUÉ
TEMA:	REDUCCIÓN PROPORCIONAL DE CLÁUSULA PENAL – LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE CONTRATO
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la entidad demandante contra la sentencia proferida el 17 de julio de 2023, mediante la cual el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA¹

Declaraciones y condenas

1. El Invías, a través de apoderado, presentó demanda de controversias contractuales contra el Consorcio Ibagué, la sociedad Ingenieros Constructores S.A.S., la sociedad Construvial S.A.S., el señor Mario Gabriel Jiménez Martínez (estos tres como integrantes del consorcio) y la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (Seguros Confianza S.A.), con el objeto de que se declare que el primero y sus integrantes incumplieron el contrato de obra 1409 del 27 de octubre de 2014 y, en consecuencia, se les ordene pagar, junto con la aseguradora, la suma de \$307.460.672,60 por concepto de cláusula penal pecuniaria.
2. Además, solicitó que se liquide judicialmente el contrato incluyendo el anterior valor, se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del CPACA, y se condene a los integrantes de la parte demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

Fundamentos fácticos

3. El apoderado de la parte demandante manifestó que, después de adelantar la licitación pública LP-DO-SRN-060-2014 – Módulo 1, el Invías y el Consorcio

¹ Archivo 3 del expediente electrónico, documento 2, pp. 1-17 (anotación 44 Samai – primera instancia).

Ibagué celebraron el contrato de obra 1409 del 27 de octubre de 2014, cuyo objeto era construir la estación de peaje de Sáchica en el PR 50+0200 de la carretera Chiquinquirá-Tunja.

4. Explicó que el plazo de ejecución del contrato terminaba el 31 de diciembre de 2014, pero tras varias prórrogas culminó el 17 de diciembre de 2015.

5. Narró que, en virtud de la cláusula 7.^a del acuerdo de voluntades, el contratista constituyó la póliza 17 GU033769 con Seguros Confianza S.A., la cual incluía un amparo de cumplimiento, pago de multas y cláusula penal en cuantía del 10 % del valor total del contrato, vigente hasta su liquidación.

6. Resaltó que dentro de las obligaciones del contratista que eran necesarias para liquidar el contrato estaba el acta de cierre ambiental (comprendía un permiso de vertimientos), pero aquel no la aportó a pesar de requerirlo en varias ocasiones para ese fin, aunque esa situación abría la puerta para que la entidad recibiera sanciones de parte de Corpoboyacá.

7. Adujo que también la entidad contratante y la interventoría encontraron defectos en las obras, como losas con fisuras y desportillamiento, falta de sellado en las juntas y acabado superficial deficiente. Agregó que la entidad igualmente efectuó los requerimientos respectivos para que el contratista adelantara las actividades correctivas a que hubiera lugar, pero este no lo hizo.

8. Preciso que el volumen de losas afectadas era de 113,7 m³ y que, en ese sentido, los daños ascendían a \$103.586.840 para el ítem de pavimento de concreto hidráulico y a \$18.030.295,86 para el ítem acero de refuerzo, para un total de \$121.617.135,90.

9. Indicó que, de conformidad con el numeral 7.53 del pliego de condiciones y la cláusula 7-a) del contrato, el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo del contratista daba lugar a la imposición de una cláusula penal pecuniaria equivalente al 10 % del valor total del contrato y proporcional al avance de la obra.

10. Sostuvo que, como el valor total del contrato fue de \$3.074.606.726, la pena debía ascender a \$307.460.672,60. Además, añadió que Seguros Confianza S.A. «como garante es igualmente obligado al pago del valor de la cláusula penal pecuniaria».

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Seguros Confianza S.A.²

11. La aseguradora se opuso a las pretensiones de la demanda y alegó que el Invías jamás la requirió para el pago de alguna indemnización, pese a que debió

² Archivo 3 del expediente electrónico, documento 8, pp. 1-18 (anotación 44 Samai – primera instancia).

tener conocimiento del presunto incumplimiento del contratista desde el 17 de diciembre de 2015, que fue cuando venció el plazo de ejecución del acuerdo voluntades.

12. Consideró que, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, debía imponerse el pago de la cláusula penal de manera proporcional, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y el artículo 1596 del CCo.

13. Esgrimió que se configuró la prescripción del contrato de seguro, ya que entre la fecha de terminación del plazo de ejecución del contrato de obra (17 de diciembre de 2015) y la radicación de la demanda (15 de junio de 2018) transcurrieron más de dos años, de conformidad con el artículo 1081 del CCo.

14. Señaló que, incluso, el acta de recibo y el acta de cierre ambiental debieron suscribirse dentro de los 10 días calendario siguientes a la finalización del plazo de ejecución, esto es, hasta el 27 de diciembre de 2015, así que para ese momento ya debía tenerse conocimiento de la situación.

15. Agregó que el interventor suscribió el acta de entrega y recibo definitivo de la obra, que el Invías tenía la carga de probar el siniestro y su cuantía, y que los intereses moratorios solo podían causarse a partir del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia, en los términos del artículo 1077 del CCo.

16. Propuso como excepciones de fondo los argumentos que denominó «prescripción del contrato de seguro», «cumplimiento del contrato No. 1409 de 2014», «objeto y alcance del contrato de seguro», «falta de acreditación de la ocurrencia del siniestro y de su cuantía de conformidad con el artículo 1077 del Código de Comercio – consecuente inexigibilidad del seguro», «inexigibilidad de intereses moratorios» y «proporcionalidad de la cláusula penal».

Consorcio Ibagué³

17. El consorcio se opuso a las pretensiones de la demanda, esgrimiendo que la suscripción del acta de cierre ambiental era un requisito para la liquidación y no una obligación específica del contratista en el sentido de tener que ejecutarla, realizarla o solicitar permisos o autorizaciones.

18. Expuso que este no era el medio para reclamar la estabilidad de la obra, la cual estaba amparada por una garantía. Además, insistió en que el interventor firmó el acta de entrega y recibo definitivo de la obra, lo cual daba cuenta del cumplimiento de las obligaciones del contrato.

³ Archivo 3 del expediente electrónico, documento 18 (anotación 44 Samai – primera instancia).

19. Refirió que, dado el caso, el pago de la cláusula penal debía ser proporcional y razonable respecto de la ejecución y estado del contrato, como lo ha establecido el Consejo de Estado.

20. Formuló como excepciones de fondo los argumentos que denominó «cumplimiento total de las obligaciones del contrato», «aplicación de la cláusula penal pecuniaria si fuera el caso» y «los trámites de cierre ambiental han tenido la disposición y apoyo del Consorcio Ibagué – carga de diligencia».

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴

21. El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia proferida el 17 de julio de 2023, resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR no prosperas las excepciones denominadas “cumplimiento total de las obligaciones del contrato” y “prescripción del contrato de seguro” formuladas por el Consorcio Ibagué y la Compañía Aseguradora de Fianzas -Seguros Confianza-, respectivamente.

SEGUNDO: DECLARAR prospera la excepción de “proporcionalidad de la cláusula penal” propuesta por el Consorcio Ibagué y la Compañía Aseguradora de Fianzas -Seguros Confianza-.

TERCERO: DECLARAR el incumplimiento parcial del contrato de obra No. 1409 de 2014 por parte del Consorcio Ibagué, por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR de manera solidaria al CONSORCIO IBAGUÉ y a sus integrantes GÓMEZ INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., CONSTRUVIAL S.A.S., MARIO GABRIEL JIMÉNEZ MARTÍNEZ; a reconocer y pagar al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS (sic) - INVÍAS-, la suma de NOVENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS TEINTA (sic) Y OCHO MIL DOSCIENTOS UN PESOS M/cte (\$92.238.201) por concepto del treinta por ciento (30%) de la cláusula penal pecuniaria, teniendo en cuenta la reducción de la misma debido al avance de obra.

QUINTO: CONDENAR de manera solidaria al CONSORCIO IBAGUÉ y a sus integrantes GÓMEZ INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., CONSTRUVIAL S.A.S. y MARIO GABRIEL JIMÉNEZ MARTÍNEZ; a pagar la indexación de la suma adeudada, conforme a lo dispuesto en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financieras expuesta en la parte considerativa de esta providencia

SEXTO: La cantidad líquida que se reconozca como consecuencia de la condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia como lo prevé el inciso 3º del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: DECLARAR que en vigencia del contrato de seguro tomado por el CONSORCIO IBAGUE (sic), con ocasión de la póliza No. 17 GU033769 expedida por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. -SEGUROS CONFIANZA-, ocurrió el siniestro de incumplimiento.

⁴ Archivo 44 del expediente electrónico (anotación 74 Samai – primera instancia).

OCTAVO: De manera consecuente, **CONDENAR** a la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. -SEGUROS CONFIANZA-**, en su condición de aseguradora, afectar la póliza de seguro de cumplimiento No. 17 GU033769, en la que figura como tomador el Consorcio Ibagué (integrado por Gómez Ingenieros Constructores S.A.S., Construvial S.A.S. y Mario Gabriel Jiménez Martínez), y como asegurado y beneficiario el INVÍAS y en consecuencia, reconozca y pague al **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS** (sic) **-INVÍAS-**, la totalidad de sumas acá reconocidas por concepto de cláusula penal pecuniaria en suma del treinta por ciento (30%), indexación e intereses moratorios.

NOVENO: NEGAR las demás pretensiones.

DÉCIMO: Sin condena en costas en esta instancia.» (Resaltado del texto original)

22. Para adoptar esta determinación, la jueza de primera instancia relacionó las pruebas recaudadas en el proceso y el marco jurídico aplicable, para luego abordar el caso concreto.

23. Indicó que el consorcio incumplió el contrato porque tramitó tardíamente un permiso de vertimientos para la obra ante Corpoboyacá, esto es, solo con ocasión de múltiples requerimientos que efectuó la entidad contratante, la supervisión de la interventoría y la misma interventoría, y nunca recibió aprobación de la autoridad ambiental (declaró el desistimiento del trámite).

24. Afirmó que la obtención de los permisos respectivos en materia ambiental era una obligación que aparecía en el pliego de condiciones. Además, recalcó que la omisión del contratista impidió efectuar el cierre ambiental del proyecto y, por ende, liquidar el contrato.

25. Refirió que el acta de entrega y recibo definitivo no contó con observaciones en relación con los daños que reclama la parte demandante y el informe final de interventoría aseguró que el contratista desarrolló el proyecto de acuerdo con las especificaciones técnicas y requerimientos establecidos para cada una de las actividades. Sin embargo, con posterioridad se evidenciaron las inconformidades relativas al estado de la obra.

26. Reseñó que las falencias no obedecían a defectos en la calidad de los materiales o daños severos, sino vicios constructivos que se configuraron en la etapa posterior al vaciado de concreto, los cuales son superficiales y no hacen necesaria la demolición de las placas.

27. Hizo alusión a la responsabilidad del contratista por inestabilidad de la obra y precisó que aquel no reparó las falencias ni probó la configuración de una causa extraña que pudiera exonerarlo, de manera que estaba probado el incumplimiento de la obligación poscontractual prevista en el numeral 7.21 del pliego de condiciones.

28. Consideró que, por ende, en este caso se configuró el supuesto de hecho para la imposición de la cláusula penal pecuniaria, pero debía tasarse de forma proporcional debido a que el incumplimiento fue parcial y el Invías recibió las obras.

29. Esgrimió que en términos generales la obra fue bien ejecutada y los defectos detectados no fueron estructurales, motivo por el cual estableció que la sanción debía corresponder al 30 % del valor máximo de la pena que pactaron las partes en el contrato, equivalente a \$92.238.201, con la respectiva actualización.

30. Aclaró que no existían pruebas del estado financiero del contrato para efectos de liquidarlo judicialmente.

31. Destacó que el pago de la pena hacía parte del amparo de cumplimiento de la póliza 17 GU033769, así que ante la configuración de ese riesgo era procedente condenar a Seguros Confianza S.A. por el perjuicio demostrado.

32. Explicó que no se configuró la prescripción del contrato de seguro porque el Invías inició los requerimientos al contratista el 20 de septiembre de 2016 y la demanda fue presentada el 15 de junio de 2018, es decir, sin superarse los 5 años que prevé el artículo 1081 del CCo.

RECURSO DE APELACIÓN⁵

33. La entidad demandante apeló la sentencia oportunamente, únicamente en lo que tiene que ver con la reducción de la cláusula penal pecuniaria y la liquidación judicial del contrato.

34. Insistió en que el contratista no realizó el cierre ambiental del proyecto y, en particular, no obtuvo el permiso de vertimientos para un pozo séptico. Igualmente, reiteró que al poco tiempo del vencimiento del plazo contractual las losas de pavimento rígido presentaron fisuras, grietas y aberturas que no fueron reparadas.

35. Manifestó que dichas falencias corresponden a vicios del proceso constructivo que no pueden considerarse estéticas o superficiales, pues pueden afectar el tránsito vehicular en sectores donde la velocidad es de 70 u 80 km/h.

36. Expuso que el Invías y el operador del peaje han venido haciendo mantenimiento a las fisuras, grietas y aberturas para evitar mayores daños. No obstante, recalcó que esas actividades deben ser asumidas por el contratista por presentarse en el periodo de garantía de la obra y de manera prematura. Con base en lo anterior, consideró improcedente la reducción de la pena.

37. Citó una providencia que dictó esta Corporación el 11 de marzo de 2021, así como la que profirió el Consejo de Estado en segunda instancia dentro de ese litigio (rad. 2019-00076), para concluir que las obligaciones del contratista en materia de gestión ambiental eran indivisibles, de modo que la pena no debía reducirse en un 70 %.

⁵ Archivo 45 del expediente electrónico (anotación 76 Samai – primera instancia).

38. Esgrimió que *«era dable ordenar la liquidación judicial del contrato estatal en el estado en que quedó la relación contractual, es decir, con un saldo a favor del Instituto Nacional de Vías por concepto del valor de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato»*.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

39. El juzgado concedió el anterior recurso mediante auto del 7 de noviembre de 2023⁶ y esta Corporación lo admitió con providencia calendada del 18 de diciembre del mismo año⁷. Los demandados no se pronunciaron en la oportunidad que prevé el artículo 247-4 del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

40. El agente del Ministerio Público con funciones de intervención ante esta Corporación no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

CONTROL DE LEGALIDAD

41. De conformidad con el artículo 207 del CPACA, la Sala de Decisión no encuentra que se haya configurado alguna causal de nulidad que pueda invalidar la actuación realizada dentro del proceso.

PROBLEMAS JURÍDICOS

42. De la sentencia apelada y los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, corresponde establecer:

- i. *¿La cláusula penal pecuniaria debió imponerse en un 100 % (sin reducción proporcional), debido a las características de los hechos que dieron lugar a su configuración?*
- ii. *¿Resulta procedente efectuar la liquidación judicial del contrato?*

43. La Sala de Decisión concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

Tesis argumentativa propuesta por la Sala

44. La Corporación considera que, de acuerdo con su redacción, la cláusula penal pecuniaria debió imponerse en un 100 % en este caso porque la obligación

⁶ Anotación 79 Samai (primera instancia).

⁷ Anotación 4 Samai (segunda instancia).

relacionada con el cierre ambiental del proyecto era indivisible y no tenía que ver con el avance de la ejecución las obras, que era el aspecto al que se circunscribía la posibilidad de reducción proporcional.

45. Por otro lado, el material probatorio es insuficiente para liquidar judicialmente el contrato y, además, la demanda no planteó ninguna controversia al respecto que justificara la intervención judicial.

46. En consecuencia, el Tribunal mantendrá el sentido estimatorio de la sentencia de primera instancia, pero efectuando modificaciones en lo que atañe a la improcedencia de la reducción de la pena y la cuantía de la condena.

ANÁLISIS DE LA SALA

47. Antes de abordar el fondo del asunto, la Sala de Decisión recalca que la entidad demandante fue la única parte que recurrió la sentencia de primer grado y lo hizo de forma parcial, es decir, solo solicitando incrementar el monto de la condena dictada a su favor y obtener la liquidación judicial del contrato.

48. Por esa razón, el análisis que se desarrollará en esta instancia partirá de la firmeza y, por ende, inmutabilidad de la declaratoria de incumplimiento contractual del consorcio demandado, de la condena por concepto de cláusula penal (sin perjuicio de la discusión en torno a su cuantía) y de la orden de afectación de la póliza emitida por Seguros Confianza S.A.

a) En este caso la cláusula penal pecuniaria no admitía reducción, debido a la naturaleza de la obligación incumplida

49. El Invías consideró improcedente la reducción de la cláusula penal pecuniaria en este caso porque la obligación de realizar el cierre ambiental del proyecto era indivisible y los defectos de la obra podían afectar el tránsito vehicular, así que no eran meramente superficiales.

50. Al respecto, el numeral 7.53 del pliego de condiciones, denominado «*multas y penas pecuniarias*», en concordancia con la cláusula 12.^a del acuerdo de voluntades⁸, plasmó que el contrato que se celebraría producto del proceso de selección llevaría inmersa una cláusula penal pecuniaria en los siguientes términos:

*«En caso de incumplimiento parcial de las obligaciones que le corresponden al CONTRATISTA, EL INSTITUTO aplicará multas por las causales y en las cuantías previstas en la Resolución No. 3662 del 13 de agosto de 2007 expedida por el INSTITUTO. **Para el caso de incumplimiento definitivo de cualquiera de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, se estipula una cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor total del contrato y de forma***

⁸ «**CLAUSULA** (sic) **DECIMA** (sic) **SEGUNDA: CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO.**- Las disposiciones contenidas en el capítulo denominado **CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO** del Pliego de condiciones de la Licitación Pública, hacen parte integrante del presente documento.»

proporcional al avance de la obra. El pago del valor aquí estipulado a título de cláusula penal pecuniaria se considerará como indemnización parcial y no definitiva de los perjuicios causados con el incumplimiento.» (Subraya y negrilla fuera del texto original)

51. De conformidad con el artículo 1592 del CC «[l]a 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». En esa medida, esta estipulación por regla general⁹ constituye una tasación anticipada de perjuicios que libera al afectado de la carga de acreditar su ocurrencia y cuantía¹⁰.

52. Sin embargo, la cláusula penal no representa una valoración absoluta y rígida de los perjuicios. De un lado, la entidad contratante afectada, si la considera insuficiente, puede reclamar mayores valores ante el juez del contrato¹¹. Y, de otro, el contratista incumplido tiene derecho a que la pena se gradúe con fundamento en los principios de proporcionalidad, equidad y buena fe¹².

53. En este sentido, el artículo 1596 del CC preceptúa que «[s]i el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal». Concordantemente, el inciso 3.º del artículo 867 del CCo señala que cuando la obligación principal se haya cumplido en parte «podrá el juez reducir equitativamente la pena».

54. Frente a esto, la jurisprudencia ha sostenido que la reducción necesariamente requiere analizar la forma como fue pactada la cláusula, determinar a qué obligación se refiere y establecer si puede cumplirse de manera parcial. En este punto resulta relevante el caso que trajo a colación el recurso de apelación, ya que la discusión que allí se resolvió se asemeja sustancialmente a la que se presenta en este proceso.

55. En ese litigio (rad. 2019-00076), el Invías demandó al consorcio que contrató para ejecutar el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Belén – Socha – Sácama – La Cabuya, y pidió se le condenara al pago de la cláusula penal

⁹ C.E., Sec. Tercera, Sent. 2011-00506 (60434), ago. 16/2022. M.P. María Adriana Marín: «aunque se habla de la cláusula penal como una tasación anticipada de perjuicios, esta solo es la regla general, puesto que, por vía de excepción, en tanto medie un pacto entre las partes, puede perder ese carácter y convertirse en una sanción convencional, por el simple retardo en el cumplimiento de las obligaciones. En estos supuestos, se puede solicitar al juez el pago de la indemnización por los perjuicios causados y de la cláusula penal, como consecuencia del retardo.»

¹⁰ C.E., Sec. Tercera, Sent. 2013-00256 (53195), oct. 8/2021. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

¹¹ C.E., Se. Tercera, Sent. 2009-00034 (36600), nov. 28/2019. M.P. María Adriana Marín: «cuando se ha pactado la cláusula penal, la entidad no está obligada a acreditar el monto de los perjuicios sufridos y podrá cobrar el monto total de la cláusula penal, pero si considera que los perjuicios fueron superiores al mismo, deberá demandar ante el juez del contrato para acreditarlo dentro del respectivo proceso.»

¹² C.E., Sec. Tercera, Sent. 2013-00256 (53195), oct. 8/2021. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas: «la proporcionalidad, en tanto instrumento que dota de razonabilidad el ejercicio de las competencias de la Administración Pública, tiene necesaria presencia en el ámbito específico de la aplicación de la cláusula penal pecuniaria cuando ésta ha sido pactada en un contrato estatal, por lo tanto, se impone su uso razonable conforme a los principios de equidad y de la buena fe contractual, que prohíben la imposición de medidas abusivas y arbitrarias por una de las partes generando desequilibrio, y orientada a satisfacer el interés general.»

pecuniaria (redactada de forma idéntica a la de este caso) por no realizar el cierre ambiental del proyecto.

56. La entonces Sala de Decisión 4 de este Tribunal conoció el proceso en primera instancia y accedió a la pretensión en comentario. El consorcio apeló el fallo y dentro de sus argumentos expuso que la pena debió graduarse de acuerdo con el cumplimiento proporcional de las obligaciones a cargo del contratista, principalmente porque ejecutó en su totalidad el objeto del contrato.

57. En este contexto, el Consejo de Estado sostuvo que la redacción de la cláusula permitía la reducción de la pena solo en el contexto de incumplimientos relacionados con la ejecución de la obra, lo cual no aplicaba al supuesto que generaba su imposición:

«lo pactado solo permite reducir el monto de la cláusula penal cuando el incumplimiento estuviera relacionado con las obras pues, en caso de avance parcial se disminuiría su valor; no obstante, para el resto de las obligaciones no se previó ninguna posibilidad de ajuste.

En efecto, en el contrato se acordó que la estimación anticipada de los perjuicios contenida en la cláusula penal se haría exigible ante cualquier incumplimiento y únicamente podría graduarse su valor por faltas relacionadas con la ejecución de la obra pública objeto del contrato.

*Por lo cual en este caso procede su aplicación por el incumplimiento de la obligación de hacer el cierre ambiental **sin lugar a graduar el monto de la cláusula penal** porque, en los términos del artículo 1596 del Código Civil en línea con lo acordado por las partes, la posibilidad de exigir dicha rebaja solo quedó regulada respecto del cumplimiento parcial de las obras.»¹³ (Negrilla fuera del texto original)*

58. Por lo anterior, decidió que en ese caso no podía reducirse la pena, en razón a que la obligación atinente al cierre ambiental era indivisible y no correspondía al avance de las obras:

*«En consecuencia, el monto de la cláusula penal pecuniaria no puede disminuirse porque, de un lado, **el deber de realizar el cierre ambiental no era una obligación divisible que pudiera cumplirse parcialmente** y que permitiera una reducción proporcional teniendo en cuenta la parte o el porcentaje cumplido y aceptado por el contratante, se trataba de una obligación específica que no admitía un cumplimiento parcial, de otro, aunque la obligación fuera divisible **la estipulación contractual pactada no permitía la pretendida aplicación proporcional del monto de la cláusula penal pecuniaria respecto de la obligación incumplida**, relativa al cierre ambiental, a diferencia de la ejecución parcial de la obra, caso en el cual sí se pactó la reducción teniendo en cuenta el porcentaje de avance.»¹⁴ (Negrilla fuera del texto original)*

59. Las conclusiones que expuso esa sentencia son aplicables a este litigio, ya que sus supuestos fácticos son similares. En el presente proceso, en primera instancia se determinó que el consorcio contratista no realizó el cierre ambiental

¹³ C.E., Sec. Tercera, Sent. 2019-00076 (67430), ene. 26/2023. M.P. Fredy Ibarra Martínez.

¹⁴ *Ibid.*

del proyecto (cuestión que no está en discusión), lo cual corresponde a un incumplimiento definitivo de esa obligación contractual, que era indivisible (no podía cumplirse parcialmente) y no hacía parte de la ejecución de las actividades constructivas.

60. En suma, le asiste la razón al Inviás, toda vez que el incumplimiento en mención, por su naturaleza, no daba lugar a graduar la pena resultante. En ese sentido, la alusión a que también debía incrementarse la sanción por las fallas constructivas que presentó la obra poco después de su entrega pasa a un segundo plano, ya que en todo caso la cláusula debe imponerse al máximo valor pactado.

61. Esto sin perjuicio de mencionar que la entidad demandante apoyó dicho argumento en su percepción sobre la importancia de las falencias, sin sustento en las pruebas recaudadas dentro del proceso. Al contrario, el dictamen pericial que elaboró el ingeniero civil José Ricardo Pineda Rojas en nombre de la Sociedad Boyacense de Ingenieros y Arquitectos refirió la superficialidad de los daños, así:

*«Evidentemente al revisar a simple vista las placas de concreto se observan **daños superficiales e imperfecciones representados en fisuras y agrietamientos**, sin embargo, vale la pena anotar que de acuerdo con el manual para la inspección visual de pavimentos rígidos **no se observan daños de severidad alta y tampoco daños concentrados en las placas que nos muestren y demuestren una inminente demolición.***

Los más comunes y representativos de acuerdo con el manual de inspección visual de pavimentos rígidos del Inviás de la evaluación realizada son:

(...)

Se aclara que el nivel alto de severidad de daño, por ejemplo el daño denominado deficiencias de sellado, no denota que el pavimento este en malas condiciones, significa que es estrictamente necesario realizar un mantenimiento.

(...)

*Teniendo en cuenta que de acuerdo con el manual de inspección visual para pavimentos rígidos del Inviás (sic), los daños más comunes están en las tres categorías de severidad y que al realizar la inspección visual y los ensayos **no se detecta un daño o avería generalizada en las placas que implique rotura, desprendimiento y que obligue a ser reparado o reemplazado en su totalidad** para que la estructura y la vía continúe con su nivel de servicio o para la cual fue diseñado, no podemos dictaminar que haya materia prima comprometida en este caso, las circunstancias expuestas y fundamentadas anteriormente nos llevan a conceptuar sobre la construcción de unas obras bien hechas, placas de concreto realizadas de una manera técnica y ceñida a las normas.*

Básicamente existe un compromiso menor, no estructural pero no menos importante de la capa superficial, los daños encontrados son deficiencias en los procesos de mantenimiento, vale la pena recordar que es estrictamente necesario sellar la superficie del pavimento y reparar los daños representativos como quiera que haya sido el factor de daño.»¹⁵ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

¹⁵ Archivo 13 del expediente electrónico (anotación 53 Samai).

62. Por lo tanto, el Tribunal modificará la sentencia recurrida para determinar que el monto de la cláusula penal debe equivaler al máximo pactado (no al 30 %), es decir, el 10 % del valor total del contrato. Como ese valor es determinable por simple operación aritmética y nada impide actualizarlo en sede judicial, siguiendo el inciso 2.º del artículo 283 del CGP¹⁶ se establecerá en concreto teniendo como referencia la fecha que el juzgado de primera instancia definió para el índice inicial del IPC (27 de diciembre de 2015):

- Valor total del contrato: \$3.074.606.726
 $\$3.074.606.726 \times 10 \% = \$307.460.673$

- Actualización:

$$Ra = Rh \times \frac{\text{Índice final (noviembre 2024)}}{\text{Índice inicial (noviembre 2015)}}$$

$$Ra = \$307.460.673 \times \frac{144,22}{87,51}$$

$$Ra = \$506.707.556$$

b) En este caso no resulta procedente liquidar judicialmente el contrato

63. El recurso de apelación insistió en solicitar la liquidación judicial del contrato con inclusión de la pena analizada en el acápite anterior.

64. Al respecto, aun cuando en la audiencia inicial, a petición del consorcio demandado, se ordenó oficiar al Invías para que aportara «copia íntegra del expediente contentivo del contrato No. 1409 de 2014 (...) incluyendo todos los pronunciamientos de las partes durante su desarrollo, así como los manuales de mantenimiento entregados por el contratista», los documentos que allegó la entidad no corresponden a la totalidad del expediente del contrato.

65. Por un lado, en el devenir de la ejecución del acuerdo de voluntades se suscribieron 7 actas parciales, de las cuales 2 ordenaron pagos a favor del contratista; sin embargo, solo una de ellas reposa en el expediente (acta 7)¹⁷. Por otro lado, no hay prueba de los pagos que efectivamente recibió el contratista, lo cual resulta relevante dado que la liquidación tiene efectos extintivos sobre las obligaciones previas al corte de cuentas, dado su carácter definitivo¹⁸.

¹⁶ «**ARTÍCULO 283. CONDENA EN CONCRETO.** La condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados. // **El juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado.**» (Negrilla fuera del texto original)

¹⁷ Archivo 3 del expediente electrónico, documento 71-6 (anotación 44 Samai – primera instancia).

¹⁸ C.E., Sec. Tercera, Sent. 2005-00517 (58666), mar. 13/2024. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas: «La liquidación del contrato es un acto mediante el cual se efectúa un balance de cuentas en el que se adquiere certeza sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones surgidas del acuerdo de voluntades, de los

66. Y, si bien en el expediente reposa el acta de entrega y recibo definitivo de la obra, la cual fue suscrita por el contratista y la interventoría el 17 de diciembre de 2015¹⁹, la jurisprudencia considera insuficiente ese documento para efectos de llevar a cabo el balance final:

«el acta es un documento que además del registro de cantidades, valores, saldos, está compuesto por sus soportes que son los que lo fundamentan; de ahí que el texto contentivo del “acta”, concebida como el documento que recoge las tales datos, ni en sede contractual ni en sede judicial es suficiente para acreditar las actividades que se cobran, máxime si éstas deben ser llevadas a una liquidación, de modo que hay que entender que el actor debía entregar el “Acta de Recibo Final” de forma completa, es decir, acompañada de los soportes en que se fundamentaba.»²⁰

67. En otra oportunidad, el alto tribunal reiteró:

«si el juzgador no cuenta con los elementos suficientes para realizar dicho balance, lo procedente es denegar la pretensión de liquidación del contrato, porque si las partes no cumplen con la carga que les corresponde para obtener el pronunciamiento favorable a sus intereses —en este caso, el de finiquitar el contrato en los términos que ellas plantean— el juez carece de fundamentos para dictar una decisión judicial con efectos jurídicos, sobre bases fácticas precarias, como lo requiere el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil [hoy art. 167 CGP].. (sic)

*5.2.9.2. En el sub judice, está demostrado que las actas del contrato contenían los ítems y cantidades de obra ejecutadas mensualmente (aptdo. 4.1.3.3), y que tales elementos eran insumos para que el INVÍAS pagara el precio del contrato al Consorcio (aptdo. 4.1.3.4). Aparte, cabe deducir que las sumas relacionadas en la parte resolutive del fallo recurrido surgen de las actas de obra, particularmente de lo indicado en el acta final (aptdo. 4.1.16), de que se consignó el valor total del contrato que tomó en cuenta el a quo. Sin embargo, **dichas actas no demuestran, por sí solas, el intercambio económico surtido entre las partes en virtud del contrato, es decir, no prueban qué y cuánto pagó efectivamente la demandada. Por lo tanto, no pueden considerarse soporte exclusivo para liquidar el contrato.***

En consecuencia, ante la ausencia de elementos demostrativos de pago, como serían comprobantes de pago, de egreso, recibos de consignación o cualquier soporte que contenga manifestaciones de haber satisfecho cada pago mensual pactado, la Sala no está en posibilidad de arrojar un balance final del contrato y así liquidar judicialmente el acuerdo de voluntades.»²¹ (Negrilla fuera del texto original)

68. En esas condiciones, el material probatorio no es suficiente para que el Tribunal adelante directamente la liquidación. También debe resaltarse el acta de entrega de la estación al operador del peaje, suscrita el 28 de febrero de 2017, dejó constancia de actividades que el contratista no había cumplido, que incluso comprenden aspectos que no fueron debatidos en este proceso y frente a las cuales se desconoce su incidencia en el porcentaje de ejecución del contrato:

créditos, transacciones y reconocimientos económicos pendientes en torno a la ejecución del negocio, para, de ese modo, extinguirlo»

¹⁹ Archivo 3 del expediente electrónico, documento 76, pp. 4-13 (anotación 44 Samai – primera instancia).

²⁰ C.E., Sec. Tercera, Sent. 2017-01473 (69668), oct. 27/2023. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

²¹ C.E., Sec. Tercera, Sent. 2005-00517 (58666), mar. 13/2024. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

«OBSERVACIONES:

- *Falta la instalación de mesón de cocina con mueble, lavaplatos en acero inoxidable y estufa eléctrica, el contratista se compromete a realizar la instalación para el día viernes 3 de marzo de 2017.*
- *Falta la (sic) entregar por parte del contratista y avalado por la interventoría Jasen Consultores el permiso divertimiento (sic) de aguas residuales emitido por la corporación autónoma de Boyacá (sic).*
- *Falta entregar por parte del contratista la certificación del retilab y retie, el contratista manifiesta que dicha información la entrego (sic) a la Territorial Boyacá.*
- *Las losas del carril 1 presentan fracturas en las losas 9, 10, 11y (sic) grietas a lo largo de todo el carril, carencia total de juntas y desportillamiento de juntas.*
- *El carril 2 presenta carencia total de juntas y desportillamiento en las juntas y algunas losas con escalonamiento.*
- *El Carril 3 presenta junta longitudinal desportillada en la entrada del carril sentido Sachica (sic) - Tunja.*
- *El carril 4 presenta junta longitudinal no sellada, y fisura de esquina en la salida Sachica (sic) - Tunja.*
- *El contratista y la interventoría deben entregar los planos record (sic) de la obra.*
- *En la caseta administrativa se observa fuga de agua en el lavamanos de uno de los baños, baldosa desportillada en el cuarto de recaudo, Y hay que reparar tres chapas de las casetas de recaudo, reparaciones que el contratista se compromete de reparar de forma inmediata.*
- *el (sic) grupo de señalización y seguridad vial y la Territorial Boyacá se encargaran (sic) de solicitar todas las reparaciones o aplicar las pólizas de estabilidad de la obra al contratista y a la interventoría.*
- *Debido a que las casetas de recaudo quedaron sin aislamiento al sardinel de la isla, el contratista se comprometió a entregar tachones adicionales para que se instalen al borde de los carriles contra el sardinel para separar los vehículos de las casetas de recaudo, que son aproximadamente 600 tachones de 40 centímetros, con sus pernos y el contratista hace entrega el día de hoy en la estación de peaje de 65 tachones con 205 pernos, haciendo falta el saldo de 535 tachones con sus pernos.*
- *VIPSA 2016 [operador del peaje], manifiesta que recibe las losas de pavimento de los carriles vehiculares y de motos de la estación con fisuramiento y/o agrietamientos, así como un ranurado y acabado superficial deficiente, cuya reparaciones y estabilidad estará a cargo del INVIAS (sic) por intermedio de las pólizas de estabilidad (...). Adicionalmente observa que falta la construcción de un carril de motos en el sentido Sachica (sic) - Tunja y cuneta de aguas lluvias de la vía sentido Sachica (sic) - Tunja. También se observa que al Talud sentido Sachica (sic) - Tunja le faltan obras de estabilización. Así mismo se deja constancia que hace (sic) falta ductos para periféricos para los equipos de control de tráfico en todas las islas, faltan ductos para losas de sensorica (sic) en todos los carriles e islas. Falta conexión con ductos entre algunas de las cajas de cableado existente en las islas.*

- Adicionalmente Vipsa manifiesta que las casetas de recaudo instaladas en la isla central, su distribución no deja espacio para la instalación de los periféricos, por lo cual será necesario (sic) su demolición para poder utilizar toda la cubierta, previa autorización del INVIAS (sic).
(...)
- Vipsa solicita autorización para realizar la ampliación de la caja de trampa de grasa y construcción de cuneta y apertura de un orificio para desfogue de la planta en el cuarto de planta eléctrica, a lo cual el INVIAS (sic) autoriza la ejecución de dichas obras.»²²

69. Adicionalmente, no puede perderse de vista que la pretensión de liquidación judicial del contrato no contó con razones de hecho y de derecho que la fundamentaran (la entidad solo narró que no se llevó a cabo en sede administrativa por no existir acta de cierre ambiental), ni planteó un verdadero debate en torno al balance económico del contrato. La parte accionada tampoco expuso discrepancias frente al tema, al punto que ni siquiera se pronunció al respecto al contestar la demanda.

70. Esto se hace más evidente en el recurso de apelación, el cual únicamente se refirió en concreto a este asunto al manifestar que la liquidación debía incluir el monto de la cláusula penal, sin argumentación adicional ni identificar los elementos de convicción que soportaban los cálculos.

71. En estas circunstancias la pretensión se torna improcedente, como lo ha señalado el Consejo de Estado:

*«30.- La Sala negará igualmente la pretensión de **liquidación judicial del contrato** en la medida que, si bien esta es una de las pretensiones que pueden ser formuladas en ejercicio de la acción contractual, el juez solo debe realizar dicha liquidación cuando se haya planteado una controversia sobre la forma como debe realizarse, o cuando resulte necesario efectuar un balance final del contrato para establecer quién le debe a quién y cuánto. Solo en tales eventos debe hacerse la liquidación del contrato lo que implica establecer los conceptos por los cuales cada una de las partes en el contrato resulta adeudándole a la otra sumas de dinero y determinar una suma final en la cual se establezca lo anteriormente señalado.*

El finiquito contable del contrato y el archivo del expediente contractual que procede realizar cuando no existen ni obligaciones ni controversias pendientes, debe realizarse por la entidad en sede administrativa.

(...)

*32.- En el presente asunto la demandante se limitó a formular una pretensión del siguiente tenor: << (6) Que se efectúe la liquidación judicial del contrato 00064 del 30 de diciembre de 1996>>, pero **no sustentó afirmaciones tendientes a plantear una controversia sobre la falta de liquidación ni realizó ninguna actividad probatoria para demostrar si existía un saldo a su favor como consecuencia de la ejecución del contrato. La reclamación de perjuicios no tiene dicho propósito y la sentencia que la define no resuelve, de ninguna manera, una controversia alrededor de la <<liquidación del contrato>>**.»²³*
(Subraya y negrilla fuera del texto original)

²² Archivo 3 del expediente electrónico, documento 71-22 (anotación 44 Samai – primera instancia).

²³ C.E., Sec. Tercera, Sent. 2001-00930 (46687), oct. 5/2020. M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

72. En consecuencia, el Tribunal mantendrá el sentido estimatorio de la sentencia de primera instancia, pero con las siguientes modificaciones: (i) se revocará el numeral 2.º y, en su lugar, se declarará la improsperidad de la excepción de «*proporcionalidad de la cláusula penal*» que formuló Seguros Confianza S.A., la cual el Consorcio Ibagué denominó «*aplicación de la cláusula penal pecuniaria si fuera el caso*»; (ii) se modificarán los numerales 4.º y 8.º para ajustar las condenas al 100 % de la cláusula penal pecuniaria; y (iii) se revocará el numeral 5.º al no ser necesaria una indexación posterior. Las órdenes dirigidas a la aseguradora permanecerán incólumes debido a que no fueron objeto de análisis en esta instancia.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

73. De acuerdo con el artículo 188 del CPACA (adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021), en concordancia con los numerales 1.º y 8.º del artículo 365 del CGP, no se dictará condena en costas al no evidenciarse su causación en esta instancia y en la medida que la demanda no careció de sustento legal porque, de hecho, prosperó parcialmente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 1, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR el numeral 2.º del fallo de primera instancia. En su lugar, **DECLARAR** que no prospera la excepción de «*proporcionalidad de la cláusula penal*» propuesta por Seguros Confianza S.A. y el Consorcio Ibagué («*aplicación de la cláusula penal pecuniaria si fuera el caso*»).

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 4.º de la sentencia recurrida, el cual quedará así:

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** de manera solidaria a **GÓMEZ INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., CONSTRUVIAL S.A.S.** y al señor **MARIO GABRIEL JIMÉNEZ MARTÍNEZ**, integrantes del **CONSORCIO IBAGUÉ**, a reconocer y pagar al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS)** la suma de quinientos seis millones setecientos siete mil quinientos cincuenta y seis pesos (\$506.707.556) por concepto de cláusula penal pecuniaria.

TERCERO: MODIFICAR el numeral 8.º de la providencia apelada, el cual quedará así:

OCTAVO: De manera consecuente, **CONDENAR** a la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. (SEGUROS CONFIANZA S.A.)**, en su condición de aseguradora, a afectar la póliza de seguro de cumplimiento No. 17 GU033769, en la que figura como tomador el Consorcio Ibagué (integrado por Gómez Ingenieros Constructores S.A.S., Construvial S.A.S. y Mario Gabriel Jiménez Martínez), y como asegurado y beneficiario el INVÍAS y, en consecuencia, reconocer y pagar al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS)** la totalidad de

sumas acá reconocidas por concepto de cláusula penal pecuniaria debidamente indexada e intereses moratorios.

CUARTO: REVOCAR el numeral 5.º del fallo de primer grado, de acuerdo con lo indicado anteriormente.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 17 de julio de 2023, mediante la cual el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por los motivos expuestos en esta providencia.

SEXTO: Sin condena en costas en esta instancia.

SÉPTIMO: Por secretaría, **REMITIR** copia de la presente providencia a la ANDJE, de conformidad con el inciso final del artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente sentencia, **DEVOLVER** el expediente al despacho de origen, previo registro en el sistema Samai.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la Sala de Decisión, según acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado electrónicamente
LAURA PATRICIA ALBA CALIXTO
Magistrada

Firmado electrónicamente
LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

Firmado electrónicamente
DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO
Magistrado

Constancia: La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma Samai por los magistrados que integran la Sala de Decisión. En consecuencia, se garantiza su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.