

Señores Honorables Magistrados del  
**CONSEJO DE ESTADO**  
**Sala de lo Contencioso Administrativo**  
Reparto  
E. S. D.

***Ref.: Acción de tutela de NACIONAL DE SEGUROS S.A. respecto del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO y la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A DEL CONSEJO DE ESTADO.***

**-ACCIÓN DE TUTELA-**

Quien suscribe, **RICARDO VÉLEZ OCHOA**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.470.042 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 67.706 del C. S. de la J., obrando en mi condición de apoderado especial de **NACIONAL DE SEGUROS S.A.**, de acuerdo al poder que adjunto, por medio del presente escrito, al amparo de lo dispuesto por el art. 86 CN y el Decreto 2591 de 1991, me permito presentar **acción de tutela** por causa y con ocasión de las sentencias proferidas el 9 de mayo de 2019 por parte del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO (Exp. No. 63-001-2333-000-2018-00132-00) y el 24 de abril de 2020 por la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A DEL CONSEJO DE ESTADO (Exp. No. 630012333000201800132 01 (64.154)), mediante las cuales se negaron las pretensiones de controversias contractuales formuladas respecto de las Resoluciones Nos. 08443 del 29 de noviembre de 2016, 01495 del 6 de marzo de 2017, 08298 del 28 de noviembre de 2016 y 01274 del 27 de febrero de 2017 pronunciadas por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS:

**I. PARTES DEL PROCESO**

**1. Demandante de tutela**

Es demandante en este proceso **NACIONAL DE SEGUROS S.A.** (en adelante “**NACIONAL**”), sociedad comercial legalmente constituida mediante Escritura pública No. 2001, otorgada el 16 de junio de 1952 en la Notaría Octava (8º) del Círculo de Bogotá, identificada con el NIT No. 860.002.527-9, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., representada legalmente por Camilo Andrés Chaparro González, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 7.185.918, quien a su vez me ha conferido poder especial, amplio y suficiente para representar judicialmente a esta sociedad.

## **2. Demandadas.**

1. EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO (en adelante “el TRIBUNAL”).
2. La SUBSECCIÓN A DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO.

## **3. Parte interesada en las resultas del procedimiento de tutela.**

El INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVIAS, establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Transporte, regulado por los Decretos 2056 y 2067 del 24 de julio de 2003, representada legalmente por su Director, Dr. Juan Esteban Gil Chavarría, o quien haga sus veces.

## **II. PRETENSIONES**

1. Que se declare que se ha violado o desconocido o limitado el derecho fundamental al debido proceso de **NACIONAL DE SEGUROS S.A.**, por causa y con ocasión de las sentencias proferidas el 9 de mayo de 2019 por parte del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO (Exp. No. No. 63-001-2333-000-2018-00132-00) y el 24 de abril de 2020 por la SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A DEL CONSEJO DE ESTADO (Exp. No. 630012333000201800132 01 (64.154)).

2. Que se proceda al amparo y protección del derecho fundamental al debido proceso de la sociedad demandante.
3. Que, como consecuencia de todo lo anterior, se dejen sin valor ni efecto las aludidas providencias judiciales.
4. Que, como medida de protección del derecho fundamental al debido proceso, se ordene dictar las providencias de remplazo a las que haya lugar, en las cuales se omitan los razonamientos judiciales violatorios de los derechos fundamentales de mi representada.
5. Que se adopte cualquier otra medida de protección que el Juez constitucional estime relevante y pertinente para la garantía de los derechos fundamentales de **NACIONAL DE SEGUROS**.

### III. HECHOS

1. Según se evidencia en su primer artículo, a través de la Resolución No. 06860 del 6 de diciembre de 2008 el INVÍAS determinó lo siguiente:

“(…) **Adjudicar**, en desarrollo del proceso de Selección Abreviada No. **SA-SGT-GGP-001-2008**, el contrato bajo la modalidad llave en mano, para ESTUDIOS Y DISEÑOS, GESTION SOCIAL, PREDIAL Y AMBIENTAL, CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL PROYECTO “CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL: TUNELES DEL II CENTENARIO – TUNEAL DE LA LINEA Y SEGUNDA CALZADA CALARCA CAJAMARCA MÓDULOS 1, 2 y 3 a la **UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO** (...) por un valor total de la propuesta de **SEISCIENTOS VEINTINUEVE MIL CINCUENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE** (\$629.052.989.746,00) (...)”.

2. En concordancia con lo anterior, el pasado 24 de diciembre de 2008 la Unión Temporal Segundo Centenario y el INVÍAS suscribieron el Contrato 3460 (en adelante “el Contrato”).

3. De conformidad con la cláusula primera del contrato, su objeto consistía en:

“(…) la realización del Proyecto **“ESTUDIOS Y DISEÑOS, GESTION SOCIAL, PREDIAL Y AMBIENTAL, CONSTRUCCION Y OPERACIÓN DEL PROYECTO: CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL: TUNELES DEL SEGUNDO CENTENARIO – TUNEAL DE LA LINEA Y SEGUNDA CALZADA CALARCA CAJAMARCA**, para su ejecución por etapas diferenciadas, con obligaciones distintas en su contenido y tiempo de ejecución, de conformidad con el Pliego de Condiciones de la Selección Abreviada No. SA-SGT-GGP-001-2008, sus adendas modificatorias y la propuesta del contratista, los cuales hacen parte integral del presente contrato”. (…)

4. En tratándose de la “(…) ***VIGENCIA DEL CONTRATO Y PLAZO DE EJECUCIÓN*** (…”, la cláusula cuarta del contrato señaló lo siguiente, entre otros aspectos:

“El plazo previsto para la ejecución del Alcance del Contrato será un total de 70 meses, contados a partir de la fecha en que se suscriba la orden de iniciación correspondiente, los cuales se distribuyen entre las siguientes etapas diferenciadas:

**I. Etapa de Iniciación**

**II. Etapa de Construcción**

**III. Etapa de Operación y Mantenimiento (…)**

En todo caso, cada etapa iniciará únicamente cuando la anterior se haya ejecutado totalmente, salvo la etapa de iniciación y construcción las cuales iniciarán simultáneamente con la orden de iniciación del contrato, o cuando sea necesaria la transposición de etapas para la ejecución más eficiente del contrato, lo cual será expresamente autorizado así por el INVÍAS en la orden de iniciación o documento equivalente para el inicio de la etapa respectiva. (…)

5. En la cláusula décimo segunda del Contrato se indicó: “*El valor de este contrato se pacta en la suma de **SEISCIENTOS VEINTINUEVE MIL CINCUENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$620.052.989.746.) MONEDA CORRIENTE, de conformidad con la propuesta económica presentada por el contratista. (...)***”.
  
6. En tratándose de la garantía única de cumplimiento, la cláusula décimo novena del contrato contempló lo que sigue, entre otros elementos:

“El CONTRATISTA se compromete a constituir las siguientes garantías por los montos, vigencias y durante los plazos previstos en esta cláusula:

**19.1. – GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO**

De conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 6465 del 28 de diciembre de 2007 del INVIAS, modificada por la (sic) Resoluciones No. 2126 del 9 de mayo de 2008 y No. 04225 del 11 de Agosto de 2008, dentro de los ocho (8) Días calendario siguientes a la suscripción del Contrato, el CONTRATISTA deberá presentar para aprobación del INVIAS una Garantía Única de Cumplimiento de las obligaciones contractuales, expedida por una Compañía de Seguros o Banco debidamente autorizados para funcionar en Colombia, figurando como asegurado EL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS – y como afianzado el CONTRATISTA, con los siguientes amparos:

**Garantía de cumplimiento.**

Equivalente al 10% del valor total del contrato y con una vigencia igual al término de duración del mismo y seis (6) meses más. (...)

**Coberturas y Amparos de la garantía**

La garantía de cumplimiento del contrato amparará el **Cumplimiento General del Contrato**. Este amparo deberá constituirse a favor del INVIAS, con el objeto de garantizar el cumplimiento general del Contrato, lo que incluye: (...)

**b.** La garantía de cumplimiento de la obligación de pago de las sanciones que se impongan al Contratista, hasta por el valor máximo establecido para cada etapa en la cláusula 44 del presente contrato. (...)

7. Por otra parte, las partes plasmaron el texto que a continuación se cita, en la cláusula vigésimo novena del Contrato:

“Treinta (30) días calendario antes del vencimiento de la etapa de construcción, el contratista, el interventor y el supervisor del contrato y del proyecto, realizarán una visita a las obras con el fin de determinar las correcciones a que haya lugar, las cuales deberá efectuar el CONTRATISTA dentro del plazo acordado para la solución de no conformidades.

Vencido el plazo del contrato o en los eventos de terminación anticipada previstos en la Ley, previamente a la liquidación, el interventor, el CONTRATISTA y el supervisor del contrato y del proyecto, extenderán el Acta de Recibo Definitivo de la Obra, en la cual se dejará constancia de la cantidad, valor y condiciones de la obra ejecutada, de los equipos y software utilizado para la operación del Proyecto, así como de las observaciones a que haya lugar. El plazo para suscribir el Acta de Recibo Final de la Obra no hace parte del término para liquidar el contrato”.

8. En punto de las multas, se pactó el alcance que sigue en la cláusula cuadragésima cuarta del Contrato:

“En caso de incumplimiento parcial de las obligaciones contraídas por EL CONTRATISTA, el INSTITUTO le impondrá multas por las causales, en las cuantías y bajo el procedimiento previsto en la Ley 1150 de 2007, las Resoluciones 03662 del 13 de agosto de 2007 “Por la cual se establece el procedimiento para la imposición de sanciones y se señalan las causales y cuantías para hacer efectiva la cláusula de multas en los contratos celebrados por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS”, y 00145 del 18 de enero de 2008 “Por la cual se adiciona la Resolución 03662 de 2007 en relación con los contratos de obra pública bajo la modalidad “llave en mano”. El INSTITUTO podrá tomar directamente el valor de la sanción de los saldos que se adeuden al CONTRATISTA o de la garantía constituida y si no fuere posible, cobrará los valores por vía judicial”.

9. La garantía única de cumplimiento correspondiente al Contrato se encontraba comprendida en la Póliza No. 400000276, expedida por **NACIONAL DE SEGUROS**.
10. El 1 de abril de 2015 la Unión Temporal Segundo Centenario y el INVÍAS suscribieron la Modificación No. 11 al Contrato (en adelante la “Modificación No. 11”).
11. La cláusula segunda de la Modificación No. 11 determinó lo siguiente:

“Las partes acuerdan modificar el primer párrafo de la **Cláusula 4: VIGENCIA DEL CONTRATO Y PLAZO DE EJECUCION** del contrato principal, la cual quedará así: **Cláusula 4: VIGENCIA DEL CONTRATO Y PLAZO DE EJECUCIÓN.**- *El plazo previsto para la ejecución del Alcance del Contrato será un total de noventa y uno punto cinco (91.5) meses, contados a partir de la fecha de iniciación correspondiente, los cuales se distribuyen en las siguientes etapas diferenciadas:*

- I. *Etapas de Iniciación*
- II. *Etapas de Construcción”.*

12. A renglón seguido, en la cláusula tercera de la Modificación No. 11 se dispuso: “*Las partes acuerdan modificar el primer párrafo de la Cláusula 5 del contrato No. 3460 de 2008, la cual quedará así: “**CLAUSULA 5: ETAPAS DE EJECUCION DEL CONTRATO.** Para efectos de la ejecución del Contrato se ha dispuesto su desagregación en dos etapas: 1) *Etapas de Iniciación* y 2) *Etapas de Construcción”.**
13. Por su parte, las partes señalaron lo siguiente en la cláusula quinta de la Modificación No. 11:

“Las partes acuerdan modificar el primer párrafo de la Cláusula 5.2 del contrato No. 3460 de 2008, la cual quedará así: “**ETAPA DE CONSTRUCCION.** *Esta etapa iniciara a partir del día calendario siguiente a aquel en que se haya impartido la Orden de Iniciación de la Etapa de Construcción por el Coordinador de la Gerencia de Grandes Proyectos del INSTITUTO y tendrá una duración máxima hasta el 30 de noviembre de 2016, sin perjuicio de que ésta termine antes si EL CONTRATISTA llegare a cumplir todas y cada una de las obligaciones que le corresponden durante esta etapa o que el cronograma se pueda ver afectado por causas que no le sean imputables a ninguna de las partes”.*

14. No existe ningún acuerdo contractual que hubiere prorrogado la vigencia del Contrato con posterioridad al 30 de noviembre de 2016. Por ende, esta fecha señala el fin del periodo contractual.
15. El pasado 28 de noviembre de 2016, faltando apenas dos (2) días para el fenecimiento de la vigencia del Contrato, el INVÍAS expidió y notificó la Resolución No. 08298, en la cual resolvió, entre otros puntos, lo siguiente:

“**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** ocurrido el incumplimiento parcial del Contrato No. 3460 de 2008, celebrado con la **UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO** (...) cuyo objeto es: *“ESTUDIOS Y DISEÑOS, GESTIÓN SOCIAL, PREDIAL Y AMBIENTAL, CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL PROYECTO CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL; TÚNELES DEL II CENTENARIO – TÚNEAL DE LA LÍNEA Y SEGUNDA CALZADA CALARCÁ CAJAMARCA”*. por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

**ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER** a título de multa a la **UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO** (...) la suma de **TRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA MILLONES, TRESCIENTOS VEINTIDÓS MIL, CUATROCIENTOS PESOS MC/CTE (\$3.640.322.400)**, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

**ARTÍCULO TERCERO: SINIESTRAR** la póliza única de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 400000276 expedida por la compañía Aseguradora **NACIONAL DE SEGUROS S.A.**, en la suma de **TRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA MILLONES, TRESCIENTOS VEINTIDÓS MIL, CUATROCIENTOS PESOS MC/CTE (\$3.640.322.400)**, la cual incluye el amparo de cumplimiento por la suma de **SESENTA Y TRES MIL QUINIENTOS CATORCE MILLONES, SEISCIENTOS SETENTA MIL, SEISCIENTOS VEINTIDÓS PESOS M/CTE (\$63.514.670.622)**. Por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

**ARTÍCULO CUARTO: ORDENAR** a la **UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO** (...) a pagar los valores señalados en los artículos anteriores, en la cuenta que para tal efecto señale el Grupo de Ingresos

del Instituto Nacional de Vías, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución y si no procede en tal sentido, el INVÍAS descontará dicho valor de los saldos pendientes que le adeude al Contratista, y/o exigirá su pago a la compañía aseguradora **NACIONAL DE SEGUROS S.A.**, en virtud del amparo de Cumplimiento General del Contrato de la Garantía Única de Cumplimiento No. 400000276. (...)

**ARTÍCULO SÉPTIMO:** Contra la presente resolución procede el recurso de reposición en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción. (...).”

16. Como se evidencia de la lectura de la anotada Resolución No. 08298 del 28 de noviembre de 2016, el INVÍAS basó su decisión sancionatoria en varios aspectos, incluyendo la supuesta desatención del contratista frente a la Nota de campo No. 1031 del 24 de julio de 2014<sup>1</sup> y respecto de la inconformidad plasmada en el oficio No. 998-0157-4241 del 13 de septiembre de 2014<sup>2</sup>.

17. El 27 de febrero de 2017 el INVÍAS, a través de la Resolución No. 01274, resolvió los recursos de reposición que se interpusieron en punto de la Resolución No. 08298 del 28 de noviembre de 2016, así:

“**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la Resolución No. 08298 del 28 de noviembre de 2016 (...) por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo. (...)

**ARTÍCULO TERCERO:** Contra la presente resolución no procede recurso alguno. (...).”

18. A su vez, restando apenas un día para el vencimiento de la vigencia del Contrato, el INVÍAS profirió y notificó la Resolución No. 08443 del 29 de noviembre de 2016, mediante la cual decidió lo siguiente:

---

<sup>1</sup> V.gr. v. p. 128 de la Resolución No. 08298 del 28 de noviembre de 2016.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 144.

“**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** ocurrido el incumplimiento parcial en el Contrato No. 3460 de 2008, celebrado con la **UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO** (...) por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

**ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER** a título de multa a la **UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO** (...) la suma de **DIECISIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL PESOS MC/CTE (\$17.374.266.000)**, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

**ARTÍCULO TERCERO: SINIESTRAS** la póliza única de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 40000276 expedida por la compañía Aseguradora **NACIONAL DE SEGUROS S.A.**, en la suma de **DIECISIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL PESOS MC/CTE (\$17.374.266.000)**, la cual incluye el amparo de cumplimiento por la suma de SESENTA Y TRES MIL QUINIENTOS CATORCE MILLONES, SEISCIENTOS SETENTA MIL, SEISCIENTOS VEINTIDÓS PESOS MCTE (\$63.514.670.622). Por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

**ARTÍCULO CUARTO: ORDENAR** a la **UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO** (...) a pagar los valores señalados en los artículos anteriores, en la cuenta que para tal efecto señale el Grupo de Ingresos del Instituto Nacional de Vías, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución y si no procede en tal sentido, el INVÍAS descontará dicho valor de los saldos pendientes que le adeude al Contratista, y/o exigirá su pago a la compañía aseguradora **NACIONAL DE SEGUROS S.A.**, en virtud del amparo de Cumplimiento General del Contrato de la Garantía Única de Cumplimiento No. 400000276. (...)

**ARTÍCULO SÉPTIMO:** Contra la presente resolución procede el recurso de reposición en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción. (...).”

19. El 6 de marzo de 2017, por medio de la Resolución No. 01495, el INVÍAS despachó los recursos de reposición incoados en torno a la Resolución No. 08443 del 29 de noviembre de 2016, decidiendo lo siguiente:

“**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes los artículos **PRIMERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO, NOVENO y DÉCIMO** de la Resolución No. 08443 del 29 de noviembre de 2016 (...) por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

**ARTÍCULO SEGUNDO: REPONER para MODIFICAR** los artículos **SEGUNDO y TERCERO** de la Resolución No. 08443 del 29 de noviembre de 2016 (...) por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo, los cuales quedarán así:

*“**ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER** a título de multa a la **UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO** (...) la suma de **DIECISÉIS MIL CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL PESOS MC/CTE (\$16.133.247.000)**, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.*”

*“**ARTÍCULO TERCERO: SINIESTRAR** la póliza única de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 400000276 expedida por la compañía Aseguradora **NACIONAL DE SEGUROS S.A.**, en la suma de **DIECISÉIS MIL CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL PESOS MC/CTE (\$16.133.247.000)**, la cual incluye el amparo de cumplimiento por la suma de **SESENTA Y TRES MIL QUINIENTOS CATORCE MILLONES, SEISCIENTOS SETENTA MIL, SEISCIENTOS VEINTIDÓS PESOS MC/CTE (\$63.514.670.622)**. Por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.”*

(...)

**ARTÍCULO CUARTO:** Contra la presente resolución no procede recurso alguno. (...).”

20. Formulada oportunamente la correspondiente demanda de controversias contractuales por parte de mi representada, el conocimiento de la misma y del proceso subsiguiente le correspondió al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO, bajo el radicado No. 63-001-2333-000-2018-00132-00.

21. El 2 de agosto de 2019, el señor Magistrado Ponente, Dr. Juan Carlos Botina Gómez, accedió a la solicitud de suspensión provisional elevada por **NACIONAL DE SEGUROS**, en los siguientes términos:

“(…) **PRIMERO: DECRETAR LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL** de los efectos del numeral tercero de la Resolución 08298 del 28 de noviembre de 2016 y 08443 del 29 de noviembre de 2016, por las cuales se declaró el incumplimiento parcial y se impuso una multa en el Contrato No. 3460 de 2008, así como la expresión “*y/o exigirá su pago a la compañía aseguradora NACIONAL DE SEGUROS S.A., en virtud del amparo de Cumplimiento General del Contrato de la Garantía Única de Cumplimiento No. 400000276*” contenida en el numeral cuarto. Además de los efectos confirmatorios de esas decisiones contenidas en las Resoluciones 01274 del 27 de febrero de 2017 y 01495 del 06 de marzo de 2017 y el numeral tercero de ésta, de conformidad con lo expuesto. (...)”.

22. Agotado en su integridad del trámite procesal correspondiente, el 9 de mayo de 2019 el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO pronunció la sentencia de primer grado, en la cual, además de revocar la medida cautelar referida en el anterior numeral, denegó las pretensiones de la demanda.
23. Respecto de la sentencia de primera instancia, mi representada interpuso y sustentó, oportunamente, recurso de apelación.
24. La SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A DEL CONSEJO DE ESTADO (Exp. No. 630012333000201800132 01 (64.154)), desató la segunda instancia, mediante la sentencia proferida el 24 de abril de 2020. En ella, confirmó, en su integridad, la sentencia de mérito expedida por el *a quo*.
25. La sentencia de segunda instancia fue notificada a través de correo electrónico remitido el pasado 4 de agosto de 2020.

26. Dicha providencia, entonces, quedó ejecutoriada el 10 de agosto de 2020<sup>3</sup>.

#### IV. RAZONES PARA EL OTORGAMIENTO DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

##### 1). Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.

La Corte Constitucional, en sentencia de tutela proferida al inicio del presente año, acotó lo siguiente:

“3.1. De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, los requisitos de procedencia son los de (i) *legitimación por activa*: la acción de tutela puede ser usada por todas las personas cuyos derechos fundamentales se encuentren vulnerados o amenazados, por sí misma o por quien actúe a su nombre; (ii) *legitimación por pasiva*: el amparo procede contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de particulares cuando, entre otras, exista una relación de subordinación; (iii) *inmediatez*: no puede transcurrir un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado entre la actuación u omisión y el uso del amparo; y (iv) *subsidiariedad*: la acción de tutela resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial disponibles, cuando los mecanismos disponibles no resultan idóneos o eficaces para el caso concreto o, cuando aun siéndolo, se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable y se usa como mecanismo transitorio”<sup>4</sup>.

Con fundamento en tales postulados, se explica brevemente la conjunción de todos los requisitos mencionados:

---

<sup>3</sup> Art. 302 CGP: “Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.

No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.

Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos”.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-008 del 20 de enero de 2020, MP. Dra. Diana Fajardo Rivera.

- Legitimación por activa: como ocurre con todos los sujetos procesales, **NACIONAL DE SEGUROS**, en su calidad de parte demandante en el proceso de controversias contractuales antes referenciado, es titular del derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el art. 29 constitucional.
- Legitimación por pasiva: la demanda de tutela se presenta por causa y con ocasión de las acciones y omisiones de las autoridades judiciales que dictaron las sentencias de fondo mediante las cuales se resolvió el proceso de controversias contractuales.
- Inmediatez: El 4 de agosto de 2020 se notificó la sentencia de segunda instancia que puso fin al litigio contractual. El 10 de agosto de 2020 quedó ejecutoriada.
- Subsidiariedad: no existe en el ordenamiento procesal contencioso administrativo ningún mecanismo ordinario mediante el cual las partes procesales puedan discutir, de fondo, los razonamientos judiciales contenidos en la sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la pronunciada por el *a quo*. Los instrumentos de aclaración, adición y corrección de providencias no son idóneos para solicitar la revisión o reconsideración de los planteamientos sustanciales y fácticos a partir de los cuales el TRIBUNAL y la SUBSECCIÓN A edificaron sus decisiones de mérito.

## 2). Requisitos generales de la viabilidad de la tutela respecto de providencias judiciales.

En la misma sentencia de tutela que se citó anteriormente, la Corte Constitucional, sobre el particular, anotó lo siguiente:

“(…) Ahora bien, tratándose de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, con la Sentencia C-590 de 2005, la Corte Constitucional sintetizó las causales generales de procedencia, indicando que “*la tutela sólo puede proceder si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la*

*procedencia misma del amparo, una vez interpuesto.*” Esta doctrina ha sido reiterada por la Corte Constitucional en numerosas ocasiones.

3.1.1. Señaló que son *requisitos generales de procedencia*: (i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios - ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *insfundamental* irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, la misma debe tener un efecto decisivo o determinante en la providencia que se impugna; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial -siempre que esto hubiere sido posible-; y (vi) que no se trate de sentencias de tutela, de constitucionalidad de la Corte Constitucional ni de decisiones del Consejo de Estado que resuelven acciones de nulidad por inconstitucionalidad”.

- Relevancia constitucional: Los motivos fundamentales que justifican el recurso al mecanismo de tutela se pueden sintetizar, así:
  - Las corporaciones judiciales que fallaron de fondo la controversia contractual desconocieron flagrantemente el texto y alcance de los arts. 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, al concluir, erradamente, que el fin conminatorio que es ínsito a la imposición de las multas contractuales se satisface con la mera existencia del procedimiento administrativo que debe anteceder a su imposición.
  - Además, olvidaron abiertamente que las multas no son única y simplemente sanciones monetarias. Su objetivo final no castigar *per se*. Las multas están contempladas en la ley con un propósito conminador: constreñir a los contratistas al cumplimiento de obligaciones insatisfechas, mientras éstas se encuentren pendientes de ejecución.
  - Las autoridades judiciales pasaron por alto que, conforme al clarísimo texto de las normas legales indicadas, y la naturaleza misma de la figura del acto

administrativo, los efectos de una multa unilateral sólo pueden concebirse y materializarse con posterioridad a la existencia y notificación del acto.

- Los Jueces de instancia ignoraron el hecho que el propósito conminatorio de las multas contractuales no puede cumplirse cuando, tratando de prestaciones contractuales que no son de ejecución instantánea, las sanciones pecuniarias son dispuestas faltando apenas un par de días para el fin de la vigencia del contrato estatal.
- De otra parte, el TRIBUNAL y la SUBSECCIÓN A soslayaron, injustificadamente, el texto del art. 1081 del Código de Comercio, el cual precisa que el término bianual de prescripción de las acciones y derechos del contrato de seguro puede empezar se devenir no solo desde cuando el interesado conoce de los sucesos que dan basamento a su acción, sino también cuando ha debido conocerlos.
- Los Jueces de instancia obviaron que el INVÍAS, en su calidad de entidad estatal contratante, con los deberes de supervisión y vigilancia que ello conlleva, ha debido conocer la alegada desatención del contratista frente a la Nota de campo No. 1031 del 24 de julio de 2014<sup>5</sup> y respecto de la inconformidad plasmada en el oficio No. 998-0157-4241 del 13 de septiembre de 2014<sup>6</sup>.
- Los falladores ignoraron que una entidad contratante que tiene a su cargo una de las obras de infraestructura más trascendentales en la historia del país (construcción del túnel de La Línea), no puede quedarse cruzada de brazos hasta que, en algún momento, la Interventoría reporte formalmente problemas con el cumplimiento del contrato de obra.

---

<sup>5</sup> V.gr. v. p. 128 de la Resolución No. 08298 del 28 de noviembre de 2016.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 144.

Estas irregularidades, que, como se explicará más adelante, encuadran perfectamente en los linderos conceptuales de los defectos fácticos y sustantivos, acarrearán una violación al derecho constitucional fundamental al debido proceso de mi representada: “(...) *El defecto sustantivo se origina cuando la providencia cuestionada se fundamenta en una disposición inaplicable para el caso analizado, bien porque perdió vigencia, porque es inconstitucional, o porque no guarda conexidad material con los supuestos de hecho que provocaron la controversia. Así, cuando los jueces ignoran las normas aplicables al asunto sub examine, sus decisiones son susceptibles de ser cuestionadas en sede de tutela, pues constituyen una violación al debido proceso. (...)*”<sup>7</sup>.

Además, respecto a la violación directa de la Constitución, es de suma relevancia tomar en consideración que el correcto ejercicio de las competencias públicas expresamente asignadas por la Constitución y la ley (arts. 6<sup>8</sup> y 121<sup>9</sup> CN), constituye uno de los pilares básicos del Estado Social de Derecho. Dicha corrección depende no solo de que la materialización de la competencia se realice dentro de los causes sustanciales, objetivos y temporales delineados en las normas que la atribuyen, sino también que se respete debidamente la finalidad que inspira su consagración normativa. Por ello, cuando en las sentencias cuestionadas se estableció que las multas contractuales pueden cumplir un fin de conminación incluso antes de su existencia, y a pesar de que las sanciones nacieron faltando solo uno o dos días para la terminación del contrato estatal, se desnaturalizaron cabalmente los derroteros conceptuales plasmados por el legislador para la viabilidad de las multas. Con ello, se patrocinó el desarrollo de una competencia sancionatoria que, en realidad, no se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico patrio.

Por lo anterior, es indudable que la acción de tutela que se interpone goza de relevancia constitucional.

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-208A del 25 de mayo de 2018, MP. Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo.

<sup>8</sup> “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

<sup>9</sup> “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

- Agotamiento de todos los medios de defensa ordinarios: **NACIONAL DE SEGUROS** interpuso y sustentó, oportunamente, correspondiente recurso de alzada, respecto de la sentencia de primera instancia. En cuanto a la sentencia de segundo grado, se reitera que no existe en el ordenamiento procesal contencioso administrativo ningún mecanismo ordinario mediante el cual las partes procesales puedan discutir, de fondo, los razonamientos judiciales contenidos en la sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la pronunciada por el *a quo*. Los instrumentos de aclaración, adición y corrección de providencias no son idóneos para solicitar la revisión o reconsideración de los planteamientos sustanciales y fácticos a partir de los cuales el TRIBUNAL y la SUBSECCIÓN A edificaron sus decisiones de mérito.
- Inmediatez: El 4 de agosto de 2020 se notificó la sentencia de segunda instancia que puso fin al litigio contractual. El 10 de agosto de 2020 quedó ejecutoriada.
- Identificación razonable de hechos que generaron la violación y de los derechos vulnerados: v. el siguiente acápite. actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados.
- Alegación de la vulneración en el proceso judicial: tal y como se colige de la lectura del recurso de apelación y de los alegatos de segunda instancia presentados por la Aseguradora demandante, los fundamentos de la presente acción de tutela fueron argüidos en sede del proceso de controversias contractuales. No obstante, con la confirmación de la sentencia primigenia, se consolidaron los defectos sustantivo y fáctico que estructuran el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso.

En todo caso, mientras no se agotaran las instancias ordinarias del proceso, hubiera sido absolutamente impropio intentar la acción de tutela.

- Las providencias inconstitucionales objeto de la petición de amparo no constituyen “(...) *sentencias de tutela, de constitucionalidad de la Corte Constitucional ni de decisiones del Consejo de Estado que resuelven acciones de nulidad por inconstitucionalidad*”.

### **3). Requisitos específicos de la procedibilidad de la acción de tutela frene a providencias judiciales.**

A su vez, en torno a dicho tema, en la sentencia de tutela que se viene citando la Corte Constitucional acotó lo que sigue:

“(...) 3.1.2. En relación con los *requisitos específicos de procedibilidad*, indicó que “*para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. (...) [P]ara que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos (...)*”

Dentro de los mencionados requisitos específicos se encuentran (i) el defecto orgánico; (ii) el defecto procedimental; (iii) el defecto fáctico; (iv) el defecto material o sustantivo; (v) el error inducido; (vi) la decisión sin motivación; (vii) el desconocimiento del precedente; y (viii) la violación directa de la Constitución. (...)”<sup>10</sup>.

#### **3.1). Defecto material o sustantivo. Arts. 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011. Consecuencias en la valoración jurídica de los hechos del caso. Configuración de defectos fácticos.**

Este yerro de orden constitucional, cuya cristalización atenta en contra del derecho fundamental al debido proceso de los sujetos procesales, ha sido definido por la jurisprudencia constitucional así:

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-008 del 20 de enero de 2020, MP. Dra. Diana Fajardo Rivera.

“(…) 3.2.1. Respecto del **defecto sustantivo**, la Corte ha establecido que se trata de un error producto de la irregular interpretación o aplicación de normas jurídicas a un caso sometido a conocimiento del juez. Si bien las autoridades judiciales son autónomas e independientes para establecer cuál es la norma que fundamenta la solución del caso puesto bajo su conocimiento -y para interpretarlas y aplicarlas-, estas facultades no son absolutas, por lo que excepcionalmente el juez de tutela debe intervenir para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y de la Constitución, sin que ello implique señalar la interpretación correcta o conveniente en un caso específico por encima del juez natural.

La Corte ha indicado que este defecto se presenta de diferentes maneras, como cuando:

(i) La decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente, b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia, c) es inexistente, d) ha sido declarada contraria a la Constitución, o e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador.

(ii) A pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, *prima facie*, dentro del margen de interpretación razonable o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación *contra legem*) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes” o cuando se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial.

(iii) No se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos *erga omnes*.

(iv) La disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución.

(v) Un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”.

(vi) La decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso.

(vii) Se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto.

En ese sentido, se tiene que no cualquier divergencia frente al criterio interpretativo en una decisión judicial configura un defecto sustantivo, solo aquellas que resultan irrazonables, desproporcionadas, arbitrarias y caprichosas, de lo contrario no sería

procedente la acción de tutela. Por tanto, se debe tratar de una irregularidad de tal entidad que haya llevado a proferir una decisión que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos fundamentales. De esta manera, se ha señalado que pueden existir vías jurídicas distintas para resolver un caso concreto, admisibles en la medida que sean compatibles con las garantías y derechos fundamentales de los sujetos procesales. (...)”<sup>11</sup> (subrayado no original).

Pues bien, considerando los anteriores derroteros, de entrada mi representada desea dejar por sentado que no pretende que la presente demanda de tutela de pie a la tramitación de una inexistente tercera instancia para el proceso de controversias contractuales ya finalizado. Los argumentos que a continuación se expondrán no buscan simplemente denotar una interpretación normativa más conveniente o acertada -legalmente hablando- que aquella por la que se inclinaron los Jueces contractuales. Al contrario, lo que se pretende demostrar es que la hermenéutica que alimentó a las sentencias violatorias del derecho al debido proceso, es manifiestamente irrazonable y alejada del texto y espíritu de las reglas legales que determinan la competencia para imponer multas contractuales. Esto, por cuanto, los efectos conminatorios -y no meramente sancionatorios- propios de tales sanciones pecuniarias se desprenden de la existencia de las multas, y no del procedimiento administrativo que debe anteceder a su decreto; siendo esto último lo que de forma totalmente injustificada sostuvieron los falladores del trámite ordinario.

En efecto, del documento contentivo de la sentencia del *a quo*, particularmente de los apartes contenidos en las p. 12, 13, 14, 18, 25 y 27, se desprende que una de las premisas de la tesis central defendida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO se puede sintetizar así: la sola existencia de un procedimiento administrativo iniciado con el fin de verificar o no la imposición de una multa contractual, resulta suficiente para satisfacer la teleología conminatoria de las multas, antes que éstas se pronuncien y se notifiquen en los términos del art. 86 de la Ley 1474 de 2011.

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-008 del 20 de enero de 2020, MP. Dra. Diana Fajardo Rivera.

Esta perspectiva fue ratificada por la SUBSECCIÓN A, en los siguientes términos, bajo los cuales dio exclusividad a la naturaleza sancionatoria de la multa por sobre su verdadero propósito conminatorio:

“(…) En relación con la inobservancia de su naturaleza conminatoria, la Sala, contrario a lo afirmado por el recurrente, considera de recibo los argumentos del Tribunal a quo, en tanto estimó que el Invías no desconoció el carácter de apremio previsto en la cláusula contentiva de la multa, en razón a que esa fue la esencia que se mantuvo durante el procedimiento sancionatorio que le dio origen<sup>12</sup> (…)

Es indudable la esencia conminatoria que rodeó el procedimiento sancionatorio que culminó con la expedición de la Resolución 08298 del 28 de noviembre de 2008, frente a lo cual cabe anotar que, si bien esta decisión se dictó faltando dos días para vencerse el plazo contractual, lo cierto es que ello no riñe con la previsión contenida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que, por un lado, se configuró el supuesto tanto fáctico como convencional y normativo para su imposición, consistente en el incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del contratista, y, de otra parte, no pugna con lo dispuesto en esta norma jurídica, según la cual las obligaciones que sirven de soporte a la multa deben estar pendientes de ejecución, debido a que claramente se hallaban insatisfechas y, por ello, en mora de ser cumplidas; de ahí su incumplimiento<sup>13</sup>. (…)

Lo anterior no se traduce en que, terminado el procedimiento sancionatorio, faltando poco para el vencimiento del contrato, pero habiendo verificado el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, que fue lo que motivó su inicio, pero cuya prolongación no se dio por dilaciones injustificadas del ente público, la entidad haya perdido la competencia para ejercer su potestad punitiva, por cuanto, se reitera, la finalización de ese procedimiento dio lugar al surgimiento de la condición suspensiva para su activación, el supuesto fáctico y normativo consistente en el incumplimiento comprobado de las obligaciones a cargo del contratista<sup>14</sup> (…)

Como síntesis de lo expuesto, resulta viable concluir que para el momento de la expedición de las Resoluciones 08298 del 28 de noviembre de 2016 y 08443 del 29 de noviembre de 2016, aún se encontraban pendientes de ejecutar algunas prestaciones a cargo del contratista, con independencia de que faltara poco para el vencimiento del plazo contractual, de tal suerte que se respetó el supuesto normativo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

---

<sup>12</sup> V. p. 42 de la sentencia de segunda instancia.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 44.

El carácter conminatorio de la multa surtió efecto desde el mismo momento en que se inició el procedimiento sancionatorio encaminado a la determinación de las sanciones que desencadenaría el incumplimiento en los términos pactados en la respectiva cláusula, en caso de comprobarse, dado que se cumplieron parcialmente las obligaciones insatisfechas, en el primer caso durante la actuación administrativa que antecedió a la imposición de la multa, y, en el segundo, a instancia del recurso de reposición<sup>15</sup>. (...)

Por último, no puede perderse de vista que, en todo caso, los incumplimientos consignados tanto en la Resolución 08443 como en la 08298 persistieron, condición que abría paso al ejercicio del poder sancionatorio por parte de la administración contratante; lo opuesto equivaldría a abandonar a la impunidad la ejecución tardía o defectuosa de las obligaciones contraídas por el contratista, acerto que no puede ser avalado por esta instancia<sup>16</sup>. (...).”

Pues bien, sobre el particular es necesario anotar, respetuosamente, que la postura esgrimida por el TRIBUNAL y la SUBSECCIÓN A atentan claramente contra la esencia y teleología de la institución de las multas en los contratos regidos por el Estatuto General de Contratación Pública. De acuerdo a éste, la finalidad presionante de las multas, que va más allá de su naturaleza meramente sancionatoria, solo puede concebirse, como resulta lógico, cuando el acto administrativo que las impone nace a la vida jurídica. Ello no puede predicarse cuando apenas existe la mera posibilidad de su existencia, en el seno de un procedimiento que, hasta el acto final condenatorio, ha de adelantarse a la luz del principio constitucional de presunción de inocencia del contratista y del garante. El art. 17 de la Ley 1150 de 2007 deriva claramente el efecto coercitivo y conminatorio a partir de la existencia de la multa, no del trámite administrativo que le precede:

-Art. 17 Ley 1150 de 2007: “ (...) En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a 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.** Esta **decisión deberá estar precedida** de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al

---

<sup>15</sup> Ibídem, p. 45.

<sup>16</sup> Ibídem, p. 46.

debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista” (resaltado y subrayado no originales).

La anterior regla legal acertadamente reconocida por la SUBSECCIÓN A como la norma fundante de la competencia exorbitante ejercida por el INVÍAS en las resoluciones que se reprocharon en el procedimiento de controversias contractuales<sup>17</sup>. Por ende, de la correcta interpretación de esta norma depende la delimitación del ámbito de competencia de la entidad pública contratante. Y el tenor literal de la misma es completamente diáfano al prescribir que el fin conminatorio que es ínsito a la imposición de las multas contractuales NO se satisface con la mera existencia del procedimiento administrativo que debe anteceder a su imposición. Por el contrario, dicho objetivo es producto de la imposición (acto administrativo definitivo, art. 44<sup>18</sup> CPACA), que a su vez solo puede ser consecuencia de la terminación del procedimiento administrativo correspondiente.

No se requiere de una interpretación del art. 17 de la Ley 1150 que vaya más allá de su contenido literal. Pero si así fuere el caso, la jurisprudencia ha sido clara en sostener que, la multa, y no el procedimiento, es el instrumento de conminación contractual. Por lo que, en el evento en que se desfigure su naturaleza, su imposición carece de objeto y por ende no resulta acorde con el ordenamiento y las finalidades que este ha previsto.

En verdad, obsérvese cómo incluso las mismas citas jurisprudenciales fijadas en la sentencias apuntan en la dirección de señalar que el efecto conminatorio se consigue con la imposición de la multa; evento que resulta posterior a, y es consecuencia, del procedimiento administrativo en el cual se discutió su procedibilidad, y en el cual la Administración debió satisfacer la carga probatoria y argumentativa necesaria para determinar la ocurrencia del incumplimiento

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 19: “Con todo, el panorama descrito varió con la expedición de la Ley 1150 de 2007, norma que, a través de su artículo 17, abrió paso a que las entidades estatales recobrarán la potestad legal para imponer multas unilateralmente y para declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal”.

<sup>18</sup> “Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”.

contractual parcial, y si la multa a imponer satisfacía el propósito para el cual fue instituida en nuestro ordenamiento:

-P. 24 de la sentencia de primera instancia: “(...) A la sazón debe preverse que, en lo relativo al límite temporal de la administración para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato e imponer las multas respectivas, en la parte conceptual de la ratio decidendi de esta providencia se dijo que era para la viabilidad e imposición de las multas, resulta necesario que no se haya vencido el plazo de ejecución del contrato o decretado su caducidad, de manera que las multas solo pueden adoptarse en vigencia del contrato para compeler al contratista al cumplimiento de las obligaciones incumplidas, luego de lo cual la administración pierde la facultad o competencia para imponer tales multas, en razón del tiempo. (...)”<sup>19</sup>.

-P. 11 y 12 de la sentencia de segunda instancia: “(...) A su turno, el Consejo de Estado, a propósito de su diferencia con la función resarcitoria -encaminada a reparar las consecuencias de la inejecución- o indemnizatoria que pueda entrañar la sanción inmersa de la cláusula penal pecuniaria propiamente de manera reiterada ha destacado que la multa “se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (...) con el objeto de apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, **una vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual**”<sup>20</sup> (...)”<sup>21</sup> (resaltado fuera de texto).

-Sentencia de segunda instancia: “(...) En materia de contratación estatal, la doctrina ha sostenido que el objeto primordial de las multas, como expresión del poder de control y dirección de Estado en la ejecución del negocio “*es actuar en forma compulsiva sobre este para constreñirlo al más exacto cumplimiento de sus obligaciones*”<sup>22</sup>.

A su turno, el Consejo de Estado, a propósito de su diferencia con la función resarcitoria -encaminada a reparar las consecuencias de la inejecución- o indemnizatoria que puede entrañar la sanción inmersa en la cláusula penal pecuniaria propiamente, de manera reiterada ha destacado que la multa “*se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (...) con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de*

---

<sup>19</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Subsección C. Sentencia del 23 de octubre de 2017, Exp. No. 25000233600020130080201 (53206), CP. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. No. 28875. CP. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>21</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 1 de febrero de 2018, Exp. No. 25000-23-26-000-2009-00082-01(52549), CP. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>22</sup> BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos, Segunda edición, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980. Página 415.

*sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual*<sup>23</sup>. (...)

Así mismo, la orientación interpretativa que privilegia la condición conminatoria, que no indemnizatoria de la multa en el ámbito de la contratación del Estado, se justifica en la composición literal de la fuente legal que actualmente la dota de sustento, en cuanto contempla que estas “*proceden únicamente mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista*”<sup>24</sup> y a través de su utilización lo que se procura es “**conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones**”. (...).”

Ciertamente, si el propósito de una multa contractual es compeler al contratista a subsanar un incumplimiento parcial, y la multa solo puede decretarse después de surtir un procedimiento administrativo reglado, en el cual se parte de la premisa de la inocencia del contratista, y se deben allegar elementos probatorios que permitan verificar si el incumplimiento existe, no puede aseverarse que el mero comienzo o la sola existencia del referido trámite administrativo resulta suficiente para alcanzar o materializar una finalidad que solo se deriva o concreta con el acto definitivo condenatorio producto del proceso.

Asumir la postura contraria, como se hizo en la sentencia de primer grado, equivale a decir, por ejemplo, que los fines buscados en el Código Penal con una pena privativa de la libertad (v.gr. prevención general y especial, resocialización, etc.) se obtienen solo con la iniciación de la etapa del juicio oral.

Es decir, deviene en contraintuitivo afirmar que el solo procedimiento administrativo contractual *per se* puede impeler al contratista a cumplir, cuando la existencia del incumplimiento que debe ser corregido solo puede predicarse, certeramente, cuando la entidad contratante así lo declare en un acto administrativo decisorio final. Por tal razón es que las normas que regulan las garantías

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. 28875, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>24</sup> Así se lee en el texto del artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

contractuales<sup>25</sup>, establecen que solo puede hablarse de un siniestro de cara a la póliza de cumplimiento, cuando la Administración emite una declaración en tal sentido, mediante un pronunciamiento administrativo. Y es por la misma razón que la jurisprudencia contencioso administrativa vertida en relación a las multas es coincidente en ligar la teleología conminatoria de las mismas con la existencia de la multa como tal; cual es uno de los posibles resultados del procedimiento administrativo que ha de preceder a su imposición.

En últimas, desde una perspectiva lógica y ontológica, no es plausible sostener que se alcanza la finalidad ideada para una institución que se cristaliza a través de un acto administrativo existente y que se debe notificar, mientras dicho acto no exista ni se notifique.

Amén de constituir un yerro cronológico, pues es evidente que el acto que debe satisfacer la finalidad de presionar al contratista es producto del procedimiento y no su punto de partida, el discurso argumentativo del *a quo* también desconoce caros principios constitucionales, como el debido proceso y la presunción de inocencia, pues en modo alguno un trámite administrativo contractual puede comenzarse invirtiendo la carga probatoria en contra del contratista y del garante. Y, aunado a lo anterior, también se comprende erróneamente el propósito del mismo procedimiento administrativo, ya que los trámites adelantados por la Administración no pueden concebirse como amenazas a los administrados para ajustar su conducta, sino como espacios procesales, deliberativos y democráticos, en los que, con base en una vigorosa controversia probatoria, se puedan establecer la ocurrencia y magnitud de las acciones y omisiones imputadas, para ahí sí entrar a imponer las consecuencias de ley y desarrollar los fines pretendidos con las mismas.

-“(…) El debido proceso es un derecho fundamental. Posee una estructura compleja, en tanto se compone por un plexo de garantías que deben ser observadas en todo

---

<sup>25</sup> Art. 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto 1082 de 2015 (art. 128 del Decreto 1510 de 2013): “Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así: (...) 2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro”.

procedimiento administrativo o judicial, escenarios en los que operan como mecanismo de protección a la autonomía y libertad del ciudadano y límites al ejercicio del poder público. Por ese motivo, el debido proceso es también un principio inherente al Estado de Derecho, cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad. Así lo ha explicado la Corte:

“(…) el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos”.<sup>26</sup>

En ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha definido el debido proceso como el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo.<sup>27</sup> Entre estas se cuentan el principio de legalidad, el derecho al acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del juez natural, **la garantía de los derechos de defensa y contradicción**, el principio de doble instancia, **el derecho de la persona a ser escuchada** y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> C-980 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

<sup>27</sup> La extensión del debido proceso a las actuaciones administrativa constituye una de las notas características de la Constitución Política de 1991. Al respecto, y en un escenario semejante al que debe abordarse en esta decisión, ver la sentencia C-980 de 2010.

<sup>28</sup> En la citada sentencia C-980 de 2010, se ahonda en este aspecto: “8. A partir de una noción de “procedimiento” que sobrepasa el ámbito de lo estrictamente judicial, el procedimiento administrativo ha sido entendido por la doctrina contemporánea como el modo de producción de los actos administrativos [García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo. Ed. Cívitas S.A. Madrid 1992. Pág. 420]. Su objeto principal es la satisfacción del interés general mediante la adopción de decisiones por parte de quienes ejercen funciones administrativas. La Constitución Política reconoce la existencia de este tipo de procesos en el mundo jurídico, cuando en el artículo 29 prescribe su sujeción a las garantías que conforman la noción de debido proceso. Entre el proceso judicial y el administrativo existen diferencias importantes que se derivan de la distinta finalidad que persigue cada uno. Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. No obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso” “3.2. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección

Esas garantías se encuentran relacionadas entre sí, de manera que -a modo de ejemplo- el principio de publicidad y la notificación de las actuaciones constituyen condición para el ejercicio del derecho de defensa, y **la posibilidad de aportar y controvertir las pruebas, una herramienta indispensable para que las decisiones administrativas y judiciales se adopten sobre premisas fácticas plausibles. De esa forma se satisface también el principio de legalidad, pues solo a partir de una vigorosa discusión probatoria puede establecerse si en cada caso se configuran los supuestos de hecho previstos en las reglas legislativas y qué consecuencias jurídicas prevé el derecho para esas hipótesis.**<sup>29</sup>

Una de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas.<sup>30</sup> Ello demuestra la intención constituyente de establecer un orden normativo en el que el ejercicio de las funciones públicas se encuentra sujeto a límites destinados a asegurar la eficacia y protección de la persona, mediante el respeto por sus derechos fundamentales. El Estado Constitucional de Derecho es, desde esta perspectiva, un conjunto de garantías de esos derechos, al tiempo que las normas que determinan la estructura del Estado y sus instituciones deben interpretarse en función de esas garantías. (...)”<sup>31</sup> (resaltado no original).

-“(…) En principio, todos los derechos que integran el debido proceso deben ser aplicables en materia administrativa, porque el mandato constitucional quiso extender, sin distinciones, este haz de garantías al campo administrativo. Esta idea no es más que la aplicación del principio del efecto útil en la interpretación de las normas, a la vez que una forma de realizar el mandato constitucional de manera efectiva.

---

del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. || 3.3. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”<sup>28</sup>.

<sup>29</sup> Ver, sentencias C-096 de 2001 (MP. Álvaro Tafur Galvis), C-1114 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño. SV. Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil, Eduardo Montealegre Lynnet. SPV. Clara Inés Vargas Hernández y Manuel José Cepeda Espinosa y AV. Manuel José Cepeda Espinosa), C-980 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), C-012 de 2013 (MP. Mauricio González Cuervo) y C-016 de 2013 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

<sup>30</sup> En los considerandos sucesivos, la exposición toma como fundamento, principalmente, las sentencias C-089 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), C-980/10 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y C-012 de 2013 (MP. Mauricio González Cuervo). Sin embargo, destaca la Sala que esas consideraciones corresponden a una doctrina pacífica, constante y uniforme sobre el alcance del debido proceso administrativo; sus relaciones y diferencias con el debido proceso judicial.

<sup>31</sup> Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-034 del 29 de enero de 2014, MP. Dra. María Victoria Calle Correa.

No obstante lo anterior, es forzoso aceptar que i) muchos de esos principios rigen en materia administrativa en forma plena y absoluta (...) Pertenecen, por ejemplo, al primer grupo, el derecho a ser investigado y sancionado por la autoridad competente, a que se observen las formas propias del procedimiento, a que no se dilate injustificadamente el procedimiento, **a que se presuma la inocencia** (...)”<sup>32</sup> (resaltado no original).

**“(...) Su espacio de aplicación se expresa en el deber que asume la administración de demostrar que el contratista ha incumplido alguna de sus obligaciones o deberes, si pretende sancionarlo por ello, como quiera que la presunción de que no es responsable lo protege. En esta perspectiva, la carga de acreditar la mora o el incumplimiento recae en la administración, como titular del ius puniendi administrativo, y por eso requiere pruebas al interior del respectivo proceso para desvirtuar la presunción. (...)**”<sup>33</sup> (resaltado no original)

En este orden de ideas, resulta completamente extraño a los contornos normativos que determinan la existencia de las multas, y la competencia para su concreción, el que se sostenga que los propósitos coercitivos y sancionatorios propios de las multas contractuales se obtienen cuando apenas se abren los trámites administrativos en los que se va a indagar sobre la existencia o no de las hipótesis que daban lugar a la necesidad de presionar al contratista (incumplimientos parciales). Tales finalidades solo pueden cumplirse en la medida en que la multa exista y se notifique en los estrictos y precisos términos requeridos para su eficacia. ¿Acaso un pliego de cargos por un determinado presunto incumplimiento debe entonces equipararse - teleológicamente- al acto administrativo que declara un incumplimiento? Hacerlo implica de entrada desconocer la existencia del art. 29 de la Constitución Política.

Tan depende el efecto conminatorio de la multa de su imposición, y no de la existencia del procedimiento, que si en el marco del procedimiento se supera el incumplimiento, no hay nada que subsanar y la multa pierde su razón de ser (art. 86 Ley 1474 de 2011: “(...) *La entidad podrá*

---

<sup>32</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de noviembre de 2005. Expediente 1996-02184-01 (14157) MP Alier Hernández Enríquez.

<sup>33</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 30 de marzo de 2011, Exp. No. 20917, CP. Dr. Enrique Gil Botero.

*dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento. (...)*”).

Adicionalmente, tampoco puede colegirse la juridicidad de una interpretación muy equivocada de los objetivos y fines del procedimiento administrativo contractual consagrado en el art. 86 de la Ley 1474, solamente en cuanto dicho procedimiento, en gracia de discusión, produjo las consecuencias esperables conforme a la hermenéutica errada<sup>34</sup>. El fin no justifica los medios. Del solo hecho que una competencia ejercida ilegalmente obtenga, parcialmente, los resultados esperados, no puede derivarse que se purga la ilegalidad<sup>35</sup>. Los procedimientos, se insiste, son escenarios en los que, partiendo de la base de la presunción de inocencia del contratista y de su garante, se desarrolle una dialéctica argumentativa y probatoria que permita alcanzar la verdad procesal. No son instrumentos creados para ejercer presiones ni conminaciones e ninguna estirpe.

Tan carente de soporte lógico resulta la valoración normativa que sirvió de basamento a los juzgadores del trámite de controversias contractuales que, si se acogiera su postura<sup>36</sup>, se llegaría a patrocinar conductas de las entidades públicas tales como abrir el procedimiento sancionatorio contractual atinente a la imposición de multas antes del fin de la vigencia contractual, y entrar a fijar la multa conminatoria después, cuando ya no hay prestaciones contractuales que ejecutar.

---

<sup>34</sup> V. p. 45 y 46 de la sentencia de la SUBSECCIÓN A: “El carácter conminatorio de la multa surtió efecto desde el mismo momento en que se inició el procedimiento sancionatorio encaminado a la determinación de las sanciones que desencadenaría el incumplimiento en los términos pactados en la respectiva cláusula, en caso de comprobarse, dado que se cumplieron parcialmente las obligaciones insatisfechas, en el primer caso durante la actuación administrativa que antecedió a la imposición de la multa, y, en el segundo, a instancia del recurso de reposición”.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 42: “De lo expuesto resulta claro que no es que el incumplimiento atribuido en un principio a la unión temporal Segundo Centenario no hubiera sido real y sustentado; aconteció, por el contrario, que siendo cierto y tangible, el contratista se allanó a la satisfacción de algunas de sus obligaciones incumplidas, con lo cual en manera alguna puede desconocerse el poder conminatorio intrínseco que surtió en la práctica el procedimiento sancionatorio adelantado para la imposición de la correspondiente sanción que tendría lugar en caso de que el incumplimiento no se superara como, en efecto, sucedió”.

<sup>36</sup> V. 42 de la sentencia de la SUBSECCIÓN A: “En relación con la inobservancia de su naturaleza conminatoria, la Sala, contrario a lo afirmado por el recurrente, considera de recibo los argumentos del Tribunal a quo, en tanto estimó que el Inviás no desconoció el carácter de apremio previsto en la cláusula contentiva de la multa, en razón a que esa fue la esencia que se mantuvo durante el procedimiento sancionatorio que le dio origen”.

De otro lado, no puede perderse de vista que, so pretexto de defender su naturaleza genérica sancionatoria, no se puede dejar de lado el necesario efecto práctico conminador de las multas, que es el expresamente estipulado en la norma legal que habilita el ejercicio de la competencia, tal cual se ha visto. No es suficiente para la procedibilidad de las multas sim

Por tal motivo, el enfoque del análisis judicial de la figura no puede limitarse simplemente a concebir a las multas contractuales solamente como un instrumento diseñado, exclusivamente, para evitar que los incumplimientos parciales del contratista adolezcan de impunidad<sup>37</sup>. Las multas no pueden tener como propósito el castigar por castigar. No son una sanción llana y exclusivamente. No es suficiente con que se utilicen para impactar negativamente el patrimonio del contratista incumplido, para dar correcta aplicación al art. 17 de la Ley 1150 de 2007. Es menester que se satisfaga el verdadero objetivo legalmente explicitado en dicha norma legal: que la imposición de la multa -no el procedimiento que le da vida – tenga la virtualidad de conminar al contratista a la ejecución de las prestaciones pendientes de cumplimiento.

---

<sup>37</sup> V. la sentencia de la SUBSECCIÓN A: “(...) Esto último se explica precisamente en su estirpe sancionatoria, pues ante la comprobación del apartamiento de los compromisos negociales por parte del contratista, el Estado está llamado a activar su facultad punitiva, no solo para lograr el cumplimiento del objeto contratado sino para sentar un precedente en el escenario de su actividad contractual dirigido a evitar que los colaboradores de la administración continúen incumpliendo sus obligaciones convencionales y que al cabo no dejan de ser conductas antijurídicas que no pueden prohijarse ni por el ordenamiento ni por el juez del contrato, de cara al riesgo que suponen en la protección del fin colectivo involucrado en la celebración del negocio jurídico. (...)”

Lo anterior no se traduce en que, terminado el procedimiento sancionatorio, faltando poco para el vencimiento del contrato, pero habiendo verificado el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, que fue lo que motivó su inicio, pero cuya prolongación no se dio por dilaciones injustificadas del ente público, la entidad haya perdido la competencia para ejercer su potestad punitiva, por cuanto, se reitera, la finalización de ese procedimiento dio lugar al surgimiento de la condición suspensiva para su activación, el supuesto fáctico y normativo consistente en el incumplimiento comprobado de las obligaciones a cargo del contratista. (...)”

Por último, no puede perderse de vista que, en todo caso, los incumplimientos consignados tanto en la Resolución 08443 como en la 08298 persistieron, condición que abría paso al ejercicio del poder sancionatorio por parte de la administración contratante; lo opuesto equivaldría a abandonar a la impunidad la ejecución tardía o defectuosa de las obligaciones contraídas por el contratista, acerto que no puede ser avalado por esta instancia. (...)”

Es decir, la condición suspensiva que debe verificarse para que una multa contractual esté amparada por el ordenamiento jurídico no se circunscribe a la constatación de un incumplimiento contractual<sup>38</sup>. Si las multas, cuando surgen, no pueden satisfacer la finalidad conminatoria por cualquier motivo, incluso ausencia de tiempo para que el contratista alcance a cumplir, el acto administrativo no tiene razón de ser. Y ello no implica, en modo alguno, que se favorezca algún atisbo de impunidad para favorecer al contratista incumplido<sup>39</sup>. Si, por ejemplo, dada la cercanía de una posible multa con la terminación de la vigencia contractual dicha sanción ya no tiene cabida, nada obsta para que, configurándose un incumplimiento definitivo con el fin del periodo contractual, el contratista asuma con su patrimonio los perjuicios contractuales directos irrogados a la entidad pública contratante (v.gr. cláusula penal). Y aunque esto último no constituya propiamente un castigo, sin duda sí se erige en una consecuencia pecuniaria que el contratista -y posiblemente su garante- deben sufrir, para evitar el desmedro del patrimonio público.

Así las cosas, resulta factible concluir que la interpretación de los Jueces contractuales frente al alcance y contenido de los arts. 17 de la Ley 1150 y 86 de la Ley 1474 devienen en arbitrarios e irrazonables. Socava los principios más básicos del Estado de derecho el que, soslayando la presunción de inocencia, se le achacen a un procedimiento administrativo características punitivas y sancionatorias que solo pueden predicarse del resultado deliberativo de dicho procedimiento: el acto administrativo final. Y se desfigura completamente la naturaleza jurídica

---

<sup>38</sup> V. p. 44 de la sentencia de la SUBSECCIÓN A: “Lo anterior no se traduce en que, terminado el procedimiento sancionatorio, faltando poco para el vencimiento del contrato, pero habiendo verificado el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, que fue lo que motivó su inicio, pero cuya prolongación no se dio por dilaciones injustificadas del ente público, la entidad haya perdido la competencia para ejercer su potestad punitiva, por cuanto, se reitera, la finalización de ese procedimiento dio lugar al surgimiento de la condición suspensiva para su activación, el supuesto fáctico y normativo consistente en el incumplimiento comprobado de las obligaciones a cargo del contratista”.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 41: “Esto último se explica precisamente en su estirpe sancionatoria, pues ante la comprobación del apartamiento de los compromisos negociales por parte del contratista, el Estado está llamado a activar su facultad punitiva, no solo para lograr el cumplimiento del objeto contratado sino para sentar un precedente en el escenario de su actividad contractual dirigido a evitar que los colaboradores de la administración continúen incumpliendo sus obligaciones convencionales y que al cabo no dejan de ser conductas antijurídicas que no pueden prohibirse ni por el ordenamiento ni por el juez del contrato, de cara al riesgo que suponen en la protección del fin colectivo involucrado en la celebración del negocio jurídico”.

de las multas cuando éstas son miradas restrictivamente, solamente como un castigo económico, y no como lo que explícitamente señaló el legislador de la Ley 1150: como un instrumento que debe poseer la virtualidad fáctica y jurídica de constreñir al contratista a satisfacer las prestaciones que aun se encuentren pendientes.

Ahora bien, estos evidentes desatinos en el entendimiento de las normas legales relevantes para desatar la controversia contractual, ocasionaron, a su vez, una valoración jurídica totalmente desfasada de los hechos del caso:

Ciertamente, considerando, una vez más, que las consecuencias conminatorias de las multas se generan únicamente a partir de su imposición, se pregunta: ¿qué objeto tiene conminar a un contratista a que cumpla una serie de prestaciones técnicas, cuando apenas faltaba dos y un día para el fenecimiento del término de vigor del Contrato (30 de noviembre de 2016)? La respuesta es evidente: ninguno. No tiene ninguna justificación el conminar a un contratista a cumplir las prestaciones de orden técnico derivadas de Contrato cuya vigencia estaba a punto, a horas de acabar; aspecto de hecho que fue obviado por completo por los Jueces contractuales<sup>40</sup>:

“(…)3.2.2. Por otra parte, la Corte ha indicado que el **defecto fáctico** se configura cuando el apoyo probatorio en el cual se basa el juzgador para resolver un caso es absolutamente inadecuado. Así, si bien la valoración de las pruebas corresponde al juez, en ejercicio de los principios de autonomía e independencia judicial, de su papel como director del proceso, de los principios de inmediación y de apreciación racional de la prueba, este amplio margen de evaluación está sujeto a la Constitución y a la ley. Por esa razón, debe realizarse conforme a unos criterios objetivos, racionales y rigurosos, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, los parámetros de la lógica, de la ciencia y de la experiencia.

---

<sup>40</sup> V. p. 43 de la sentencia de la SUBSECCIÓN A: “Es indudable la esencia conminatoria que rodeó el procedimiento sancionatorio que culminó con la expedición de la Resolución 08298 del 28 de noviembre de 2008, frente a lo cual cabe anotar que, si bien esta decisión se dictó faltando dos días para vencerse el plazo contractual, lo cierto es que ello no riñe con la previsión contenida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que, por un lado, se configuró el supuesto tanto fáctico como convencional y normativo para su imposición, consistente en el incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del contratista, y, de otra parte, no pugna con lo dispuesto en esta norma jurídica, según la cual las obligaciones que sirven de soporte a la multa deben estar pendientes de ejecución, debido a que claramente se hallaban insatisfechas y, por ello, en mora de ser cumplidas; de ahí su incumplimiento”.

A partir de lo anterior, en la práctica judicial la Corte ha encontrado tres hipótesis en las cuales se configura el defecto fáctico: *(i)* cuando existe una omisión en el decreto y en la práctica de pruebas que eran necesarias en el proceso; *(ii)* cuando se hace una valoración defectuosa o contraevidente de las pruebas existentes; y *(iii)* cuando no se valora en su integridad el acervo probatorio.

Estas hipótesis pueden configurarse por conductas omisivas o activas, dando lugar a las dos dimensiones del defecto fáctico, la negativa (u “omisiva”) y la positiva (o “por acción”). La primera se presenta cuando el juez se niega a dar por probado un hecho que aparece en el proceso, sea porque *(i)* niega, ignora o no valora las pruebas solicitadas; o *(ii)* a pesar de poder decretar la prueba, no lo hace por razones injustificadas. La segunda se presenta cuando, a pesar de que la prueba sí obra en el proceso, el juez *(i)* hace una errónea interpretación de ella, al atribuirle la capacidad de probar un hecho que no aparece en el proceso o al estudiarla de manera incompleta; *(ii)* valora pruebas ineptas o ilegales; o *(iii)* valora pruebas indebidamente practicadas o recaudadas.

No obstante, no se trata de cualquier yerro, por cuanto éste debe satisfacer los requisitos de *(i)* irrazonabilidad, que quiere decir que el error debe ser ostensible, flagrante y manifiesto; y *(ii)* trascendencia, que implica que el error alegado debe tener ‘incidencia directa’, ‘trascendencia fundamental’ o ‘repercusión sustancial’ en la decisión judicial adoptada, lo que quiere decir que, de no haberse presentado, la decisión hubiera sido distinta. De esta manera, se tiene que las divergencias subjetivas de la apreciación probatoria no configuran un defecto fáctico.

Esto es así, porque frente a interpretaciones diversas y razonables, el juez natural debe determinar, conforme con los criterios señalados, cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto. En consecuencia, el juez de tutela debe privilegiar los principios de autonomía e independencia judicial, por lo que debe considerar que, en principio, la valoración de las pruebas realizadas por el juez natural es razonable y legítima.

En ese sentido, el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, por lo que su intervención debe ser de carácter extremadamente reducido. Lo anterior, en la medida en que el juez constitucional no puede percibir como fuente directa los elementos probatorios tanto como el juez ordinario en ejercicio del principio de inmediación probatoria. (...)”<sup>41</sup>(subrayado no original).

En efecto, si llegado el 30 de noviembre de 2016 ya el incumplimiento del contratista iba a adquirir un cariz total, definitivo y consolidado (vencimiento del plazo contractual), salta a la

---

<sup>41</sup> Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-008 del 20 de enero de 2020, MP. Dra. Diana Fajardo Rivera.

vista que, faltando uno o dos días para el vencimiento del término, era imposible sustraerse de dicha problemática, puesto que en esas horas faltantes era imposible que el contratista sintiera el apremio y solucionara **todas** las falencias detectadas, dada su entidad y cantidad, así en gracia de discusión, y de manera pos contractual, hubiera solventando una.

En tal virtud, es claro que para el 28 y 29 de noviembre de 2016, las faltas obligacionales castigadas por el INVÍAS ya habían perdido su connotación de incumplimientos parciales, pues sin importar qué medidas se adoptaran, era inevitable que para el día 30 de noviembre de 2016 se iban a erigir en incumplimientos totales. Y, conforme a la jurisprudencia citada, las multas contractuales están pensadas para conminar a la subsanación de incumplimientos parciales, no a sancionar incumplimientos que prácticamente tenían naturaleza cabal.

Consecuentemente, es evidente que el efecto de apremio sólo se vino a generar cuando el mismo ya carecía de todo sentido jurídico y de utilidad práctica, en atención a que el mismo surgió cuando faltaban horas para el vencimiento del plazo contractual; vencimiento en punto del cual el incumplimiento del contratista, por no cumplir con las obligaciones reprochadas a tiempo, ya sería “(...) *total y definitivo* (...)”, según lo tiene entendido el Consejo de Estado (v. citas anteriores), lo cual hace injustificado el recurso a una multa conminatoria pensada solamente para incumplimientos parciales.

Por consiguiente, resulta plausible sostener que las multas impuestas por la entidad demandada no atendieron los fines para lo cual se encuentra prevista la institución de las multas contractuales en el ordenamiento, pues antes que mover al contratista a satisfacer obligaciones atinentes a un tiempo contractual que, *ex ante*, se sabía iba que estaba *ad portas* de finalizar, terminó convirtiéndose en una simple y llana sanción personal a la Unión Temporal, sin vocación alguna para impulsar la ejecución contractual.

Respecto a este último aspecto, las sentencias contractuales de instancia anotaron que las multas sí lograron un impacto conminatorio en la Unión Temporal, habida cuenta que la subsanación

de un incumplimiento produjo una redacción de la sanción impuesta originalmente mediante la Resolución No. 08443 del 29 de noviembre de 2016<sup>42</sup>.

Pues bien, en torno a dicho argumento, debe señalarse lo siguiente, respecto al alcance probatorio de documentos del expediente, aspectos que fueron ignorados por completo en las sentencias tuteladas (no valoración cabal del acervo probatorio, defecto fáctico): en primer lugar, que de la lectura de las páginas 86 a 87, 103 a 104 de la Resolución No. 01495 del 6 de marzo de 2017, así como de las páginas 178 a 181 de la Resolución No. 08443 del 29 de noviembre de 2016, se desprende con claridad que la diligencia a partir de la cual se “confirmó”, según el INVÍAS, el incumplimiento en cuestión, tuvo lugar el 4 de noviembre de 2016. Si bien es verdad que la Resolución No. 01495 del 6 de marzo de 2017 indica que la falta contractual fue superada, no hay ningún elemento de juicio que nos permita inferir que dicha subsanación tuvo lugar con ocasión y después de la multa proferida el 29 de noviembre de 2016. Posiblemente, los correctivos se adoptaron por el contratista antes de dicha fecha, en el interregno acaecido entre el 4 de noviembre de 2016 y el 29 del mismo mes y año. Posiblemente fue después. En todo caso, no se puede afirmar con certeza y seguridad, como lo hacen la SUBSECCIÓN A, que la subsanación parcial del incumplimiento se dio como efecto de la multa consignada en la Resolución No. 08443 del 29 de noviembre de 2016<sup>43</sup>.

De todos modos, incluso si fuere cierto que la Unión Temporal sí adoptó el correctivo después de la multa pronunciada el 29 de noviembre de 2016 -lo cual, se insiste, no está probado-, no puede perderse de vista que dicha actuación, así como cualquier otra tarea o trabajo desarrollado por el contratista después del 30 de noviembre de 2016, se acometió al margen de las previsiones contractuales, por fuera del ámbito contractual. Ello se explica debido a que, se reitera, los documentos contractuales son diáfanos en establecer que la “*duración máxima*” de la etapa de construcción iba hasta el 30 de noviembre de 2016.

---

<sup>42</sup> V. p. 23 y 24 de la contestación a la demanda.

<sup>43</sup> V. p. 43 a 45 de la sentencia de la SUBSECCIÓN A.

Lo anterior es de suma trascendencia, como quiera que la finalidad de las multas contractuales, acorde al marco jurídico expuesto al principio del presente acápite, propende por forzar al contratista a solventar incumplimientos parciales, dentro del plazo contractualmente establecido para ejecutar las prestaciones convenidas. Bajo tal supuesto, así pudiera suponerse que, en gracia de discusión, con ocasión a la multa, el contratista solucionó el inconveniente ambiental registrado en uno de los quince (15) puntos reprochados por el INVÍAS, lo cierto es que tal objetivo -incluso loable- se habría cumplido de una manera totalmente ajena al propósito jurídico de las multas contractuales. Esto por cuanto, además que después del 30 de noviembre de 2016 el incumplimiento ya es total y definitivo, lo cual es extraño al campo de acción de las multas (v. la jurisprudencia citada más arriba), resulta un absurdo creer que el impacto deseado con una multa pueda jurídicamente extenderse más allá del plazo pactado para cumplir las obligaciones contractuales.

Así las cosas, aunque, hipotéticamente hablando, se pudiera decir que la multa cumplió mínimamente su objetivo, la obtención de un resultado práctico no “legaliza” los medios empleados por la Administración para la consecución del mismo. Se repite: el fin no justifica los medios. Éstos deben emplearse de acuerdo a las estrictas previsiones fijadas en el ordenamiento para el ejercicio de las competencias estatales (finalidad de tales competencias). Por muy deseable que sea el que se hubiesen logrado solventar todas las fallas contractuales relacionadas en los actos administrativos, resulta ilegal pretender que esa tarea se acometa en el exiguo plazo de uno o dos días, o peor aún después del plazo de ejecución del Contrato.

Consecuentemente, el ínfimo resultado alegado por los Jueces contractuales no puede sanear los vicios de ilegalidad en que incurrió, al pretender conminar al contratista a cumplir varias y complejas prestaciones, cuando faltaban pocas horas para el fenecimiento del plazo contractual. Sobre el particular, recuérdese que el vicio de desviación de poder opera incluso si la finalidad buscada por la Administración fuere conveniente (medidas ambientales en un contrato estatal), cuando dicha finalidad no se enmarca en los propósitos del mecanismo jurídico empleado para

alcanzar el fin: las multas contractuales no están diseñadas para conminar a subsanar incumplimientos preexistentes, una vez finalice el periodo de cumplimiento contractual.

En este orden de ideas, queda patente el carácter irrazonable y arbitrario de la hermenéutica legal con base en la cual los Jueces contencioso administrativos avalaron la legalidad de las resoluciones demandadas. Igualmente, han quedado evidenciadas las consecuencias que de ello se derivaron y su trascendencia en el resultado final del litigio de controversias contractuales. De ahí que se justifique la intervención del Juez de tutela, en aras de corregir el clarísimo desvarío normativo y fáctico en el que se incurrió al haberse concluido, contrariando de frente el ordenamiento aplicable, que unas multas fijadas faltando uno y dos días para el fin del plazo contractual pueden tener algún impacto conminatorio para que se cumpla lo que, irremediablemente, ya estaba condenado al incumplimiento definitivo.

### **3.2). Violación directa de la Constitución.**

Además, respecto a la violación directa de la Constitución, es de suma relevancia tomar en consideración que el correcto ejercicio de las competencias públicas expresamente asignadas por la Constitución y la ley (arts. 6<sup>44</sup> y 121<sup>45</sup> CN), constituye uno de los pilares básicos del Estado Social de Derecho. Dicha corrección depende no solo de que la materialización de la competencia se realice dentro de los causes sustanciales, objetivos y temporales delineados en las normas que la atribuyen, sino también que se respete debidamente la finalidad que inspira su consagración normativa. Por ello, cuando en las sentencias cuestionadas se estableció que las multas contractuales pueden cumplir un fin de conminación incluso antes de su existencia, y a pesar de que las sanciones nacieron faltando solo uno o dos días para la terminación del contrato estatal, se desnaturalizaron cabalmente los derroteros conceptuales plasmados por el legislador para la viabilidad de las multas. Con ello, se patrocinó el desarrollo de una competencia sancionatoria que, en realidad, no se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico patrio.

---

<sup>44</sup> “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

<sup>45</sup> “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

**3.3). Defectos sustantivo y fáctico. Art. 1081 del Código de Comercio. El INVÍAS sí debía conocer los posibles incumplimientos contractuales derivados de la Nota de campo No. 1031 del 24 de julio de 2014 y de la inconformidad plasmada en el oficio No. 998-0157-4241 del 13 de septiembre de 2014.**

Sobre el particular, es necesario destacar que los derechos derivados del contrato de seguro<sup>46</sup>, tienen un término de prescripción ordinaria de dos años contados a partir de la fecha en que el interesado (INVÍAS) conoció o **debido conocer del hecho** que da base a la acción, conforme lo establece el art. 1081 CCo:

“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

**La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.**

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes” (resaltado no original).

Es así cómo, frente a cualquier actuación indemnizatoria derivada del contrato de seguro, se verifica la prescripción ordinaria extintiva de los derechos derivados de la póliza, cuando se da el transcurso de dos años desde el momento en que el interesado tuvo o ha debido tener

---

<sup>46</sup> Todo ello bajo la premisa conforme a la cual el marco jurídico que delimita la responsabilidad de la Aseguradora es el seguro de cumplimiento y la normatividad que lo gobierna. V. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009, Exp. No. 190012331000199409004-01 (14667), CP. Dra. Myriam Guerrero de Escobar: “(...) De estos lineamientos jurisprudenciales, mediante los cuales se precisa el contenido y alcance del artículo 1088 del Código de Comercio, claramente se colige lo siguiente: i) la garantía de cumplimiento de los contratos estatales es una especie del seguro de daños; ii) dada la naturaleza indemnizatoria de los seguros de daños no basta que el hecho constitutivo del siniestro haya acaecido, sino que resulta indispensable que éste haya causado un daño al patrimonio del acreedor el cual debe ser resarcido; iii) el monto a indemnizar por parte del asegurador no necesariamente es el que corresponde al valor asegurado, sino aquel que resulte del daño o perjuicio efectivamente ocasionado al patrimonio del acreedor; iv) el valor a indemnizar, no puede ser mayor a la suma asegurada<sup>46</sup> mediante la póliza de garantía. (...)”.

conocimiento del acaecimiento del siniestro, sin que éste haya adelantado las actuaciones pertinentes para interrumpir el cómputo del referido término. Al respecto, debe anotarse que dentro de la categoría jurídica de “interesado”, pueden incluirse las instituciones del asegurado y del beneficiario de la póliza, que son aquellas que ostentaba INVÍAS, en relación con el seguro de cumplimiento expedido por mi poderdante.

Así las cosas, considerando el caso que nos ocupa, con el objeto de armonizar los postulados jurídicos antes plasmados con la normatividad que gobierna a la contratación estatal en nuestro medio, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha fijado un diáfano derrotero jurisprudencial, de conformidad con el cual es imperioso que la Administración, para enervar las consecuencias extintivas intrínsecas al mecanismo de la prescripción, debe proferir los actos administrativos que así lo declaren dentro de los dos años que siguen a la ocurrencia material de los incumplimientos contractuales que se reprochan; tal cual pasa a ejemplificarse, mediante las siguientes citas jurisprudenciales:

“(…) “Cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento. Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081<sup>47</sup> del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

“El artículo 1081 del Código de Comercio consagró un término de dos años para la prescripción ordinaria y uno de cinco años para la extraordinaria, **la primera de ellas corre desde el momento en que el interesado haya tenido conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción**, (factor subjetivo) mientras que la

---

<sup>47</sup> Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: «**Artículo 1081.-** *La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

*La prescripción ordinaria será de dos (2) años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.*

*La prescripción extraordinaria será de cinco (5) años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.*

*Estos términos no pueden ser modificados por las partes.»*

extraordinaria por ser objetiva, correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho.<sup>48</sup>,

“De otra parte ha señalado la doctrina que los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria corren simultáneamente, es decir, que dentro del plazo de los cinco años puede operar el término de los dos años, lo cual no significa que el interesado pueda acogerse indistintamente, a su conveniencia, a una u otra de las prescripciones anotadas<sup>49</sup> toda vez que aquella que primero se agote está llamada a producir el efecto extintivo de la obligación o del derecho correlativo<sup>50</sup>.

“A su vez, el Consejo de Estado, en sentencia de 6 de octubre de 2005, reiteró el criterio que de tiempo atrás había sostenido en relación con el término del cual disponía la Administración para declarar el siniestro acaecido en un contrato estatal, amparado por un contrato de seguro. En el siguiente sentido se pronunció<sup>51</sup>:

‘El acaecimiento del siniestro, o sea, el incumplimiento, debe ocurrir dentro del plazo de vigencia del seguro fijado en la póliza, para que el Asegurador resulte obligado a la indemnización. Empero, dicho término no es el mismo dentro del cual las autoridades aduaneras deben declarar el incumplimiento. La Sala siguiendo este mismo criterio, se ha pronunciado reiteradamente en los siguientes términos<sup>52</sup> :

‘Cosa distinta la constituye el término para proferir el acto administrativo que ordene hacer efectiva la garantía, que junto con la póliza otorgada constituyen el título ejecutivo conforme lo preceptúa el artículo 68 numeral 5o. del Código Contencioso Administrativo.

---

<sup>48</sup> Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667Al: “respecto puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de mayo de 2000, Exp. 5360, M.P. Nicolás Bechara Simancas.”

<sup>49</sup> Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación dentro del contrato de seguro. Revista Fasecolda, No. 9. “

<sup>50</sup> Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “OSSA, Efrén, Teoría del contrato de Seguro, Segunda Edición. Editorial Temis, 1991. Bogotá, Colombia, pág. 443.”

<sup>51</sup> Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp. 7840, M.P. Camilo Arciniegas Andrade; sobre el mismo tema pueden consultarse las siguientes sentencias: de la Sección cuarta, sentencia de 31 de octubre de 1994, Exp. 5759; de la Sección Primera, sentencia de 21 de septiembre de 2000, Exp. 5796.”

<sup>52</sup> Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “Cita original del texto, Sentencia de 11 de julio de 2002 (C.P. Dr. Gabriel Mendoza Martelo) Exp: 11001-03-24-000-1999-0376-01 (Actor: Avianca S.A.)”

“Término que contrariamente a lo expresado por el a-quo no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque éste tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia. Ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de vigencia. Hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que pueden ser coetáneos o posteriores a la de la vigencia de la póliza.»<sup>53</sup>

“Por regla general, la Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción en el contrato de seguros, a este tenor:”

“De lo anteriormente expuesto se colige que la Administración tiene como termino máximo para declarar el siniestro, el de dos años después de haber tenido conocimiento de la ocurrencia de los hechos constitutivos del mismo, de tal suerte que expedido el acto administrativo que lo declara y ejecutoriado el mismo, mediante el agotamiento de la vía gubernativa, empezará a correr el término de los dos años que la ley ha previsto para el ejercicio de la acción contractual. (...)”<sup>54</sup>.

**“(...) Por ser pertinente para dilucidar el caso sometido a valoración de la Sala como primera medida, se hace necesario diferenciar el momento de ocurrencia del riesgo amparado, y de otra parte, el de su declaratoria que se realiza posteriormente y la cual es efectuada por la entidad pública mediante acto administrativo, con el propósito de ver materializada la garantía que ampara el patrimonio público.**

**De esta manera, lo que le interesa a la compañía aseguradora para efectos del reconocimiento de la indemnización, es que el hecho constitutivo del riesgo haya acaecido en periodo de vigencia de la póliza.**

Así, lo ha resaltado la jurisprudencia de esta Corporación:

“El riesgo asegurado, se realizó durante la vigencia de la póliza, y lo único que hizo la entidad en el acto administrativo, fue declarar su ocurrencia, como mecanismo idóneo para proceder al cobro de la indemnización de las aseguradoras, puesto que esa era una

---

<sup>53</sup> Cita original del texto transcrito) Sentencia de 31 de octubre de 1994. (C.P: Dr. Guillermo Chaín Lizcano). Exp.5759. (Actor: Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A.)

<sup>54</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009, Exp. No. 14667, CP. Dra. Myriam Guerrero de Escobar; citada por la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. No. 21432, CP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

exigencia contemplada en las mismas condiciones de sus pólizas: la declaratoria del siniestro, para hacer exigible la obligación. Antes de este acto, así se hubiera producido es incumplimiento del contratista – riesgo asegurado- la entidad no podía reclamar.

**Debe tenerse en cuenta que lo que se exige en el régimen de los contratos de seguros, en cuanto a su vigencia y cobertura, es que el riesgo efectivamente se materialice durante el periodo de vigencia de la póliza,** puesto que una cosa es el surgimiento del derecho al tener la indemnización y otra cosa es el derecho a recibir su pago, el que sí se concreta una vez se hace la reclamación en la forma establecida por la ley (...)"

**Aunado a lo anterior, se trae a colación la reiterada jurisprudencia de esta Corporación quien frente a la declaratoria de siniestro y prescripción de las acciones contemplada en el artículo 1081 del C.Co., discurrió:**

**“Amén: de lo anterior, cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento. Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081 del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.**

**El artículo 1081 del Código de Comercio consagró un término de dos años para la prescripción ordinaria y uno de cinco años para la extraordinaria, la primera de ellas corre desde el momento en que el interesado haya tenido conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, (factor subjetivo) mientras que la extraordinaria por ser objetiva, correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho.**

(...) De lo expuesto, la Sala puede establecer varias conclusiones a saber: (i) Primero es la ocurrencia del riesgo o siniestro y posteriormente, se produce su declaratoria. (ii) La Administración debe declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo; (ii) El plazo máximo con que cuenta la entidad estatal para esta declaratoria, es a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro; (iii) El riesgo debe acaecer durante la vigencia del seguro; y por último, (iv) No obstante, la declaratoria de ocurrencia del mismo, puede producirse después del vencimiento de la póliza.

Así las cosas, se infiere que el término establecido de dos años para que opere la prescripción ordinaria aludido por el artículo 1081 del C.Co., no significa que el acto administrativo que declara el siniestro debe quedar en firme dentro de ese período, solo

se requiere, entiéndase bien, que durante ese término de vigencia de la póliza haya ocurrido del siniestro y que la Administración lo haya declarado mediante acto administrativo a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de la realización del riesgo amparado (...)”<sup>55</sup> (negrillas fuera de texto)

En este orden de ideas, nótese que, según se desprende de la lectura de las Resoluciones Nos. 08298 del 28 de noviembre de 2016 y 01274 del 27 de febrero de 2017, el INVÍAS basó su decisión sancionatoria en varios aspectos, incluyendo la supuesta desatención del contratista frente a la Nota de campo No. 1031 del 24 de julio de 2014<sup>56</sup> y respecto de la inconformidad plasmada en el oficio No. 998-0157-4241 del 13 de septiembre de 2014<sup>57</sup>.

Al respecto, el *a quo* indicó que las notas de campo y los oficios no son “(...) *constataciones precisadas por la Administración acerca de lo que realmente está siendo incumplido por su contratista* (...)”<sup>58</sup>. Con ello, el TRIBUNAL pasó por alto que si la falta obligacional se da por no superar los problemas advertidos en la nota de campo y en el oficio, salta de bulto que los incumplimientos o faltas contractuales ya tenían lugar cuando se advirtieron los problemas con la nota de campo y con el oficio. Si no, no habría una violación obligacional que corregir.

Así, el TRIBUNAL incurrió en un defecto fáctico trascendente e irrazonable, por cuanto de manera flagrantemente errada no ubicó la fecha de configuración material de los incumplimientos contractuales reportados en la nota de campo y el oficio en, como mínimo, la fecha de emisión de tales documentos. Era evidente y lógico que las violaciones contractuales - de admitirse - ya existían desde antes de la producción de los aludidos reportes, pues de otra manera no se entiende cómo pudieron haber figurado en los mismos. Si tales situaciones no fueron subsanadas por el contratista posteriormente, ello no configura *per se* la falta prestacional, sino que constituye la extensión en el tiempo de un escenario preexistente de posible

---

<sup>55</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de noviembre de 2015, Exp. 76001-23-31-000-2011-01873-00 (53.914), CP. Dr. Jaime Orlando Santofimio.

<sup>56</sup> V.gr. v. p. 128 de la Resolución No. 08298 del 28 de noviembre de 2016.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>58</sup> V. p. 28 de la sentencia del TRIBUNAL.

incumplimiento. Admitir lo contrario, como se hace en la sentencia del TRIBUNAL, es subvertir el orden cronológico y lógico de los eventos. Por ello se hace necesaria la participación del Juez de tutela, en aras de corregir este desvarío probatorio; cuyas consecuencias fueron decisivas en el resultado del litigio en primera instancia, ya que corrió la fecha de inicio del periodo bianual de prescripción más allá de la fecha efectiva de acaecimiento de dos faltas negociales que, en sentir del INVÍAS, justificaron las multas.

En tal sentido, como es de suponer que en una obra de la envergadura, trascendencia e importancia como lo es la edificación del túnel de la Línea, el INVÍAS de verdad ejerció sus facultades de inspección y supervisión del Contrato<sup>59</sup>, fuerza colegir que desde la Nota de campo No. 1031 (24 de julio de 2014) y respecto de la inconformidad plasmada en el oficio No. 998-0157-4241 (13 de septiembre de 2014), el INVÍAS **debía conocer** (v. art. 1081 CCo), los supuestos fácticos a partir de los cuales estructuró las violaciones contractuales en comento, imputadas al contratista.

Sobre este particular, contrario a lo afirmado en la p. 28 y ss de la sentencia del TRIBUNAL, el art. 1081 comercial no exige que el INVÍAS, como asegurado, deba tener un conocimiento real del incumplimiento. También dicha norma legal permite que el término prescriptivo bianual empiece desde que el asegurado debía conocer el evento. “(...) *La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.* (...)”<sup>60</sup>. Desconocer este aparte del precepto normativo conduce irremediablemente a un defecto sustantivo, pues de manera injustificable se cercena el tenor literal de la norma legal comercial que regula la materia; generando, como resultado, que el

---

<sup>59</sup> Art. 14 Ley 80 de 1993: “De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. (...)”.

<sup>60</sup> Resaltado fuera de texto.

análisis jurídico de los hechos y de la prescripción extintiva se efectúen bajo solo uno de los supuestos previstos en la regla legal, y no en aquel que, encontrándose en su texto, sirvió de apoyatura para la petición de la nulidad de los actos acusados.

Y, la verdad, la interpretación restrictiva de acuerdo con la cual el INVÍAS no tenía porqué saber de lo reportado en las notas de campo sino hasta que, casi un bienio después, le fueron supuestamente informadas formalmente por la interventoría, también causó el indebido olvido de los deberes normativos de vigilancia y control de los contratos estatales, plasmados primariamente en el art. 14 de la Ley 80 de 1993 (defecto sustantivo).

Ciertamente, resulta difícil suponer que si el INVÍAS, como se lo exige el ordenamiento, estaba al tanto de lo que acontecía en un contrato estatal de la importancia y la magnitud como lo es la construcción del túnel de la Línea, sólo vino a enterarse de las irregularidades detectadas en las notas de campo ya identificadas, solo hasta los meses de marzo y julio de 2016, casi dos años después de las anotaciones de la interventoría. Lo lógico es que el INVÍAS conociera o debería haber conocido los problemas advertidos en la nota de campo y en el oficio desde el mismo momento de su expedición por parte del Interventor, NO dos años después (defecto fáctico). Máxime si éste, a pesar de la importancia de su función, no es un delegatario de los deberes policivos contractuales exclusivamente asignados por el ordenamiento a la entidad estatal contratante.

Sin embargo, obviando inexplicablemente el contexto del proyecto constructivo afianzado por la Aseguradora (defecto fáctico), al igual que la indispensable vigilancia que debía efectuar el INVÍAS respecto al desarrollo de la obra (defectos sustantivo y fáctico), la SUBSECCIÓN A puso al INVÍAS en un papel secundario o de reparto en la vigilancia de la obra, asignando todo el peso de la supervisión a la interventoría, justificando que la entidad estatal contratante no debía saber de los inconvenientes reportados en la nota de campo y el oficio antes identificados sino casi dos años después de acaecidos:

“(…) El repaso de lo ocurrido en medio de la ejecución del contrato 3460 develó que, tan pronto la entidad tuvo conocimiento de los incumplimientos del contratista, informados por la interventoría, cinco meses antes de vencer el plazo del contrato, dio inicio al procedimiento administrativo con el fin de indagar la configuración de los supuestos que lo constituían y derivar las consecuencias previstas por las partes para esa situación, procedimiento que en sus distintas etapas, mostró una dinámica eficiente<sup>61</sup> (…)

Está acreditado en el proceso que los hechos constitutivos de incumplimiento que motivaron el inicio del procedimiento sancionatorio, entre ellos, los referentes a la nota de campo No. 1031 del 24 de julio de 2014 y de la manifestación de no conformidad contenida en el oficio No. 998-0157-4241 del 13 de septiembre de 2014 fueron puestos en conocimiento del Invías por parte de la interventoría a través de los oficios 998-0157-5727 del 17 de mayo de 2016, 998-0157-5765 del 26 de mayo de 2016, sin que se evidencie que antes de esas fechas la entidad contratante hubiera sido enterada del incumplimiento advertido en esos documentos<sup>62</sup>. (…)

Con lo dicho, la Sala no pretende desconocer el deber de control que deber ejercer la entidad contratante en torno a la ejecución de la obra en su calidad de directora del proyecto; sin embargo, tal gestión debe articularse, a la luz del pacto contractual, con las funciones encomendadas a la interventoría y con las facultades de las cuales esta última ha sido revestida, análisis al cabo del cual puede llegar a concluirse que no necesariamente en todos y cada uno de los casos la administración deberá ser informada inmediatamente de cualquier dificultad que se presente en desarrollo del proyecto, en tanto ello se hará en función de las particularidades y circunstancias de cada evento en concreto y, sobre todo, de la imposibilidad de superarlas por la intermediación de la interventoría o en la negativa del contratista de acoger las recomendaciones impartidas por ese órgano<sup>63</sup>. (…)

Por las razones expuestas, no resulta posible para esta instancia concluir que el Invías, tan pronto la interventoría asentó las notas, debió razonablemente conocer de los hechos constitutivos de incumplimiento, condensados en la nota de campo 1031 del 24 de julio de 2014 y la manifestación de no conformidad contenida en el oficio No. 998-0157-4241 del 13 de septiembre de 2014<sup>64</sup>. (…)”

¿Es lógico que, no obstante la existencia de las normas legales y reglamentarias que exigen a la contratante vigilar la consecución de los fines de la contratación estatal, se parta de una premisa fáctica conforme a la cual debemos entender que desde el 2014 hasta el año 2016 el INVÍAS no

---

<sup>61</sup> V. p. 43 de la sentencia de la SUBSECCIÓN A.

<sup>62</sup> Ibídem, p. 48.

<sup>63</sup> Ibídem, p. 49-50.

<sup>64</sup> Ibídem, p. 50.

tenía por qué saber lo que ocurría con el Contrato, siendo que los eventos acaecidos en ese lapso, parcialmente, llevaron al INVÍAS a imponer unas multas tan elevadas?

¿Es razonable creer que la interventoría puede sustituir totalmente a la entidad pública, que es la directora del Proyecto? ¿Es sensato aseverar que prácticamente se dio una delegación total de funciones del INVÍAS al interventor? No puede concebirse el que, si la interventoría no avisa, pasan dos años del 2014 al 2016 y el INVÍAS no se da por enterado de lo que ocurre en el Contrato, como si se tratara de una entidad pública escasamente diligente.

Por tales motivos, resulta absolutamente válido recurrir al instrumento extraordinario de la acción de tutela. Lo que se propone a nombre de mi representada no es una interpretación divergente, que contrasta frente a una postura discutible, pero admisible, de los Jueces contractuales. Lo que se denota en los argumentos arriba planteados, por el contrario, es la total ausencia de lógica y de razón en las reflexiones judiciales en las que se basaron las sentencias violatorias del derecho al debido proceso. Considerando la dimensión del proyecto del túnel de la Línea, no puede suponerse que desde el año 2014 el INVÍAS no tuviera la posibilidad de tener la más mínima idea de las problemáticas contractuales descritas en la Nota de campo No. 1031 (24 de julio de 2014) y el oficio No. 998-0157-4241 (13 de septiembre de 2014). Puesto que es evidente que el INVÍAS si debía y estaba en plena posibilidad de estar al tanto de estas situaciones, dados el contexto del proyecto y los deberes normativos de supervisión, la aplicación plana y tajante del art. 1081 comercial no dejaba otro camino diferente que empezar a contar el término de la prescripción extraordinaria desde la existencia de los referidos documentos de la interventoría.

Así entonces, como los actos administrativo accionados fueron proferidos después del plazo bianual contemplado en el Estatuto Comercial, salta de bulto la extemporaneidad de la actuación de la demandada respecto a los posibles incumplimientos contractuales arriba anotados, y la consecuente ilegalidad parcial de los actos administrativos reprochados, **dada la evidente y protuberante violación del ordenamiento legal que rige la materia**, así como en virtud de

la notoria **falta de competencia** con la que actuó el INVÍAS, y la consecuente **falsa motivación** de los que adolecen los actos acusados.

En efecto, amén de que se han desconocido los mandatos normativos consignados en los artículos 1081 y 1333 CCo, por las razones ya expuestas, también debe agregarse que se ha vulnerado el principio de legalidad de la función pública, previsto en los artículos 6<sup>65</sup> y 121<sup>66</sup> constitucionales, en la medida en que el INVÍAS ha obrado al margen del ordenamiento, por cuanto, al estructurarse la prescripción parcial de los derechos que a su favor hubiese podido reclamar con fundamento en el contrato de seguro celebrado por mi representada, feneció el límite de tiempo dentro del cual podía reclamar cualquier obligación a su favor

## VI. PRUEBAS

### DOCUMENTALES

1. Poder que me legitima para actuar.
2. Copia de la tarjeta profesional de abogado.
3. Certificado de existencia y representación legal de **NACIONAL DE SEGUROS S.A.**, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
4. Resolución No. 06860 del 6 de diciembre de 2008, proferida por el INVÍAS (resolución de adjudicación).
5. Contrato No. 3460 del 24 de diciembre de 2008.

---

<sup>65</sup> “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

<sup>66</sup> “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

6. Modificación No. 11 al Contrato 3460, suscrita el 1 de abril de 2015.
7. Modificación a la cláusula de solución de controversias.
8. Aclaración a la cláusula de solución de controversias
9. Resolución No. 08298 del 28 de noviembre de 2016.
10. Resolución No. 01274 del 27 de febrero de 2017.
11. Constancia de ejecutoria de la Resolución No. 01274 del 27 de febrero de 2017.
12. Resolución No. 08443 del 29 de noviembre de 2016.
13. Resolución No. 01495 del 6 de marzo de 2017.
14. Constancia de ejecutoria de la Resolución No. 01495 del 6 de marzo de 2017.
15. Copia de los anexos 9 y 10 de la Póliza de cumplimiento No. 400000276.
16. Copia del auto del 2 de agosto de 2019, proferido por el señor Magistrado Ponente, Dr. Juan Carlos Botina Gómez, del TRIBUNAL.
17. Copia de la sentencia de primera instancia, pronunciada por el TRIBUNAL.
18. Copia de la sentencia de segunda instancia, emitida por la SUBSECCIÓN A.
19. Copia del correo electrónico de notificación de la sentencia de segunda instancia, emitida por la SUBSECCIÓN A.

### VIII. ANEXOS

1. Documentos citados en el acápite de pruebas.
2. Copia de la demanda y de sus anexos, para surtir el correspondiente traslado al TRIBUNAL, a la SUBSECCIÓN A, al INVÍAS y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

### XI. NOTIFICACIONES

1. El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO recibe notificaciones en el correo electrónico [sectribadmarm@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:sectribadmarm@cendoj.ramajudicial.gov.co)
2. La SUBSECCIÓN A DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO recibe notificaciones al correo electrónico [ces3seccr@consejoestado.ramajudicial.gov.co](mailto:ces3seccr@consejoestado.ramajudicial.gov.co)
3. El INVÍAS recibe notificaciones al correo electrónico [njudiciales@invias.gov.co](mailto:njudiciales@invias.gov.co)<sup>67</sup>
4. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado recibirá notificaciones en el correo electrónico [procesosnacionales@defensajuridica.gov.co](mailto:procesosnacionales@defensajuridica.gov.co) y en la página web [https://www.defensajuridica.gov.co/servicios-al-ciudadano/buzon-y-envio-de-informacion/Paginas/buzon\\_tutelas\\_nacionales.aspx](https://www.defensajuridica.gov.co/servicios-al-ciudadano/buzon-y-envio-de-informacion/Paginas/buzon_tutelas_nacionales.aspx)
5. Por mi parte las recibiré a todos y cada uno de los siguientes correos electrónicos [lmcubillos@velezgutierrez.com](mailto:lmcubillos@velezgutierrez.com)<sup>69</sup>, [agutierrez@velezgutierrez.com](mailto:agutierrez@velezgutierrez.com),

---

<sup>67</sup> V. <https://www.invias.gov.co/> (consultada el 10 de septiembre de 2020).

<sup>68</sup> La primera letra es una “L” en minúscula (“l”).

<sup>69</sup> La primera letra es una “L” en minúscula (“l”).

[apinillos@velezgutierrez.com](mailto:apinillos@velezgutierrez.com),

[yserrano@velezgutierrez.com](mailto:yserrano@velezgutierrez.com)

y

[rvelez@velezgutierrez.com](mailto:rvelez@velezgutierrez.com)

De los Señores Consejeros, respetuosamente,



**RICARDO VÉLEZ OCHOA**

**C.C. No 79.470.042 de Bogotá**

**T.P. No 67.706 del C. S. de la J.**