



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veinticinco (2025)

Expediente: 410012333000 2018-0013302 (70099)
 Demandante: Consorcio Viascol 2016
 Demandado: Departamento del Huila
 Medio de control: Controversias contractuales
 Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: *CONTRATO DE INTERVENTORÍA / DEBER DE VIGILANCIA Y CONTROL – La Entidad no se desliga del deber de vigilancia y control de los contratos que suscriba aun cuando contrate una interventoría / REPRESENTANTE DEL CONSORCIO O UNIÓN TEMPORAL – Pueden notificarse válidamente de los actos administrativos contractuales, sin que resulte necesaria la notificación a los distintos integrantes del consorcio o unión temporal / CITACIÓN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA IMPOSICIÓN DE MULTA – Debe incluir los hechos constitutivos del incumplimiento, las normas y cláusulas desconocidas y las posibles consecuencias jurídicas derivadas de la desatención de las prestaciones acordadas en el negocio jurídico / ANTICIPO - Tiene una destinación específica que representa una actividad de interés público, de lo cual, surge la obligación del contratista de utilizarlos única y exclusivamente para estos efectos, o, en su defecto, de restituirlo a la entidad que aportó los recursos / MULTA CONTRACTUAL - Cumple una función sancionatoria y no indemnizatoria, pues no tiene como propósito reparar los perjuicios sufridos por la entidad contratante ante el incumplimiento del contratista, sino actuar como medida disuasoria con el fin de superar la infracción de las obligaciones pactadas en el negocio jurídico.*

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación formulado por la parte actora contra la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

La controversia se refiere a la nulidad del acto administrativo por medio del cual la entidad contratante impuso una multa al contratista.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 16 de mayo de 2023¹, en la que la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila, negó las pretensiones de la demanda presentada el 23 de marzo de 2018 por el Consorcio Viascol 2016 integrado por las empresas FUNDECOL y SEINGECOL² (el

¹ Cuaderno 24, folios 1-57

² Cuaderno 1, folios 59-60.

contratista, consorcio constructor, contratista de obra, la parte actora o demandante) en contra del Departamento de Huila (la entidad demanda, contratante o el departamento), cuyos fundamentos de hecho y pretensiones se describen a continuación.

La demanda, sus fundamentos y pretensiones

2 Como principales hechos y argumentos que sirvieron de sustento para la acción, la parte actora afirmó que:

(i) El 31 de diciembre de 2015, el departamento y el consorcio suscribieron el contrato de obra 1193 de 2015, cuyo objeto consistió en la “*REHABILITACIÓN DE LA VÍA NEIVA – TELLO – BARAYA EN UNA LONGITUD L= 5,7KM Y REHABILITACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LA VÍA PALERMO – NEIVA EN UNA L=2,9 KM; EN EL DEPARTAMENTO DEL HUILA*” de acuerdo con los ítems presentados en la oferta económica de la licitación pública SVLPOP032-2015, por valor de \$14'953.104.310. El plazo inicial del contrato de obra era de ocho (8) meses contabilizados desde la suscripción del acta de inicio³, fue prorrogado dos veces⁴ y se suspendió en cinco (5) ocasiones⁵, por lo que su fecha de terminación fue el 28 de julio de 2018⁶.

(ii) El 16 de junio 2017, con fundamento en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y en vigencia del plazo contractual, la entidad demandada en cabeza del director del Departamento Administrativo Jurídico, inició una actuación administrativa sancionatoria⁷ en contra del consorcio, tendiente a verificar los presuntos incumplimientos informados por el supervisor del contrato.

(iii) A través de la Resolución 03 del 5 de septiembre de 2017, el departamento decidió declarar el incumplimiento del contrato, la ocurrencia del siniestro amparado por la garantía única de cumplimiento, e imponer una multa, disponiendo que el valor de esta última podía ser descontada de lo adeudado al contratista con cargo a la póliza No. 07-GU022969 expedida por Confianza S.A. (compañía aseguradora).

(iv) El acto administrativo antes indicado, está viciado de nulidad por las siguientes razones:

(a) No se notificó y citó a los consorciados individualmente considerados (FUNDECOL 50% - SEINGECOL 50%) sino al consorcio, quien carecía de personería jurídica, y, por otra parte, no se identificó el grado de culpabilidad o dolo del contratista en la citación.

³ Suscrita el 8 de septiembre de 2016.

⁴ La primera prórroga se realizó por 4 meses y la segunda prórroga por tres meses.

⁵ **Suspensión No. 1** del 17 de abril de 2017, acta de reinicio No. 1 del 1 de junio de 2017, **Suspensión No. 2** del 17 de junio de 2017 y acta de reinicio No. 2 del 4 de julio de 2017, **Suspensión No. 3** del 29 de diciembre de 2017, acta de reinicio 12 de enero de 2018, **Suspensión No. 4** del 07 de febrero de 2018 prorrogada al 08 de marzo de 2018, acta de reinicio 03 de abril de 2018, **Suspensión No. 5** del 06 de abril de 2018, acta de reinicio el 19 de julio de 2018.

⁶ Según consta en el acta final disponible en la plataforma SECOP I con el detalle del proceso SVLPOP032-15.

⁷ Bajo el radicado 004-2017-000.

(b) Al perito designado no se le dio acceso a los documentos que reposaban en la Secretaría de Vías e Infraestructura, y aunque el dictamen fue rendido, éste no fue valorado por la entidad demandada al adoptar su decisión.

(c) No se dio al consorcio la posibilidad de formular recurso de reposición y sustentarlo en audiencia por intermedio de su apoderado, quien no asistió al encontrarse incapacitado por motivos de salud, toda vez que el departamento no accedió a la solicitud de aplazamiento de la audiencia que fue presentada por esa circunstancia.

(d) No existió una correlación directa entre las actividades alegadas como incumplidas y las obras civiles objeto del contrato, pues las primeras trataron sobre la inversión del anticipo, la entrega de información y el no pago a proveedores y aportes de seguridad social, de manera que la entidad demandada no determinó la incidencia de los incumplimientos en la ejecución del objeto principal para determinar la procedencia de la sanción; además, el procedimiento sancionatorio no podía sustentarse en el informe del supervisor, sino exclusivamente en un informe de la interventoría.

(e) No todos los incumplimientos que se le imputaron y que sustentaron el acto demandado fueron acreditados, específicamente, los referidos a irregularidades en la inversión del anticipo, obras técnicamente deficientes y ejecución de obras no establecidas en el contrato de obra, toda vez que: el programa de inversión del anticipo no requería aprobación de la supervisión; las obras con deficiencias fueron subsanadas, y las obras adicionales fueron previamente aprobadas.

(f) La demandada omitió observar el principio de proporcionalidad en la imposición de la multa. Adicionalmente, la multa impuesta no tuvo como propósito la conminación a la ejecución del contrato.

3. En virtud de lo expuesto, el consorcio demandante solicitó declarar la nulidad de la Resolución 03 de 2017, y a título de restablecimiento del derecho: (i) liberarle de la obligación de pagar las sumas de dinero contenidas en dicho acto, o de manera subsidiaria, en caso de que para la época de la ejecutoria de la sentencia se hubiesen pagado sumas de dinero por ese concepto, ordenar su devolución; y, (ii) el reconocimiento y pago de los perjuicios (materiales y morales) que se hubiesen causado o se llegaren a causar por la ilegalidad del acto.

Contestación de la demanda

4. El Departamento del Huila contestó la demanda⁸ y se opuso a las pretensiones, por considerar que la sanción impuesta al consorcio era el resultado de un procedimiento sancionatorio que observó los postulados de la Ley 1474 de 2011; igualmente, indicó que el contratista no logró desvirtuar los incumplimientos que se le atribuían y que tuvieron como resultado la imposición de la multa, la cual fue proporcional conforme a lo pactado en el contrato de obra 1193 de 2015.

⁸ Cuaderno 2, Folio 302 a 330.

5. En virtud de lo anterior, adujo que la pretensión de nulidad no tenía vocación de prosperidad y exceptuó la inexistencia de causales o cargos específicos de nulidad frente al acto administrativo que se demanda.

Alegatos en primera instancia

6. Agotado el periodo probatorio⁹, el consorcio demandante y la entidad demandada¹⁰ reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y su contestación.

7. El ministerio público rindió concepto¹¹ en el cual consideró que no había lugar a declarar la nulidad del acto demandado, al no haberse acreditado vulneración alguna a los derechos de la parte actora.

Fundamentos de la sentencia de primera instancia

8. El Tribunal desestimó las pretensiones de la demanda y como fundamento de su decisión, consignó las siguientes razones:

(i) Aunque los argumentos vertidos en la demanda carecen de claridad o delimitación argumentativa respecto de los cargos de nulidad, de su contenido se extrae que la parte actora sostuvo que el acto acusado fue proferido con violación al debido proceso, falsa motivación, violación de normas superiores y desviación de poder; no obstante, ello no se acreditó en el proceso.

(ii) En relación con el cargo de “*violación al debido proceso*”, consideró su no prosperidad, en tanto ninguno de los argumentos presentados por el demandante fueron demostrados; por el contrario, se acreditó que:

(a) La citación a la audiencia se ajustó a los requerimientos que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pues la identificación del grado de culpabilidad o dolo en dicho requerimiento no es una exigencia de la norma precitada, y en éste, se indicaron las normas violadas, las cláusulas del contrato presuntamente desconocidas y las consecuencias del incumplimiento. Además, de conformidad con la sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013 del Consejo de Estado, no es necesario que la entidad contratante notifique del procedimiento administrativo sancionatorio a cada uno de los integrantes, siendo suficiente la notificación al representante del consorcio como se hizo en el caso concreto.

(b) El departamento sí estudió y tuvo en cuenta el dictamen pericial en el procedimiento administrativo, cosa distinta es que al cotejarlo con las demás

⁹ Se decretaron como medios de prueba las documentales aportadas por las partes. Los demás medios de prueba solicitados, esto es, testimoniales, prueba pericial e interrogatorio de parte, fueron denegados por el Tribunal, tal como obra en el acta de audiencia del 19 de noviembre de 2018 a folios 513 a 516 del cuaderno 3 del expediente.

¹⁰ El Consorcio demandante y la gobernación del Huila presentaron sus alegatos el 03 de diciembre de 2018 obrantes a folios 538 a 558 del cuaderno 3.

¹¹ Bajo el radicado 100-2018.

pruebas allegadas, pudo determinar que las conclusiones del perito no eran acertadas. Tampoco se probó que se negara al perito el acceso a los documentos contractuales, pues obra registro que éste acudió a las instalaciones de la entidad demandada entre el 1 y 4 de agosto de 2017, con la posibilidad de hacer una reproducción de los documentos que estimara necesarios; además, el departamento accedió a una ampliación del término inicialmente otorgado al consorcio para que presentara el dictamen.

(c) En lo relativo al no aplazamiento de la audiencia por la incapacidad médica del apoderado y la imposibilidad de interponer recursos por esa circunstancia, indicó que el apoderado bien pudo haber sustituido el poder, pues conocía la fecha de la audiencia desde el 31 de agosto de 2017¹², y tal como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, las incapacidades por enfermedad que no impliquen gravedad no dan lugar a la interrupción del proceso; adicionalmente, el apoderado tenía la alternativa de acudir a la audiencia de manera remota haciendo uso de herramientas tecnológicas, como lo hizo el apoderado de la aseguradora, o sustituir el poder, sin que se hubiese acreditado que la gravedad de su incapacidad se lo impedía.

(d) Ninguna norma o cláusula del contrato imponía que el incumplimiento de las obligaciones del contratista pasible del procedimiento para la imposición de una multa, tenga que relacionarse directamente con el cumplimiento del objeto principal del negocio jurídico, en este caso, la realización de una obra civil; la facultad otorgada a la administración para la imposición de multas -que fueron pactadas- deviene de la función que se le atribuye de ejercer el control de la ejecución contractual, de manera que ante el incumplimiento parcial o total del cúmulo de obligaciones impuestas en el negocio jurídico, pueda apremiar al contratista para que las cumpla. El contratista estaba obligado a cumplir con la totalidad de las obligaciones que asumió bajo el negocio jurídico enlistadas en la cláusula octava, tanto aquellas que tenían que ver directamente con el cumplimiento de la obra civil contratada¹³, como con las que pretendían facilitar las labores de la supervisión e interventoría¹⁴ y aquellas que devenían del cumplimiento de un deber legal¹⁵, sin que la imposición de multas estuviere limitada únicamente al incumplimiento de las primeras.

(e) La citación al procedimiento administrativo sí podía apoyarse en el informe de incumplimiento realizado por el supervisor, según dispone expresamente el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y de acuerdo con lo previsto en la cláusula vigésima sexta del contrato, donde se indicó que en la citación la entidad *“hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que sustente la actuación (...)”*.

¹² La audiencia se celebró el 5 de septiembre de ese año.

¹³ “(...) Desarrollar el objeto del contrato, en las condiciones de calidad, oportunidad, cantidades de obra y obligaciones definidas en el presente contrato, incluyendo su anexo técnico y sus pliegos de peticiones. (...)”

¹⁴ “(...) Comunicarle a la Entidad Estatal contratante cualquier circunstancia política, jurídica, social, económica, técnica, ambiental o de cualquier tipo, que pueda afectar la ejecución del contrato. (...)”

¹⁵ “(...) Afiliación a la Seguridad Social y Parafiscales de todo el personal que será empleado en la obra (...)”

(iii) Sobre el cargo de “falsa motivación” fundado en que no se acreditaron los incumplimientos que sustentaron el acto, explicó que, a partir del escrito de demanda, el consorcio aceptó los hechos constitutivos de incumplimiento 3, 6, 8, 9, 10 y 11¹⁶ contenidos en la resolución demandada como sustento de la multa impuesta, mientras que los restantes no fueron desvirtuados, por cuanto:

(a) En lo atinente al programa de inversión del anticipo, aunque el demandante afirmó que no se requería de su aprobación por parte de la supervisión, el pliego de condiciones determinaba que dicha aprobación si era necesaria¹⁷, aunado al hecho que, por su naturaleza, el contratista no cuenta con la libertad de disposición del anticipo. También encontró probado que el plan de inversión¹⁸ fue modificado por el consorcio demandante sin autorización, para incluir un ítem de construcción a todo costo de obras de arte por valor de \$1.199.100.000, lo que determinaba un incumplimiento del negocio jurídico acorde con lo indicado en el acto acusado.

(b) Respecto de las obras técnicamente deficientes y la ejecución de obras no incluidas en el contrato de obra, consideró que conforme al informe emitido por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y el Acta de supervisión del 17 de enero de 2017, se acreditó que las deficiencias no fueron plenamente subsanadas pues persistían en uno de los sectores, y por otra parte, que el demandante ejecutó obras no contempladas en el negocio jurídico sin que hubiese mediado aprobación por parte de la entidad contratante. Además, aun cuando las obras no previstas se hubiesen aprobado por la supervisión, lo cual no se acreditó, tal aprobación habría resultado insuficiente dado que el negocio jurídico era financiado con recursos del Sistema General de Regalías, por lo que el ámbito de ajustes que podrían realizarse al proyecto era restringido y el único facultado para autorizarlos era el Órgano Colegiado de Administración y Decisión (OCAD)¹⁹.

(c) Con respecto de los hechos constitutivos de incumplimiento que no fueron reconocidos en la demanda, el demandante se limitó a afirmar que no requería autorización de la supervisión para modificar el programa de inversión del anticipo y que contaba con los permisos para ejecutar obras no establecidas en el contrato, y dado que tales afirmaciones no eran acertadas, resultaba forzoso concluir que no se probó el cargo de falsa motivación.

¹⁶ Los incumplimientos relacionados son: **3)** No presentación de bitácora de desarrollo de obra en los meses de septiembre y octubre de 2016 y marzo de 2017; **6)** Cambio de localización del proyecto; **8)** pago extemporáneo e impago de aportes al Sistema de Seguridad Social y Parafiscales de los meses septiembre a diciembre de 2016 y enero a marzo de 2017; **9)** No pago oportuno a sus proveedores por los suministros entregados para la ejecución de la obra; **10)** No suministro de información para alimentar el Sistema de monitoreo, seguimiento, control y evaluación GESROY, siendo obligatorio para el seguimiento del estado físico y financiero del proyecto que es financiado por el Sistema General de Regalías; **11)** No soporta autocontrol mediante ensayos de campo en la calidad de los concretos para estructuras y drenajes.

¹⁷ En el pliego de condiciones definitivo se dispuso: “*Los recursos del anticipo solo podrán ser utilizados para los gastos propios del respectivo contrato, situación que debe ser controlada por el interventor. EL CONTRATISTA deberá presentar el programa de inversión del anticipo para la correspondiente aprobación del Supervisor, dejando constancia expresa que estos recursos para todos los efectos legales son de propiedad del Departamento. (...)*”

¹⁸ Cuyas partidas eran el suministro y transporte de materiales pétreos, suministro de personal calificado y no calificado, alquiler de maquinaria y equipos-transporte de materiales provenientes de la excavación, canales y préstamos, compra de materiales para construcción (cemento, acero, tubería, etc.) y, compra de mezcla densa en caliente MDC-2.

¹⁹ Responsable de definir los proyectos de inversión sometidos a su consideración que se financiarán con recursos del SGR, así como evaluar, viabilizar, aprobar y priorizar la conveniencia y oportunidad de financiarlos.

(iv) Los cargos tercero y cuarto cargo, relacionados con el “*Abuso de poder por desproporcionalidad en la tasación de la multa e infracción del artículo 1602 del Código Civil*”, tampoco fueron acreditados, toda vez que se probó el incumplimiento y la multa se impuso conforme al procedimiento, cuantía y límites previstos en el contrato ante tal circunstancia. Así mismo, la multa impuesta no tuvo por finalidad resarcir un perjuicio, sino conminar al contratista al cumplimiento del contrato, aspecto que no es desvirtuado por los efectos negativos patrimoniales que conlleva esa sanción para el contratista, y sin que ésta implique una desfinanciación del contrato; las multas y su cumplimiento no pueden ser neutras o favorables al contratista, pues conllevan implícita una consecuencia desfavorable para él derivada de la situación de incumplimiento, y si el contratista es multado, sigue obligado a cumplir el contrato. Si no fuera así, la multa no cumpliría su función de apremio, pues al contratista le podría ser indiferente cumplir o no sus obligaciones para con la Administración²⁰.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

9. La anterior decisión fue apelada por el consorcio demandante²¹, quien afirmó que el Tribunal a quo incurrió en error en la apreciación de los hechos y las pruebas, en tanto dan cuenta que la actuación sancionatoria promovida por el Departamento del Huila está viciada de nulidad, con fundamento en:

- (i) El desconocimiento del derecho al debido proceso.
- (ii) La multa fue desproporcionada y se configuró una infracción del artículo 1602 del Código Civil.
- (iii) El contrato de obra se encuentra liquidado de forma bilateral, lo que acredita el cumplimiento total y a entera satisfacción del objeto contractual.

10. Sobre las razones en que sustentó el recurso, la Sala los expondrá al momento de estudiar cada uno de ellos.

11. Mediante proveído del 22 de junio de 2023 el Tribunal concedió el recurso de apelación y a través del auto del 03 de noviembre del mismo año se admitió. El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

Precisión preliminar

12. La Sala advierte que, aunque en las pretensiones de la demanda no se incluyó la de nulidad del acto administrativo identificado como Resolución 04 de

²⁰ Según cita del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: 29 de noviembre de 2010, radicación número: 11001-03-06-000-2010-00109-00 (2040). C.P. William Zambrano Cetina.

²¹ Archivo 17_RecursoApelaciónSentenciaParteDemandante

2017²², por medio del cual el Departamento del Huila resolvió negativamente el recurso de apelación que Confianza S.A. (aseguradora del contratista de obra) interpuso en contra de la Resolución No. 03 del 5 de septiembre de ese mismo año, dicho acto se entiende demandado de conformidad con lo establecido en el artículo 163 del CPACA²³.

Problema jurídico

13. Corresponde a la Sala establecer si el Tribunal *a quo* incurrió en error en la apreciación de los hechos y las pruebas con fundamento en los motivos de disenso expresados en el recurso de apelación.

Sobre el cargo de vulneración del debido proceso contractual

14. El primer cargo de la apelación no está llamado a prosperar, pues el consorcio no demostró que durante la actuación administrativa que culminó con el acto acusado se hubiese desconocido su derecho al debido proceso, toda vez que, como se expondrá a continuación: ⁽ⁱ⁾ el procedimiento administrativo sancionatorio podía sustentarse en el informe elaborado por el Secretario de Vías e Infraestructura de la entidad territorial; ⁽ⁱⁱ⁾ es válida la notificación del inicio del procedimiento sancionatorio efectuada al representante legal del consorcio, sin que resulte necesario notificar a cada uno de los consorciados; ^(c) la entidad contratante identificó e informó en la citación al contratista los presuntos incumplimientos, su fundamento, las normas u obligaciones contractuales presuntamente violadas y su consecuencia jurídica; y, ^(d) el departamento sí valoró el dictamen pericial practicado en el procedimiento administrativo.

El informe de incumplimiento elaborado por el Secretario de Vías e Infraestructura de la entidad territorial

15. Alega el demandante que la entidad no podía tener en cuenta como fundamento del inicio del procedimiento administrativo y de la resolución que impuso la multa, un informe de incumplimiento presentado por el Secretario de Vías e Infraestructura del departamento, pues en su consideración, no se encontraba facultado para ello, al tratarse de una función exclusiva de la interventoría.

16. Las leyes 80 de 1993²⁴ y 1474 de 2011²⁵ establecen que corresponde a la entidad contratante la dirección, control y vigilancia del negocio jurídico, así como la facultad de declarar el incumplimiento del contratista, cuantificar los perjuicios e imponer las multas y demás sanciones pactadas, de manera que cuando conozca de un posible incumplimiento de las obligaciones acordadas bajo el contrato, le corresponde dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio citando a

²² Páginas 593 a 597 del Archivo PDF "PROCESO SANCIONATORIO 004" del CD aportado el 23 de julio de 2018 de acuerdo con la constancia secretarial obrante a folio 337 del cuaderno 2.

²³ "Artículo 163. Individualización de las pretensiones. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron".

²⁴ Artículos 4, 14 y 26.

²⁵ Artículo 86.

audiencia a su contratista. En esta medida, el inicio de un procedimiento sancionatorio contractual corresponde a una decisión de la entidad y se origina a partir de su conocimiento del incumplimiento del negocio en que el actúa como contratante, con independencia del medio o instrumento a través del cual ello acontezca, pues ante la evidencia del actuar contrario a lo pactado por parte del contratista, es a ella a quien corresponde hacer uso de los instrumentos contractuales y legales tendientes a garantizar la consecución del objeto del negocio jurídico, así como de hacer efectivas las sanciones y garantías pactadas²⁶.

17. Por tanto, es la entidad pública contratante quien determina la responsabilidad del contratista a partir de los hechos conocidos y de las pruebas practicadas en el marco del proceso sancionatorio y su valoración. Aunque el informe de interventoría puede originar el conocimiento del incumplimiento por parte de la entidad atendiendo a sus funciones de verificación durante la ejecución del contrato, éste no puede entenderse como el único o exclusivo insumo para declarar la responsabilidad del contratista, toda vez que la ley no establece una tarifa probatoria sobre el particular, y porque aun existiendo dicho informe, la entidad debe verificar su grado de certeza y confrontarlo las demás pruebas allegadas al procedimiento sancionatorio al momento de adoptar su decisión.

18. En el caso en concreto, el informe presentado por el DNP respecto de la ejecución del contrato evidenció que la interventoría contratada no cumplió con sus obligaciones de seguimiento y vigilancia del contrato de obra, circunstancia que llevó al inicio de un proceso sancionatorio en su contra. De esta manera, la entidad -a través de su Secretario de Vías e infraestructura- puso de presente los problemas en la ejecución del contrato de obra, pues conforme a la cláusula vigésima segunda del contrato éste fungía como supervisor del contrato, y a su vez, el artículo 104 del Decreto 1338 de 2008²⁷ disponía que correspondía a ese funcionario *“Realizar acciones de supervisión, interventoría y evaluación permanente sobre las obras contratadas por el Departamento y por los municipios con inversión de recursos departamentales.”*

19. En esta medida, en adición a que el Ingeniero Henry Lizcano era el supervisor designado por expresa disposición contractual, también está acreditado que orgánica y funcionalmente estaba vinculado a la parte contratante y que sus expresas funciones como Secretario de Vías e infraestructura no solo le permitían, sino que le imponían, el deber de garantizar el adecuado control y seguimiento del contrato de obra objeto de la controversia al estar relacionado con el área de su dependencia.

20. Aceptar la interpretación de la parte actora según la cual el proceso sancionatorio únicamente puede iniciar con un informe de incumplimiento elaborado por la interventoría contratada: ⁽ⁱ⁾ imposibilitaría a las entidades contratantes ejercer

²⁶ En este sentido, el parágrafo 3 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 establece que cuando el ordenador del gasto sea informado de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo conmine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con éste de los perjuicios que se ocasionen.

²⁷ *“Mediante el cual se define la estructura orgánica de la Administración Departamental y se dictan otras disposiciones”.*

de manera autónoma su facultad sancionatoria contractual e implicaría una renuncia o traslado del deber permanente de vigilancia y control, desconociendo lo establecido en los artículos 4, 14 y 26 de la Ley 80 de 1993, conforme a los cuales, corresponde a la entidad exigir del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, adelantar revisiones periódicas de las obras, verificar las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas y promover las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes, sin que en ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales queden exonerados de estas funciones por virtud de la delegación de sus deberes o por la designación de un interventor; y, ⁽ⁱⁱ⁾ que en casos como el presente, donde la interventoría incumplió con las labores a su cargo, o cuando ésta omite elaborar un informe de incumplimiento, la entidad se viera impedida para ejercer sus facultades sancionatorias y conminar al contratista al cumplimiento del contrato, contrariando lo establecido en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007²⁸ y 86 de la Ley 1474 de 2011²⁹.

21. La vigilancia y control de los contratos es un deber permanente en cabeza de la entidad pública contratante independientemente de que se haya contratado una interventoría, pues como directora y responsable del negocio jurídico que celebró, no se desliga de este deber por esa sola circunstancia, como tampoco del consistente en adelantar las actuaciones para conminar al contratista al cumplimiento del contrato, incluyendo el ejercicio de sus facultades sancionatorias, indistintamente del medio o las pruebas que determinen el incumplimiento del negocio jurídico por parte del contratista.

22. Se advierte, además, que el informe elaborado por el Secretario de Vías e infraestructura del departamento fue puesto en conocimiento del consorcio contratante desde la citación y estuvo fundamentado en pruebas adicionales y controvertidas en el procedimiento administrativo de imposición de la multa, descartando la violación del derecho al debido proceso aducido por la parte actora.

La notificación al representante legal del consorcio de la citación al procedimiento sancionatorio

23. La demandante considera que la notificación que realizó la entidad a la representante legal del consorcio en el trámite del proceso sancionatorio contractual no era suficiente, pues, de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial, este tipo de asociaciones carecen de personería jurídica y por ende de capacidad jurídica para actuar, siendo necesario que el departamento notificara a cada uno de los integrantes del consorcio.

²⁸ "(...) las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones (...) Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato (...) La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales".

²⁹ "Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. (...)".

24. Los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993³⁰ le otorgaron expresamente a los consorcios y uniones temporales capacidad para presentar propuestas y celebrar contratos estatales, estableciendo el deber de designar la persona que, para todos los efectos, las representaría frente a la entidad contratante. Por tanto, dado que la ley no hizo distinción respecto de los efectos para los cuales es designado el representante de estas asociaciones, entre sus facultades, se entienden incluidas todas las actuaciones precontractuales y contractuales que puedan y deban desplegarse en sede administrativa, tanto en la etapa precontractual como contractual.

25. En esa medida, la representación del consorcio o de la unión temporal que se otorga “*para todos los efectos*” según los términos de la ley, comprende, entre otros, tanto las facultades para definir los términos de la oferta, presentar la propuesta, notificarse del acto de adjudicación -o que declara desierto el proceso de selección- e interponer los recursos correspondientes, como también para celebrar el contrato, recibir los pagos, convenir modificaciones o acuerdos, concurrir a la liquidación, y en lo que refiere al caso concreto, para notificarse de los actos administrativos de índole contractual que expida la entidad contratante e impugnarlos.

26. Debe indicarse que si bien este tipo de uniones no constituyen una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados, la jurisprudencia del Consejo de Estado concluyó en sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013³¹ que los consorcios y uniones temporales, al tener capacidad para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos de selección como de los contratos estatales por disposición expresa de la Ley 80 de 1993, también se encuentran facultados para concurrir por intermedio de su representante a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas con ocasión del correspondiente negocio jurídico, en tanto resultaría contradictorio que el representante de estas asociaciones pueda celebrar el contrato y notificarse válidamente de los actos administrativos contractuales y recurrirlos en sede administrativa, pero que no pudiese demandarlos -o el contrato mismo- ante el juez competente.

27. La sentencia de unificación ratificó que “*la notificación que de los actos contractuales expedidos por la entidad estatal en relación o con ocasión de un contrato celebrado con un consorcio o una unión temporal, se realice con el representante de la respectiva agrupación, será una notificación que se tendrá por bien hecha*”³², sin que resulte necesaria la notificación a los distintos integrantes del consorcio o de la unión temporal contratista, en tanto el representante de esas agrupaciones concebido y exigido por la ley para todos los efectos, es mucho más que un representante o mandatario de cada uno de sus integrantes individualmente considerados, toda vez que lo pretendido por la norma es que la entidad pueda contar con un único interlocutor válido que disponga de facultades amplias y

³⁰ Antes de las modificaciones introducidas por la Ley 2160 de 2021.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena: Radicación No.: 250002326 000 19971393001, expediente No. 19.933.

³² *Ibidem*.

suficientes para todos los asuntos propios de la celebración, ejecución y liquidación del negocio jurídico, incluyendo la de notificarse de los actos administrativos de carácter contractual proferidos por la entidad.

28. Aceptar lo contrario, conllevaría a que cada integrante del consorcio o unión temporal podría iniciar por su cuenta gestiones ante la entidad en relación con el contrato, o designar un representante distinto para que vele por sus intereses particulares, teniendo la entidad pública que entenderse por cuenta de un mismo contrato y de un solo contratista, con tantos representantes, interesados o integrantes tuviese el respectivo consorcio o unión temporal, circunstancia que sería contraria a los principios de economía, eficacia y eficiencia.

29. En consecuencia, no es de recibo el argumento de la parte actora según el cual la citación a la audiencia prevista en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 debía dirigirse a cada uno de los integrantes del consorcio demandante, y que lo contrario, suponga una vulneración al debido proceso, toda vez que la citación debía dirigirse al contratista, esto es, al consorcio, como en efecto se hizo, cuyo representante es quien por expresa disposición normativa vela por los intereses de sus integrantes de cara al contrato que se ejecuta, y en ese sentido, la notificación y citación hecha al representante designado por el consorcio, fue válida y suficiente.

Los requisitos de la citación para el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio contractual y su trámite

30. Afirma la parte actora que en la convocatoria al procedimiento administrativo que culminó con la imposición de la multa, la entidad demandada no precisó los hechos que la soportaban ni las normas o cláusulas presuntamente desconocidas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista. Revisado el expediente, está acreditado respecto del procedimiento que culminó con la expedición del acto administrativo que impuso la multa, lo siguiente:

(i) El DNP emitió el 21 de abril de 2017, un informe de seguimiento a los proyectos financiados con recursos del sistema general de regalías³³ donde analizó diferentes aspectos relacionados con el contrato objeto de la controversia³⁴, concluyendo que éste representaba un peligro inminente de pérdida de recursos por cuanto restando un mes de ejecución, solo se había ejecutado un 10,49 % de la obra; además, evidenció insuficiencias técnicas graves y que el 40% desembolsado por concepto de anticipo no fue ejecutado en la proporción acordada, teniendo en cuenta la fecha final inicial programada para el 8 de mayo de 2017.

(ii) El 14 de junio de 2017, Henry Liscano Parra, en su calidad de Secretario de Vías e Infraestructura del departamento contratante, presentó al entonces gobernador del departamento del Huila un informe sobre el presunto incumplimiento de las obligaciones del contrato de obra por parte del contratista, a través del oficio

³³ Páginas 219 a 245 del archivo PDF "PROCESO SANCIONATORIO 004" del CD aportado el 23 de julio de 2018 de acuerdo a la constancia secretarial obrante a folio 337 del cuaderno 2.

³⁴ Aprobado por medio del Acuerdo no. 33 del 15 de octubre de 2015 por el OCAD.

SVI 836³⁵, con fundamento en las funciones a su cargo establecidas por el decreto departamental 1338 de 2008.

(iii) El 16 de junio 2017, el departamento citó a audiencia al contratista conforme a lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011³⁶, la cual se realizaría el 12 de julio de 2017 en las oficinas del departamento, allí, relacionó los hechos y obligaciones constitutivos de incumplimiento, las normas y cláusulas presuntamente violadas y las consecuencias que podían derivarse para el contratista. Sobre el particular se indicó:

(a) Como hechos y obligaciones constitutivos de incumplimiento, el departamento evidenció los que, para mayor ilustración, se resumen en la siguiente tabla:

Hechos	Obligación incumplida
<p>1. El contratista no invirtió el anticipo conforme al programa aprobado, el cual fue modificado por éste sin autorización, situación que se demuestra en los soportes de inversión del anticipo.</p>	<p>No cumplió con el programa de inversión del anticipo aprobado.</p>
<p>2. Se advierte un continuo incumplimiento de lo establecido en el cronograma, el cual, debería estar en su fase final. No se refleja lo programado, es decir, el 76.39% de avance de obra ejecutada; las cuantificaciones hechas por los profesionales que prestan sus servicios de apoyo a la supervisión, en visita técnica efectuada del 10 al 13 mayo de 2017, reflejan un avance de obra de tan solo un siete por ciento (7%). Esta situación se demuestra mediante el cotejo del cronograma y el cuadro de cantidades de obra ejecutada aportados por los profesionales de apoyo a la supervisión.</p>	<p>No cumplió con el avance de las actividades programadas en el cronograma de obra.</p>
<p>3. En los informes 1 y 2 correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2016, y en el informe 7 correspondiente al mes de marzo de 2017, no se presentó la bitácora donde debían anotarse diariamente los hechos y sucesos relacionados con el desarrollo de la obra, como se evidencia en los informes de interventoría.</p>	<p>No ha registrado los hechos y sucesos relacionados con el desarrollo de la obra en la bitácora.</p>

³⁵ Páginas 1 a 9 del Archivo PDF "PROCESO SANCIONATORIO 004" del CD aportado el 23 de julio de 2018 de acuerdo con la constancia secretarial obrante a folio 337 del cuaderno 2.

³⁶ Cuaderno 1, folios 97-100 y Cuaderno 2, folios 101-105.

<p>4. Conforme a las visitas técnicas realizadas por el personal de apoyo a la supervisión, se pudo determinar que las obras ejecutadas son técnicamente deficientes en el sector chontaduro, donde la construcción de los canales colectores se encuentran desalineados, desplomados, con malos acabados y aceros por fuera del concreto. Igualmente, la alcantarilla construida en el mismo sector carece de alineamiento vertical, horizontal y en el interior de los tubos se encuentra colmatado con residuos de material de concreto.</p> <p>5. Algunas alcantarillas del sector Fortalecillas - Tello – Baraya, carecen de alineamiento vertical y horizontal, y los descoles carecen de salida para desagüe, es decir, no tienen por donde evacuar las aguas, como se evidencia en registro fotográfico.</p>	<p>No ha empleado el personal idóneo y calificado para la ejecución de la obra</p> <p>No ha ejecutado las obras de conformidad con las condiciones técnicas estipuladas en el contrato.</p>
<p>6. El Contratista cambió la localización del proyecto, al intervenir el tramo Fortalecillas - Tello (k9+700 al KI 1+090), el cual, no fue aprobado por el departamento y la Secretaria Técnica de la OCAD Regional, incumpliendo con lo descrito y detallado en el Capítulo de Localización en la Metodología General Ajustada (MGA) y los soportes registrados en el Banco de programas y proyectos de inversión, así como desconociendo lo preceptuado en el Acuerdo 037 de 2016 de la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías. Esto se evidencia a partir de la vista técnica realizada por el personal de apoyo a la supervisión y en los extemporáneos informes de Interventoría.</p>	<p>El contratista cambió arbitraria y unilateralmente la localización del proyecto, desconociendo las especificaciones pactadas.</p>
<p>7. El contratista nunca ha presentado informes puntuales al contratante o a la interventoría donde se evidencien las situaciones que han afectado el normal desarrollo de la obra y el cumplimiento de los compromisos previstos.</p> <p>El Contratista no suministró oportunamente la información para el Sistema de monitoreo, seguimiento, control y evaluación GESPROY, el cual, se requiere para que el DNP a través del Sistema General de Regalías, realice seguimiento en tiempo real del estado físico y financiero del proyecto. Además de esto, se evidenció que la información suministrada en los informes extemporáneos correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2016, y enero, febrero y marzo de 2017, no tienen concordancia con lo reportado en el GESPROY.</p>	<p>No informar sobre situaciones que afecten la normal ejecución del contrato de obra, y el cumplimiento de los compromisos previstos.</p>

<p>8. En los informes extemporáneos de interventoría, se observa que el contratista no soportó mediante ensayos de campo la calidad de los concretos para estructuras y drenajes, impidiendo a la entidad contratante comparar y establecer el control de calidad de la obra (resistencia a la compresión del concreto), conforme a lo establecido en las obligaciones contractuales.</p>	<p>No ha presentado resultados por <i>Autocontrol</i> de los ensayos de campo, estudios de suelo, de laboratorio y de control de materiales.</p>
<p>9. El contratista allegó las planillas de acreditación de seguridad social y parafiscales con pagos realizados por fuera de los términos legales, de acuerdo con lo contemplado en los decretos 780 y 1990 de 2016; tampoco realizó los aportes correspondientes a la mayoría del personal ofertado en la propuesta, como se evidencia en los informes extemporáneos de interventoría de los meses septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2016, y enero, febrero y marzo de 2017.</p> <p>El contratista, no ha pagado oportunamente a sus proveedores por los suministros entregados para la ejecución de la obra, evidenciado en el oficio con radicado 28413 del 09 - 06 de 2017.</p>	<p>No ha cumplido con el pago al Sistema de Seguridad Social Integral de los profesionales, al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF y las Cajas de Compensación Familiar, conforme a lo estipulado en contrato.</p>
<p>10. El contratista ejecutó actividades no establecidas en el contrato de obra, tal como se evidenció en el tramo Fortalecillas - Tello (k9+700 al KI 1+090), aplicando un estabilizante con electroquímico. Igualmente sucede con una parte del tramo Neiva- Fortalecillas (k6+000 al k6+613) donde se aplicó un suelo-cemento que no está contemplado contractualmente. En consecuencia, el contratista no solo está incumpliendo con las condiciones pactadas en el contrato, sino que ha creado incomodidades y traumatismos a la comunidad.</p> <p>El contratista modificó las obras, las cantidades e incluyó nuevos ítems sin la aprobación de la entidad ejecutora y sin realizar el trámite administrativo de ajuste, de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo 037 de 2016 de la comisión rectora, como se evidencia en el informe de interventoría del mes de noviembre de 2016.</p>	<p>Realizó obras extras sin ser previamente acordadas y aprobadas.</p>
<p>11. El contratista incumplió con los compromisos pactados en el Acta de Reunión 8 del 18 de abril de 2017, relacionados con la reprogramación de la obra.</p>	<p>No ha cumplido con las órdenes escritas impartidas por el contratante.</p>

(b) Las normas que el departamento tuvo como presuntamente vulneradas fueron los artículos 2 y 209 de la Constitución Política³⁷, así como los artículos 3, 5, 23 y 25 de la Ley 80 de 1993³⁸. Como cláusulas presuntamente incumplidas, referenció las contenidas en las cláusulas 4, 8 (I.1.I.2, J, L, L1, M1, O3, P, R y T), 13, 14 y 15, las que, como se reiterará más adelante, efectivamente referían a las obligaciones del contratista en relación con el cumplimiento del programa de inversión del anticipo, el cronograma de ejecución, las condiciones técnicas de las obras, los pagos al Sistema de Seguridad Social Integral y los deberes de informar sobre las situaciones que afectaran la normal ejecución del contrato y registrar diariamente la ejecución en la bitácora de obra.

(c) Respecto de las consecuencias que podían derivarse por los presuntos incumplimientos, el departamento indicó que atendiendo a su gravedad podrían hacerse efectivas, según lo que resultare probado, las cláusulas relativas a la aplicación de multas, la efectividad de la cláusula penal pecuniaria o la caducidad del contrato, así como la afectación la garantía única de cumplimiento.

(iv) La citación fue remitida al representante del consorcio en su calidad de contratista de obra y a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza, aduciendo y anexando como pruebas el informe y los documentos anexos remitidos por el ingeniero Henry Liscano Parra en su calidad de Secretario de Vías e Infraestructura del ente territorial.

³⁷ ARTÍCULO 2. *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

ARTÍCULO 209. *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

³⁸ ARTÍCULO 3o. *DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.*

ARTÍCULO 5o. *DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:*

2o. *Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse.*

(...)

4o. *Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello.*

ARTÍCULO 23. *DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.*

ARTÍCULO 25. *DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:*

8o. *El acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto.*

(v) El 10 de julio de 2017, el representante legal del consorcio demandante otorgó poder al abogado Alex Paolo García Núñez. El 12 de julio de 2017 se llevó a cabo la audiencia del artículo 86³⁹, allí se reconoció personería jurídica para actuar a los apoderados del contratista de obra y de la aseguradora y se les dio la oportunidad de presentar los descargos. Tanto el consorcio como la aseguradora presentaron incidente de nulidad contra el auto en el que se citó a la audiencia, el cual se resolvió de manera desfavorable, por lo que las partes interpusieron recurso de reposición, que fue declarado improcedente. Luego, se incorporaron las pruebas documentales aportadas por las partes, se negó la práctica de las testimoniales solicitadas por el consorcio constructor y se decretó de oficio un dictamen pericial para verificar los avances de la obra, otorgando un plazo de 20 días para su presentación. Finalmente, se suspendió la audiencia y se fijó como fecha para su continuación el 16 de agosto de 2017.

(vi) El 4 de agosto de 2017 se informó la designación de William Parra Olaya como perito, quien solicitó copia de los documentos relacionados con el contrato.

(vii) El 13 de agosto de 2017 el Director de Departamento Administrativo Jurídico en oficio dirigido al Secretario de Vías e Infraestructura, solicitó proporcionar toda la información que reposaba en dicha secretaría al perito designado. El 14 de agosto siguiente el apoderado del consorcio solicitó el aplazamiento de la audiencia programada para el 16 de ese mes y año por cuanto el perito no había tenido acceso a la información del negocio jurídico.

(viii) El 16 de agosto de 2017 en la reanudación de la audiencia⁴⁰, el despacho resolvió sobre la solicitud de aplazamiento y el término de presentación del dictamen, otorgando un plazo adicional de cinco (5) días hábiles para la entrega directa del dictamen, es decir, hasta el 24 de agosto siguiente, considerando que se había dado acceso al perito a la información del contrato y la Secretaría de Vías e Infraestructura colaboró con éste durante tres (3) días para tal fin. Asimismo, fijó como fecha para la continuación de la audiencia el 31 de agosto de 2017. El 24 de agosto de 2017 el perito allegó el dictamen⁴¹.

(ix) El 25 de agosto de 2017 se corrió traslado del dictamen presentado a efectos de que la Secretaría de Vías e Infraestructura se pronunciara sobre el mismo. El 31 de agosto de 2017 esa dependencia presentó sus consideraciones frente al dictamen presentado, concluyendo que *“El porcentaje de ejecución presentado por el perito es del 20,45%, lo cual no es cierto por cuanto el porcentaje corresponde al 14% según las cantidades de obra ejecutadas y revisadas por los ingenieros de apoyo a la supervisión.”*⁴². Ese mismo día se llevó a cabo la continuación de la audiencia para que el perito sustentara su dictamen, donde las partes tuvieron la

³⁹ Así consta en el acta de audiencia obrante en las páginas 264 a 268 del Archivo PDF “PROCESO SANCIONATORIO 004” del CD aportado el 23 de julio de 2018 de acuerdo a la constancia secretarial obrante a folio 337 del cuaderno 2.

⁴⁰ Páginas 283 a 284 del Archivo PDF “PROCESO SANCIONATORIO 004” del CD aportado el 23 de julio de 2018 de acuerdo a la constancia secretarial obrante a folio 337 del cuaderno 2.

⁴¹ Páginas 294 a 412 del Archivo PDF “PROCESO SANCIONATORIO 004” del CD aportado el 23 de julio de 2018 de acuerdo a la constancia secretarial obrante a folio 337 del cuaderno 2.

⁴² Páginas 413 a 417 del Archivo PDF “PROCESO SANCIONATORIO 004” del CD aportado el 23 de julio de 2018 de acuerdo a la constancia secretarial obrante a folio 337 del cuaderno 2.

oportunidad de formular preguntas al perito y presentar sus alegatos. La audiencia nuevamente fue suspendida para que la entidad procediera con el estudio de los descargos y las pruebas recaudadas.

(x) El 5 de septiembre de 2017, se reanudó la audiencia⁴³ donde se procedió con la lectura de la resolución demandada que decidió imponer una multa al contratista, al haberse acreditado los incumplimientos relacionados en la citación. Se dejó constancia que el apoderado del consorcio no asistió y que el apoderado de la compañía aseguradora asistió a través de llamada. La resolución fue objeto de recurso por parte del apoderado de la aseguradora y a través de la Resolución 04 de 2017 se resolvió confirmar la decisión⁴⁴.

31. De lo anterior, la Sala puede evidenciar que la entidad demandada no incurrió en un desconocimiento del debido proceso por las razones expuestas en el cargo de apelación, toda vez que en la citación que dio inicio al procedimiento administrativo, se enunciaron al contratista los hechos constitutivos del incumplimiento, las normas y cláusulas desconocidas y las posibles consecuencias jurídicas derivadas de la desatención de las prestaciones a su cargo, sin que la decisión hubiese abordado unos hechos o fundamentos distintos a los indicados en dicho requerimiento. Tampoco se observa un desconocimiento del debido proceso durante las diferentes etapas del procedimiento administrativo, por cuanto se garantizó el derecho de contradicción del consorcio y la aseguradora, quienes tuvieron la oportunidad de allegar y controvertir las pruebas del departamento, presentar descargos, participar en las distintas audiencias e interponer los recursos procedentes.

La valoración de la prueba pericial dentro del procedimiento sancionatorio

32. El demandante manifiesta que el Tribunal se limitó a analizar si se había negado el acceso a la información al perito por parte del departamento, omitiendo estudiar si el dictamen fue totalmente desconocido al adoptar el acto acusado. No obstante, se evidencia que esta afirmación no es cierta por cuanto el *a quo* explicó que no hubo una falta de valoración de la prueba pericial, pues el departamento sí tuvo en cuenta el informe rendido por el perito designado, sin perjuicio de lo cual, al momento de cotejar las conclusiones del dictamen con las otras pruebas allegadas al procedimiento administrativo, determinó que las conclusiones contenidas y expuestas por el perito no eran acertadas.

33. Sobre este particular, está acreditado que la entidad contratante advirtió sendas incongruencias en el dictamen pericial practicado⁴⁵, lo que restaba solidez a sus conclusiones; entre otras consideraciones, expuso que:

⁴³ Páginas 562 a 565 y 600 a 606 del Archivo PDF "PROCESO SANCIONATORIO 004" del CD aportado el 23 de julio de 2018 de acuerdo a la constancia secretarial obrante a folio 337 del cuaderno 2.

⁴⁴ Páginas 593 a 597 del Archivo PDF "PROCESO SANCIONATORIO 004" del CD aportado el 23 de julio de 2018 de acuerdo a la constancia secretarial obrante a folio 337 del cuaderno 2.

⁴⁵ Páginas 413 a 417 del Archivo PDF "PROCESO SANCIONATORIO 004" del CD aportado el 23 de julio de 2018 de acuerdo a la constancia secretarial obrante a folio 337 del cuaderno 2.

- (i) La fecha final de la obra no fue el 17 de octubre de 2017 como se indicó en el dictamen, sino el 8 de noviembre de 2017.
- (ii) Las pólizas estaban vigentes y probadas por el departamento, por lo que no era cierto que se encontraran vencidas.
- (iii) El valor girado para la ejecución de la obra no era de \$5.579'524,871,60 como equivocadamente indicó el perito, sino que ascendía a \$6.583'817.003,00.
- (iv) No era cierto que hubiese presencia de la comisión de Topografía y del Especialista en vías del consorcio, tal como evidenciaba el informe de visita técnica del 19 de agosto de 2017 realizado por el personal de apoyo a la supervisión.
- (v) Se tomaron como válidas bitácoras que no contenían firmas de los residentes de obra e interventoría.
- (vi) No era cierto que el perito no tuviera acceso a los informes mensuales de interventoría, pues por medio del oficio SVI 1216 del 16 de agosto de 2017 obrante en el anexo 5, se le informó al ingeniero William Parra Olaya, *"que toda la información reposaba en el archivo de Gestión Documental de la secretaria de Vías e Infraestructura, a su disposición para cuando usted lo considere pertinente tomar las copias solicitadas..."*.
- (vii) Se incurrió en imprecisiones respecto de las longitudes de los tramos intervenidos, se tuvo en cuenta un ítem que no estaba contemplado en el presupuesto contractual y se pretendía el reconocimiento de otro que ya había sido aceptado por medio del acta parcial 1.
- (viii) Se encontraron errores en algunas operaciones aritméticas, y no se tuvieron en cuenta los documentos que hacían parte integral del contrato, como los pliegos de condiciones, la propuesta, el estudio y diseño del consultor, el SUIFP⁴⁶ y la MGA⁴⁷, entre otros.
- (ix) Se incluyeron obras ejecutadas en la abscisa K10+500 al K11+900, tramo Palermo — Neiva, cuando lo cierto es que éste no se había intervenido.
- (x) No se tuvo en cuenta que el contratista cambió la localización del proyecto, al intervenir el tramo Fortalecillas — Tello (k9+700 al K11+090), el cual no fue aprobado por el ejecutor ni informado a la Secretaría Técnica de la OCAD Regional, incumpliendo con lo descrito y detallado en el Capítulo de Localización en la MGA y los soportes registrados en el banco de programas y proyectos de inversión, desconociendo lo preceptuado en el Acuerdo 037 de 2016, de la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías.

⁴⁶ Sistema Unificado de Inversión y Finanzas Públicas de los recursos del Sistema General de Regalías.

⁴⁷ Metodología General Ajustada.

(xi) Las cantidades de obra ejecutadas en los sectores relacionados en el informe del perito ascendían a \$2.075'493.230,00⁴⁸, y no a \$3.057'897.245,00 como erróneamente se indicó en el dictamen.

(xii) El porcentaje de ejecución presentado por el perito era del 20,45%, lo cual desconocía los soportes contractuales que indicaban que dicho porcentaje correspondía al 14% conforme a las cantidades de obra efectivamente.

34. Según consta en el Acta de Audiencia del 31 de agosto de 2017⁴⁹, en esa diligencia el perito designado procedió a resolver los interrogantes formulados por el Director del Departamento Jurídico, funcionario que adelantaba el proceso sancionatorio, así como los del apoderado del contratista, frente a lo cual la entidad advirtió que el perito no desvirtuó ninguno de los cuestionamientos que fueron formulados con base en las inconsistencias antes descritas. Respecto de lo anterior, en la grabación de voz de la audiencia del 31 de agosto de 2017⁵⁰, se puede evidenciar lo siguiente:

(i) El perito expuso su informe técnico, hizo referencia a dificultades para acceder a la información, e indicó que la obtenida era insuficiente, no obstante, adujo que el contratista le dio acceso a información y allí encontró la comunicación de la interventoría del 28 de junio de 2017 con el radicado SGN-C054-F04⁵¹ que daba respuesta a la petición 27451, documento que utilizó para realizar su análisis, dando cuenta que no tuvo en consideración la totalidad del expediente que documentaba la ejecución del contrato.

(ii) El Director Jurídico del departamento formuló preguntas al perito dirigidas a esclarecer si en efecto había verificado directamente las afirmaciones de su dictamen, particularmente, las relacionadas con el personal en obra, materiales suministrados y avance de ejecución, no obstante, sus respuestas no fueron satisfactorias, pues reafirmó que no revisó la totalidad de la información del contrato, a la vez que reconoció no haber comparado el personal presente en obra con el ofertado por el contratista. Indicó además que, aunque encontró tres cuadernos que conformaban la bitácora, no la analizó para establecer o verificar sus conclusiones.

(iii) El perito fue reiterativo en señalar que, aunque había hecho un análisis financiero sobre la obra ejecutada, no tenía el deber de verificar si el contratista había contratado o no maquinaria, lo cual, incidía en la conclusión respecto de la correcta y oportuna inversión del anticipo. Así mismo, aceptó que en su informe no verificó la programación, ni calculó las inversiones efectuadas, mes a mes, desde el inicio de la obra hasta el momento en que se elaboró el dictamen.

(iv) Cuando se le preguntó por el porcentaje de obra realizada a la fecha de la audiencia, incurrió en imprecisiones frente a los cálculos realizados, pues a pesar

⁴⁸ Correspondientes a \$1.071'201.099,47 más el Acta Parcial 1 que ascendía a 1.004'292.131,00, sin tener en cuenta el tramo de prueba que no era contractual, el tramo K10+500 al K11+900 sector Palermo-Neiva que no se había intervenido y el suministro de materiales (tubería de alcantarillado), ya que el contrato se pactó por cantidades de obra ejecutada.

⁴⁹ Cuaderno 2, CD obrante a folio 338 archivo "PROCESO SANCIONATORIO 004" páginas 530.

⁵⁰ Cuaderno 2, folio 336 archivo del CD "Grabación (12)".

⁵¹ Cuaderno 1, folios 145-149.

de que el porcentaje del anticipo se determinó en un 40% del valor del contrato y no se había invertido en su totalidad, indicó que el porcentaje de avance era del 61%. Al evidenciarle su error, indicó que el avance era del 23.61%. Por su parte, al ser interrogado por la verificación del personal en obra y su idoneidad, indicó: *“El personal que yo encontré creo que era el idóneo, pero el mismo no pudo ser corroborado con la oferta de servicios realizada por el Departamento”*.

35. Así, para la Sala son claras las inconsistencias del dictamen evidenciadas por la entidad en el procedimiento administrativo, especialmente al ser cotejado con las demás pruebas, pues el perito no ofreció fundamentos ni insumos para sustentar sus conclusiones, toda vez que su análisis se limitó a replicar información aportada por el contratista junto con lo indicado en un informe de la interventoría, sin efectuar personalmente una verificación de su contenido y de los demás documentos que consignaban la trazabilidad de la ejecución del contrato, lo que impedía dar plena validez al dictamen presentado.

36. En consecuencia, no se comparten las apreciaciones de la demandante en el sentido de señalar que hubo una inexistente valoración del dictamen pericial en el procedimiento administrativo, por lo que no prospera el cargo formulado, al estar acreditado que sí se analizó y cotejó por parte de la entidad demandada esa prueba con las demás recaudadas; tema distinto es que con ocasión de las imprecisiones en las que incurrió el perito y la falta de elementos técnicos y documentales que soportaran sus conclusiones, estas no podían tenerse como precisas y determinantes para desvirtuar las verificaciones en campo realizadas directamente por la entidad. Por su parte, el consorcio demandante omitió allegar argumentos y pruebas tendientes a acreditar que las conclusiones del dictamen eran correctas y soportadas en la realidad técnica del contrato, en tanto se limitó a indicar que éste no fue objeto de análisis por la entidad demandada.

Sobre el cargo desproporcionalidad de la sanción impuesta e infracción normativa del artículo 1602 del Código Civil por parte del departamento

37. Alega la demandante que la decisión de la entidad es desproporcionada e infringe el artículo 1602 del Código Civil pues: ⁽ⁱ⁾ los hechos que sustentaron la sanción no estaban relacionados con las obligaciones contractuales que tenía el contratista y no se probaron los presuntos incumplimientos, y; ⁽ⁱⁱ⁾ el departamento omitió la tasación razonable de los perjuicios ocasionados a la entidad demandada para establecer el monto o cuantía de la multa, la cual se hizo efectiva por su tope máximo como si se tratara de la cláusula penal que solo era aplicable en caso de declararse el incumplimiento total del contrato. Empero, la Sala también desestimaré este cargo, por cuanto: ^(a) está acreditado que los hechos que sustentaron la imposición de la multa al contratista, sí estaban relacionados con sus obligaciones contractuales y se acreditó su incumplimiento; y ^(b) la multa no tiene por finalidad reparar un perjuicio y el demandante no acreditó que la cuantía de la multa fuere desproporcionada o contraria a las cláusulas contractuales.

Los incumplimientos que sustentaron el acto administrativo demandado

38. Aunque la parte actora indica de forma genérica que los hechos que sustentaron la imposición de la multa no tenían relación con sus obligaciones contractuales, la Sala encuentra que las omisiones que le fueron imputadas y que conllevaron a la imposición de la multa sí referían a la desatención de las prestaciones a su cargo bajo el negocio jurídico. El acto acusado tuvo por incumplidas las obligaciones contenidas en las cláusulas 4, 8 (I.1.I.2, J, L, L1, M1, O3, P, R y T), 13, 14 y 15 del contrato de obra, las cuales, estaban relacionadas con los hechos que sustentaron el acto demandado como se referencia a continuación:

1. No cumplió con el programa de inversión del anticipo aprobado (cláusula 4⁵²), evidenciado en los soportes de su utilización en la obra.
2. No cumplió con el avance de las actividades programadas en el cronograma de obra (cláusula 15⁵³), pues frente a un avance programado del 76.39%, solo llevaba un 7% ejecutado.
3. El Contratista no ha registrado los hechos y sucesos relacionados con el desarrollo de la obra en la bitácora (cláusula 8⁵⁴, 14⁵⁵), tal como se consignó en los informes de interventoría 1 y 2 correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2016, y en el informe 7 correspondiente al mes de marzo de 2017.
4. No ha empleado el personal idóneo y calificado para la ejecución de la obra (cláusula 8⁵⁶), conllevando al incumplimiento de las especificaciones técnicas.
5. El Contratista no ha ejecutado las obras de conformidad a las condiciones técnicas estipuladas en el contrato (cláusula 8⁵⁷ y 15), evidenciado en obras desalineadas, desplomadas, con malos acabados y aceros por fuera del concreto.

⁵² FORMA DE PAGO. El DEPARTAMENTO cancelará el valor del contrato que resulte del presente proceso de selección así: A) ANTICIPO: El DEPARTAMENTO concederá al Contratista un anticipo equivalente a un cuarenta por ciento (40%) del valor total del contrato. EL CONTRATISTA, deberá presentar el programa de inversión del anticipo para la correspondiente aprobación del interventor, dejando constancia expresa de que los recursos son del Departamento para todos los efectos legales; entregados en calidad de anticipo consecuencia los rendimientos financieros que lo mismos generen pertenecientes a la entidad Departamental. (...)"

⁵³ CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: OBLIGACIONES y ESPECIFICACIONES DEL PRODUCTO A TENER: El Contratista se obliga a realizar la "REHABILITACIÓN DE LA VÍA NEIVA - TELLO - BARAYA EN UNA LONGITUD L= 5,7: KM Y REHABILITACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LA VÍA PALERMO - NEIVA EN UNA L=2,9 KM: EN EL DEPARTAMENTO DEL HUILA", con las siguientes especificaciones (...)

⁵⁴ J) El día en que se inicien los trabajos el contratista deberá abrir un libro en el cual se anotarán diariamente los hechos y sucesos relacionados con el Oelmollo de' la obra, así como las observaciones o sugerencias que haga el Supervisor o el Interventor: en él se dejará constancia de todos los pormenores que puedan suceder en el frente de trabajo, tales como: estado del tiempo, personal laborando, estado y relación del equipo, avance de la obra, avance de las medidas de manejo ambiental, acciones sociales, suministro de materiales. accidentes de trabajo, etc. Cada anotación diaria deberá llevar la fecha y la firma de los ingenieros residentes del Contratista y del Supervisor o Interventor. El responsable de mantener al día tal diario será el Residente de Obra y deberá ser revisado y aprobado por el Supervisor o Interventor.

⁵⁵ Es obligación del contratista llevar al día la bitácora de la obra, de igual manera el Contratista deberá entregarla como requisito para la liquidación del contrato, para que conste dentro del archivo del Departamento,

⁵⁶ L) El Contratista deberá emplear personal idóneo y calificado de manera que la obra se realice en forma técnica y eficiente. Dicho personal deberá ser fácilmente identificable por la supervisión o interventoría cuando ésta requiera de alguna acción especial del personal a su mando, la cual será de su acatamiento.

M.1) El Contratista se obliga a mantener el orden y emplear personal idóneo con el fin de que las obras se ejecuten en forma técnica y eficiente y se terminen dentro del plazo acordado.

⁵⁷ P. Ejecutar las obras de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones y en la propuesta presentada; el Contratista asumirá la total responsabilidad por el empleo de los métodos constructivos, los cuales estarán encaminados a obtener mejores resultados en la obra; sin embargo La Gobernación tendrá en cualquier momento el derecho de ordenar cambios en los métodos con miras a la seguridad y al avance de la obra o a su coordinación con las obras de otros Contratistas o para obligar al contratista a ajustarse al Contrato.

6. El contratista cambió la localización del proyecto (cláusula 8⁵⁸), al intervenir el tramo Fortalecillas - Tello (K9+700 al K1+090), sin que ello fuera aprobado.
 7. No informar sobre situaciones que afecten la normal ejecución del contrato de obra, y el cumplimiento de los compromisos previstos (cláusula 8⁵⁹), por cuanto nunca presentó informes ante los atrasos en la programación, ni suministró oportunamente la información para el Sistema de monitoreo, seguimiento, control y evaluación GESPROY.
 8. No ha presentado resultados por *Autocontrol* de los ensayos de campo, estudios de suelo, de laboratorio y de control de materiales (cláusula 15⁶⁰), en tanto no soportó la calidad de los concretos para estructuras y drenajes.
 9. No ha cumplido con el pago al Sistema de Seguridad Social Integral de los profesionales, así como lo propio al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF y las Cajas de Compensación Familiar (cláusula 8⁶¹, 13⁶²), soportado en planillas de acreditación aportadas por el contratista con pagos extemporáneos y en los informes de interventoría de los meses septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2016, y enero, febrero y marzo de 2017.
 10. Realizó obras extras sin ser previamente acordadas y aprobadas por el Departamento (cláusula 8⁶³), por cuanto modificó las cantidades e incluyó nuevos ítems sin la aprobación correspondiente.
 11. No ha cumplido con las órdenes escritas impartidas por el Departamento por intermedio de la interventoría o supervisión (cláusula 8⁶⁴), al no haber respetado los compromisos pactados en el Acta de Reunión 8 del 18 de abril de 2017.
39. Sobre la acreditación de los incumplimientos antes indicados, el consorcio demandante afirmó que “no todos” fueron probados y únicamente se excusó respecto de los enlistados en los numerales 1, 2, 5, 7 y 10, por lo que al no haber

⁵⁸ O.3) El contratista deberá tener en cuenta que los trabajos objeto de este contrato se realizarán evitando al máximo traumatismos o incomodidades al vecindario donde se ejecutará la obra, para lo cual se elaborará un acta de inventario o vecindad.

conjuntamente con el supervisor o interventor del proyecto y los vecinos afectados

⁵⁹ R) Presentar informes puntuales a la Secretaría, independientemente de los informes de avance, cuando se presenten situaciones que puedan afectar la normal ejecución del contrato y el cumplimiento de los compromisos previstos.

⁶⁰ 8. Efectuar autocontrol mediante ensayos de campo. estudios de suelos, de laboratorio y control de materiales, en los casos en que se requiera de acuerdo con las normas y especificaciones de construcción que rigen el contrato.

⁶¹ El personal que participe en la ejecución de la obra será contratado directamente por el Contratista, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes en Colombia, y la Gobernación no adquiere con él ninguna responsabilidad de vinculación laboral, administrativa, ni de otra índole.

T) Realizar todos los pagos de honorarios. salarios. seguridad social, parafiscales e indemnizaciones que le correspondan de acuerdo con el personal que llegare a emplear en la ejecución del convenio, en las cuantías establecidas por la ley y oportunamente. Bajo ninguna circunstancia el personal o los contratistas que presten sus servicios para el contratista tienen vinculación alguna con la Gobernación del Huila o con cualquiera de sus dependencias., Cualquier reclamación que por cualquier motivo surja contra el contratista, será exclusivamente contra este: en consecuencia, la Gobernación no será llamado a responder por ninguna de las obligaciones adquiridas por el Contratista.

⁶² EL CONTRATISTA, se compromete a cumplir con todas las leyes laborales vigentes, pago de los aportes de sus empleados a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las cajas de Compensación familiar, instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje que correspondan según el caso siendo de su cuenta exclusiva el pago de todos los salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones del personal que emplee en la ejecución de la obra objeto de este contrato, ya que perfectamente independiente del DEPARTAMENTO y éste no asume responsabilidad ni solidaridad alguna.

⁶³ i.1) Las obras extras y adicionales deberán ser previamente acordadas entre el interventor o supervisor y el contratista lo cual se hará constar en actas que suscriban las partes, el valor o los precios unitarios para estas obras deberán ser acordados por ambas partes y aprobadas por la Gobernación.

⁶⁴ i.2) El contratista deberá cumplir inmediatamente cualquier orden que dicte por escrito el interventor o supervisor, si el contratista considera que algunos de los trabajos que se exigen están fuera de los estipulados en el contrato o si considera injusta una orden o decisión podrá objetar por escrito con copia durante los primeros diez días calendario.

refutado los referidos en los numerales 3, 4, 6, 8, 9 y 11, el Tribunal determinó que éstos fueron aceptados por la parte actora, aspecto que no fue objeto de reproche en el recurso de apelación. Por su parte, los incumplimientos numerados como 2 y 7, correspondientes al cronograma de obra y el deber de informar sobre las situaciones que afectarían la normal ejecución del contrato, fueron descartados por la entidad en el procedimiento administrativo al no hallarlos acreditados, por lo que no existe controversia respecto de éstos al no hacer parte de los incumplimientos que motivaron la imposición de la multa.

40. En lo referente a los incumplimientos listados como 1, 5 y 10, correspondientes al incumplimiento del programa de inversión del anticipo, la verificación de obras que incumplían las especificaciones técnicas y la ejecución de obras extras sin previa aprobación, está acreditado lo siguiente:

(i) *La inversión del anticipo*

(a) Según se informó por la supervisión del contrato, la interventoría y el contratista, sin anuencia ni conocimiento de la entidad contratante, realizaron cambios al programa de inversión del anticipo en el sentido de incluir un ítem de construcción a todo costo de obras de arte por valor de \$1.199.100.000; esta circunstancia fue controvertida por el consorcio, quien aceptó la modificación antes indicada, pero indicó que ésta no requería aprobación del supervisor del contrato, sino exclusivamente del interventor.

(b) En la cláusula cuarta del contrato, las partes acordaron que los recursos del anticipo solo podrán ser utilizados para los gastos propios del contrato, por lo cual el interventor tenía la obligación de controlarlos, asimismo, se asignó la obligación al contratista de presentar un programa de inversión del anticipo para la correspondiente aprobación por parte de la supervisión, que conforme a la cláusula vigésima segunda, se ejercía por la Secretaría de Vías e Infraestructura del departamento. En este sentido, la cláusula cuarta es diáfana al indicar que “*EL CONTRATISTA, deberá presentar el programa de inversión del anticipo para la correspondiente aprobación del Supervisor*”, razón por la que el programa de inversión inicial efectivamente fue aprobado por este último.

(c) Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre con el pago anticipado, cuyos valores se trasladan al patrimonio del contratista, los dineros entregados a título de anticipo continúan vinculados al patrimonio de la entidad contratante -o de un patrimonio autónomo según el caso- hasta el momento en el que los mismos son amortizados en calidad de pago por la ejecución del contrato, por lo que se equipara a una especie de préstamo o financiación otorgado por la entidad contratante al

contratista⁶⁵. Sin perjuicio de lo anterior, esta Corporación⁶⁶ ha explicado que el principal fundamento de la naturaleza pública atribuida al anticipo no es tanto la característica antes anotada, sino el hecho de que su entrega tiene una destinación específica que representa una actividad de interés público, y de la cual surge la obligación del contratista de utilizarlos única y exclusivamente para estos efectos o, en su defecto, de restituirlos a la entidad que aportó los recursos.

(d) En consecuencia, la afirmación de la parte actora consistente en que el programa de inversión del anticipo aprobado por el supervisor como representante de la entidad contratante, y por ende, la destinación específica de esos recursos públicos, podía posteriormente modificarse a conveniencia por el contratista con la sola aquiescencia de la interventoría, resulta no solo contraria a lo establecido expresamente en el contrato bajo la cláusula cuarta y al sentido que en la práctica el consorcio dio a esa estipulación del contrato, sino también a la naturaleza misma del anticipo y su objetivo funcional.

(e) Como la parte actora reconoció que modificó el programa de inversión del anticipo incorporando ítems por valor de \$1.199.100.000 sin aprobación de la contratante por intermedio de la supervisión, contraviniendo lo establecido en la cláusula cuarta del contrato, está acreditado el incumplimiento aducido por la entidad demandada como sustento del acto acusado.

(ii) *Las obras técnicamente deficientes*

(a) Según se expuso y soportó fotográficamente en el informe de supervisión, este incumplimiento tuvo fundamento en la presencia de diversas deficiencias en algunas de las obras ejecutadas, particularmente se advirtió respecto del sector “Fortalecillas-Tello-Baraya”, que: las alcantarillas ubicadas en las abscisas K14+726 y K14+954, presentaban una tubería de 36 pulgadas con poca pendiente de evacuación, provocando la retención de sólidos dentro de la tubería, además de que contaban con desalineamiento vertical y horizontal; en algunas alcantarillas de la abscisa K29+129 se dejó un árbol dentro del descole; en la alcantarilla ubicada en el K43+439 no se hizo la adecuación del descole; en la alcantarilla de la abscisa k34+672, el encole estaba colmatado de sedimentos, debido a que las aguas no tienen por donde evacuar, y el cabezote derecho estaba invadiendo la vía. Por su parte, en el sector “Chontaduro”, los canales colectores se observaban desalineados, desplomados, con malos acabados y aceros por fuera del concreto.

(b) El argumento que presentó el consorcio, consistió en que estas fallas fueron subsanadas y que ello fue reconocido por la entidad demandada. No obstante, las

⁶⁵ La distinción entre el anticipo y el pago anticipado ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, en los siguientes términos: “No cabe entonces la menor duda de que los dineros entregados al contratista a título de anticipo en las condiciones descritas por la jurisprudencia son dineros públicos porque no se entregan como pago anticipado, lo cual haría propietario al contratista, y están destinados por la ley y el contrato a la financiación de su ejecución (...)”. Sala Plena Contenciosa. Sentencia del 8 de agosto de 2001 (AC-10966 y AC-11.274).

⁶⁶ Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de marzo de 2017. Exp. 11001-03-06-000-2016-00102-00 (2298). C.P. Edgar González López.

pruebas dan cuenta que aunque la entidad aceptó en el trámite del procedimiento administrativo que se superó la falencia técnica ocurrida del sector “Chontaduro”, para ese momento pervivían las evidenciadas en el sector “Fortalecillas-Tello-Baraya”, lo cual se encuentra detallado, analizado y documentado, tanto en el informe y registro fotográfico elaborado por el personal de apoyo a la supervisión adscrito a la secretaria de Vías e infraestructura del Departamento del Huila⁶⁷, como en el informe presentado por el DNP el 21 de abril de 2017⁶⁸, este último, también ilustrativo de la problemática en la ejecución del contrato, incluyendo el sector Chontaduro, cuyas falencias solo fueron corregidas hasta junio de 2018⁶⁹.

(c) Así las cosas, es evidente que el demandante tampoco logró desvirtuar el incumplimiento de esta obligación, pues ante la evidencia de sendos informes técnicos y registros fotográficos de obras ejecutadas el sector Fortalecillas-Tello-Baraya con graves falencias para el momento de la actuación administrativa, y por ende, sin el cumplimiento de las especificaciones técnicas, el demandante no allegó en ese momento, ni en el proceso judicial, argumentos discutiendo su existencia y dimensión, como tampoco pruebas encaminadas a acreditar su subsanación.

(iii) *Obras adicionales ejecutadas sin autorización*

(a) Este incumplimiento está sustentado en que el demandante ejecutó obras no contratadas sin ser previamente aprobadas por el departamento a través del supervisor, así como por el Órgano Colegiado de Administración y Decisión (OCAD), al tratarse de un negocio jurídico financiado con recursos del Sistema General de Regalías, trasgrediendo lo acordado en el contrato y lo dispuesto en el Acuerdo 037 de 2016. Se advirtió que en el tramo Fortalecillas-Tello (K9+700 al K11+090) el contratista aplicó un estabilizante con electroquímico (TERRA-3000), mientras que en una parte del tramo Neiva — Fortalecillas (K6+000 al K6+613), aplicó un suelo-cemento que tampoco estaba contemplado contractualmente, circunstancia que está soportada en los informes semanales de actividades de obra contenidos en el anexo 5 del informe de elaborado por la supervisión⁷⁰.

(b) Frente a lo anterior, el contratista señaló que en los comités técnicos 3 y 4 el Secretario de Vías e Infraestructura autorizó la inclusión del producto TERRA-3000 en el tramo de la vía Neiva-Tello-Baraya, no obstante, la prueba documental desacredita ese argumento. En el acta de comité 3 del 28 de noviembre de 2016, consta lo siguiente⁷¹:

“(...) Por lo anterior la interventoría solicita al supervisor la aprobación de los nuevos ítems y la autorización para el uso del sistema TERRA-3000, para los tramos de la vía Fortalecillas Tello (...) además de estos sectores la interventoría afirma que este mismo proceso constructivo se puede realizar en los tramos Tello-Baraya y Palermo – Neiva.

⁶⁷ Archivo pdf “PROCESO SANCIONATORIO 004”, págs. 23-27.

⁶⁸ Archivo pdf “PROCESO SANCIONATORIO 004”, págs. 219-246.

⁶⁹ Cuaderno 3, folios 538-550.

⁷⁰ Archivo pdf “PROCESO SANCIONATORIO 004”, pp. 30-92.

⁷¹ Folio 127, cuaderno 1.

Teniendo en cuenta la solicitud de la interventoría, esta secretaría solicita para poder viabilidad a la solicitud que se realicen los ensayos de laboratorios (...) que garanticen la estabilización de la base en todos los sectores a intervenir con TERRA-3000 SISTEM.

La interventoría informa al Supervisor que el contratista de obra va a realizar un tramo de prueba utilizando el producto TERRA-3000 SISTEM en el tramo de vía Neiva-Tello-Baraya a mediados del mes de Diciembre de 2016”

(c) Por su parte, en el acta de comité 4 del 17 de enero de 2017⁷², se solicitó a la interventoría la entrega del acta de justificación de mayores y menores cantidades de obra y creación de nuevos ítems para las obras adicionales del proyecto y poder informar a la OCAD, la cual debía ser entregada a más tardar el día 30 de ese mismo mes y año, pero sin que se hubiese cumplido con ese compromiso, como da cuenta el informe del 21 de abril de 2017 emitido por el DNP⁷³, en donde evidenció *“mayores cantidades de obra según lo aprobado y contratado, sin que se evidencia aprobación de dicha información por la entidad ejecutora”*.

(d) Por tanto y contrario a lo afirmado por el actor, aunque en su calidad de contratista solicitó y la entidad evaluaba la aprobación y adición de nuevos ítems al contrato, incluyendo el producto TERRA-3000 SISTEM, dicha aprobación no se dio en los comités técnicos 3 y 4 por parte de la supervisión, como tampoco existe evidencia de que lo hubiese hecho con posterioridad. Además, aunque no se discute que el suelo-cemento ejecutado en el tramo Neiva — Fortalecillas (K6+000 al K6+613) no era un ítem contractual, tampoco existe prueba de su aprobación en los comités técnicos antes indicados o en otras pruebas documentales, evidenciando que como se estableció en el acto que impuso la multa al contratista éste ejecutó obras no aprobadas por la entidad, trasgrediendo la cláusula octava del contrato, la cual establecía que *“[l]as obras extras y adicionales deberán ser previamente acordadas entre el interventor o supervisor y el contratista lo cual se hará constar en actas que suscriban las partes, el valor o los precios unitarios para estas obras deberán ser acordados por ambas partes y aprobadas por la Gobernación”*.

La proporcionalidad de la multa impuesta

41. El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, al establecer que las multas tienen por objeto *“conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones”* e indicar que estas sólo proceden en la medida que *“se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista”*, positivizó la construcción conceptual efectuada por la jurisprudencia del Consejo de Estado conforme a la cual, las multas tienen una finalidad de coerción, coacción o constreñimiento para presionar o apremiar al contratista a dar cumplimiento al contrato cuando se verifique que ha desconocido las prestaciones a su cargo o esté en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos.

⁷² Archivo pdf *“PROCESO SANCIONATORIO 004”*, págs. 556-559.

⁷³ Archivo pdf *“PROCESO SANCIONATORIO 004”*, pág. 240.

42. En esa línea, las multas tienen una doble connotación, la primera relacionada con su alcance preventivo (ex ante), pues con su inclusión se anticipa a las partes del negocio jurídico sobre las consecuencias de un eventual incumplimiento o desconocimiento de las condiciones pactadas a fin de que se respete el clausulado contractual, la segunda, como medida sancionatoria (ex post) con el fin de superar la infracción de las obligaciones pactadas en el negocio jurídico, al actuar como un medio para disuadir al contratista incumplido para que adecúe su conducta a lo convenido.

43. Frente a ese último punto, esta Corporación ha precisado que con la multa no se persigue obtener una suma o monto para contener o reparar un menoscabo patrimonial de la Administración contratante, sino que su fin es la protección del interés público que involucra la celebración del contrato estatal, buscando que el contratista ejecute en debida forma las labores que le fueron encomendadas al margen de que su satisfacción oportuna hubiese causado o no daño al ente contratante⁷⁴, de manera que su aplicación solo es procedente durante la vigencia del plazo contractual al no tener como propósito reparar los perjuicios sufridos por la entidad contratante ante el incumplimiento del contrato, sino garantizar su ejecución en los términos pactados.

44. Con fundamento en lo anterior, la imposición de multas se justifica en los eventos en los que una de las partes incurre en incumplimiento total o parcial de las obligaciones contraídas, esto, en virtud de la previsión anticipada y libre de quienes son parte del negocio jurídico sobre los efectos que pueden derivarse de dicha inobservancia y que, por regla general, conlleva al pago de una suma preestablecida, sin que con esto el incumplido se libere de su obligación de satisfacer la prestación debida, pues lo que se busca precisamente es inducirlo a su acatamiento⁷⁵.

45. Por tanto, siendo claro que las multas no tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, para su aplicación no se exige la demostración del mismo ni de los consecuentes perjuicios causados a quien invoca su aplicación, denotando la improcedencia del reproche de la parte actora, en el sentido de afirmar la desproporcionalidad de la multa con fundamento en que su tasación no fue realizada en función de una tasación objetiva de los perjuicios ocasionados por cuenta de los incumplimientos que la suscitaron.

46. De otra parte, tanto el acto acusado como los demás elementos de convicción allegados al proceso dan cuenta que la tasación de la multa se realizó conforme a lo pactado en el contrato, respetando los valores y límites convenidos, sin que la parte actora, pese a afirmar una desproporcionalidad de la misma, hubiese allegado argumentos o pruebas para arribar a una conclusión diferente.

47. En la cláusula vigésima cuarta del contrato se acordó expresamente que, en caso de incumplimiento total o parcial de cualquiera de las obligaciones a cargo del

⁷⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1 de febrero de 2018, expediente 52549, C.P: Marta Nubia Velásquez Rico.

⁷⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2020, expediente 64154, C.P: Marta Nubia Velásquez Rico.

contratista, la entidad demandada estaba facultada para aplicar multas diarias equivalentes al uno por mil (1X1000) del valor del total contrato, hasta por una suma máxima equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del negocio jurídico. En esa medida, como el valor de la multa diaria correspondía al 0,1% del importe total del contrato, el contratista podía ser sancionado por el valor máximo estipulado en caso de que incurriera en situación de incumplimiento por más de 100 días.

48. Respecto de los hechos que motivaron la imposición de la multa, la entidad contratante evidenció que desde el primer mes de ejecución (septiembre de 2016) y hasta la fecha en que se profirió la resolución demandada (septiembre de 2017), esto es, transcurridos doce (12) meses, el contratista permanecía incumplido frente a sus obligaciones contractuales, lo cual es coherente con lo informado por el DNP en su informe del 21 de abril de 2017, en el sentido de que para el 28 de febrero de 2017, transcurridos cinco (5) meses desde el inicio del contrato y frente a una programación de ejecución del 82,47% de las obras contratadas, el demandante solo llevaba un avance del 10,49%.

49. Además y como se ha expuesto, la parte actora reconoció no haber presentado los ensayos de la calidad de los concretos para estructuras y drenajes, como tampoco los soportes del pago de los aportes a seguridad social de la mayoría del personal ofertado en la propuesta, circunstancia que fue inicialmente evidenciada por la interventoría en octubre de 2016, es decir, transcurrido el primer mes de ejecución, aspecto reiterado en septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2016, y enero, febrero y marzo de 2017, sin que siete (7) meses después y cuando se impuso la sanción (septiembre de ese año), tal omisión se hubiese subsanado.

50. Igualmente, las falencias técnicas de las obras ejecutadas en el sector “Fortalecillas-Tello-Baraya” tampoco se habían atendido y corregido por la parte actora para el momento en que fue impuesta la multa, pese a que éstas se advirtieron y persistían desde al menos cinco (5) meses antes conforme al informe del 21 de abril de 2017 del DNP.

51. Por tanto, dado que la mora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones superaba ampliamente los 100 días, y, por ende, como la sumatoria del monto diario causado excedía el 10% del valor total del contrato, la entidad limitó la cuantía de la multa impuesta al monto máximo establecido contractualmente. En esa medida, demostrados los incumplimientos parciales del contratista, sin que se haya determinado un incumplimiento definitivo del objeto contractual y respetado el límite de la multa en los términos acordados en el negocio jurídico, no se avizora una vulneración del principio de proporcionalidad, sin que en el caso concreto ello devenga del simple hecho de haberse aplicado en su monto máximo, toda vez que tal circunstancia estuvo sustentada en la prolongada mora en que incurrió el contratista, así como en la consecuente aplicación de los valores, porcentajes y tasación que se definieron y aceptaron por el contratista bajo el negocio jurídico.

52. Pese a que el fallo de primera instancia arribó a esta misma conclusión, la parte actora no allegó motivos para cuestionar tal disertación, sino que se limitó a

reiterar su desacuerdo con el monto de la sanción impuesta sin allegar razones y elementos de juicio para establecer que debía ser uno diferente, de manera que la Sala no encuentra elementos para variar lo decidido por el *a quo*.

Sobre la liquidación del contrato

53. Finalmente, respecto de la afirmación según la cual el contrato fue liquidado bilateralmente acreditando que se cumplió en su totalidad con el objeto contractual, se advierte que en el proceso no obra el acta de liquidación mencionada como prueba decretada y, en todo caso, el solo cumplimiento del objeto contratado no desvirtúa la legalidad de la multa impuesta, por cuanto no son realidades incompatibles; atendiendo a su naturaleza conminatoria tendiente a que el contratista observe las prestaciones a su cargo, la multa impuesta constituye una carga adicional e independiente a las obligaciones contractuales, de manera que su imposición no exime al contratista del cumplimiento del objeto contratado. La multa impuesta tenía por finalidad, precisamente, que el ahora demandante ejecutara el contrato en los términos convenidos, por lo que la afirmación del demandante solo indicaría que la sanción impuesta cumplió con su finalidad.

54. Por las razones expuestas, ante la improcedencia de los cargos de apelación, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

Costas

55. Habida cuenta de que para este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, en la presente providencia se impondrá la condena en costas a cargo de la parte vencida, es decir, a la parte demandante.

56. La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso. En relación con las agencias en derecho, éstas se rigen por el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, vigente para la fecha en que se presentó la demanda⁷⁶, el cual dispone que, en las sentencias dictadas en procesos declarativos en segunda instancia, como sucede en el caso concreto, se fijarán entre 1 a 6 SMLMV.

57. Con fundamento en lo anterior, el consorcio demandante será condenado al pago de agencias en derecho en atención a las reglas vigentes en la materia, por lo que en los términos del artículo 2 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016⁷⁷, se fijan como agencias en derecho a cargo de la parte recurrente, la suma equivalente a un

⁷⁶ Aplicable para el 23 de marzo de 2018, por cuanto entró en vigor el 5 de agosto de 2016.

⁷⁷ "Artículo 2. Criterios. Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites." "Artículo 5. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. Procesos declarativos en general. (...) En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V."

(1) salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV) a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, a favor de entidad demandada, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración de su gestión en segunda instancia.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 16 de mayo de 2023, proferida por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y recurrente; **FIJAR** como agencias en derecho a su cargo y en favor del Departamento del Huila, la suma equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (SMLMV) a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal a quo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 366 del Código General del Proceso.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ
(aclaración de voto)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

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

