



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

Bogotá DC, veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 15001-23-33-000-2019-00076-01 (67.430)
Demandante: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS
Demandado: CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL Y OTRO
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - APELACIÓN DE SENTENCIA
Asunto: INCUMPLIMIENTO POR NO HACER EL CIERRE AMBIENTAL DEL CONTRATO

Síntesis del caso: las partes celebraron un contrato de obra, una vez culminado el plazo de ejecución el contratista no presentó todos los documentos requeridos para adelantar el cierre ambiental. La entidad contratante pretende la declaratoria de incumplimiento y que se haga efectiva la cláusula penal pecuniaria con cargo a la póliza que ampara el contrato.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia del 11 de marzo de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá (índice 34 SAMAI) mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR no prósperas las excepciones formuladas por el **CONSORCIO DE INFRAESTRUCTURA VIAL** denominadas ‘inexistencia de incumplimiento del contratista’, ‘cumplimiento de fondo del contratista de sus obligaciones relacionadas con el cierre ambiental del contrato no. 1267 de 2015’ y ‘hecho exclusivo de un tercero’, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR no prósperas las excepciones formuladas por **LIBERTY SEGUROS SA** denominadas ‘prescripción del contrato de seguro’, ‘terminación del contrato de seguro por agravación del estado del riesgo sin previo aviso de notificación a LIBERTY SEGUROS SA’, ‘inexistencia de la obligación de pago de LIBERTY SEGUROS SA en la cobertura de la póliza no. 5557740 por no encontrarse el determinado el daño y el nexo causal’, ‘inexistencia de obligación de pago LIBERTY SEGUROS SA, porque el contrato de seguro no puede ser una fuente de enriquecimiento’, ‘reducción de la indemnización y exclusión’; y ‘nulidad absoluta del contrato de obra 025 (sic) de 2010 por inexistencia de aplicación del principio de planeación’, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NEGAR la declaratoria de existencia del contrato de obra no. 1267 de 2015 entre el INVÍAS y el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL, teniendo en cuenta la suscripción de la solemnidad del escrito que

Expediente: 15001-23-33-000-2019-00076-01 (67.430)

Actor: Instituto Nacional de Vías

Controversias contractuales

Apelación de sentencia

configura la relación jurídico-contractual de carácter estatal, que la constituye en el requisito ad substantiam actus.

CUARTO: DECLARAR el incumplimiento del contrato no. 1267 de 2015 por parte del **CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL**, por las razones expuestas en esta providencia.

QUINTO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** al **CONSORCIO INFRAESTRUCTURAL VIAL**, a reconocer y pagar al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS)**, las siguientes sumas de dinero que en el marco del contrato de seguro contenido en la **póliza de cumplimiento no. 2557740** deberá asumir en su totalidad la **Compañía Aseguradora Liberty SA**, calculadas hasta la fecha de la presente sentencia:

Cuatrocientos cuarenta millones quinientos cincuenta y cinco mil setecientos sesenta y seis pesos (\$440.555.766) por concepto de cláusula penal pecuniaria, esto es, el 10% del valor del contrato de obra no. 1267 de 2015.

La suma de veintiséis millones treinta y seis mil ochocientos cuarenta y seis pesos (\$26.036.846), por concepto de indexación, sobre el valor de la cláusula penal.

La suma de ciento veintidós millones doscientos doce mil quinientos sesenta y cinco pesos (\$122.212.565), por concepto de intereses derivados del incumplimiento del contrato al tenor del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a cada uno de los demandados y a favor de la parte demandante, esto es **CONSORCIO INFRAESTRUCTURAL VIAL** y **Compañía Aseguradora Liberty SA**, en razón a que, la demanda presentada tuvo fundamento legal y probatorio que conllevó acceder parcialmente a lo pretendido, vencer procesalmente al contratista demandado y declarar no prosperas ninguna de las excepciones formuladas, de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, artículo 188 del CPACA y los numerales 1º y 8º del artículo 365 del CGP. Por Secretaría procédase a la liquidación correspondiente, incluyendo las agencias en derecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 366 ídem.

OCTAVO: En firme la presente sentencia y liquidadas las costas, **ARCHÍVESE** el expediente dejando las constancias de rigor." (índice 34 SAMAI - negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito radicado el 28 de agosto de 2018 (fl. 234 cdno. ppal.), el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS) presentó demanda (fls. 2 a 20 cdno. ppal.) en contra del

consorcio Infraestructura Vial –integrado por INCOPAV SA e ICOL Infraestructura SAS– y Liberty Seguros SA con las siguientes súplicas:

“PRIMERA. Que se declare que entre el Instituto Nacional de Vías y el consorcio Infraestructura Vial, NIT 900.872.861-0 (integrado por INCOPAV SA, NIT 830.063.087-1 con participación del 50% e ICOL Infraestructura SAS, NIT 900.350.084-4), existió, el contrato no. 1267 de 2015, cuyo objeto fue ‘mejoramiento y mantenimiento carretera Belén - Socha - Sacama - La Cabuya, ruta 64, sector 6404, Departamento de Boyacá’.

SEGUNDA. Que se declare que la parte demandada consorcio Infraestructura Vial, NIT 900.872.861-0 (integrado por INCOPAV SA, NIT 830.063.087-1 con participación del 50% e ICOL Infraestructura SAS, NIT 900.350.084-4) incumplió el contrato no. 1267 de 2015, cuyo objeto fue ‘mejoramiento y mantenimiento carretera Belén - Socha - Sacama - La Cabuya, ruta 64, sector 6404, Departamento de Boyacá’ al no haber realizado los procesos tendientes a dar observancia a lo estipulado en la licitación pública LLP-DO-SRN-007-2015 en lo referente a la obligación del contratista de dar cabal cumplimiento al cierre ambiental y liquidación del contrato en mención.

TERCERA. Que como consecuencia de la anterior declaración, se reconozca y ordene el pago por parte de consorcio Infraestructura Vial, NIT 900.872.861-0 (integrado por INCOPAV SA, NIT 830.063.087-1 con participación del 50% e ICOL Infraestructura SAS, NIT 900.350.084-) y/o Liberty Seguros SA a favor de Instituto Nacional de Vías (INVÍAS), la suma de \$440.555.767 por concepto de aplicación de la cláusula penal pecuniaria (10% del valor del contrato) o la suma que se llegare a demostrar dentro del proceso.

CUARTA. Que se ordene la liquidación judicial del contrato de obra número 1267 de 2015, cuyo objeto fue ‘mejoramiento y mantenimiento carretera Belén - Socha - Sacama - La Cabuya, ruta 64, sector 6404, Departamento de Boyacá’, teniendo en cuenta la cláusula penal pedida en el numeral anterior.

QUINTA. Que igualmente y como consecuencia de la declaración enunciada, se ordene que las sumas de dinero que resulten a favor del Instituto Nacional de Vías (INVÍAS), deben ser reconocidas y canceladas con los intereses legales e indexadas en los términos señalados en el art 192 ss del CPACA.

SEXTA. Que se condene a la parte demanda en costas y agencia en derecho a que hubiere lugar.” (fl. 4 cdno. ppal. - negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

2. Hechos

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

1) El 26 de agosto de 2014, INVÍAS y el consorcio Infraestructura Vial suscribieron un contrato de obra identificado con el número 1267 de 2015 por \$4.405.557.678 para el “*mejoramiento y mantenimiento [de la] carretera Belén - Socha - Sacama - La Cabuya, ruta 64, sector 6404, Departamento de Boyacá*” (fl. 5 cdno. ppal.) en un plazo de seis (6) meses, cuyo cumplimiento estaba amparado por la póliza número 2557740 expedida por Liberty Seguros SA.

2) El 29 de febrero de 2016 terminó el plazo de ejecución, por lo tanto, el contratista debía presentar el informe final de cierre ambiental a la interventoría, a más tardar, siete (7) días después de esa fecha pero, como nunca lo hizo incumplió el contrato, lo cual permite hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

3) El contratista no pudo hacer el cierre ambiental por la utilización de la quebrada Ruchical sin la respectiva concesión de aguas lo cual motivó un procedimiento sancionatorio por parte de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá (Corpoboyacá).

3. Contestaciones de la demanda

1) El consorcio Infraestructura Vial (fls. 325 a 389 cdno. ppal.) propuso las excepciones de **i)** “*inexistencia de incumplimiento del contratista*”, **ii)** “*cumplimiento de fondo del contratista de sus obligaciones relacionadas con el cierre ambiental del contrato no. 1267 de 2015*” y, **iii)** “*hecho exclusivo de un tercero*”, en tanto el contratista entregó todos los documentos requeridos para el cierre ambiental pero, la interventoría no los autorizó.

2) Por su parte, la compañía Liberty Seguros SA (fls. 278 a 298 cdno. ppal.) formuló las excepciones de **i)** “*prescripción del contrato de seguro*”, porque el INVÍAS conoció del siniestro con el oficio de la interventoría del 22 de marzo de 2016 y no reclamó dentro de los dos (2) años siguientes; **ii)** “*nulidad absoluta del contrato de obra 025 (sic) de 2010 por inexistencia de aplicación del principio de planeación*”, debido a que el INVÍAS no previó la necesidad de emplear el agua de la quebrada Ruchical; **iii)** “*terminación del contrato de seguro por agravación del estado del riesgo sin previo aviso de notificación a Liberty Seguros SA*”, toda vez que la entidad contratante conoció que el incumplimiento se volvió permanente lo cual agravó el riesgo asegurado pero, la aseguradora no fue enterada de esa circunstancia; **iv)**

“inexistencia de obligación de pago de Liberty Seguros SA en la cobertura de la póliza no. 5557740 por no encontrarse determinado el daño y el nexo causal”; **v)** “inexistencia de obligación de pago de Liberty Seguros SA porque el contrato de seguro no puede ser una fuente de enriquecimiento”, en efecto, la falta de cierre ambiental no afectó el cumplimiento del objeto, las obras fueron recibidas a entera satisfacción por el INVÍAS, en consecuencia, no se produjo ningún daño cuya reparación esté a cargo de la póliza; **vi)** “reducción de la indemnización”, pues, si llegare a ser condenada la aseguradora debe aplicarse la compensación de todas las sumas que el contratista haya pagado a la entidad y, **vii)** “exclusión”, porque el contratista quedó en imposibilidad de hacer el cierre ambiental por la intervención de un tercero –Corpoboyacá–.

4. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Boyacá accedió a las pretensiones de la demanda, pero, no liquidó el contrato, la decisión se sustentó en el siguiente razonamiento:

1) El consorcio demandado incumplió el contrato, porque no hizo el cierre ambiental, lo cual resulta suficiente para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pues, al tenor de lo acordado solo se requería un incumplimiento sin importar que este fuera parcial o total.

2) No operó la prescripción debido a que la entidad conoció del incumplimiento con el oficio de la interventoría del 22 de marzo de 2016 y demandó el 28 de agosto de 2018, esto es, dentro de los cinco (5) años siguientes, antes de que operara la prescripción extraordinaria.

3) En el expediente no hay pruebas claras e indicativas del estado real en el que culminó la ejecución del contrato, en consecuencia, no es posible liquidarlo judicialmente.

5. Recursos de apelación

1) El consorcio Infraestructura Vial (índice 2 SAMAI) manifestó su inconformidad con los siguientes argumentos:

a) La sentencia es incongruente, la ausencia de concesión de aguas no se planteó como hecho constitutivo de incumplimiento

b) El contratista entregó toda la documentación e información necesarias pero, el interventor no ejecutó las labores a su cargo para poder hacer el cierre ambiental del contrato.

c) La cláusula penal pecuniaria debió graduarse según el cumplimiento proporcional de las obligaciones a cargo del contratista, principalmente, porque el objeto del contrato se ejecutó en su totalidad.

2) Por su parte, la compañía Liberty Seguros SA (índice 2 SAMAI) cuestionó la sentencia de primera instancia con base en estas otras razones:

a) Como la condena (\$588.805.179) excedió el valor asegurado (\$440.555.767) debe limitarse a la cobertura de la póliza por ella expedida.

b) El incumplimiento del contratista no produjo ningún daño que debiera repararse con cargo a la póliza, en consecuencia, se desconoció el artículo 1088 del Código de Comercio pues, se convirtió el seguro en una fuente de enriquecimiento.

c) No se consideró que la entidad contratante conocía el incumplimiento y que este se agravó cuando se volvió permanente pero, nunca le comunicó esa circunstancia a la aseguradora a pesar de que el artículo 1060 del Código de Comercio obligaba a hacerlo.

3) El Instituto Nacional de Vías (índice 4 SAMAI), en apelación adhesiva, aseguró que sí podía liquidarse el contrato con fundamento en el acta de entrega y recibo definitivo de la obra, así como los reportes de pago del Sistema Integrado de Información Financiera, de los cuales podía deducirse que el cruce de cuentas resultaba con saldo a favor del INVÍAS por el valor de la cláusula penal pecuniaria.

6. Actuación surtida en la segunda instancia

Por auto del 7 de diciembre de 2021 (índice 6 SAMAI) se admitieron los recursos de apelación, el agente del Ministerio Público guardó silencio y las partes no se pronunciaron sobre los recursos formulados en la oportunidad debida.

II. CONSIDERACIONES

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

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

La controversia planteada en término¹ consiste en determinar, conforme a la apelación de la parte demandada, si se debe revocar la decisión de primera instancia porque, a juicio de los impugnantes, el consorcio no incumplió el contrato o, se debe reducir el monto de la condena por ser excesiva, además, de conformidad con la apelación de la parte demandante se verificará la posibilidad de liquidar el contrato.

Se confirmará la sentencia de primera instancia, porque ninguna de las razones de apelación permiten concluir algo distinto a lo expuesto y decidido por el tribunal, con excepción del reconocimiento de intereses moratorios el cual solo procede a partir de esta providencia.

2. El caso concreto

2.1 La prueba del incumplimiento de las obligaciones del contratista demandado

1) La parte demandada asegura que no hubo incumplimiento contractual porque entregó toda la documentación necesaria pero, la interventoría no cumplió con sus cargas para poder hacer el cierre ambiental. Al respecto, es necesario precisar lo siguiente:

a) De conformidad con el numeral 26.9 del pliego de condiciones para el cierre ambiental es necesario contar los siguientes documentos:

¹ El plazo de ejecución culminó el 29 de febrero de 2016 (fl. 75 cdno. ppal.), por lo tanto, una vez transcurrido el término previsto para la liquidación bilateral y unilateral, el término de caducidad inició el 2 de septiembre de 2016 y la demanda se presentó el 28 de agosto de 2018 (fl. 234 cdno. ppal., es decir, al tiempo legal oportuno.

“Cierre ambiental de conformidad con lo previsto en el manual de interventoría vigente. Para este efecto debe diligenciarse el formato MSE-FR-25 y presentarse la certificación de la que trata el mismo formato, expedida por la autoridad ambiental competente, en la cual se indique que a la fecha de la mencionada certificación no se ha iniciado proceso administrativo alguno por incumplimiento de obligaciones ambientales.” (fl. 48 cdno. ppal. - se resalta).

b) Además, el componente ambiental del pliego estableció como requisitos el diligenciamiento del documento PAGA (Plan de Adaptación de la Guía Ambiental) y la presentación de las respectivas certificaciones de cumplimiento expedidas por la autoridad ambiental, en los siguientes términos:

“El contratista se obliga al cumplimiento de lo establecido en este pliego de condiciones y a la obtención de los permisos ambientales requeridos para el inicio de las actividades de obra. El contratista dispone del plazo establecido en el presente pliego de condiciones, para enviar a la firma interventora para su concepto, requerimientos y aprobación, lo siguiente: (...).

Presentar el Informe final de cierre ambiental a la firma interventora para su concepto y aprobación en medio físico, impreso a dos (2) caras y medio magnético, con los soportes requeridos para adelantar el procedimiento de cierre ambiental, a más tardar, a los siete (7) días calendario de finalización del contrato de obra.

Entregar el Formato MSE-FR-25, ‘Cierre Ambiental’, adjunto al informe final ambiental, debidamente diligenciado y firmado para su aprobación a la firma interventora.

El cierre ambiental del proyecto requiere que preliminarmente exista un documento PAGA aprobado y se hayan presentado los Informes ambientales a la interventoría de acuerdo a lo establecido y de manera oportuna. (...).

Es obligación del interventor realizar el control y seguimiento al cumplimiento del PAGA y de las obligaciones derivadas de la obtención de permisos; la ejecución de medidas de compensación, programas y obras debe ser simultánea a la ejecución de las obras del contrato. **El contratista se obliga a aportar las certificaciones de cumplimiento expedidas por las autoridades ambientales competentes, como soporte del formato de cierre ambiental. (...).**

El contratista es responsable de evitar que se configuren pasivos ambientales; en caso de identificarse pasivos por la no ejecución de algunos de los programas y/o medidas establecidas, el Interventor ordenará su ejecución como requisito para el recibo a satisfacción de la obra. **Para la liquidación del contrato deberá presentar el paz y salvo por el cierre de expedientes y cumplimiento de licencias, permisos y concesiones otorgados a su favor, por parte de las autoridades ambientales competentes. (...).**

En caso de incumplimiento de cualquiera de las medidas de manejo ambiental y social establecidas en el PAGA o la imposición de multas por la autoridad ambiental competente, el Interventor informará de manera

Expediente: 15001-23-33-000-2019-00076-01 (67.430)

Actor: Instituto Nacional de Vías

Controversias contractuales

Apelación de sentencia

inmediata a la entidad, y solicitará la aplicación de las sanciones correspondientes, de acuerdo con los procedimientos establecidos por INVIAS; el oportuno pago de la multa será de absoluta responsabilidad del contratista.” (fls. 53 vlto. a 54 vlto. cdno. ppal. - se resalta).

c) Según la cláusula novena del contrato, el contratista debía presentar adicionalmente la siguiente documentación en relación con el denominado cierre ambiental:

*“Liquidación. El presente contrato será objeto de liquidación de acuerdo con lo establecido en los artículos 217 del Decreto Ley 019 de 2012 y 11 de la Ley 1150 del 2007. El término para la liquidación del contrato será de seis (6) meses, término que incluye un plazo de cuatro (4) meses para la liquidación de común acuerdo y dos (2) meses adicionales para la liquidación unilateral, si es del caso, e iniciará a contabilizarse a partir del acta de recibo definitivo o final de la obra y suscripción del **acta de cierre ambiental debidamente diligenciado (formato no. 3 de la guía ambiental)**, que se suscribirá máximo dentro de los 10 días calendario siguientes al vencimiento del plazo de ejecución del contrato o de la terminación anticipada del mismo por las causas previstas en la Ley. **La suscripción del acta de cierre ambiental está sujeta al cumplimiento del contratista de las obligaciones impuestas en los permisos de extracción de materiales de construcción, y la presentación del certificado que acredita el cierre minero ante la autoridad minera competente**, toda vez que el permiso respectivo se otorga por un plazo y objeto contractual determinado. El incumplimiento de lo anterior daría aplicación por parte de la autoridad minera a lo preceptuado en el artículo 115 de la Ley 685 de 2001.” (fl. 28 cdno. pruebas 3 - negrillas adicionales).*

d) El 10 de junio de 2016, Corpoboyacá indicó que no existía ningún procedimiento sancionatorio en contra del consorcio:

“[U]na vez revisado el Sistema Único de Expedientes (SIUX) y el Sistema de Información para la Gestión de Trámites Ambientales se verificó que no existen trámites de carácter permisionario, ni procesos sancionatorios a nombre del consorcio Infraestructura Vial, relacionados con la ejecución del contrato no. 1267 de 2015.” (fl. 60 cdno. prueba 3).

e) Sin embargo, el 26 de julio de 2016, la autoridad ambiental advirtió que el consorcio utilizó una fuente hídrica sin la correspondiente concesión por lo cual se iniciaría un procedimiento administrativo, así:

“Los volúmenes a continuación referidos y empleados en la ejecución del contrato de obra no. 1267 de 2015 fueron extraídos de la fuente denominada quebrada Ruchical, localizada en la vereda Curital del Municipio de Socha, por el consorcio Infraestructura Vial sin el correspondiente permiso de concesión de aguas superficiales:

Mes	Volumen (galones)
Octubre 2015	63.000
Noviembre 2015	84.400

Expediente: 15001-23-33-000-2019-00076-01 (67.430)

Actor: Instituto Nacional de Vías

Controversias contractuales

Apelación de sentencia

Mes	Volumen (galones)
Diciembre 2015	119.900

El Grupo Jurídico de Corpoboyacá realizará el trámite legal pertinente para la situación anteriormente descrita.” (fls. 147 y 148 cdno. ppal.).

f) Con posterioridad a esa comunicación, mediante la Resolución número 6.922 del 29 de noviembre de 2016, Corpoboyacá formuló cargos en contra del consorcio contratista, en el marco del procedimiento sancionatorio con radicación número OOCQ-0428/16 (fl. 179 cdno. ppal.) iniciado a través de la Resolución número 2.633 del 16 de agosto de 2016².

2) De conformidad con lo anterior, el contratista estaba obligado a entregar para poder hacer el cierre ambiental del contrato, entre otras muchas cosas, una “certificación [de que] *no se ha iniciado proceso administrativo alguno por incumplimiento de obligaciones ambientales*” (fl. 48 cdno. ppal.) expedida por la respectiva autoridad ambiental.

En un principio, el contratista contaba con la correspondiente certificación pues, Corpoboyacá afirmó el 10 de junio de 2016 que el contratista no registraba ningún trámite en su contra por irregularidades ambientales; no obstante, el 26 de julio siguiente la misma autoridad ambiental corrigió su afirmación y precisó que el consorcio empleó una fuente hídrica sin el correspondiente permiso, circunstancia que a la postre derivó en un procedimiento sancionatorio.

En consecuencia, el contratista no entregó la totalidad de los documentos necesarios toda vez que la certificación que en un primer momento obtuvo perdió vigencia, lo cual le impedía poder hacer el cierre ambiental por la infracción que le fue atribuida.

3) Aunque el *a quo* analizó un punto que no fue propuesto como hecho constitutivo de incumplimiento en la demanda cuando precisó que el contratista “*si bien realizó la solicitud correspondiente para obtener el permiso de concesión de agua, este*

² La entidad estatal señaló en el hecho vigésimo quinto de su demanda: “*Que con oficio CIV-INVIAS-BCA-C-0001-17 de fecha 6 de abril de 2017 emitido por el consorcio Infraestructura Vial a la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, presenta ‘descargos a Resolución no. 6.922 del 29 de noviembre de 2016, proceso sancionatorio en contra del consorcio Infraestructura Vial, Resolución no. 2.633 de agosto 16 de 2016 expediente no. 0428 de 2016’*” (fl. 13 cdno. ppal.). La parte demandada indicó que ese hecho “*es cierto*” (fl. 350 cdno. ppal.), en consecuencia, la existencia del procedimiento sancionatorio adelantado en contra del consorcio no fue objeto de controversia entre las partes.

nunca fue aprobado por la autoridad ambiental competente, y como consecuencia de esto no podía iniciar la ejecución del contrato” (índice 34 SAMAI), lo cierto es que esa imprecisión no varía la razón principal que tuvo para declarar el incumplimiento, esto es, que el consorcio no hizo el cierre ambiental al que estaba obligado.

2.2 La posibilidad de hacer efectiva la póliza

1) La aseguradora sostuvo que la póliza no era fuente de enriquecimiento, en consecuencia, no debió hacerse efectiva porque la entidad contratante ninguna afectación patrimonial sufrió.

En el presente asunto no se requería acreditar las consecuencias del incumplimiento en el patrimonio de la entidad contratante, por cuanto la cláusula penal pecuniaria se pactó como estimación anticipada de perjuicios lo cual exime al interesado de probar el punto, tal como lo precisó la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad.”³ (se resalta).

2) Adicionalmente, la compañía aseguradora alegó que la entidad no informó la agravación del riesgo amparado que se presentó cuando el incumplimiento se tornó permanente, con lo cual desconoció el artículo 1060 del Código de Comercio que prevé lo siguiente:

“El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso 1º del artículo 1058⁴,

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de mayo de 1996, exp. 4607, MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

⁴ El inciso primero del artículo 1058 establece: “El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea

signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local. (...).
Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.” (negritas adicionales).

La citada norma obliga al asegurado a informar los acontecimientos imprevisibles que aumenten la intensidad o la probabilidad de ocurrencia del siniestro, para que la aseguradora conozca que variaron las condiciones existentes al momento de contratar y decida si continua o no con el amparo; sin embargo, el escenario puesto a consideración por la aseguradora no se relaciona con la agravación del riesgo asegurado.

En efecto, el hecho de que la entidad conociera el incumplimiento del contrato y que este se extendiera en el tiempo no es, desde ningún punto de vista, un hecho imprevisible que variara la magnitud del riesgo o que aumentara la probabilidad de que ocurriera, por el contrario, la prolongada infracción al contrato es el acaecimiento del riesgo amparado, circunstancia que obliga al asegurado a comunicar la ocurrencia del siniestro y no la agravación del riesgo, por lo tanto, la entidad contratante no desatendió su deber de informar a la aseguradora.

2.3 El valor a cargo de la aseguradora

1) El consorcio echó de menos la falta de graduación del monto de la cláusula penal pecuniaria por el cumplimiento proporcional de las obligaciones a su cargo, para hacer ese ejercicio debe considerarse, en primer lugar, la forma como esta se pactó, en este caso las partes acordaron en el numeral 7.53 del pliego de condiciones lo siguiente:

“Para el caso de incumplimiento definitivo de cualquiera de las obligaciones a cargo del contratista, se estipula una cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor total del contrato y de forma proporcional al avance de la obra. El pago del valor aquí estipulado a título de cláusula penal pecuniaria se considerará como indemnización parcial y no definitiva de los perjuicios causados con el incumplimiento; en consecuencia, el instituto podrá reclamar el pago de los perjuicios que no alcancen a ser indemnizados con el valor de la cláusula penal.” (fl. 104 cdno. ppal. - negritas adicionales).

propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.”.

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

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

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

“Artículo 1596. Rebaja de la pena por incumplimiento parcial. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.” (se resalta).

En similares términos, el artículo 867 del Código de Comercio también estipula la posibilidad de reducir equitativamente la pena por el incumplimiento:

“Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.” (negritas adicionales).

En esta materia la doctrina indica claramente que la reducción implica tener en cuenta la forma como fue pactada la estipulación, determinar a qué obligación u

obligaciones se refiere y establecer si la obligación concernida puede cumplirse de manera parcial, así:

“En la regulación de la cláusula penal está contemplada la posibilidad de su rebaja, concebida sobre un principio de mera equidad, para los eventos de cumplimiento parcial de la obligación (...).

*En este frente resulta útil señalar entonces que, en principio, cuando el deudor realice pago parcial de la obligación garantizada, tiene derecho a pedir la reducción proporcional de la pena pactada para el evento de incumplimiento de dicha obligación, lo que a su vez implica y exige, necesariamente, la división de ésta; pero, como lo ha señalado la doctrina, **la precitada regla es inaplicable al menos en dos hipótesis: (i) cuando alguna de las dos obligaciones –la principal (garantizada) o la accesoria (la pena)– es naturalmente indivisible; y (ii) cuando aun siendo una u otra divisible, se pacta expresamente que la pena se aplicará para el caso de incumplimiento total o parcial de la obligación.***

*En relación con el primer escenario –el carácter indivisible de la cláusula penal– se afirma, con razón, a manera de regla general, que **la naturaleza divisible o indivisible de la obligación principal determina, correlativamente, la divisibilidad o indivisibilidad de la pena y, por consiguiente, la posibilidad de reducción o no de la misma;** en ese sentido, Ospina Fernández señala que: ‘La naturaleza de la obligación principal, según que esta sea divisible o no, determina, en principio, régimen análogo para la obligación penal accesoria. Si aquella versa sobre un objeto natural o jurídicamente divisible. la pena también lo será, desde luego si ella consiste en una prestación susceptible de división. Por el contrario, si la obligación principal es natural o jurídicamente indivisible, en principio la pena sigue el mismo régimen’.*

*Por su parte, **la segunda eventualidad es una clara consecuencia de la autonomía negocial que tienen las partes para determinar, ellas mismas, los términos y el alcance de la cláusula penal que pactan, en la medida en que, independientemente del carácter divisible o no de una u otra obligación, lo cierto es que cuando la pena se pacta en esos términos, vale decir, para el caso de incumplimiento total o parcial de la obligación, puede ésta ser cobrada en su totalidad incluso frente al evento de cumplimiento parcial de la obligación principal por parte del deudor, sin habilitar la posibilidad de reducción en los términos consagrados en el artículo 1596 del Código Civil;** es que en el marco de la autonomía de la voluntad, no es lo mismo pactar, respecto de una determinada obligación –principal–, que en caso de incumplimiento –sin distinción alguna– o de incumplimiento total, se causará una pena de determinado valor, que pactar, en relación con la misma obligación –principal–, que en caso de incumplimiento total o parcial de la misma –cualquiera de los dos eventos–; se causará una pena de determinado valor, pues en el primer evento cabe la posibilidad de rebaja proporcional, ya que tiene sentido entender que a incumplimiento total, pena total, y a incumplimiento parcial, pena parcial, pero sin que ocurra lo mismo en el segundo, porque las partes acordaron, que para el caso de*

*incumplimiento, tanto total como parcial, los perjuicios se estimaban en la misma suma plasmada en la cláusula penal correspondiente*⁵.

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

2) La aseguradora puso de presente que la condena (\$588.805.179)⁶ excedió el valor asegurado (\$440.555.767) y por ello solicitó su disminución hasta la cobertura pactada; empero, en realidad la condena no sobrepasó los límites de la póliza, solo que incluyó la indexación del monto adeudado y los intereses moratorios causados, aunque, sí es cierto que solo el primer concepto puede aplicarse actualmente a la deuda a cargo de la aseguradora.

3) En efecto, se ha indicado que *“la indexación sirve como un instrumento equilibrador del fenómeno de la depreciación que sufre la moneda nacional por efecto de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, debido a las fluctuaciones del sistema económico del país. El ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda, que disminuye, en forma continua, el poder adquisitivo del ingreso”*⁷.

Este mecanismo se cimenta en el principio de equidad y propende por mantener una equivalencia monetaria a pesar del paso del tiempo y del impacto de la inflación en el poder adquisitivo del dinero, en consecuencia, el pago del monto asegurado no puede obviar este ejercicio pues, de lo contrario, la aseguradora entregaría menos dinero del que corresponde cuando pague el monto a su cargo.

⁵ Bonivento Jiménez, José Armando. Obligaciones, Bogotá: Legis, 2017, p. 341 y 342.

⁶ La condena incluyó el valor de la cláusula penal pecuniaria (\$440.555.767), la indexación (\$26.036.846) y los intereses (\$122.212.565).

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de marzo de 2017, exp. 2008-00329-01(2284-13), CP Rafael Francisco Suárez Vargas.

Por lo anterior, se ha concluido que *“la indexación no grava ni la condición del asegurador ni favorece la condición del beneficiario, pues con ella se logra, como ya se explicó, la actualización de una suma histórica al momento de señalar la obligación indemnizatoria”*⁸.

4) En contraste, en materia de seguros los intereses moratorios están supeditados al incumplimiento en el pago por parte de la aseguradora, el cual surge, en el asunto de la referencia, con la presente providencia que impone la obligación de pago a cargo de la compañía de seguros, porque aquí se define la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida (artículo 1077 y 1080 del Código de Comercio).

En consecuencia, la condena no podía incorporar intereses que aún no se han causado pues, de conformidad con lo previsto en las mencionadas disposiciones, la aseguradora solo está obligada a pagar intereses a partir de la ejecutoria de la respectiva providencia condenatoria⁹, por lo tanto, se excluirán los intereses del valor de la condena hecha en la primera instancia.

5) En ese contexto, el valor de la condena, una vez descartados los intereses, se traerá a valor presente de conformidad con la siguiente fórmula:

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

Dónde:

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

vi: es el valor inicial.

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

índice inicial: el vigente al fallo impugnado (marzo de 2021).

$$vf = \$466.592.612 \times \frac{126,03}{107,12}$$

$$vf = \$548.960.669$$

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2001, exp. 12.917, CP Maria Elena Giraldo Gómez.

⁹ Sobre el particular se ha indicado: “[E]n contextos como el descrito la demostración de las variables del canon 1077 del estatuto mercantil se diferirá a la etapa de la sentencia, su ejecutoria bastará para hacer exigible el pago de la condena impuesta por la jurisdicción, siendo por ello improcedente otorgar un plazo de gracia de treinta días que establece la misma codificación en el artículo 1080 previamente citado.”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de mayo de 2021, exp. 2009-00171-01, MP Álvaro Fernando García Restrepo.

En consecuencia, la aseguradora demandada adeuda a la entidad actora quinientos cuarenta y ocho millones novecientos sesenta mil seiscientos sesenta y nueve pesos (\$548.960.669).

2.4 La posibilidad de liquidar judicialmente el contrato

La entidad contratante asegura que el acta de entrega y recibo definitivo de la obra y los reportes de pago del Sistema Integrado de Información Financiera eran suficientes para hacer el cruce de cuentas; sin embargo, estos documentos no permiten conocer el estado real de ejecución del contrato, únicamente dan cuenta de los pagos hechos por INVÍAS y de las cantidades de obra que ejecutó el contratista, las cuales no pueden ser contrastadas con cada acta de recibo parcial –no fueron allegadas al expediente– ni con las cantidades de obra originalmente acordadas en el contrato –tampoco se anexaron–.

En consecuencia, no es posible hacer el cruce de cuentas pues, se desconoce la ejecución financiera de cada una de las obligaciones a cargo de las partes.

3. Condena en costas

En los términos de los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas en la medida en que los recursos de ambas partes se resolvieron desfavorablemente.

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

F A L L A :

1º) Confírmase la sentencia del 11 de marzo de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. El ordinal quinto de su parte resolutive, en atención a la actualización de la condena realizada en la parte motiva, queda así:

QUINTO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** al consorcio Infraestructural Vial, a reconocer y pagar al Instituto Nacional

Expediente: 15001-23-33-000-2019-00076-01 (67.430)

Actor: Instituto Nacional de Vías

Controversias contractuales

Apelación de sentencia

de Vías (INVÍAS), la siguiente suma de dinero que en el marco del contrato de seguro contenido en la póliza de cumplimiento no. 2557740 deberá asumir en su totalidad la compañía Liberty Seguros SA, calculada hasta la fecha de la presente sentencia:

Quinientos cuarenta y ocho millones novecientos sesenta mil seiscientos sesenta y nueve pesos (\$548.960.669) por concepto de cláusula penal pecuniaria debidamente indexada.

Liberty Seguros SA deberá pagar al Instituto Nacional de Vías intereses moratorios sobre la suma de capital referida, liquidados a la tasa máxima legalmente permitida en la legislación mercantil, a partir de la ejecutoria de esta providencia, y hasta la solución total de la obligación.

2º) Abstiéndose de condenar en costas.

3º) Ejecutoriada la presente sentencia, por la secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen para lo su cargo, previas las correspondientes constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Sala
(Firmado electrónicamente)

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)
Salvamento y aclaración de voto

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 de la Ley 2213 de 2022.



Radicado: 15001-23-33-000-2019-00076-01 (67430)
Demandante: Instituto Nacional de Vías – Invías

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

Consejero ponente: Fredy Ibarra Martínez

Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 15001-23-33-000-2019-00076-01 (67430)
Demandante: Instituto Nacional de Vías – Invías
Demandados: Integrantes del Consorcio Infraestructura Vial y otro
Referencia: Controversias contractuales

Tema: Alcance de la reducción de la cláusula penal. En el presente caso no era procedente la reducción alegada por el contratista demandado, sin embargo, no está acreditado el incumplimiento imputado por la entidad demandante.

Aclaración y salvamento de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz

Aunque comparto las consideraciones presentadas en el proyecto respecto del alcance de la cláusula penal pactada en el contrato y la improcedencia de su reducción proporcional, no estoy de acuerdo que se declare el incumplimiento del contratista respecto de la obligación de realizar el cierre ambiental del contrato.

1.- La reducción proporcional del monto de la cláusula penal de que trata el artículo 1596 del Código Civil, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 867 del Código de Comercio, es procedente en relación con los incumplimientos alegados y no respecto de los perjuicios. Además, debe atenderse siempre a los términos de la cláusula pactada. En este sentido, comparto que en el proyecto se indique que, de conformidad con el pacto de las partes, la cláusula penal solo podía reducirse tratándose de incumplimientos parciales de la obra. Sin embargo, no procedía su reducción en relación con el incumplimiento de la obligación de realizar el cierre ambiental, pues esta no era divisible y por tanto no admitía cumplimientos parciales.

2.- No obstante, considero que, contrario a lo afirmado en la sentencia, no está probado el incumplimiento alegado por la entidad respecto del cierre ambiental. La cláusula respectiva del contrato dispuso que:

<<Cierre ambiental de conformidad con lo previsto en el manual de interventoría vigente. Para este efecto debe diligenciarse el formato MSE-FR-25 y **presentarse la certificación de la que trata el mismo formato, expedida por la autoridad ambiental competente, en la cual se indique que a la fecha de la mencionada certificación no**



se ha iniciado proceso administrativo alguno por incumplimiento de obligaciones ambientales.>>

3.- Respecto del incumplimiento alegado se indicó en la sentencia que:

<<De conformidad con lo anterior, el contratista estaba obligado a entregar para poder hacer el cierre ambiental del contrato, **entre otras muchas cosas, una certificación de cumplimiento de licencias, permisos y concesiones expedida por la respectiva autoridad ambiental.** En un principio, el contratista contaba con la correspondiente certificación pues, Corpoboyacá afirmó el 10 de junio de 2016 que el contratista no registraba ningún trámite en su contra por irregularidades ambientales; no obstante, el 26 de julio siguiente la misma autoridad ambiental corrigió su afirmación y precisó que el consorcio empleó una fuente hídrica sin el correspondiente permiso, circunstancia que a la postre derivó en un procedimiento sancionatorio.

En consecuencia, el contratista no entregó la totalidad de los documentos necesarios toda vez que la certificación que en un primer momento obtuvo perdió vigencia, lo cual le impedía poder hacer el cierre ambiental por la infracción que le fue atribuida.

Aunque el a quo analizó un punto que no fue propuesto como hecho constitutivo de incumplimiento en la demanda cuando precisó que el contratista “si bien realizó la solicitud correspondiente para obtener el permiso de concesión de agua, este nunca fue aprobado por la autoridad ambiental competente, y como consecuencia de esto no podía iniciar la ejecución del contrato” (Índice 34 SAMAI), lo cierto es que esa imprecisión no varía la razón principal que tuvo para declarar el incumplimiento, esto es, que el consorcio no hizo el cierre ambiental al que estaba obligado.>>

5.- Considero que el contratista sí cumplió la obligación pues para la fecha en que se emitió la certificación por parte de las autoridades ambientales - que era lo que literalmente se exigía contractualmente - no le habían iniciado ningún proceso. En el proyecto se indica que <<*Sin embargo, el 26 de julio de 2016, la autoridad ambiental advirtió que el consorcio utilizó una fuente hídrica sin la correspondiente concesión por lo cual se **iniciaría** un procedimiento administrativo*>>. El hecho de que después de expedida la certificación, las autoridades ambientales informaran que se iba a iniciar un procedimiento, no permite considerar que el Contratista incumplió, teniendo en cuenta el contenido de su obligación.

Fecha *ut supra*,

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado