



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

### **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL**

Sincelejo, veintitrés (23) de abril de dos mil quince (2015)

**MAGISTRADO PONENTE:** LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

#### **Sentencia No. 064**

**TEMAS:**

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO ,  
VIOLACIÓN – OBJECIONES AL  
DICTAMEN PERICIAL -  
INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO,  
INEXISTENCIA DE PRUEBA EN TORNO  
AL MISMO — CARGA DE LA PRUEBA –  
RESPONSABILIDAD  
EXTRA CONTRACTUAL DE UNA  
ENTIDAD TERRITORIAL POR HECHOS  
DE LAS ENTIDADES  
DESCENTRALIZADAS DE DICHO  
NIVEL, INEXISTENCIA DE HECHOS  
IMPUTABLES A LA PRIMERA

**INSTANCIA:**

PRIMERA

Decide la Sala, en primera instancia, el fondo del proceso de la referencia, que en ejercicio del medio de control de CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – ACUMULADO REPARACIÓN DIRECTA, instaura la sociedad INGENIERÍA E INVERSIONES LIMITADA – DICON LTDA contra el FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO y el



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

MUNICIPIO DE SINCELEJO.

## **1. ANTECEDENTES**

### **1.1. LO QUE SE DEMANDA:**

Pretende la parte demandante lo siguiente<sup>1</sup>:

- 1.1.1.** Que se declare la nulidad de la Resolución No. 100-02-258 del 2 de febrero de 2013 y de la Resolución No. 100-02-059 del 3 de abril de 2013, respectivamente, proferidas por el FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO - FOMVAS, teniendo en cuenta que las mismas fueron expedidas con infracción de las normas en que deberían fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, careciendo de una debida motivación, causando así un perjuicio antijurídico a mi poderdante DICON LTDA.
- 1.1.2.** Que se declare el restablecimiento de los derechos de la sociedad DICON LTDA., afectados con la expedición de la resolución No. 100-02-258 del 2 de febrero de 2013 y la resolución No. 100-02-059 del 3 de abril de 2013, respectivamente, proferidas por el FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO - FOMVAS, particularmente aquellos perturbados con las declaraciones de incumplimiento y las sanciones económicas contempladas en las mismas.
- 1.1.3.** Que se declare el incumplimiento del FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO - FOMVAS, frente al contrato de obra No. OC-006 de 2011, por la indebida o inadecuada

---

<sup>1</sup> Fol. 15 del C. Ppal. No. 1.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

planeación del citado negocio jurídico, la no recepción injustificada de las obras ejecutadas, el no pago de las actividades realizadas con ocasión de la realización del contrato, la mayor permanencia del contratista y las demás causas que llegaren a ser probadas durante el proceso.

- 1.1.4. Que se declare que en la ejecución del contrato de obra No. OC-006 de 2011, suscrito entre el FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO - FOMVAS y DICON LTDA., hubo hechos imputables al demandado que rompieron el equilibrio económico de las cargas prestacionales en contra de la sociedad demandante, y en ese sentido, se lesionó su patrimonio.
- 1.1.5. Que se declare responsable al FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO - FOMVAS por el no reconocimiento y pago de las obligaciones económicas causadas con ocasión a la ejecución del contrato de obra No. OC-006 de 2011 y se disponga la indemnización de los perjuicios a favor de la sociedad DICON LTDA., en virtud de la lesión patrimonial causada por el rompimiento del equilibrio económico de las cargas prestacionales en contra de la sociedad demandante, atendiendo el incumplimiento en que incurrieron los demandados: lo anterior, con fundamento en las razones fácticas y jurídicas expuestas en los fundamentos de hecho y de derecho de este libelo.
- 1.1.6. Que se declare que el contrato de obra No. OC-006 de 2011 no ha sido liquidado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 de la Ley 1150 de 2007 y 60 de la Ley 80 de 1993; este último artículo vigente a la fecha de celebración del contrato, actualmente modificado por el artículo 217 del decreto 019 de 2012.
- 1.1.7. Que se declare administrativa y extracontractualmente responsable al MUNICIPIO DE SINCELEJO por la totalidad de los daños y perjuicios



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

(materiales e inmateriales) causados a la SOCIEDAD DICON LTDA., en consideración de las acciones y omisiones irregulares encaminadas a suspender los actos de dispersión y recaudo de los recursos de la contribución por valorización, que finalmente impidieron la normal ejecución del contrato No. 0C-006 de 2011, teniendo en cuenta que dicho recaudo era la única fuente de recursos para asumir las obligaciones surgidas por la suscripción del acuerdo de voluntades en cita.

- 1.1.8.** Que se declare administrativa y extracontractualmente responsable al MUNICIPIO DE SINCELEJO por la totalidad de los daños y perjuicios (materiales e inmateriales) causados a la SOCIEDAD DICON LTDA en consideración de las expresas instrucciones entregadas al director del FOMVAS encaminadas a que dispusiera la declaratoria de incumplimiento contractual por parte de DICON LTDA., desconociendo los postulados del debido proceso sancionatorio que garantizaban un proceso igualitario y justo al contratista y su garante.
- 1.1.9.** Que se declare que como consecuencia de lo anterior, nos encontramos frente a una causal de responsabilidad patrimonial, conforme a la filosofía jurídica del artículo 90 de la Constitución Política.

Respecto de las pretensiones condenatorias, solicita el accionante que:

- 1.1.10.** Que se ordene al FOMVAS al pago de todos los perjuicios materiales o patrimoniales, que en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, se produjeron a la SOCIEDAD DICON LTDA., en razón de la expedición de la Resolución No. 100-02-258 del 2 de febrero de 2013 y la Resolución No. 100-02-059 del 3 de abril de 2013, respectivamente, proferidas por el FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO – FOMVAS, de conformidad a lo que efectivamente logre probarse al interior de este proceso.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

- 1.1.11. Que se ordene al FOMVAS al pago de todos los perjuicios materiales o patrimoniales, que en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, se produjeron a la SOCIEDAD DICON LTDA., por la indebida e inadecuada planeación del citado negocio jurídico, la no recepción injustificada de las obras ejecutadas, el no pago de las actividades realizadas con ocasión de la realización de contrato y la mayor permanencia del contratista, de conformidad a lo que efectivamente logre probarse al interior de este proceso.
  
- 1.1.12. Que se ordene al FOMVAS la indemnización de perjuicios materiales o patrimoniales, que en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, se produjeron a la SOCIEDAD DICON LTDA., por el no pago y reconocimiento de las actas parciales de obra No. 002 y 003 por parte del FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO – FOMVAS, de conformidad a lo que efectivamente logre probarse al interior de este proceso.
  
- 1.1.13. Que se ordene al FOMVAS la indemnización de perjuicios en favor de la SOCIEDAD DICON LTDA., por el mayor valor pagado por impuestos para legalización de contrato de obra No. 006 de 2011 disponiendo la devolución de los mismos, teniendo en cuenta los valores finalmente no ejecutados durante la realización del acuerdo de voluntades en comento.
  
- 1.1.14. Que se ordene al FOMVAS la indemnización de perjuicios en favor de la SOCIEDAD DICON LTDA., por el mayor valor pagado por la prima de constitución de la garantía única de cumplimiento y la póliza de responsabilidad civil extracontractual, disponiendo la devolución de los mismos, teniendo en cuenta los valores finalmente no ejecutados y por ende no amparados durante la realización del acuerdo de voluntades en



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

comento, al igual que por el valor total de la prima que debió pagar la sociedad accionante por concepto de la ampliación de la garantía única de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual para amparar el conflicto adicional por el mayor valor pagado por impuestos para legalización de contrato de obra No. 006 de 2011 disponiendo la devolución de los mismos, teniendo en cuenta los valores finalmente no ejecutados durante la realización del acuerdo de voluntades en comento.

- 1.1.15. Que se ordene al FOMVAS la indemnización de perjuicios materiales o patrimoniales, que en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, se produjeron a la SOCIEDAD DICON LTDA., en razón del incremento de los costos del contrato como consecuencia de la suspensión y posterior adición en el plazo del contrato a causa de hechos imputables a la entidad demandada. Lo anterior, de conformidad a que efectivamente logre probarse al interior de este proceso.
- 1.1.16. Que se ordene al FOMVAS la indemnización de perjuicios materiales o patrimoniales, que en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, se produjeron a la SOCIEDAD DICON LTDA., por la imposibilidad de obtener la totalidad de las utilidades o ganancia cierta prevista en el contrato, con ocasión al no pago de las actividades de obra ejecutadas y la imposibilidad de poder ejecutar la totalidad de actividades contratadas como resultado de las conductas adoptadas por el FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO – FOMVAS.
- 1.1.17. Que se ordene al FOMVAS cancelar los intereses moratorios causados por la mora en el pago de las actas parciales de obra No. 002 y 003 desde los 30 días siguientes a la elaboración de estas hasta la fecha de presentación de la presente solicitud por parte del FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACION DE



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

SINCELEJO – FOMVAS, así como los que se llegaren a generar por el mismo concepto, desde el momento en que se inicie el trámite judicial pertinente, hasta la fecha en que la entidad demandada efectivamente cancele los valores correspondientes a estas actas.

- 1.1.18.** Que se ordene al FOMVAS la indemnización de todos los perjuicios materiales o patrimoniales, que en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, se produjeron a la sociedad DICON LTDA, por el no reconocimiento y pago de las actas de ajuste de las actas parciales obra No. 001, 002 y 003 por parte del FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO - FOMVAS. Lo anterior, de conformidad a lo que efectivamente logre probarse al interior de este proceso.
- 1.1.19.** Que se ordene cancelar los intereses moratorios causados por la mora en el pago del ajuste del acta No. 1 desde los 30 días siguientes a la elaboración de estas hasta la fecha de presentación de la presente solicitud por parte del FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO - FOMVAS. Así como los que se llegaren a generar por el mismo concepto, desde el momento en que se inicie el trámite judicial pertinente, hasta la fecha en que la entidad demandada efectivamente cancele los valores correspondientes a estas actas.
- 1.1.20.** Que se ordene la indemnización de todos los perjuicios materiales o patrimoniales, que en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, se produjeron a la sociedad DICON LTDA, en razón de las inversiones en materiales de construcción dirigidos para la obra que no pudieron ser instalados con ocasión a la imposibilidad de poder ejecutar la totalidad de actividades contratadas como resultado de las conductas



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

adoptadas por el FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO-FOMVAS.

- 1.1.21. Que se realice por el despacho la liquidación del contrato de obra No. OC- 006 de 2011, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 60 de la Ley 80 de 1093, este último artículo vigente a la fecha de celebración del contrato, actualmente modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012.
- 1.1.22. Que en todo caso, se repare integralmente los perjuicios sufridos conforme lo indica el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, así como bajo los cánones que la Jurisprudencia Contencioso Administrativa de la Sección 3ra. del CONSEJO DE ESTADO ha establecido para el efecto.
- 1.1.23. Que el valor de las condenas aquí señaladas, sean actualizadas al ejecutoriarse la sentencia con base en la variación porcentual del I.P.C. y la fórmula actuarial prevista por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, para efectos de compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda (artículo 187 de la Ley 1437 de 2011).
- 1.1.24. Que la Sentencia de mérito favorable a las pretensiones de la demanda, se le dé cumplimiento en los términos del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011.
- 1.1.25. Que se condene a las entidades demandadas, al pago de las costas y agencias en derecho, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de proferir la sentencia que ponga fin al presente proceso.

Subsidiariamente que se condene al Municipio de Sincelejo a:



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

- 1.1.26.** Que se disponga a título de REPARACIÓN INTEGRAL la indemnización por parte del municipio de Sincelejo de todos los perjuicios antijurídicos ocasionados a DICON LTDA., con ocasión de los actos u omisiones imputables a la entidad territorial, de conformidad a lo que efectivamente logre probarse al interior de este proceso.
- 1.1.27.** Que se condene a la indemnización de todos los daños y perjuicios materiales o patrimoniales, que en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, se produjeron a la sociedad DICON LTDA. en razón de las acciones u omisiones imputables al MUNICIPIO DE SINCELEJO, que condujeron a la suspensión del cobro de valorización en la ciudad de Sincelejo.
- 1.1.28.** Que se condene a la indemnización de todos los daños y perjuicios materiales o patrimoniales, que en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, se produjeron a la sociedad DICON LTDA, en razón de la instrucción impartida por el MUNICIPIO DE SINCELEJO, a través de su Alcalde municipal, al director del FOMVAS para que declarase el incumplimiento contractual de la entidad demandante.

**1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA<sup>2</sup>:**

Relata el actor que, en aras de lograr el mejoramiento de la movilidad en la ciudad de Sincelejo, se estableció la necesidad de desarrollar el Sistema Estratégico de Transporte Público - SETP, proyecto aprobado a través del Conpes de fecha 1 de febrero de 2010, por el cual se estableció que junto con los recursos aportados por la Nación, el municipio se comprometería a la inversión de CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS M/L (\$42.995.000.000,00), los cuales serían respaldados, entre otros recursos, con el

---

<sup>2</sup> Visible a folios 4 a 14 de C. Ppal. No. 1



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

recaudo de la contribución por valorización, razón por la cual el ente territorial dispuso el inicio este programa - contribución por valorización - de conformidad a lo previsto en los acuerdos municipales No. 038 de 1998, 014 y 040 de 2008, y el Decreto Municipal 0217 de 2009.

Indica que, con base en el contenido de los estudios y diseños contratados por el FOMVAS a terceras personas, se debían establecer las especificaciones del objeto a ejecutar, el presupuesto del contrato, la descripción técnica de las actividades a desarrollar, entre otros criterios, los cuales servirían de fundamento para adelantar el proceso de convocatoria pública para la escogencia del contratista encargado de efectuar las obras para la “CONSTRUCCIÓN EN PAVIMENTO RÍGIDO Y OBRAS DE URBANISMO ENMARCADOS DENTRO DEL PLAN CENTRO, SEGUNDA ETAPA CORRESPONDIENTE AL PROGRAMA DE VALORIZACIÓN POR BENEFICIO GENERAL, MUNICIPIO DE SINCELEJO, DEPARTAMENTO DE SUCRE.”

Dice que, en consideración a lo anterior, y habiendo agotado las diversas etapas previstas en la ley, el FOMVAS el día 17 de febrero de 2011, previa audiencia pública celebrada en esa misma fecha, decretó la adjudicación del contrato en comento a la sociedad DICON LTDA, por medio de la resolución No. 191 de ese mismo año, con el objeto que esta ejecutara el proyecto referenciado por un valor de SEIS MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS MILLONES CUATROCIENTOS SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS M/L (\$6.723.406.855,00); contrato que se suscribió entre el FOMVAS y DICON LTDA., el 21 de febrero, identificado con el No. OC – 006 de 2011.

Manifiesta que, con respecto a la contraprestación por la ejecución del contrato suscrito, se pactó que la suma de CINCO MIL MILLONES CIENTO SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS VEINTISIETE PESOS M/L (\$5.171.851.427,00) sería destinada a asumir los



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

costos directos del proyecto, mientras que la suma de MIL QUINIENOS CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENOS CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO PESOS M/L (\$1.551.555.428,00) fue la dispuesta para atender los costos indirectos o A.I.U; en el mismo sentido, expone que, con relación al plazo de ejecución del contrato, acordaron un término inicial de diez (10) meses, contados a partir del acta de inicio, es decir, el 29 de abril de 2010, teniendo que concluir el 29 de febrero de 2011.

Análogamente indica que, una vez iniciada la obra y de acuerdo con la programación de la misma, el contratista, hoy demandante, ejecutó el dieciséis punto ochenta y siete por ciento (16,87%) del valor del contrato, situación que dio lugar a que el día 11 de agosto de 2011 se presentara la primera acta de avance de ejecución de obra, por valor de MIL CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS ONCE MIL CIENTO VEINTE Y OCHO PESOS M/L (\$1.133.911.128,00), la cual contó con el visto bueno de la interventora y del Supervisor designado por el Gerente de la entidad, razón por la cual los días 10 y 26 de septiembre de 2011, respectivamente, la entidad contratante procedió a pagar la misma, aunque de forma fraccionada.

Así las cosas, pone de presente el actor que, a pesar del porcentaje de ejecución contractual antes comentado, desde el momento de la celebración del contrato, empezaron a presentarse dificultades por parte del FOMVAS relacionadas con la entrega de los diseños, planos y demás estudios, situación que se extendió durante el plazo de ejecución contractual, lo que produjo importantes alteraciones como consecuencia de las múltiples instrucciones encaminadas a variar las especificaciones técnicas de la obra.

Expone la parte activa que, en cumplimiento de las obligaciones contractuales, culminó el segundo quince por ciento (15%) de avance de obra, procediendo a suscribir, junto con la interventoría del proyecto, el acta No. 002 del 31 de octubre



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

de 2011, por valor de MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS OCHO PESOS M/L (\$1.276.352.508); sin embargo, afirma el demandante, que la entidad contratante, sin presentar en aquel momento objeción u observación escrita, se abstuvo de suscribir el acta parcial en comento, procediendo a no recibir las obras incorporadas en esta, lo que trajo como consecuencia, que no hizo efectiva la obligación de pago prevista en el contrato; lo anterior, a pesar que tanto la interventoría como DICON, solicitaron en varias oportunidades al FOMVAS su acompañamiento para medir las cantidades de obras aquí contempladas, o en su defecto, una explicación siquiera sumaria de las razones que motivaran su actuación.

Ante la situación descrita en forma precedente, relata el accionante que, la ejecución de las obras se vio tan profundamente afectada ante las dificultades de planeación, que las partes acordaron el día 27 de febrero de 2012, la suspensión del contrato por un plazo de tres (3) meses para intentar subsanar, por parte de la entidad contratante, esta situación.

Alude que, dentro del expediente obra prueba de los múltiples requerimientos hechos al demandado, para que allegue los planos, diseños y estudios que permitieran la ejecución en debida forma del contrato celebrado.

De este modo, reseña que, el día 28 de mayo de 2012, suscribió el acta de reinicio de obra, y como consecuencia de la merma del rendimiento en la ejecución de las obras, por situaciones ajenas al contratista, las partes acordaron suscribir el contrato adicional No. 001, disponiendo la ampliación del plazo de ejecución de este por un lapso de siete (7) meses, pero sin incluir adición alguna en el valor.

Así entonces, señala que, la realización de las actividades pendientes por ejecutar durante el plazo adicionado, estaban supeditadas a la solución de los problemas que motivaron dicha ampliación, especialmente los relativos a la entrega de los diseños,



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

planos y análisis técnicos de las actividades contratadas; sin embargo, aquellos nunca se recibieron del FOMVAS, y cuando se hizo, fueron entregados de forma incompleta o con importantes fallas técnicas, imposibilitando así la ejecución de las obras restantes; en este punto, el demandante a modo de ejemplo enuncia las obras de pavimentación de la calle 20, desde la carrera 20 hasta la carrera 25, las cuales no contaban con las redes de acueducto y alcantarillado y los diseños de los andenes. Añade que, dicha situación puede advertirse mediante la revisión de las numerosas comunicaciones donde se hizo referencia al suministro de los diseños y planos, o su complemento o adición.

Insiste el actor que, la no entrega o aportación incompleta y/o deficiente de los diseños, planos y análisis técnicos necesarios para desarrollar las actividades por ejecutar, imposibilitó la conclusión de las obras contratadas, provocando una ejecución parcial de solamente aquellos ítems cuyos planos y diseños fueron debidamente entregados; fue así como, aunado a las actividades contenidas en el acta parcial No. 002, DICON LTDA. únicamente elaboró entre la fecha de la citada acta y el término adicionado al plazo inicial, obras por valor de NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS M/L (\$966.751.886), las cuales se incorporaron en el acta de recibo parcial de obra No. 003, pero como aconteció con el acta No. 002, tampoco fueron recibidas y mucho menos pagadas por la entidad contratante, a pesar de las solicitudes efectuadas por el contratista y la interventoría, no reconociéndose y por ende no pagándose todo el componente de obras debidamente desarrolladas con posterioridad a la acta parcial No. 001 y cuyo valor asciende a DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES CIENTO CUATRO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/L (\$2.243.104.334.00).

Con esta vista, asegura el actor que, el valor de las obras ejecutadas fue infinitamente superior a la contraprestación recibida por el contratista por su realización, pues los



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

documentos hablan de que se ejecutó más de los aportes entregados por el contratante, si se tiene en cuenta que de acuerdo al anticipo entregado y el valor efectivamente pagado por el acta parcial No. 001, previa amortización de este, en septiembre de 2011, el contratista contaba con recursos del anticipo pendientes por amortizar por valor de MIL CIENTO DIECISIETE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO PESOS M/L (\$ 1.117.883.145,00); sin embargo, este ejecutó durante el plazo obras por un valor de DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES CIENTO CUATRO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/L (\$2.243.104.334,00), haciendo que, además del incumplimiento de las obligaciones de planeación ampliamente descritas, FOMVAS no reconociera y por consiguiente adeude al contratista la suma de MIL CIENTO VEINTICINCO MILLONES DOSCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS M/L (\$ 1.125.215.249.00).

Adicionalmente expone que, el municipio de Sincelejo procedió inicialmente a suspender de facto el cobro de la valorización, pues el recaudo de la contribución por valorización, que reposa sobre el ente territorial, se tiene como fuente de financiación del contrato.

Finalmente, alude que solo 15 días antes del vencimiento del plazo de ejecución contractual, es decir, después de 16 meses de ejecución contractual, una vez efectuada la comunicación de la interventoría donde indicaba que los retrasos y la imposibilidad de culminar las obras en el tiempo pactado no era responsabilidad del contratista, la entidad contratante decide intempestivamente, sin mediar antecedente conminatorio o sancionatorio alguno, iniciar una actuación administrativa sancionatoria.

Análogamente, plantea el accionante en el cuerpo de la demanda, la actuación administrativa sancionadora de la que fue objeto y entre otras cosas advierte:



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

1. La existencia de vastos errores de procedimiento como por ejemplo, citaciones defectuosas.
2. Desconocimiento del procedimiento propio de la actividad sancionadora.
3. Ocultamiento del acervo probatorio al contratista, en virtud del cual se dictó el fallo sancionatorio.
4. El hecho del impedimento que tenía el Gerente del FOMVAS de conocer del recurso interpuesto contra la decisión sancionadora, por la causal contenida en el numeral 11 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011.
5. La parcialización y subjetividad en la decisión sancionatoria adoptada.

**1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

Fundamentó sus pretensiones en:

- Artículo 29 y 209 de la C.P.
- Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
- Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.
- Artículos 3, 10, 12, 47, 67, 68, 76 y 308 del C.P.A.C.A. - Ley 1437 de 2011.
- Artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012.
- Artículo 28 del Decreto 01 de 1984.
- Artículo 1596 del C.C.
- Artículo 5.1.13.3 del Decreto 734 de 2012.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

#### **1.4. DEMANDA DEL INTERVINIENTE LITISCONSORCIAL POR ACTIVA: La Previsora S.A Compañía de Seguros**

##### **1.4.1. Lo que se pretende**

**1.4.1.1.** Que se declare la nulidad de la Resolución No. 100-02-058 del 1 de febrero de 2013 y la Resolución 100-02-259 del 3 de abril de 2013, en relación a todo aquello que afecte negativamente a mi representada.

**1.4.1.2.** Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, o de cualquiera de ellas, se declare, a título de restablecimiento del derecho, que LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS no tiene obligación de pago alguna para con FOMVAS, con base en los actos administrativos arriba referenciados.

**1.4.1.3.** Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, o de cualquiera de ellas, a título de restablecimiento del derecho, se condene a FOMVAS a devolver a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, cualquier suma de dinero que esta hubiese llegado a cancelar, o que le hubieren sido embargada, en cumplimiento de los actos administrativos arriba referenciados, dineros que deberán ser indexados, cálculo que se hará desde la fecha en que los pagos se realizaron por parte de la accionante, o se efectuaron los embargos, hasta la fecha en que, efectivamente, la entidad los cancele.

**1.4.1.4.** Que se ordene a FOMVAS dar cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 190, 192 y 195 del C.P.A.C.A.; con el debido reconocimiento y pago de los intereses a los que haya lugar y adicional a ello se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

Subsidiariamente propone:



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

- 1.4.1.5. Que se declare que el MUNICIPIO DE SINCELEJO es responsable, a partir de sus actuaciones y omisiones, por la imposibilidad de que se contaran con los recursos necesarios para la ejecución del contrato de obra No. OC-006-2011, celebrado entre FOMVAS y DICON LTDA.
- 1.4.1.6. Que, como consecuencia de la declaración anterior, se declare que el MUNICIPIO DE SINCELEJO dispuso las condiciones fácticas para que FOMVAS declarara el incumplimiento del contrato de obra No. OC-006-2011.
- 1.4.1.7. Que, se declare que el MUNICIPIO DE SINCELEJO es responsable de que FOMVAS haya afectado la Póliza de Seguro de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales No. 3000104.
- 1.4.1.8. Que, se declare que el MUNICIPIO DE SINCELEJO es responsable de los perjuicios que ha sufrido LA PREVISORA SA. COMPAÑÍA DE SEGUROS, derivados de la declaratoria de incumplimiento del contrato de obra No. OC-006-2011 y de la afectación de la Póliza de Seguro de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales No. 3000104.
- 1.4.1.9. Que, se condene al MUNICIPIO DE SINCELEJO, a reconocer y a pagar, a favor de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, todos los perjuicios padecidos por esta, debidamente indexados, a raíz de la declaratoria de incumplimiento del contrato de obra No. OC-006-2011 y de la afectación de la Póliza de Seguro de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales No. 3000104.

**1.4.2. Hechos en que fundamenta:**

Pone de presente el litisconsorte, que le asiste un interés directo en las resueltas de litigio, por estar llamado a responder pecuniariamente en el caso que la sentencia



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

sea desfavorable al demandante, esto, por haber suscrito con el mismo una garantía única de cumplimiento del contrato objeto de discusión.

Así entonces, retoma en gran medida La Previsora, lo reseñado por el demandante principal, DICON LTDA., con relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la declaratoria de incumplimiento hecha por el FOMVAS, coadyuva lo dicho por el accionante primario, cuando aduce que el incumplimiento en la terminación de las obras se debió a la no entrega por parte del contratante de los planos, diseños y estudios necesarios para la ejecución contractual.

Así mismo, expone que la garantía única de cumplimiento del contrato de obra No. 0C-006-2011, se materializó en el Seguro Cumplimiento Única a favor de Entidades Estatales No. 3000104, celebrado por DICON LTDA. con LA PREVISORA, y que dicho amparo de cumplimiento se extendió hasta el 3 de marzo de 2013, por valor de SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS M/CTE. (\$672.340.686,00).

En ese orden, expone los términos en los que se encontraba dado el amparo de cumplimiento de la póliza en mención y las exclusiones, es decir, los casos en los que la póliza no opera.

Continúa su narrado, refiriendo que, el 11 de diciembre de 2012, FOMVAS le envió una comunicación a LA PREVISORA, en la cual se aducía que, en cumplimiento al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se le citaba a la audiencia de descargos prevista en dicha norma, para el 14 de diciembre de 2012; diligencia que fue aplazada; advierte que, dicha citación no satisfacía los requisitos fijados en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Del mismo modo, asegura que en fecha 12 de abril de 2013, FOMVAS citó a LA



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

PREVISORA, para que se notificara, personalmente, de la Resolución No. 100-02-258 del 1 de febrero de 2013; seguidamente el 15 de mayo de 2013, la entidad contratante, dirigió a mi representada una comunicación de cobro persuasivo, requiriéndola para el pago de las sumas determinadas en los actos administrativos antedichos, librando mandamiento de pago más tarde mediante la resolución No. 001 del 21 de mayo de 2013, procediendo al embargo y retención de cuentas bancarias de la Compañía Aseguradora.

En mismo sentido, concluye La Previsora, acogiendo y coadyuvando todos los argumentos a partir de los cuales DICON LTDA., en su demanda y reforma, así como en los descargos y recursos administrativos, explica y justifica el por qué cualquier eventual inejecución contractual resulta ajena al contratista, siendo evidente el yerro fáctico y jurídico de FOMVAS al afectar la Póliza de cumplimiento en las resoluciones atacadas, en tanto no se dio el supuesto fáctico condicional del cual pendía la operatividad del amparo de cumplimiento, que no era otro que la existencia de una inobservancia contractual imputable al contratista, máxime cuando el único medio probatorio del cual se valió FOMVAS para sustentar, probatoriamente, su declaratoria de incumplimiento, son los propios dichos del contratante, con lo cual, además se desconoció el derecho de audiencia y de defensa, la presunción de inocencia, y las formas sustanciales para la expedición de los actos administrativos (expedición irregular).

### **1.5. ACTUACIÓN PROCESAL:**

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 18 de octubre de 2013 (fol.1016 C. Ppal. No. 6).
- Inadmisión de la demanda: 28 de octubre de 2013 (fol.1018 a 1019 C. Ppal. No. 6).



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

- Presentación de Subsanación: 13 de noviembre de 2013 (fol.1024 a 1036 C. Ppal. No. 6).
- Admisión de la demanda: 18 de noviembre de 2013 (fol.1074 C. Ppal. No. 6).
- Notificación a las partes: 12 de diciembre de 2013 (fol. 1079 C. Ppal. No. 6)
- Recepción de acuse de recibo de la notificación: 12 de diciembre de 2013 (fol. 1081C. Ppal. No. 6)
- Presentación de demanda litisconsorcial por activa: 19 de mayo de 2014 (fol.1993 a 2045 C. Ppal. No. 11).
- Admisión de la demanda litisconsorcial: 28 de julio de 2014 (fol.2111 a 2116 C. Ppal. No. 11).
- Audiencia Inicial: 7 de octubre de 2014 (fol.2188 a 2194 C. Ppal. No. 12).
- Audiencia de Pruebas: 24, 25, 26 de noviembre de 2014 (fol.2218 a 2228 C. Ppal. No. 12).

### **1.5.1. RESPUESTA A LA DEMANDA:**

Dentro del término previsto para ello, las entidades requeridas contestan a la demanda en el siguiente sentido:

#### **1.5.1.1. FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO<sup>3</sup>:**

Indica el demandado, que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamentos jurídicos y fácticos, y respecto a los hechos alude que hay unos falsos, ciertos, y otros parcialmente ciertos, por lo que se permite

---

<sup>3</sup> Obrante a folio 1143 a 1164 de C. Ppal. No. 7



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

hacer algunas aclaraciones con relación a los mismos, como se pasa a exponer.

En primera medida, sostiene que el pedimento del demandante y las exposiciones que señala se encuentran fuera de contexto, en el sentido de que solicitar la nulidad de los actos administrativos contractuales No. 100-02-258 de 2013 y No. 100-259 de 2013, pues la entidad demandada no ha desconocido en ningún momento la realidad contractual planteada y que por el contrario se ajustó a los postulados vigentes para lograr imponer la declaratoria de incumplimiento por parte del contratista y la imposición de la cláusula penal.

Precisa que, la suspensión del recaudo de valorización, en nada afectaba la ejecución del contrato, pues dentro de las condiciones para la adjudicación contractual figuraba que el contratista escogido debía tener suficiente solvencia económica, para la ejecución efectiva del contrato, sin miramiento de otras consideraciones.

Asegura que, no es cierto que el FOMVAS haya realizado los estudios y diseños requeridos para adelantar el SETP, pues ese estudio fue adelantado por el Departamento Nacional de Planeación DPN, según lo autorizado por el documento CONPES 3167 de 2002; así mismo recalca que los estudios y diseños mediante los cuales se establecieron las especificaciones del objeto a ejecutar, entre otros parámetros, no fueron contratados por la entidad a través de terceras personas, como lo manifiesta el demandante, sino que fueron formulados desde la misma entidad a través del personal adscrito a la planta y aquellos contratados por prestación de servicios.

Pone de presente este extremo pasivo que, dentro del contrato suscrito entre los hoy litigantes, se establece que el incumplimiento o la demora por parte del FOMVAS en el pago del anticipo o del acta parcial, no representa en ningún caso, excusa para el retraso de las obras, ni mucho menos la paralización de las mismas, no siendo de recibo la insinuación del demandante, cuando insiste en el incumplimiento del pago



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

por parte del demandado (FOMVAS).

Al mismo tiempo, señala que carece de verdad, el argumento de que el FOMVAS no haya entregado los diseños, planos y demás estudios al contratista, pues con la prueba documental contenida en el expediente, resulta sencillo comprobar la entrega oportuna de dichos requerimientos; sobre el mismo punto arguye que, el hecho de que los mismos tuvieran o no la aprobación de las entidades llamadas “correspondientes”, no era razón para que hubiese un retraso en las obras debido a que el demandante debía limitarse a ejecutar las obras con los diseños entregados por el contratante, no siendo de su resorte, el que estuvieran o no aprobados por parte de otras empresas.

Enfatiza en el hecho que aunque el contratista y el interventor del contrato, suscribieron la segunda acta parcial, no se aprobó por la entidad, es decir, no se dio el visto bueno de los supervisores del FOMVAS, por los motivos que ya venían siendo causa de objeciones por parte de la entidad a las obras, como lo son, según la parte pasiva, los malos acabados y la mala calidad que se expusieron en diferentes oficios, dirigidos a DICON LTDA.; así las cosas, esboza que, al estar incompleta el acta parcial de entrega 002, pues no se allegaron los documentos de soporte del acta, y sin la debida subsanación, el contratante debió abstenerse de realizar el pago que correspondía.

De otra parte aclara, que la motivación para la suscripción del acta de suspensión no fue la ausencia e insuficiencia de los diseños, como lo narra el actor, pues las situaciones que ameritaron dicha suspensión fueron totalmente distintas, tal cual se puede comprobar en el acta de suspensión N° 1 de fecha 27 de febrero de 2012, donde se detallaron los motivos o causas verdaderas de la suspensión, la cual obedeció al crudo invierno, entre otros. Se puede verificar en las consideraciones del contrato adicional No. 001, que la causa para adicionar tiempo fue para que el contratista realizará correcciones de tipo técnico y urbanísticos en las obras ejecutadas, correcciones que el FOMVAS dio a conocer por medio de informes técnicos, como



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

se puede verificar en las consideraciones del contrato adicional.

Anota que, le solicitaron en innumerables ocasiones al contratista, que corrigieran las imperfecciones de carácter técnico ejecutadas hasta ese momento, que fueron la verdadera razón que conllevaron a suscribir el contrato adicional No. 1, ampliando el plazo de la obra.

Recalca una vez más, que la razón por la cual no se terminaron las obras y no se recibieron a satisfacción, fue por la cantidad de imperfectos que estas presentaban, los que según el contestatario, fueron productos de la inadecuada ejecución y la falta de idoneidad de los profesionales que el demandante dispuso para la ejecución de la obra.

Pregona que, si bien es cierto, el contratista hizo llegar a la entidad las actas parciales de obra N° 002 y 003, estas no fueron aceptadas, debido a que varios ítems contenidos en ella presentaban cantidades que a juicio del FOMVAS no coincidían y otras ya presentaban deterioro prematuro, aun sin ser estar expuestas a su uso, con las ejecutadas, razón por la cual se requirió al interventor para que justificara las cantidades para los ítem de excavación general, rellenos en material seleccionado y compactado para andenes, sub-base, material granular compactado para losas de pavimento entre otras, por citar algunas, justificación que nunca fue satisfactoria, dado a que la interventoría no supo justificar por qué se excavó y relleno más cantidades con respecto a la contratadas, así mismo se le pidió al interventor que requiriera al contratista que procediera a reparar y corregir las obras deterioradas.

Por otra parte, sostiene que, la entidad realizó la medición de las cantidades ejecutadas, y teniendo en cuenta los precios establecidos contractualmente el contratista ejecutó el valor de \$ 2.362.281.975.00, siendo que el mismo recibió las siguientes sumas: por concepto de anticipo: \$ 1.344.681.371.00, por concepto de pago de acta parcial N° 001 \$ 907.128.903.00, en total recibió \$2.251.810.274; sobre este punto, dado que las obras realizadas presentan imperfectos técnicos, la entidad cuantificó el costo



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

necesario a incurrir para efectos de realizar las correcciones presentes hasta la fecha y que las obras puedan prestar el servicio adecuadamente, el costo según las mediciones realizadas es: \$132.132.675,00. Así entonces, si considera el demandado que los pagos efectuados, el costo de las reparaciones y el costo de las obras ejecutadas a partir de la medición, el demandante le estaría adeudado a la entidad la suma de : \$21.660.974.00.

Con respecto a la liquidación del contrato, anota que, no se ha trasgredido en ningún sentido el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, ya que tal como lo establece la resolución, se ordenó su correspondiente liquidación en los términos legales y a la fecha asegura que está dentro de los términos que las normas prevén para su liquidación de manera unilateral, que es la procedente, ya que de conformidad con el inciso 3 del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, la misma podrá realizarse después de vencido los plazos iniciales, en cualquier tiempo dentro de los 2 años siguientes de manera unilateral y este aún no se ha vencido, además la entidad ya realizó la liquidación de la cual se mandó comunicado al demandante para que se notifiquen personalmente de la decisión y hasta la fecha no se han acercado por lo que la entidad ha procedido a emitir comunicación al correo electrónico y continuará a realizar la notificación por aviso.

Ahora bien, frente a los hechos que fundamentan la supuesta nulidad de los actos administrativos sancionatorios, resalta que, en ningún caso, el FOMVAS, omitió el deber de entregarle información al contratista afectado.

Análogamente, señala que la recusación hecha por el hoy demandante, no fue aceptada por extemporánea y que de ello existe providencia emanada del Juzgado Sexto Civil Municipal de Sincelejo y confirmada por el Juzgado Tercero Civil de Circuito de Sincelejo, resuelta a favor del FOMVAS.

Por último, agrega que, la actuación administrativa siempre estuvo fundamentada bajo los amparos legales y se tuvo en cuenta los acervos probatorios y en el trámite los



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

espacios siempre estuvieron abiertos para que el contratista, hoy demandante, hiciera uso de todos los medios y controvirtiera las pruebas de su incumplimiento.

Propone como medios exceptivos de mérito o fondo, el incumplimiento por parte del demandante DICON LTDA, caducidad de la nulidad reclamada, y error por improcedencia en la aplicación del artículo 86 de la Ley 1434 de 2011.

#### **1.5.1.2. MUNICIPIO DE SINCELEJO<sup>4</sup>:**

Esgrime el municipio de Sincelejo, como extremo pasivo de la presente acción, en lo que tiene que ver con los hechos narrados en la demanda, algunos de ellos, son ciertos, otros falsos, unos parcialmente ciertos, y otros que no le constan al ente territorial; esboza que, no fue esta autoridad quien profirió los actos administrativos contractuales demandados y que, quien declaró el incumplimiento del contrato y firmó tal sanción fue el FOMVAS.

En el mismo sentido, advierte que, el municipio de Sincelejo no fue quien adelantó el proceso de selección del contratista que culminó con el contrato objeto de la litis, ni tampoco celebró el contrato estatal, sino el FOMVAS.

Adicionalmente, comenta que, los recursos con los cuales se financió o se respaldó presuntamente el contrato de obra, no eran del presupuesto del municipio de Sincelejo sino del presupuesto del Fondo Rotatorio Municipal.

Alude entonces el demandado que, no hay razones para que el actor le haya imputado al municipio de Sincelejo, unos supuestos perjuicios, cuando no existe ninguna prueba de que los supuestos perjuicios sufridos por el demandante derivados del supuesto incumplimiento del contrato y de los actos administrativos demandados, haya sido

---

<sup>4</sup> Obrante a folio 1114 a 1121 de C. Ppal. No. 6



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

fruto de acciones u omisiones del municipio de Sincelejo.

Así entonces, expresa que no hay razones plausibles, ni pruebas idóneas para considerar que el municipio de Sincelejo debía ser vinculado como demandado, cuando dicha entidad territorial no intervino de manera alguna, ni en la etapa precontractual, ni en la etapa contractual del contrato.

Finalmente, interpone como medio exceptivo, falta de legitimación en la causa por pasiva.

#### **1.5.2. ALEGATOS DE LAS PARTES:**

En la oportunidad procesal para el particular, las partes alegaron de conclusión como se refiere a continuación:

**1.5.2.1. PARTE DEMANDANTE DICON LTDA.:** Presentó en tiempo, memorial visible a fol. 2333 a 2344 del C. Ppal. No. 12, en donde reiteró los hechos más trascendentes de la demanda, y en todas y cada una de las pretensiones contenidas en la demanda y en las consideraciones esbozadas, solicitando a esta Colegiatura que proceda a la declaratoria de las pretensiones elevadas en la presente demanda.

**1.5.2.2. PARTE DEMANDANTE LITISCONSORCIAL LA PREVISORA:** Alegó de conclusión como puede observarse a folios 2305 a 2332 del C. Ppal. No. 12, recalando en todas sus partes los hechos, pretensiones y consideraciones expresadas en la demanda principal y la litisconsorcial, instando a esta instancia a acceder a las pretensiones de la demanda.

**1.5.2.3. PARTE DEMANDADA FONDO ROTATORIO MUNICIPAL**



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

**DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO:** La parte demandada, dentro de la oportunidad procesal, presentó memorial obrante a folios 2300 a 2304 del C. Ppal. No. 12, donde se reafirma en todo lo dicho en la contestación de la demanda y en las excepciones propuestas contra las pretensiones de la demanda, así mismo pone en entredicho los testimonios entregados por la parte demandante haciendo alusión a la carencia de verdad de los mismos.

**1.5.2.4. PARTE DEMANDADA MUNICIPIO DE SINCELEJO:** Estando dentro del término legal para hacerlo, el municipio de Sincelejo alega de conclusión ratificando todas las partes de su contestación, acentuando en que la parte demandante no logró acreditar, a través de pruebas idóneas la existencia de todos los elementos de la responsabilidad extracontractual del estado, pues no se demostró el nexo causal, que constituye un requisito *sine qua non* para la configuración de la responsabilidad referida, por lo que no hay posibilidad alguna de establecer el elemento imputación en el presente caso.

Por lo anterior, pide que se despache de manera desfavorable las pretensiones de la demanda.

### **1.5.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo sobre el presente negocio.

## **2. ARGUMENTOS DE LA CORPORACIÓN:**

Cabe advertir que la Sala no observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto, previas las siguientes consideraciones.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

**2.1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN, DE LA DEMANDA Y DE SENTENCIA DE FONDO, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:**

En este punto y como condición para la decisión de fondo del proceso, se pronuncia el Tribunal sobre los presupuestos procesales atinentes a la acción y la demanda, la jurisdicción y competencia, la capacidad para comparecer al proceso, las formalidades de la demanda, la capacidad de los litigantes para ser partes, el ejercicio del derecho de postulación, la caducidad y la legitimación en la causa.

La Sala considera que los presupuestos procesales atinentes al medio de control y a la demanda se encuentran reunidos, existiendo demanda en forma a la luz de los artículos 161 y 162 del C.P.A.C.A.

Con relación a los requisitos de procedibilidad, es claro que efectivamente sí se agotó, pues se realizó la conciliación previa el 3 de octubre de 2013 (fol. 58 a 60).

En cuanto a la caducidad, claramente la acción se está ejerciendo dentro del término de dos (2) años contados a partir de los hechos que le sirven de causa, tal como se manifestó el ponente en la audiencia inicial al momento de decidir sobre esta excepción propuesta como previa (fol. 2189) toda vez que la demanda fue presentada el 18 de octubre del 2013 y la revisión de los actos acusados muestran que las controversias tuvieron lugar el 1 de febrero y 3 de abril de 2013, lo que indica que fue ejercida dentro de los dos años que indica la norma antes citada. En ese orden, presentándose la conciliación que suspende el término de caducidad el 14 de noviembre de 2013, realizándose la conciliación el 4 de diciembre de 2013 y presentándose la demanda el 15 de enero de 2014 (fol. 14 y 136), la acción fue ejercida dentro del término legal.

Es competente esta Corporación para conocer, en primera instancia, del presente medio de control, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 152 numeral 5 del C.P.A.C.A., en atención a la cuantía del proceso, que supera los 500 S.M.L.M.V. (fol. 12).



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

En cuanto a la capacidad de los litigantes y el derecho de postulación, demanda en el presente caso una persona jurídica, que actúa a través de su representante legal y de apoderado debidamente constituido, por lo que se supera este requisito. Por su parte, se demanda a dos entidades de derecho público con personería jurídica, el MUNICIPIO DE SINCELEJO y el FOMVAS, este último del que se demostró su existencia y representación (fol. 1041 a 1058 y 1136 a 11389) entidades que han actuado en el presente proceso a través de sus apoderados debidamente constituidos y reconocidos.

La legitimación en la causa por activa se encuentra debidamente probada, dado que la parte accionante es parte del contrato de donde pretende derivarse los valores reclamados. La legitimación en la causa por pasiva igualmente se encuentra acreditada, al ser la entidad demandada la contratante del mismo acto jurídico y con relación a la legitimación en la causa por pasiva del municipio demandado, el ponente se pronunció en la audiencia inicial (fol. 2189 y 2190).

## **2.2. PROBLEMAS JURÍDICOS:**

Teniendo en cuenta el planteamiento de la demanda principal, litisconsorcial y las respuestas presentadas por los demandados, se deben resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Están afectadas las Resolución N° 100-02-058 del 1 de febrero de 2013 y la N° 100-02-259 del 3 de abril de 2013, a través de las cuales se declaró el incumplimiento del contrato OC 006-2011 suscrito entre el FOMVAS como contratante y DICON LTDA. como contratista, por la causal de nulidad de violar el debido proceso?

¿Se demostró la responsabilidad contractual de la entidad contratante FOMVAS en la ejecución del contrato OC 006-2011, y por ende habrán de prosperar las



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

pretensiones relacionadas con las condenas solicitadas en las múltiples pretensiones elevadas (rompimiento del equilibrio contractual y liquidación del contrato)?

¿Se demostró la responsabilidad extracontractual del municipio de Sincelejo, para con la entidad DICON LTDA.?

Como problema subsidiario, se abordarán las objeciones por error grave, formuladas por la entidad demandada FOMVAS, en contra de los dictámenes periciales, contable y técnico decretados en el presente proceso.

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas, y en cada uno de ellos definirá las pretensiones que en torno a los mismos se han elevado, es decir, se abordará el caso concreto: **i)** El debido proceso en general y en particular, al interior de la actividad contractual del Estado, **ii)** El incumplimiento del contrato estatal, prueba sobre su existencia. Dentro de este ítem, se desarrollará el tema de la objeción por error grave de los dictámenes periciales, y **iii)** La responsabilidad extracontractual del Estado, en especial la de las entidades territoriales por hechos atribuibles a sus descentralizadas.

### **2.3. EL DEBIDO PROCESO EN GENERAL Y EN PARTICULAR AL INTERIOR DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO**

El debido proceso posee varias dimensiones, es decir, es una realidad jurídica compleja. Es un derecho fundamental, es un derecho de garantía reforzada, de textura abierta en condición de principio<sup>5</sup>, por lo que de él puede pregonarse que

---

<sup>5</sup> Robert Alexy plantea, por una parte el concepto de norma como genérico y, la regla y el principio como especies de normas, todas ellas como expresiones deónticas que manifiestan el deber ser (Mandato, permisión y prohibición).

Dentro del estudio de dicha clasificación, se encuentran dos posiciones para fijar la diferencia existente entre reglas y principios; una de ellas basada en la idea de los principios y la optimización, es decir, plantea la existencia de principios que se caracterizan por ser mandatos de optimización, llamada la TEORÍA DE LOS



*Jurisdicción Contenciosa*

*Administrativa*

posee un contenido esencial, es decir, un núcleo intangible e innegociable a los vaivenes del legislador, que debe ser respetado por **todas las autoridades del Estado** y cuya vulneración hace procedente su protección, a través de los medios ordinarios de defensa judicial y adicionalmente, a través de los sumarios, como la acción de tutela.

Para hallar ese núcleo intangible del derecho fundamental al debido proceso, es importante partir de las normas mismas que lo consagran y desarrollan como derecho fundamental y garantía judicial<sup>6</sup>. Así, el derecho fundamental en comento contiene dentro de sí las siguientes garantías:

---

PRINCIPIOS, que pregona la existencia de los principios, plantean varios criterios para la diferenciación. Uno de los criterios es el de la generalidad, es decir, se basan en el aspecto cuantitativo de la norma para plantear su diferenciación. Así, si la *norma* consagra premisas generales y abstractas es un principio y si consagra premisas particulares y concretas es una regla. Sobre el tema ver: ALZATE RÍOS, Luis Carlos. EXPLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS EN ROBERT ALEXYS. En: REVISTA INCISO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Universidad La Gran Colombia. Año 2007, no. 09. p. 69 a 82.

<sup>6</sup> Sobre este punto, se tomarán esencialmente el artículo 29 de la C.P. y los artículos 8 párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en referencia al sistema Americano de derechos humanos, y 14 párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), con relación al sistema Universal de derechos humanos, normas estas últimas que hacen parte del bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, a la luz del artículo 93 superior. Dichas normas son transcritas para su mejor entendimiento:

*“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”*

*“ARTÍCULO 8.- GARANTÍAS JUDICIALES.*

*1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter.”*

*“Artículo 14*



*Jurisdicción Contenciosa*

*Administrativa*

- Legalidad y preexistencia de la ley al acto imputado.
- Juez natural
- Cumplimiento de las formas procesales.
- Aplicación ley favorable.
- Presunción de inocencia.
- Derecho a la defensa, material y técnica.
- Proceso público.
- Plazo razonable.
- Allegar pruebas de descargo.
- Contradicción de las pruebas de cargo.
- Impugnación de la decisión de condena.
- *Non bis in ídem*.

De igual forma, la Corte Constitucional ha definido el debido proceso como:

*“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.”<sup>7</sup>*

---

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.”

<sup>7</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-012 de 2013.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

En cuanto al debido proceso dentro de las actuaciones de la administración, del texto mismo del artículo 29 superior, se puede inferir de manera evidente, que este es aplicable en toda su integridad y contenido en dichas actuaciones, derecho que es desarrollado por leyes especiales, y en forma general, contenido en la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Como norma marco que desarrolla el debido proceso administrativo, encontramos el artículo 3 numeral 1 del C.P.A.C.A., vigente para la época de inicio de la actuación administrativa que dio lugar a la expedición de los actos administrativos acá enjuiciados, norma del siguiente tenor:

*“Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

*Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.*

*1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.*

*En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.*

*...”*

Por su parte, las normas sobre las que se basaron los actos administrativos demandados (artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y 17 de la Ley 1150 de 2007), consagran:



*Jurisdicción Contenciosa*

*Administrativa*

*“Artículo 18º.- De la Caducidad y sus Efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

*En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.*

*Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.*

*La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.”*

*“Artículo 17. Del derecho al debido proceso. **El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.***

*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 debido proceso del contratista** y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*

*Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

*Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.” (Negrillas y subrayas para llamar la atención).*



*Jurisdicción Contenciosa*

*Administrativa*

De las anteriores normas se infiere que la declaratoria de caducidad, la imposición de multas y la declaratoria del incumplimiento del contrato estatal, es una facultad de la administración en ejercicio del derecho administrativo sancionador, en donde el Estado en su condición de garante del interés general, en materia contractual puede ejercer una posición preponderante y declarar, para el caso que nos ocupa, el incumplimiento del contrato. Por lo tanto, adicional a lo consagrado en dicha norma (se reitera, artículo 17 de la Ley 1150 de 2007) debe la administración respetar el debido proceso administrativo general y el sancionatorio en particular, consagrado en la Ley 1437 de 2011, vigente para las actuaciones que se inicien a partir del 2 de julio de 2011 (artículo 308 del C.P.A.C.A.):

*“Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.*

*Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.*

*Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.*

*Parágrafo. Las actuaciones administrativas **contractuales sancionatorias**, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en **las normas especiales sobre la materia.**” (Negritas para resaltar).*

En este sentido, el CONSEJO DE ESTADO ha interpretado que para darle aplicación al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, debe aplicarse el procedimiento administrativo general, pues la mencionada norma solo establece unos principios



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

generales y no una regulación concreta del contenido del debido proceso. En ese sentido, la siguiente providencia:

*4.3.1.1.- Como ya se ha señalado, según lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, disposición con base en la que se profirió la resolución que hoy se juzga, no cabe duda que la Administración, en este caso “las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación”, están habilitadas por la ley para conminar al contratista y si es del caso imponer unilateralmente las multas que se encuentren pactadas en los contratos en razón del incumplimiento comprobado, pero siempre y en todo lugar aplicando los procedimientos de ley y ante la ausencia de norma especial al respecto los propios del código contencioso administrativo en su primera parte, tal como se deduce de una simple articulación del artículo 17 en mención con el inciso segundo del artículo 1 del código en cuestión.*

*Obsérvese que en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 tan solo se determina de manera general los parámetros del procedimiento especial que la administración debe adelantar para el cumplimiento de las funciones en dicha norma encomendados en materia contractual, se refiere al respeto al debido proceso y al cumplimiento de un procedimiento administrativo mínimo, procedimiento este que ante la simple mención legal y careciendo de contextura materia para su aplicación efectiva y real por la administración, ninguna manera puede entenderse que estaría habilitando a la administración para regular o reglamentar la ley correspondiente a través de actos administrativos generales como el demandado.*

***La ausencia de procedimiento administrativo o las falencias normativas de los de naturaleza especial que hubiere establecido el legislador se llenan siempre y bajo cualquier circunstancia con las disposiciones de la primera parte del código contencioso administrativo, que configura en nuestro ordenamiento la gran regla general de los procedimientos administrativos.***

*Al respecto basta con recordar el viejo principio de nuestro ordenamiento jurídico en materia de procedimientos administrativos, positivizado en el inciso segundo del artículo 1 del decreto 01 de 1984, según el cual, “... Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles...” (Negrillas de la Sala)<sup>8</sup>*

---

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del 21 de marzo de 2012. Radicación: 11-001-03-26-000-2010-00060-00 (39477). Actor: LUCAS ABRIL LEMUS. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS. Acción: NULIDAD SIMPLE.



*Jurisdicción Contenciosa*

*Administrativa*

Por su parte, el demandante alega como violado, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, norma del siguiente tenor y que debe ser interpretada de forma armónica con el artículo 96 *ibídem*:

*“Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

*a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;*

*b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;*

*c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;*

*d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.*



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

*La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.*

...

*Artículo 96. Régimen de Transición. Los **procesos de contratación estatal en curso**, a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación.*

*No se generarán inhabilidades ni incompatibilidades sobrevinientes por la aplicación de las normas contempladas en la presente ley respecto de los procesos contractuales que se encuentren en curso antes de su vigencia.” (Negrillas subrayas para llamar la atención).*

Para la interpretación adecuada de la última de las normas transcritas, es menester acudir al reglamento, contenido en el Decreto 734 de 2012, norma que si bien, en la actualidad se encuentra derogado por el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013, se encontraba vigente a la fecha de expedición de los actos administrativos acá demandados que datan del 2 de febrero y 3 de abril de 2013:

*“Artículo 9.1. Régimen de transición. En los procesos **de selección** en los cuales, a la fecha de la expedición del presente decreto, ya haya sido expedido el acto administrativo de apertura, la entidad contratante podrá continuar el proceso hasta su culminación con las normas vigentes al momento de su apertura o podrá por medio de adendas ajustar el proceso a las disposiciones aquí contenidas. Los procesos **de selección** en los cuales la entidad contratante no haya expedido el acto administrativo de apertura, deberán ajustarse a lo dispuesto por el presente decreto.” (Negrillas y subrayas para llamar la atención).*

Sobre la aplicación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, nos ilustra la misma providencia del CONSEJO DE ESTADO, ya traída a colación, en donde se afirma:

*“Ahora bien, la Sala destaca que en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, las cuales han quedado ampliamente expuestas en los párrafos anteriores, el legislador en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, estableció un procedimiento administrativo de carácter especial tendiente a la imposición de multas y demás sanciones pertinentes dentro de la actividad contractual, previa la declaratoria de incumplimiento, procedimiento éste con el cual se establecieron las bases legales para garantizar la aplicación efectiva del debido proceso constitucional en asuntos contractuales, llenándose de esta manera el vacío existente en el ordenamiento jurídico colombiano de un procedimiento especial de esta naturaleza.*



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

***No quiere significar lo anterior, sin embargo, que este procedimiento reúna totalmente las características de un trámite completo e integral para los asuntos allí referidos. La Sala reconoce que el contenido normativo del artículo 86 en mención constituye un desarrollo especial, aunque parcial, que dista mucho de ser integral, razón por la cual, las falencias que se adviertan en su aplicación deberán ser llenadas en los términos del inciso segundo del artículo primero del C.C.A., esto es con las normas generales del procedimiento administrativo establecidas en el C.C.A (Decreto 01 de 1984), y a partir del 2 de julio del presente año, con las disposiciones de la parte primera del nuevo Código Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011 (artículo 2 inciso 3º), en lo pertinente.”(Negrillas para llamar la atención)<sup>9</sup>***

De lo hasta acá discurrido, podemos concluir que:

1. El debido proceso es un principio, un derecho fundamental y una garantía que se predica de todas las actuaciones administrativas, y en materia contractual sancionadora, igualmente es aplicable.
2. Que las normas especiales que regulan el debido proceso administrativo sancionador, no son otras que los artículos 18 de la Ley 80 de 1993, 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, normas todas que contienen una regulación genérica del procedimiento, por lo que es menester acudir al procedimiento administrativo sancionatorio general, consagrado en los artículos 47 y siguientes del C.P.A.C.A. adoptado por la Ley 1437 de 2011, para los procedimientos iniciados a partir del 2 de julio de 2012, y de los anteriores, al C.C.A. contenido en el Decreto 01 de 1984, tal como lo concluyó el CONSEJO DE ESTADO en la providencia ya citada.
3. Que la Ley 1474 de 2011, contiene varias regulaciones en materia contractual, diferenciando en ellas las normas de contenido sustancial y

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, pie de página 8.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

procesal, relacionadas al procedimiento de selección del contratista, por lo que el régimen de transición consagrado en el artículo 96 ibídem, en concordancia con el artículo 9.1. del Decreto 734 de 2012, hace alusión a los procedimientos de selección de contratista, que culminan con la adjudicación del contrato, por lo que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es plenamente aplicable a los contratos que se suscribieron con anterioridad a la norma pero que fueran declarados incumplidos en su vigencia.

4. En todo caso, se resalta que, intérpretese o no vigente para el caso en controversia, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, no hay duda que a la fecha de expedición de los actos administrativos demandados, se encontraba en plena vigencia el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, que consagra el contenido mínimo del debido proceso administrativo sancionador.

Así las cosas, es menester que al interior de la actuación administrativa sancionatoria contractual, se respete el debido proceso, el que incluye el deber de informar al implicado que se va a dar inicio a la actuación administrativa sancionatoria, es decir, que se expida un verdadero pliego de cargos, en donde se determinen los hechos que originan la actuación, las disposiciones vulneradas y las sanciones o medias procedentes, y respetar todas las garantías consagradas en el procedimiento administrativo general contenido en el C.P.A.C.A.

Por lo anterior, dentro de toda actuación administrativa se encuentra como garantía del debido proceso, la imparcialidad, definida como principio del procedimiento administrativo en el numeral 3 del artículo 3 del C.P.A.C.A.<sup>10</sup>, norma esta que se desarrolla en el artículo 11 del mismo compendio, disposición que consagra las

---

<sup>10</sup> “3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.”



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

causales de impedimento y recusación, y el 12 que establece el trámite de las mismas, en el siguiente sentido:

*“Artículo 12. Trámite de los impedimentos y recusaciones. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.*

*La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.*

*Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.*

*La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el cómputo de los términos para que proceda el silencio administrativo se reiniciará una vez vencidos los plazos a que hace referencia el inciso 1 de este artículo.”*

Como vemos, la norma en cita se encargó de regular lo concerniente al trámite que debe surtirse en dado caso el funcionario administrativo que deba adoptar determinada decisión se encuentre inmerso en alguna de las causales de impedimento consagradas en la ley, o que con base en las mismas, sea objeto de recusación.

Sobre este último punto, la Sala hace especial hincapié, por cuanto, presentada la recusación, el funcionario tiene la obligación de decidir sobre la misma dentro de los cinco (5) días siguientes a su presentación, y en caso de que se venza el referido término sin existir pronunciamiento del recusado, este pierde la competencia para emitir pronunciamiento respecto de dicho asunto, pero de todas formas, correspondiéndole decidirla de forma definitiva a alguna de las autoridades



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

competentes señaladas en el inciso primero de la preceptiva antedicha, que tratándose de autoridades territoriales, le corresponde resolver la recusación al Procurador Regional respectivo, por carecer el Gerente del FOMVAS de superior jerárquico, al ser dicha entidad una descentralizada<sup>11</sup>, y no existir en la administración municipal los sectores administrativos de que tratan los artículos 42 y 44 de la Ley 489 de 1998.

Sobre el supuesto jurídico narrado, el H. CONSEJO DE ESTADO tuvo la oportunidad de pronunciarse de la siguiente manera:

*“En guarda de la imparcialidad e independencia, la ley contempla el impedimento y la recusación como el mecanismo jurídico para preservar el derecho a la imparcialidad de los funcionarios, a quienes corresponde apartarse del proceso de su conocimiento cuando se tipifica en su caso específico alguna de las causales que se encuentran expresamente descritas en la ley. Estas instituciones integran el derecho al debido proceso, ya que el trámite adelantando en éste caso por el funcionario calificador subjetivamente incompetente no puede entenderse desarrollado bajo el amparo de las garantías requeridas para el recto proceder de la Administración.*

*La Corte Constitucional, en sentencia T-176 de 2008, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo, sobre el particular, expresó:*

*“(…) Que como regla general, las normas que regulan en las diferentes jurisdicciones las causas de impedimento y recusación se fundan básicamente en cuestiones del afecto, la animadversión, el interés y el amor propio. Y son previsiones de orden público y riguroso cumplimiento, como quiera que a los jueces no les está permitido separarse caprichosamente de las funciones que les han sido asignadas y a las partes no les está dado escoger libremente la persona del juzgador<sup>12</sup>. Se hallan previstas de antaño en la casi totalidad de los ordenamientos y las jurisdicciones y conducen invariablemente a la abstención del juez impedido y a la separación del juez recusado. (…)*”

*En esas condiciones la imparcialidad del funcionario calificador se constituye en principio fundamental de la Administración y además en garantía constitucional, que hace parte del debido proceso administrativo (judicial y disciplinario), que toda persona posee en condiciones de igualdad, no pudiendo ser desconocida<sup>13</sup>.*

<sup>11</sup> Ver pruebas sobre la existencia de la entidad, fol. 1041 a 1058 C. Ppal.

<sup>12</sup> Expediente D-2002, acción pública de constitucionalidad contra los artículos 17 de la Ley 4 de 1992 y 17 (parcial) del Decreto 1359 de 1993, Auto 044 A de 1998 M. S. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>13</sup> Sentencias C-013, C-175 y C-555 de 2001.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

*En el sub-judice, el Decreto 1222 de 1993, por el cual se desarrollan los numerales 3° y 4° del artículo 29 de la Ley 27 de 1992, en su artículo 22, indica que a los empleados a quienes les corresponde calificar servicios les serán aplicables las causales de impedimento y de recusación consagradas en el C.P.C.*

*Por su parte el artículo 152 ibídem señala que la recusación debe presentarse ante el mismo funcionario de conocimiento, expresando la causal alegada y su correspondiente fundamentación. En el presente caso el actor fundamentó la recusación en el artículo 150 del C.P.C. numerales 1°, 2° y 9°, dirigida contra el jefe inmediato indicando que debió declararse impedido para calificarlo (Fl. 7), y de manera concomitante solicitó que se declarara impedido para desatar el recurso de reposición. (Fls. 7-18)*

*El artículo 154 del C.P.C., prevé que “el proceso se suspenderá desde que el funcionario se declare impedido o se reciba en la Secretaria el escrito de recusación, hasta cuando hayan sido resueltos, sin que por ello se afecte la validez de los actos surgidos con anterioridad”, quiere decir, que la calificación insatisfactoria que se produjo el 30 de abril de 1997, conservaría su validez, dado que la recusación tiene fecha de 7 de mayo del mismo año (Fls. 6 y 7-18).*

*El Administrador de la Zona Acuática, Parque Recreativo ‘Ditaires de Itagüi, debió proceder a analizar el escrito de recusación y si la encontraba fundada separarse del conocimiento del proceso de calificación y remitir la actuación al Secretario General de la Alcaldía Municipal para que resolviera el recurso de reposición; si por el contrario no encontraba fundados los argumentos de la recusación, de igual manera debió remitir la actuación ante el citado funcionario para que se pronunciara respecto a la misma.*

*Quiere decir que el Jefe inmediato del actor, no podía dar trámite al recurso de reposición interpuesto contra la calificación insatisfactoria, hasta tanto no se resolviera la recusación que contra él pesaba; sin embargo, no solamente guardó silencio frente a la misma, sino que mediante Resolución 001 de 4 de junio de 1997 (Fls. 39-42) desató el recurso de reposición, violando de esta manera el debido proceso administrativo del actor, y viciando de nulidad el acto de insubsistencia por calificación insatisfactoria.”<sup>14</sup>*

Así las cosas, basten las anteriores consideraciones para estudiar los cargos elevados en contra de las resoluciones No. 100-02-258 del 2 de febrero de 2013 y No. 100-02-059 del 3 de abril de 2013, respectivamente, proferidas por el FONDO

---

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “B”. Consejera Ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 6 de agosto de 2009. Radicación número: 05001-23-31-000-1997-03497-01(2576-03). Actor: JORGE ALBERTO ESCOBAR ACOSTA. Demandado: MUNICIPIO DE ITAGÜI.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO –  
FOMVAS.

Se tiene que, el Gerente del FOMVAS expidió la Resolución N° 100-02-058 de febrero 1 de 2013, por medio de la cual se resuelve en audiencia la declaratoria de incumplimiento del contrato de obra N° OC-006-2011. En este punto, es importante resaltar que es una carga procesal del demandado, el allegar todos los antecedentes administrativos de los actos demandados, tal como lo consagra el parágrafo 1 del artículo 175 del C.P.A.C.A. y se hizo saber al momento de admitir la demanda en el auto del 18 de noviembre de 2013, numeral 5, por lo que era de su cargo, allegar al expediente todos los documentos previos a la expedición de las resoluciones demandadas, entre ellos, las citaciones a la audiencia de declaración de incumplimiento, con el fin de verificar si ella cumplía con todos los requisitos consagrados en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y 47 del C.P.A.C.A.

Observados los documentos allegados por la entidad demandada, tanto en su respuesta y visibles a fol. 1165 a 1958 del C. Ppal., como los anexos, como las pruebas decretadas, en donde se le solicitó allegar los documentos previos al contrato, visibles a fol. 1 a 169 del C. Pruebas, no se encuentra acto administrativo alguno en donde se identifique de la forma ya indicada, el objeto de la diligencia y se le de la posibilidad al recurrente, previo a adoptar la decisión, a conocer los cargos en su contra, las normas que se consideraron violadas y las consecuencias que podría acarrear su conducta, es decir, el acto administrativo que da inicio a la actuación administrativa sancionatoria contractual, o pliego de cargos.

Por lo anterior, el acto en mención, claramente violó el debido proceso del accionante.

Por otro lado, contra dicha decisión, el contratista, hoy demandante, presentó contra la misma, recurso de reposición, el día 8 de febrero de 2013<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Folios 161 a 198.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

Posteriormente, el día 12 de febrero de esa misma anualidad, el representante legal de DICON LTDA presentó escrito de recusación al Gerente del FOMVAS<sup>16</sup>, para conocer del recurso de reposición en contra de la Resolución N° 100-02-058 de febrero 1 de 2013, amparado en la causal consagrada en el numeral 11 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011.

En vista que el Gerente del FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO – FOMVAS, dejó vencer el plazo de cinco (5) días contenido en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, sin emitir pronunciamiento sobre la recusación presentada, el representante legal de DICON LTDA, procedió en fecha 27 de febrero de 2013<sup>17</sup>, a elevar derecho de petición ante la Procuradora Regional de Sucre, para efectos que le informara si dentro del presente caso se le envió el escrito de recusación, con el fin de que decidiera el mérito del asunto.

Subsiguientemente, y dado que finalmente el FOMVAS por intermedio de la Resolución N° 100-02-259 del 3 de abril de 2013, resolvió tanto la recusación como el recurso de reposición aludidos; el representante legal de DICON LTDA a través de escrito fechado 9 de mayo de 2013<sup>18</sup>, requirió nuevamente a la Procuradora Regional de Sucre, con el objetivo que adoptara medidas frente a la solicitud de recusación presentada contra el Gerente del FOMVAS, específicamente que emplazara a dicha autoridad para revocar la reseñada Resolución N° 100-02-259 de abril 3 de 2013.

Así entonces, conforme lo narrado en precedencia, esta Judicatura considera que al momento de proferirse el acto administrativo a través del cual el Gerente del FOMVAS resolvió en primera medida la recusación y luego de negarla, despachó desfavorable el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 100-02-058 del 1 de febrero de 2013, la actuación se encontraba suspendida desde la

---

<sup>16</sup> Ver folios 205 a 210.

<sup>17</sup> Folios 203 a 204.

<sup>18</sup> Ver folios 199 a 202.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

presentación de la recusación, y comoquiera que el mentado funcionario, no resolvió dentro del término de cinco (5) días tal pedimento, debió de conformidad con lo preceptuado en el artículo 12 del C.P.A.C.A., remitir la actuación a la Procuradora Regional de Sucre, para que esta, por ser la competente, decidiera de plano sobre la recusación, tal como se explicó al analizar la hermenéutica de la norma en comento.

Por lo anteriormente expuesto, para la Sala le asiste razón a la parte accionante, en el sentido que el Gerente del FOMVAS al momento de proferir la Resolución N° 100-02-259 3 de abril de 2013, carecía de la competencia para ello, pues no se había decidido la recusación formulada, por la autoridad competente, ya indicada.

Por lo dicho, los actos administrativos demandados se encuentran incurso en la causal de nulidad de violar el debido proceso, por lo que se declarará su nulidad, en el aparte resolutivo de la presente decisión.

Anulados los mismos, como se avisó, es menester estudiar el restablecimiento del derecho.

El demandante principal, DICON LTDA., solicita el restablecimiento, en el sentido de que no se impongan las sanciones en ellas contemplados (Pretensión identificada como 1.1.2. en esta providencia), y el tercero interviniente de la parte activa LA PREVISORA DE SEGUROS S.A. que se declare la inexistencia de obligación alguna a su cargo, la devolución de los dineros embargados y los intereses (pretensiones identificadas como 1.4.1.2 a 1.4.1.4 en esta sentencia).

Por lo anterior, al anularse las resoluciones que declaran el incumplimiento, en las mismas se declaró la ocurrencia del siniestro de la póliza de cumplimiento, se hace efectiva la cláusula penal por el 10% del valor del contrato, equivalente a \$ 672.340.686, por lo que estas declaraciones realizadas por la administración quedan sin piso jurídico.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

Así las cosas, es menester declarar que ni el contratista (DICON LTDA.) ni su aseguradora (LA PREVISORA DE SEGUROS S.A.) deben suma alguna por concepto de incumplimiento y clausula penal a la entidad contratante (FOMVAS).

Por su parte, LA PREVISORA DE SEGUROS S.A., logró demostrar al interior de este proceso, que la entidad demandada FOMVAS, utilizando como título de ejecución las resoluciones que acá se anulan, inició proceso de cobro coactivo (fol. 183 a 288 C. Pruebas 3) en donde, inicialmente libró mandamiento de pago por la suma de \$672.340.686 y ordenó el embargo hasta de \$ 1.344.681.372 (fol. 211 C. Pruebas 3). Una suma equivalente a la del embargo decretado, fue puesta a disposición del FOMVAS por el BANCO DE BOGOTÁ, proveniente de la cuenta de LA PREVISORA DE SEGUROS S.A. (fol. 214 a 232 C. Pruebas 3).

A través de Resolución 002 del 13 de agosto de 2013, ordenó seguir adelante con la ejecución (fol. 235 y 236 C. Pruebas 3) y liquidó el crédito en la suma de \$ 712.815.280 (fol. 249 C. Pruebas 3) y en firme la misma, se entregan los remanente (fol. 284 y 285 C. Pruebas 3).

Por lo expuesto, es menester ordenar que la entidad demandada FOMVAS, devuelva a el tercero interviniente de la parte activa, LA PREVISORA DE SEGUROS S.A., la suma del capital retenido desde el 11 de junio de 2013 (fol. 214 C. Pruebas 3) es decir, \$ 712.815.280, suma que conforme se solicita en las pretensiones, deberá indexarse con la siguiente fórmula tomando como base la variación porcentual de los índices de precios al consumidor certificada por el DANE, en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A.

$$Ra = Rh \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

En donde el valor presente de Ra se determina multiplicando el valor histórico Rh (\$712.815.280), por el guarismo que resulte dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente al mes anterior a la expedición de esta sentencia (marzo de 2015, 120,98<sup>19</sup>), entre el índice vigente en la fecha en que se retuvieron los dineros (11 de junio de 2013, equivalente a 113,75<sup>20</sup>).

$$Ra = 712.815.280 \times \frac{120,98}{113,75}$$

$$Ra = 758.122.133$$

En este punto se aclara que, prósperas las pretensiones principales de LA PREVISORA DE SEGUROS S.A., el Tribunal se abstendrá de hacer pronunciamiento sobre las demás pretensiones, dado que son planteadas como subsidiarios, tal como se discrimina en esta providencia en el numeral 1.4.

Pasa así las Sala a estudiar las pretensiones relacionadas con el incumplimiento del contrato, planteadas por el demandante.

#### **2.4. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL, PRUEBA SOBRE SU EXISTENCIA - LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE DE LOS DICTÁMENES PERICIALES**

En este acápite, se desarrollarán los temas referentes a las pretensiones contractuales presentadas en torno al incumplimiento del contrato que el contratista le imputa al contratante, y consecuente con ello, la excepción de incumplimiento

---

<sup>19</sup> Ver <http://www.dane.gov.co/index.php/indices-de-precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc> consultada el 23-04-2015

<sup>20</sup> *Ibidem*.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

del contrato por parte del contratista, propuesta por el contratante FOMVAS, hoy demandado.

En tratándose de los contratos, es claro que ellos son ley para las partes (artículo 1602 del C.C.), razón por la cual los integrantes de la relación negocial se obligan a lo que en ellos conste de manera recíproca, dado que se debe partir de la base de que los contratos estatales son por esencia conmutativos, es decir, debe existir equidad y reciprocidad en las obligaciones pactadas de manera mutua, dado que los deberes contractuales se caracterizan en estos casos por su bilateralidad (artículos 28 de la Ley 80 de 1993, 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. C.C.).

Igualmente, debe partirse de la base, que conforme lo consagra, tanto las normas públicas (artículo 28 de la Ley 80 de 1993) como las privadas (artículo 1603 del C.C.) los contratos deben ejecutarse de buena fe, es decir, obligan no solo a lo que en ellos conste de forma expresa por escrito, sino a lo que por la naturaleza de la prestación o por ley le pertenecen sin necesidad de pacto concreto sobre el punto, pues es claro que los contratos en general, satisfacen el tráfico económico y cumplen una función social, en especial en la contratación estatal, dado que por medio de ella se busca satisfacer una necesidad en interés general, que se ve representado en la entidad pública contratante.

Por su parte, dentro de la contratación estatal, encontramos un claro principio que busca materializar los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la C.P. de eficiencia y economía, y desarrollar en concreto las normas contenidas en los artículo 339 y 341 de la C.P., como es el principio de la planeación, a través del cual, el contratante estatal define la necesidad de contratación, acorde con los planes de desarrollo e inversión. Por medio de la planeación contractual, se busca que la entidad estructure sus relaciones contractuales con base en las necesidades y prioridades previamente identificadas.

En la regulación normativa de la contratación estatal, encontramos el principio de planeación materializado en los artículos 25 numerales 6, 7 y 11 a 14, 26 numeral 3



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

y 30 numerales 1 y 2 de la Ley 80 de 1993, 8 de la Ley 1150 de 2007 y 3, 5 y 6 del Decreto 2474 de 2008<sup>21</sup>.

De las anteriores normas, se deduce, que la administración, previa a la suscripción del contrato y la apertura del procedimiento de selección del contratista, debe contar con la viabilidad económica o financiera del proyecto (disponibilidad presupuestal), fundar la contratación en las necesidades (estudios de conveniencia y oportunidad), contar con las autorizaciones legales en caso de que se requieran (licencias, permisos y compra de predios), realizar los estudios y diseños que determinen el objeto y las obligaciones del contrato a suscribir y la forma de seleccionar el contratista, es decir, debe contar con estudios y documentos previos, a la luz de la regulación contenida en el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Se resalta, que se cita el presente decreto reglamentario, dado que era la norma que a la fecha de los hechos que dan lugar al presente proceso, se encontraba vigente.

<sup>22</sup> “Artículo 3°. Estudios y documentos previos. En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.

*Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener los siguientes elementos mínimos:*

- 1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.*
- 2. La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.*
- 3. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.*
- 4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.*
- 5. La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del presente decreto.*
- 6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.*
- 7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.*

*Parágrafo 1°. Los elementos mínimos previstos en el presente artículo se complementarán con los exigidos de manera puntual en las diversas modalidades de selección.*



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

Es de resaltar que en aplicación del artículo 26 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, que consagra el principio de responsabilidad, *“Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.”*

Sobre el principio de planeación, nos ilustra el CONSEJO DE ESTADO en la siguiente providencia:

*“La circunstancias anotadas evidencian la inexcusable falta de planeación en que incurrió el IDU en el momento en que estableció la necesidad de adelantar la contratación de las obras de este proyecto, incurriendo en violación de uno de los más importantes principios que informan la actividad contractual y cuyo cumplimiento resulta obligatorio por parte de las entidades del Estado.*

*La jurisprudencia de la Sala ha sostenido repetidamente, y así lo reitera ahora, que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes:*

- (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;*
- (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja;*
- (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición*

---

*Parágrafo 2°. El contenido de los estudios y documentos previos podrá ser ajustado por la entidad con posterioridad a la apertura del proceso de selección. En caso que la modificación de los elementos mínimos señalados en el presente artículo implique cambios fundamentales en los mismos, la entidad, con fundamento en el numeral 2 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo y en aras de proteger el interés público o social, podrá revocar el acto administrativo de apertura.*

*Parágrafo 3°. Para los efectos del presente artículo, se entiende que los estudios y documentos previos son los definitivos al momento de la elaboración y publicación del proyecto de pliego de condiciones, sin perjuicio de los ajustes que puedan darse en el curso del proceso de selección. En todo caso, permanecerán a disposición del público por lo menos durante el desarrollo del proceso de selección.*

*Parágrafo 4°. En el caso de contratos en los que se involucre diseño y construcción, la entidad deberá poner a disposición de los oferentes además de los elementos mínimos a los que hace referencia el presente artículo, todos los documentos técnicos disponibles para el desarrollo del proyecto.”*



*Jurisdicción Contenciosa*

*Administrativa*

*se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc;*

*(iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto;*

*(v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato;*

*(vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante;*

*(vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.”<sup>23</sup>*

Por otra parte, es menester estudiar en el presente caso, el tema de la excepción de contrato no cumplido, la que se basa normativamente en el artículo 1609 del C.C., el que consagra que “*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*”; disposición esta que se funda en el aforismo “*la mora de uno purga la mora del otro*”, y a su vez consagra la *exceptio non adimpleti contractus*, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, como en el presente caso.

La jurisprudencia contenciosa, ha interpretado de forma reiterada la anterior excepción, atemperando su aplicación en el ámbito de la contratación estatal, a incumplimientos graves, que pongan al contratista en imposibilidad de cumplir su labor, tal como nos explica el siguiente aparte:

---

<sup>23</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854).



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

*“47. Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La exceptio non adimpleti contractus tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones<sup>24</sup>.”<sup>25</sup>*

Partiendo de las anteriores consideraciones legales y jurisprudenciales, es menester analizar el caso concreto, conforme a lo probado dentro del proceso, para lo cual se analizará en el siguiente subnumeral, el tema de las objeciones por error grave, presentadas por el demandado FOMVAS en contra de los dictámenes periciales previamente decretados, practicados e incorporados.

#### **2.4.1. La objeción a los dictámenes periciales.**

Se decretaron, practicaron e incorporaron, a petición del demandante, dos dictámenes periciales, uno económico y otro técnico, cuyo objeto en términos generales, era cuantificar los perjuicios generados al demandante por el incumplimiento del contrato atribuido al contratante, y versaba sobre los puntos discriminados en la demanda (fol. 55).

Sobre la objeción por error grave, es importante aclarar, que la norma procesal contencioso administrativa establece de manera concreta dicha posibilidad en el

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de enero 31 de 1991, exp. 4739, CP Julio César Uribe Acosta; septiembre 15 de 1983, Exp. 3244; junio 25 de 1987, exp. 4994, CP Jorge Valencia Arango; mayo 15 de 1992, exp. 5950, CP Daniel Suárez Hernández; enero 17 de 1996, Exp. 8356; marzo 15 de 2001, Exp. 13415, CP Ricardo Hoyos Duque; abril 13 de 1999, exp. 10131; febrero 21 de 1992, exp. 5857, CP Carlos Betancur Jaramillo; octubre 17 de 1995, exp. 8790; septiembre 14 de 2000, exp. 13530, CP Ricardo Hoyos Duque; febrero 16 de 1984, exp. 2509, CP José Alejandro Bonivento Fernández; septiembre 13 de 2001, exp. 12722, CP María Elena Giraldo Gómez; abril 25 de 2005, exp. 14393, CP German Rodríguez Villamizar; abril 14 de 2005, exp. 28.616, CP German Rodríguez Villamizar; 21 de febrero de 2011, exp. 16.105, entre otras.

<sup>25</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B. Consejero Ponente (E): Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Radicación número: 20001233100020010130501. Expediente número: 24106. Actor: Comercializadora Hidrotech Aquaserie B Ltda. y otro. Demandado: Departamento del Cesar. Naturaleza: Controversias contractuales.



*Jurisdicción Contenciosa*

*Administrativa*

artículo 220 numeral 3 del C.P.A.C.A. por lo que no es menester acudir a norma de reenvío alguna. El error grave, es definido por la jurisprudencia contenciosa, como:

*“En tanto que la objeción por error grave se puede formular contra los dictámenes periciales, conforme a lo establecido por el artículo 238 del C. de P. C. Desde hace un buen tiempo, la Corte Suprema de Justicia<sup>26</sup> ha venido manejando como criterio para determinar cuándo el error es grave, a tenor de lo establecido en el artículo 238 del CPC, el del “error manifiesto de hecho”, esto es, aquel que “debe ser manifiesto, protuberante, además de importante cuantía si se trata de regulaciones numéricas como avalúos o respecto a un punto importante en los demás casos”<sup>27</sup>.*

*Dicha postura inicial de la Corte Suprema de Justicia, ha sido matizada por la Sala en sus precedentes, entendiéndose por error grave*

*“... “una falla de entidad en el trabajo de los expertos”, de ahí que no cualquier error tenga esa connotación. Ahora bien, la prosperidad de la objeción supone que el objetante acredite las circunstancias que, su juicio, originan el error; para ello puede solicitar las pruebas que estime pertinentes o, si lo considera suficiente, limitarse a esgrimir los argumentos que fundamentan su objeción”<sup>28</sup>.*

*A lo que se agregó, en posterior precedente, que se,*

*“... requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos”<sup>29</sup>.*

*Recientemente, el precedente de la Sala señala que para la configuración del error grave,*

*“... el pronunciamiento técnico impone un concepto equivocado o un juicio falso sobre la realidad, pues las bases sobre las que está concebido, además de erróneas, son de tal entidad que provocan conclusiones equivocadas en el resultado de la experticia. En consecuencia, resultan exigentes los parámetros para la calificación*

<sup>26</sup> Puede verse Auto de 8 de septiembre de 1993, Rad. 3446.

<sup>27</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales. T.II, 10ª ed, Medellín, Diké, 1994, p.371.

<sup>28</sup> Sentencia de 19 de mayo de 2005. Exp. AP-106.

<sup>29</sup> Sentencia. Sección 3ª, de 5 de marzo de 2008. Exp.16850. Sentencia. Sección 1ª, de 26 de noviembre de 2009. Exp.AP-2049.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

*del error grave, quedando claro, que aún la existencia de un “error”, no significa automáticamente la calificación de “error grave”<sup>30</sup>.*

*Todo lo anterior permite a la Sala extraer las siguientes conclusiones al aplicar la base conceptual a la objeción por error grave planteada: i) los hechos objeto del dictamen si requerían de especiales conocimientos, especialmente por tratarse de procedimientos y etiologías coronarios que exigen el manejo de protocolos aprobados tanto en el orden nacional, como en el internacional; ii) su práctica permitió, y permite, al juez una mejor apreciación, llegar a ciertas deducciones y entender los hechos del caso; iii) fue producido por un perito versado en la materia, no de otra forma no llegaría a verificar y alumbrar el conocimiento para resolver los interrogantes formulados y las conclusiones relativas al caso; iv) la objeción debe presentarse respecto al objeto del dictamen, no respecto a las conclusiones a las que llega, ya que el juez no está obligado a tener en cuenta el mismo a la hora de fundar sus argumentos para fallar un asunto, y; v) el dictamen debería tener tal entidad que conduzca o provoque conclusiones equivocadas o inferencias erradas en el juez.”<sup>31</sup>*

Con fundamento en lo anterior, pasa la Sala a estudiar los dictámenes y la objeción por error grave formulada.

**Dictamen contable:** Decretado en la audiencia inicial, celebrada el 7 de octubre de 2014 (fol. 2192 reverso), incorporado y controvertido en la audiencia de pruebas celebrada los días 26 de noviembre de 2014 (fol. 2225 a 2228, incluido CD ROM) y 14 de enero de 2015 (fol. 2258 a 2261 incluido CD ROM), cuyo informe escrito se encuentra visible a fol. 289 a 319 y aclaración a fol. 374 a 433 C. Pruebas 3.

El dictamen, versaba sobre los siguientes puntos, de los cuales el perito hace constar que revisó la contabilidad de la entidad demandante y las actas de obra:

- Cuantificación de los ingresos y egresos de DICON LTDA, a causa de la ejecución del proyecto. El perito, previo estudio de las actas resumen de obra y la contabilidad del contratista demandante, determinó como ingresos

<sup>30</sup> Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp. AG-9005.

<sup>31</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Magistrado ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del 7 de febrero 2011. Radicación número: 66001-23-31-000-2004-00587-01 (34387). Actor: MARÍA VICTORIA AGUDELO SALAZAR Y OTROS. Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

la suma de \$ 2.251.810.274 y como egresos la suma de \$ 1.882.577.820 (fol. 295 C. 3 de pruebas), aclarando y soportando el ítem de gastos diversos (fol. 374 a 433 C. 3 de pruebas).

- Establecer la utilidad proyectada por la Sociedad Contratista en este proyecto. Determinó la utilidad en la suma de \$ 336.170.000, de acuerdo al AUI pactado en el contrato y el valor total del mismo (fol. 295 C. 3 de pruebas).
- De acuerdo a las actas parciales de obra, se tasen los intereses moratorios que debe cancelar la entidad contratante por el retardo en el pago de las mismas. Aplicando la tasa moratoria legal y el plazo transcurrido, determinó que el interés de mora era: Acta No. 2 \$454.806.942, Acta No. 3 \$229.764.700 y Acta de Ajuste No. 1 \$9.254.529 (fol. 298 C. 3 de pruebas).
- Se establezcan los mayores valores cancelados por el contratista por concepto de impuestos y pólizas de seguros. Estableció dicha diferencia en la suma de \$ 17.426.488, con fundamento en el porcentaje no ejecutado del proyecto, acorde a las actas de obra (fol. 297 C. 3 de pruebas).
- Se establezcan los valores que deben reconocerse al contratista por concepto de ajuste de actas de recibo parcial de obra. Aplicó la fórmula de ajuste y le arrojó como valores los siguientes: Acta No. 1 \$39.662.268, Acta No. 2 118.514.848 y Acta No. 3 \$ 89.767.091.
- Se cuantifiquen las erogaciones proyectadas por DICON LTDA, por concepto de gastos de administrativos al momento de presentar la propuesta económica del contrato. Este punto lo cuantificó acorde con la propuesta y el contrato, en el valor equivalente al 20% del contrato, por la



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

suma de \$1.034.370.285, aclaró que en los anexos de la demanda se soportaban gastos por \$308.657.746.

- Se cuantifiquen las erogaciones realizadas por DICON LTDA, por concepto de gastos administrativos durante el plazo inicial del contrato se mantuvo suspendido y por el tiempo de la adición en plazo en el mismo.
- Se cuantifiquen las erogaciones en que debió incurrir el contratista para la ejecución del contrato. Respondida en el primer punto.
- Se establezca el valor del contrato que se ejecutó realmente por el contratista. Determinó que, conforme a las actas de obra, el mismo se ejecutó en un 50.22%, equivalente a \$3.376.494.492.
- Se establezca y cuantifique el daño al buen nombre comercial de que ha sido objeto por la declaratoria de incumplimiento contractual del contrato de obra. El crédito comercial formado, lo cuantificó en la suma de \$969.488.500 y estimó su afectación en el valor equivalente a un 50%, por la suma de \$484.744.250.

El anterior estudio contable, fue objetado por el demandado FOMVAS (fol. 2234 a 2236 C. Ppal. 12) con fundamento en que los cálculos para determinar el *good will* no se posee certeza de que en los gastos o erogaciones realizadas para formarlo, pues asegura que los soportes carecen de número y no arrojan certeza, citando las normas sobre contabilidad de comerciantes. Afirma que el costo asignado al daño al crédito comercial es muy alto, en atención a que conforme el artículo 46 del E.T., el costo de los bienes incorporeales formados como el *good will*, se presume constituido en el 30% del valor de la enajenación.

Frente a lo anterior, es importante resaltar que tal como lo aclara el perito, tanto en su informe escrito y en su declaración verbal realizada en la audiencia ya referida, expone que analizó la contabilidad de la entidad, la que ha de presumirse que se



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

lleva en debida forma, dado que no existe prueba que controvierta este hecho, por lo que en este punto, no existe el soporte correspondiente en donde se pueda inferir el error en el objeto de la prueba.

Adicionalmente, en torno al crédito comercial o *good will*, el perito explica de forma clara como halla este concepto partiendo del 2011 y del 2012, aclarando al objetante que el artículo 46 del E.T., posee un ámbito de aplicación limitado a dicha área, dado que determina el límite máximo del costo que se impute al crédito comercial formado, cuando se compra una empresa en funcionamiento, es decir, la forma como se imputa el valor como costo al momento de realizar la depuración de la renta contable frente a la renta tributaria, a fin de liquidar el impuesto de renta, por lo que con fundamento en ella no es posible soportar una valoración con efectos netamente contables o económicos como es la que acá se busca.

En conclusión, en este punto, la Sala **denegará** la objeción por error grave de la pericia contable.

**Dictamen técnico:** Decretado en la audiencia inicial, celebrada el 7 de octubre de 2014 (fol. 2192 reverso), incorporado y controvertido en la audiencia de pruebas celebrada los días 26 de noviembre de 2014 (fol. 2225 a 2228, incluido CD ROM) y 14 de enero de 2015 (fol. 2258 a 2261 incluido CD ROM), cuyo informe escrito se encuentra visible a fol. 320 a 354 y aclaración a fol. 370 a 373 C. Pruebas 3.

El dictamen, versaba sobre los siguientes puntos, de los cuales el perito hace constar que se fundamentó en **los documentos anexos a la demanda y de los planos suministrados por el demandante, sin verificar los documentos precontractuales emanados del FOMVAS para dar respuesta al dictamen**, lo que hace constar tanto en su informe escrito como en su declaración (CD ROM fol. 2228 archivo segunda parte minuto 02:00 y ss. y 24:44 y ss.) afirmando de forma clara que se basó en la información dada por el demandado en su demanda partiendo de la buena fe (CD ROM fol. 2228 archivo segunda parte minuto 04:22 y ss.) visitando la obra en compañía de un ingeniero del demandante y midiendo las



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

cantidades de las actividades ejecutadas, versando el mismo sobre los siguientes puntos:

- Que se analice la estructura del contrato de obra No. OC-006 de 2011 a partir de los estudios y documentos previos que diseñara la entidad contratante o que le sirvieran de base para el efecto, con el objetivo de que se valore su inadecuada planeación contractual. Explicó que como se aprecia en los documentos de la demanda, al abrir la licitación se carecía de los diseños de obras, se suministraron unos planos de las vías que no constituía diseño como tal; se analiza que lo fueron surtiendo durante el desarrollo de la misma o sea mientras se ejecutaba la obra. En toda la información técnica no figuraban especificaciones tales como espesor de la base y sub- base de los pavimentos que se necesitaba para esta clase de obra (fol. 321 C. 3 de pruebas).
- Que se analice una inspección o visita especial al sitio de la obra se establezca el estado de las mismas, atendiendo el uso de las vías y demás actividades procediéndose las actividades y cantidades ejecutadas y el valor de las mismas. Explicó que se realizó una visita al sitio de las obras y se midieron las cantidades de cada una de las actividades ejecutadas, estableciéndose que estas cantidades coinciden (las que se podían medir) con la sumatoria de las cantidades plasmadas en las actas 1, 2 y 3; también se estableció que las obras ejecutadas están en buen estado y prestando su servicio, a excepción de algunas placas o losas de concreto que fueron reparadas en la zona del parque y el teatro.
- Que se revisen la pertinencia técnica de los estudios y diseños entregados al contratista para la ejecución de la obra, determinándose la viabilidad de ejecutar la totalidad de las obras con fundamentos en los mismos. Argumentó que como manifestó en el punto 1, hubo falencia en los diseños



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

de las obras, tanto así, que la empresa contratista inició el corte y demolición en la calle 20, situación que permaneció así durante mucho tiempo (desde la carrera 20 hacia la carrera 21, se anexa foto) y las obras no se pudieron desarrollar por la carencia de estos diseños; obras que fueron ejecutadas posteriormente por otro contratista, según pude constatar con el contrato no. 1- fomvas-ool-13, suscrito con el consorcio centro (aporto copia de este contrato). Los diseños de la carrera 22 entre calles 22 y 23 (zona del teatro municipal) fueron cambiados el día anterior a cuando se iba a fundir el pavimento, situación que confirma la improvisación con que se manejó el proyecto; esta información está plasmada claramente en el expediente. Los diseños de la iluminación y de la parte eléctrica que junto con los demás diseños debieron ser entregados al inicio, solo se entregaron en mayo del 2012 y estaban inconcluso ya que carecían de la aprobación del RETIE y el RETILAP, lo cual apreció en la documentación enviada y recibida que aparece en el proceso.

- Que se establezca desde el punto de vista técnico, cuáles son las consecuencias que se ejecuten las modificaciones pretendidas por las entidades contratantes sobre las cantidades de obras que ya han sido elaboradas. Expone que el FOMVAS solicita al contratista la demolición de las cunetas o vigas canales y reemplazarlas por elementos prefabricados, según recomendaciones hechas por la empresa METRO SABANAS, y explicando que técnicamente no beneficiaba al proyecto la realización de este cambio, más bien lo perjudicaba por las consecuencias que implica una demolición de este tipo, y además este ítem se había pagado en el acta 1. Sobre la solicitud del cambio de losetas tipo rejilla por losetas tipo táctil, manifiesto que en el contrato reza claramente en el cuadro de cantidades y precios en el ítem 6: “rejillas discapacitados”.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

- Que de acuerdo a las actas parciales y a bitácora de obra, se establezca el valor total de las actividades desarrolladas hasta este momento por parte del contratista. Manifestó que de acuerdo a la inspección en el sitio y a las medidas de cantidades de obras que están a la vista, se llega a la conclusión de que estas cantidades corresponden a las plasmadas en las tres actas. motivo de esta experticia. Entregó cuadro del contrato inicial y actas.
- Que se indique la incidencia que tuvo en este caso en la programación de obra, la ejecución de obras públicas desarrolladas por otros contratistas mientras DICON LTDA ejecutaba las actividades del contrato de obras OC-006-2011. Asegura que la programación de obras del contratista, no solo se vieron afectadas por la entrega inoportuna de los diseños; sino que en la zona del parque estaban inconclusas las obras de redes de acueducto que venía ejecutando otro contratista y cuyo desarrollo y buena construcción estaba supeditado al avance y buena construcción de las obras de pavimento, andenes y demás que debían ejecutarse mediante este contrato; lo cual se corrobora con los oficios enviados en este sentido. Aclara que, era imposible acometer la construcción del pavimento, andenes y demás, sin haber instalado previamente las redes subterráneas del acueducto y haber compactado las zanjas.
- Que se indique si existe fundamentos técnicos para que la entidad contratante no recibiera las obras contenidas en las actas de recibo parcial No. 002 y 003. Asegura que las obras están en buen estado y prestando servicio, sin que se presente desgaste superficial.

Como punto final del dictamen, el perito hace constar:

*“Hago constar que la información contenida en esta experticia es producto de la información **extraída de los documentos de la demanda** y del recorrido *palmo a palmo* de las diferentes áreas intervenidas en el proyecto. Anexo resumen del contrato*



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

*general con las actas que se pagó y las que se dejaron de pagar como también el levantamiento topográfico de lo ejecutado.” (Resaltado fuera del texto, fol. 354 C. Pruebas 3)*

El anterior estudio técnico, fue objetado por el demandado FOMVAS (fol. 2236 a 2241 C. Ppal. 12) con fundamento en que la pericia no se basó en los documentos precontractuales que dieron lugar a la apertura de la licitación pública No. LP-002-2011 para la selección del contrato de obra No. OC-006-2011, publicados junto con el proyecto de pliego de condiciones en el portal electrónico del SECOP, los diseños y estudios más relevantes de las obras a contratar, en donde se establecen y señalan los espesores, resistencias y demás especificaciones de los concretos a utilizar, así como los espesores granulometría y demás especificaciones de los rellenos (base y sub base) que los pavimentos ameritaban; lo anterior se puede corroborar solo con abrir uno de los archivos adicionales publicados en el formulario del proceso llamado “CÁLCULO DEL ESPESOR DEL PAVIMENTO” en su primera página; también se puede apreciar en los anexos de la contestación de la demanda.

Concreta el error del perito técnico, al referir las diligencias realizadas dentro del proceso de licitación pública como son: Visita obligatoria al sitio de las obras, audiencia de asignación definitiva de riesgos previsibles y acta de audiencia de aclaración del contenido y alcance del pliego de condiciones, observaciones al proyecto de pliego de condiciones y observaciones al pliego de condiciones definitivo, donde no realizó objeción de ninguno de los posibles oferentes (incluyendo la empresa DICON LTDA.) manifestando inconformismo alguno por la falta de diseños o deficiencias en los mismos.

Frente a lo anterior, tal como se especificó, para la Sala, el error grave debe consistir en uno de tal entidad que hagan inviables o carentes de soportes las conclusiones a las que llega el perito y debe versar sobre el objeto de la pericia.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

Como se solicitó y decretó por parte de este Tribunal, el dictamen técnico tenía como objeto el que el profesional de la ingeniería designado, revisara los estudios y documentos previos que dieron lugar al contrato de obra No. OC-006-2011 y determinara, entre otras cosas, si los diseños eran adecuados a la planeación para la correcta ejecución de la obra objeto del contrato.

Como lo acepta de forma expresa el perito, no solo en su dictamen escrito como ya se referenció, sino de forma verbal al momento de responder pregunta realizada por el Magistrado Ponente<sup>32</sup>, por lo que claramente el objeto de la pericia fue errado, dado que concluye de forma categórica que no se contaba con diseños adecuados para ejecutar el contrato, cuando ni siquiera los revisó, y se limitó a presentar las conclusiones con documentos presentados por el demandante y partiendo de los hechos y pretensiones de la demanda, por lo que evidentemente sus conclusiones carecen de soporte y erraron de forma protuberante al realizar afirmaciones sin el correspondiente análisis completo de los documentos técnicos que era menester revisar como objeto de su estudio, máxime que si se comparan los documentos técnicos aportados por la parte demandante<sup>33</sup>, sin estudiar la totalidad de los aportados al proceso por el demandado FOMVAS<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> CD ROM fol. 2228 archivo segunda parte minuto 24:44 y ss. El Magistrado ponente pregunta: Especifique si verificó los documentos precontractuales emanados del FOMVAS para dar respuesta a la primera pregunta. Contestó: “No fui al FOMVAS, me basé en los documentos que están en el proceso.”

<sup>33</sup> Esencialmente, el accionante anexa como documentos técnicos, los siguientes planos:

1. Plano, contiene: indicadas (fol. 1000 C. Ppal. No.6)
2. Plano, contiene: indicadas (fol. 1002 C. Ppal. No.6)
3. Plano, replanteo elementos urbanos (losetas táctiles) plancha 4/4 (fol. 1003 C. Ppal. No.6)
4. Plano, contiene: indicadas (fol. 1004 C. Ppal. No.6)
5. Plano, contiene: indicadas (fol. 1005 C. Ppal. No.6)
6. Plano, contiene: indicadas (fol. 1006 C. Ppal. No.6)
7. Plano, contiene: indicadas (fol. 1007 C. Ppal. No.6)
8. Plano, contiene: indicadas (fol. 1008 C. Ppal. No.6)
9. Plano, contiene: indicadas (fol. 1009 C. Ppal. No.6)
10. Plano, contiene: indicadas (fol. 1010 C. Ppal. No.6)
11. Plano, contiene: indicadas (fol. 1011 C. Ppal. No.6)
12. Plano, contiene: indicadas (fol. 1012 C. Ppal. No.6)
13. Plano, contiene: indicadas (fol. 1013 C. Ppal. No.6)
14. Plano, contiene: indicadas (fol. 1014 C. Ppal. No.6)

<sup>34</sup> El demandado FOMVAS, aportó:  
Cuaderno de pruebas 1:



1. Estudios y diseños previos, Vías seleccionadas para los aforos vehiculares (Fol. 4 a 9)
2. Estudios y diseños previos, Tabulación aforos vehiculares y graficas (Fol. 11 a 52)
3. Estudios y diseños previos, Cálculo de la estructura de pavimento (Fol. 53 a 60)
4. Estudios y diseños previos, Diseño de pavimento contrato OC 006 de 2011 (Fol. 61 a 63)
5. Estudios y diseños previos, Modulación contrato OC 006 de 2011 (Fol. 64)
6. Estudios y diseños previos, Dimensionamiento en planta (Fol. 65 a 66)
7. Estudios y diseños previos, Especificación pavimento contrato OC 006 de 2011 (Fol. 67 a 95)
8. Estudios y diseños previos, Sub-base granular contrato OC 006 de 2011 (Fol. 95 a 102)
9. Estudios y diseños previos, Documentos de estudios previos del contrato OC 006 de 2011 (Fol. 103 a 111)
10. Estudios y diseños previos, Documentos de estudios previos del contrato OC 006 de 2011 (Fol. 123 a 132)
11. Estudios y diseños previos, Documentos de estudios previos del contrato OC 006 de 2011 (Fol. 133 a 136)
12. Estudios y diseños previos, Documentos de estudios previos del contrato OC 006 de 2011 (Fol. 137 a 158)
13. Plano, Detalle del adoquín estructural (Fol. 160)
14. Plano, contiene: distribución de Bolardo (Fol. 160)
15. Plano, Detalle módulo de textura de piso Cra. 21 A entre Calle 22 y 23 (Fol. 160)
16. Plano, contiene: Diseño de iluminación (Fol. 160)
17. Plano, contiene: indicadas (Fol. 160)
18. Plano, contiene: Diseño de iluminación (Fol. 160)
19. Plano, contiene: contiene\_(1) y contiene\_(2) (Fol. 160)
20. Plano, contiene: contiene\_(1) y contiene\_(2), plano No. 2 (Fol. 160)
21. Plano, contiene: indicadas (Fol. 161)
22. Plano, contiene: planta general (Fol. 161)
23. Plano, contiene: planta y perfil de las calles 20 y 21 entre las carreras 18 y 20; planta y perfil de la carrera 20 entre las calles 20 y 21 (Fol. 161)
24. Plano, contiene: indicadas, plancha 1/2 (Fol. 161)
25. Plano, contiene: indicadas, plancha 2/2 (Fol. 161)
26. Plano, contiene: indicadas, plancha 2/2 (Fol. 161)
27. Plano, contiene: indicadas, plancha 2/2 (Fol. 161)
28. Plano, contiene: indicadas, plancha 1 (Fol. 161)
29. Plano, contiene: indicadas, plancha 9 (Fol. 161)
30. Plano, contenido: Secciones transversales carrera 20 entre las calles 20 y 21 (Fol. 161)
31. Plano, contenido: planta y perfil de la calle 20 entre las carreras 20 y 25 (Fol. 161)

Cuaderno de pruebas No. 2

32. Plano, contiene: indicadas plancha 5 (Fol. 162)
33. Plano, contiene: indicadas, propuesta de perfil vehicular sección-calle 20 entre Cra. 22 -23 (Fol. 162)
34. Plano, Distribución del Bolardo (Fol. 162)
35. Plano, indicadas plancha 8 (Fol. 162)
36. Plano, contiene: contiene\_(1) y contiene\_(2) (Fol. 162)
37. Plano, contiene: indicadas plancha 7 (Fol. 162)
38. Plano, contiene: planta general (Fol. 163)
39. Plano, contiene: andenes lado izquierdo (Fol. 163)
40. Plano, contiene: andenes lado derecho (Fol. 163)
41. Plano, contiene: andenes lado derecho, continuación (Fol. 163)
42. Plano, sin nombre (Fol. 163)
43. Plano, contiene andenes lado derecho (Fol. 163)
44. Plano, contiene andenes (Fol. 163)
45. Plano, contiene andenes lado derecho (Fol. 163)



*Jurisdicción Contenciosa*

*Administrativa*

- 
46. Plano, contiene: andenes lado izquierdo (Fol. 163)
  47. Plano, contiene ubicación de luminarias, bolardos de hierro y concreto, plancha 1 de 3 (Fol. 163)
  48. Plano, contiene ubicación de luminarias, bolardos de hierro y concreto, plancha 3 de 3 (Fol. 163)
  49. Plano, sin nombre (Fol. 164)
  50. Plano, contiene: indicadas (Fol. 164)
  51. Plano, contiene: plano de acotamiento y especificaciones técnicas (Fol. 164)
  52. Plano, contiene: indicadas (Fol. 164)
  53. Plano, contiene: indicadas plancha 2 (Fol. 164)
  54. Plano, sin nombre (Fol. 164)
  55. Plano, contiene: andenes (Fol. 164)
  56. Plano, contiene: andenes lado derecho (Fol. 164)
  57. Plano, contiene: andenes (Fol. 164)
  58. Plano, contiene: andenes (Fol. 164)
  59. Plano, contiene: Distribución de bolardo (Fol. 165)
  60. Plano, contiene: plano de acotamiento y especificaciones técnicas (Fol. 165)
  61. Plano, contiene: indicadas, plancha 1/2 (Fol. 165)
  62. Plano, contiene: Distribución de bolardo (Fol. 165)
  63. Plano, contiene: Detalle módulo de textura de piso Cra. 21 A entre calle 22 y 23 Plano (Fol. 165)
  64. Plano, contiene: indicadas, plancha 1/2 (Fol. 166)
  65. Plano, contiene: Distribución de bolardo (Fol. 166)
  66. Plano, contiene: Diseño de iluminación (Fol. 166)
  67. Plano, contiene: Distribución de bolardo (Fol. 166)
  68. Plano, contiene: plano de acotamiento y especificaciones técnicas (Fol. 166)

Cuaderno de pruebas No. 3

69. CD No. 1: Membranas arquitectónicas 1 (Fol. 167)
70. CD No. 1: Membranas arquitectónicas 2 (Fol. 167)
71. CD No. 1: Ubicación de elementos 1 (Fol. 167)
72. CD No. 1: Ubicación de elementos 2 (Fol. 167)
73. CD No. 1: Ubicación de elementos 3 (Fol. 167)
74. CD No. 1: Ubicación de elementos 4 (Fol. 167)
75. CD No. 1: Ubicación de elementos 5 (Fol. 167)
76. CD No. 1: Ubicación de elementos 6 (Fol. 167)
77. CD No. 1: Ubicación de elementos 7 (Fol. 167)
78. CD No. 2: PLANOS (62 archivos identificados con numeración) (Fol. 167)
79. Plano, contiene: Replanteo elementos Calle 22 (Fol. 168)
80. Plano, contiene: Ubicación de luminarias, bolardos de hierro y concreto, bancas y canecas plancha 3/3 (Fol. 168)
81. Plano, contiene: andenes lado derecho (Fol. 168)
82. Plano, contiene: Ubicación de luminarias, bolardos de hierro y concreto, bancas y canecas plancha 2/3 (Fol. 168)
83. Plano, contiene: Replanteo elementos urbanos (losetas táctiles) 1/3 (Fol. 168)
84. Plano, contiene: Replanteo elementos urbanos (losetas táctiles) 1/3 (Fol. 168)
85. Plano, contiene: Ubicación de elementos urbanos (losetas táctiles) localización luminarias, registros, rutas circuitos (Fol. 168)
86. Plano, contiene: Ubicación de membranas plancha 2/3 (Fol. 168)
87. Plano, contiene: Detalles de membranas planta y cortes plancha de 3/3 (Fol. 168)
88. Plano, contiene: indicadas plancha 1 (Fol. 169)
89. Plano, contiene: Secciones transversales carrera 20 entre las calles 20 y 21, plano 4 de 4 (Fol. 169)



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

En conclusión, en este punto, la Sala **declarará prospera** la objeción por error grave de la pericia técnica, con las consecuencias indicadas en el inciso final del artículo 221 del C.P.A.C.A.<sup>35</sup>, en especial, la orden de restitución del 100% de los honorarios cancelados, ante la insuficiencia de la pericia rendida que no abordó todo el objeto de estudio que era menester analizar para poder llegar a las conclusiones a las que llegó. Igualmente, por estas razones, se desechará este medio probatorio.

#### **2.4.2. El caso concreto**

Descartado como quedó el dictamen pericial técnico, es menester entrar a analizar si conforme a las restantes pruebas allegadas, se demostró el incumplimiento del contrato por parte del FOMVAS, por lo que deberá emprenderse el análisis de las restantes pruebas que obran dentro del proceso, esencialmente las declaraciones rendidas y los documentos allegados, los que se estudiarán de manera individual y conjunta.

Emprende el Tribunal el análisis de la prueba testimonial y la declaración de parte, recepcionadas en la audiencia de pruebas celebrada el 25 de noviembre de 2014 (fol. 2221 a 2224 incluido CD ROM). Se aclara que sus testimonios fueron tachados por el demandado FOMVAS como sospechoso, por poseer interés directo en las resultas del proceso:

- 
90. Plano, contiene: Secciones transversales carrera 20 entre las calles 18 y 20, plano 3 de 4 (Fol. 169)
  91. Plano, sin nombre (Fol. 169)
  92. Plano, contiene: indicadas (Fol. 169)
  93. Plano, contiene: indicadas plancha 1 (Fol. 169)
  94. Plano, contiene: indicadas (Fol. 169)
  95. Plano, contiene: Secciones transversales carrera 20 entre las calles 18 y 20, plano 2 de 4 (Fol. 169)
  96. Plano, contiene: Planta y perfil de las calles 20 y 21 entre las carreras 18 y 20, planta y perfil la carrera 20 entre las calles 20 y 21 (Fol. 169)

<sup>35</sup> “El perito restituirá los honorarios en el porcentaje que determine la providencia que declare la prosperidad de la objeción, dentro de los diez (10) días siguientes a la comunicación que se haga de la decisión, por medio de servicio postal autorizado. Si el perito no restituye los honorarios en el término señalado, la parte que los pagó podrá cobrarlos ejecutivamente. En este caso, el perito deberá ser excluido de la lista de auxiliares de la justicia, para lo cual se comunicará a quien corresponda, sin perjuicio de la acción disciplinaria a que hubiere lugar.”



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

**JUAN JOSÉ MANCILLA GONZÁLEZ:** Ingeniero Civil que se desempeña como empleado del demandante DICON LTDA. En su relato inicial, asegura que entra a laborar como ingeniero residente de DICON del plan centro alrededor del mes de octubre, asegurando que los empleados de la obra le pusieron en advertencia sobre las complejidades de la obra, y que ellos estaban dispuestos a ejecutarlas y arreglar lo que estuviera mal hecho. Expresa que siempre encontraron falencias en diseños, no los dejaban ejecutar las actividades, en general. Ante pregunta del apoderado del demandante sobre las actividades desarrolladas como ingeniero residente, aseguró que su función era vigilar las obras ejecutadas. Preguntado por el demandante sobre si la obra contaba con los diseños y planos para ejecutar la labor, aseguró que le comentaron los compañeros anteriores que el proyecto tiene falencias en los diseños y planos, aclarando que el contratista solicitó por oficios los diseños, la parte eléctrica y nunca tuvieron respuesta de esto. Ante pregunta sobre los diseños y planos eléctricos del proyecto y su aprobación por parte de las empresas de servicios públicos, asegura que nunca recibió esos planos y nunca fueron entregados, y que no existieron por tanto los certificados REIEL y RETILAB, en el tiempo en el que él estuvo. Sobre pregunta sobre variaciones en los presupuestos de obra, expresó que no tiene conocimiento del FOMVAS en ese sentido. Preguntado sobre otros factores que afectarían el proyecto, aseguró que existieron otros como la instalación de unos adoquines en el teatro, y que el director del FOMVAS les mandó la policía y no pudieron laborar. Preguntado sobre amonestaciones, comunicaciones o sanciones que la entidad contratante le hubiera impuesto por incumplir el contrato, aseguró que no. Indagado sobre el estado de las obras a la finalización del contrato y si el mismo se liquidó, dijo que la calidad de las obras era factible, que las obras se encuentran en buen estado y que existieron ensayos y la obra se encuentra en funcionamiento. Preguntado por la apoderada de La Previsora sobre las condiciones ambientales durante la ejecución de la obra, contestó las que condiciones eran las mismas, que no había variación. Ante pregunta de aclaración del Magistrado sobre en qué consistían las falencias en los planos y diseños, aseguró que los diseños estaban incompletos, no existían diseños



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

de luminarias, es decir, diseños que desglosen cada actividad a desarrollar. Ante pregunta de aclaración sobre si el contratista conocía de las mencionadas falencias desde la presentación de su oferta, manifestó que no sabía.

Como valoración individual a su dicho, es importante aclarar que si bien, asegura que no existían diseños y planos en el proyecto, su dicho es totalmente vago y no especificó concretamente en qué consistían las falencias indicadas, por lo que su declaración no logra demostrar el incumplimiento contractual imputado por el contratista demandante al contratante demandado.

**KATHERINE GONZÁLEZ OLIVO:** Manifestó ser ingeniera civil, que trabajó como ingeniera residente con DICON LTDA. En su relato inicial, indicó que desde que inició a laborar con el proyecto, se tenía la falencia de la no entrega de los diseños, entregándoles diseños arquitectónicos, sin que fueran diseños geométricos de las vías, se daban órdenes verbales frente a las obras, se improvisó en la ejecución. Como la viga canal, según consta en la bitácora y se hicieron solicitudes de mediciones y no se realizaron. Preguntada por el apoderado del demandante sobre el cargo a desarrollar y las funciones, expresó que era la ingeniera residente de obra y llevaba la bitácora con el residente de interventoría, estar pendiente de las personas y las obras, de tiempo completo. Preguntada sobre las características generales de la obra en ejecución del contrato, aseguró que el objeto se enmarcaba dentro del proyecto de ciudades amables, para la pavimentación en concreto rígido de 500 PCI color gris normal, concreto de 4000 PCI con color rojo en la parte del teatro, carrera 21A parte peatonal, y en el parque Santander concreto en estampado e instalación de adoquines y losetas. Ante pregunta sobre cuáles eran los estudios y diseños requeridos y si ellos fueron recibidos por parte de la residencia de obra, aseguró que estudio de suelos nunca hubo, ni geométrico de la vía y levantamiento topográfico, entregando los diseños arquitectónicos, trabajando con lo que estaba. Informa que solicitaron los estudios y diseños, en reiteradas ocasiones, escrita, verbal, en los comités de obra y que la respuesta era de que ya los había entregado, pero no los hicieron completos, como los eléctricos que nunca los entregaron. Con



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

relación a cambios en los ítems técnicos al proyecto de obra, asegura que es la viga canal, ejecutándose y al hacerlo, aseguraron que no se las cancelaba, por no ser adecuada. Otro punto referido por la testigo son las rejillas para discapacitados, las que fueron solicitadas así al proveedor y después de instaladas unas, no las recibieron porque eran rejillas táctiles, cuando en el contrato no se especificaba. Preguntado sobre si conocía las razones para no suscribir el acta de obra 2, asegura que no conoce específicamente las razones porque no las dieron, pero se les hizo citaciones para que midieran la obra y no lo hacían. Preguntada por otros factores para el desarrollo de la obra, asegura que es el invierno que se presentó, la instalación por parte de un contratista anterior de obras de acueducto y alcantarillado, porque se debía esperar que ellos terminaran. Sobre las razones de no suscribir el acta de obra 3, asegura que no les dieron razones, que junto con el interventor se realizaron las mediciones pero el FOMVAS no verificó las cantidades. Sobre pregunta sobre si en la ejecución del contrato se recibieron amonestaciones sobre el incumplimiento, aseguró que no. Preguntada sobre cuál era el estado de ejecución del contrato a su finalización, aseguró que el mismo se ejecutó en un 90% aproximadamente, y que no se le llamó para liquidar el mismo. Preguntada por el apoderado del FOMVAS, solicita que se aclare porque dice que no le allegaron los diseños eléctricos, cuando existen oficios como el OCF-051 de 2012 recibido por ella, donde la testigo aclara que el diseño debe venir con las certificaciones RETIEL y RETILAB, donde asegura que no se entregaron las mencionadas certificaciones. Ante pregunta de aclaración realizada por el Magistrado, sobre si las falencias de diseño que ha manifestado eran conocidos por el contratista desde la suscripción del contrato, aseguró que sí y que por eso realizó en múltiples oportunidades los mismos.

El presente testimonio resulta ser un poco más concreto frente al incumplimiento relacionado con las falencias en los diseños, y se analizará de forma conjunta con la prueba documental allegada.

**ALBERTO ESPINOSA VERGARA:** En su relato inicial afirmó haber sido interventor del contrato de obra No. OC-006-2011, por ser el representante legal



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

del consorcio interventor, y participó de forma cercana en la ejecución del mismo, asegurando que el proceso constructivo presentó falencias en los diseños constructivos y urbanísticos presumiendo que ello se debió al poco tiempo designado para el diseño del proyecto, dado que asegura que al iniciar la obra no había diseños completos de vías, eléctricos y urbanísticos, existiendo solo una serie de rendes o fotos de cómo iba a quedar la obra final. Por ello, hicieron las solicitudes correspondientes para su entrega. Por la premura de la obra, con un lastre de un proyecto anterior de acueducto y alcantarillado, existía la presión de los comerciantes que se veían afectados, lo que sumado al invierno, hizo que se presentaran atrasos por lo que hubo manifestaciones de la alcaldía en este punto. Manifiesta que las obras se hicieron sobre la marcha con base en la experiencia de quienes en ella intervinieron, siendo la misma una catástrofe por no tener las herramientas precisas para hacer la interventoría. En el transcurso de la obra, se recortaron las cantidades, por la falta de planeación, dado que en la carrera 25 y 25 y la calle 20 no se habían reemplazado las tuberías y se decide no ejecutar estas obras. Ante pregunta del demandante, sobre si el FOMVAS entregó los diseños y planos eléctricos y si contaban con la aprobación de las empresas de prestación del servicio, afirmó que casi al vencimiento del contrato en su plazo, el FOMVAS hace entrega de un diseño preliminar en que no constaba con la aprobación de las empresas certificadas para asegurar si se podían ejecutar como el RETIEL y el RETILAB. Aclaró que ante la omisión de los diseños, el contratista requirió los diseños, al contratante, al igual que la interventoría, sin recibir respuesta de parte del FOMVAS, lo que ocasionó que se generaran retrasos. Preguntado sobre si se presentaran modificaciones en las obras, manifestó que no hubo muchos cambios pero sí en algunos elementos competentes del proyecto, lo que se acordaba en unos comités que se realizaban los sábados, se cambiaron unas cunetas y unos colectores de aguas, en lo que recuerda como lo más representativo, con su debida justificación y de acuerdo por las partes y la interventoría a bien del proyecto. Interrogado por las razones por las que el FOMVAS no suscribió el acta de obra No. 2 que estaba suscrita por el contratista y el interventor, expresó que como interventor



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

responsable del proyecto, revisó personalmente las obras y se recibió y presentó ante el FOMVAS para su diligenciamiento, en la primera acta participó el supervisor del FOMVAS, en la segunda no participó a tiempo y se dilató porque no se había revisado por parte de estos y el acta quedó a espera del informe final de la supervisión técnica. Ante interrogante de si existían otros factores que afectaron el desarrollo de las obras, aseguró que fueron la falta de diseños, el fuerte invierno y algo de la parte financiera por el no pago al contratista y la interventoría. Interrogado sobre si conoce si el contratista recibió pago por las actas 2 y 3 y si se solicitó el concurso de la interventoría para pago de obras adicionales o ajustes, aseguró que únicamente se canceló el acta 1 y la 2 no quedaron formalmente en tesorería para pago y la 3 no se suscribió, pero las obras están ahí. Con relación a la no suscripción del acta parcial 3, manifiesta que a la finalización del plazo de obra, no se suscribe, piensa que porque había un acta 2 pendiente, por lo que no se visualizaba voluntad de acuerdos para conseguir que el proyecto terminara y por tensión entre las partes, considera que eso fue lo que dio origen a su no formalización. Preguntado sobre si durante la ejecución de la obra, el contratista por parte del FOMVAS o por el interventor recibió alguna sanción o requerimiento por el presunto incumplimiento del contrato, expresó que no recibió de parte de ninguno, ni solicitaron algún informe. Sobre el estado de ejecución de la obra a la finalización del plazo y si se solicitó su concurso para la liquidación del mismo, afirmó que no tiene los datos exactos pero aproximadamente se ejecutó en un 75 u 80%, restando las obras de la calle 20 que valían dos mil millones, incluidas este en un 45 o 50% de la ejecución total. En cuanto a la liquidación, no recibió ninguna manifestación sobre este punto. Sobre pregunta sobre si se solicitó por parte del contratante informe para dar aplicación al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contestó que no le fue solicitado informe alguno en ese sentido. Preguntado por el Magistrado sobre cómo se ejecutó el contrato en un estado de entre el 75 y el 80% de ejecución, con falencias en los diseños y planos constructivos, aclaró que la ejecución de la obra es sencilla, ocho pavimentos y ocho andenes como obra general, es extremadamente sencilla, y participaron permanentemente 8



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

profesionales expertos y con base en la experiencia sacar adelante la obra y con las especificaciones someras del contrato todo fue sobre la marcha. Aclara que el porcentaje de avance, el contrato su valor total del \$ 6700 millones, por suprimir las obras de la calle 20, se baja el mismo a \$ 4500 millones, y con base en las tres liquidaciones se arroja un porcentaje del 75 o 80%. Ante pregunta de aclaración sobre las manifestaciones de la alcaldía frente a la ejecución de la obra, asegura que fue con relación a la ejecución de la obra por el hecho de las presiones de los comerciantes. Ante pregunta de aclaración sobre por qué, en calidad de interventor, dejó ejecutar un contrato con las falencias de diseño encontradas, aseguró el deponente que tenían un equipo completo para superar el impase y desde el principio se solicitaron los diseños, y se exigían los mismos en los 17 informes de obra, más la presión de la administración municipal para que la obra se ejecutara.

El presente testimonio resulta ser un poco más concreto frente al incumplimiento relacionado con las falencias en los diseños, aclarando el mismo cómo se superaron las mismas con el equipo de trabajo y la experiencia de los mismos, por lo que claramente este testigo ilustra a la Sala sobre la no imperiosidad de la existencia de los diseños para la ejecución de obra. Igualmente, se analizará de forma conjunta con la prueba documental allegada.

**MIGUEL MEZA MORALES (Gerente de DICON LTDA.):** Como es sabido, el interrogatorio de parte tiene como objeto, obtener la confesión provocada de una de las partes, por lo que de su interrogatorio solo se toma lo que dé como resultado un hecho aceptado que le perjudique. Ante pregunta si conoció los documentos previos del contrato, como son prepliegos, los pliegos, los estudios y los diseños previos, contestó que sí. Ante pregunta sobre si realizó observaciones a los mismos, contestó que no realizó objeciones. Ante pregunta que si visitó el sitio de las obras, contestó que sí. Preguntado sobre si formuló inquietudes frente al proyecto, asegurando que en esos casos se hacen preguntas muy generales porque no hay tiempo de realizar el proyecto. Preguntado si se podía realizar una oferta sin tener los diseños, contestó que se hace una revisión superficial de los diseños con



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

los ítems más representativos con los planos y que ese ejercicio se hizo inicialmente con lo presentado como diseño. Ante pregunta sobre qué documentos revisó para realizar el ofrecimiento que dio como resultado su oferta final, aseguró que se centran en los contenidos de obra y los precios y costos, partiendo de que fue bien diseñada. Preguntado sobre la programación de las obras y su presentación, aclaró que la misma se presentó junto con la propuesta, aclarando que una vez se va al campo, se encuentra con algunas inconsistencias que es donde comienza la corrección junto con el contratante e interventoría, y reorganizar lo que aparentemente está malo. Preguntado sobre si presentó la programación de la obra, qué tiempo destinó a la revisión de los diseños, contestó que no le correspondía revisar los diseños desde el punto de vista contractual, pero en la práctica sí, que todos los inconvenientes se solventaban con el interventor y se superaba. Preguntado sobre los oficios en donde se referencia que se enviaban los diseños por parte del FOMVAS, contestó que se recibían planos o dibujos pero no diseños. Preguntado sobre cómo ejecutó la obra sin diseños, aseguró que se resolvían sobre la marcha con la interventoría y los funcionarios del FOMVAS. Preguntado sobre la afirmación contenida en la demanda en el sentido de que el municipio de Sincelejo le dio instrucciones para declarar el incumplimiento del contrato, específicamente sobre cuáles fueron esas instrucciones concretas, contestó que es publica la manifestación en una declaración del 2 de febrero a escaso 1 mes de posesionarse o haberse reunido con él o algún funcionario de DICON, que él quitaba el impuesto de valorización. Preguntado sobre la relación de la manifestación del alcalde sobre el impuesto mencionado y la financiación del contrato, expresó que era la fuente de financiación. Preguntado sobre por qué afirma lo anterior si el contrato poseía un CDP, contestó que el mismo era de papel pero no existían los recursos. Preguntado sobre el soporte de dicha afirmación, aseguró que no lo tenía, pero aclara que no se le pagó el acta 2 por no tener dinero. El demandante confesó que conoció todos los documentos relacionados como previos al contrato, dentro de los que se encontraban los planos y diseños



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

preliminares. Igualmente, aceptó que las falencias presentadas en algunos, fueron superados en el desarrollo de la obras. Igualmente, se analizará de forma conjunta con la prueba documental allegada.

Emprende así la Sala el análisis individual y conjunto de los documentos allegados como pruebas. Se aclara que se enumerarán los documentos analizados, a fin de identificarlos e interrelacionarlos de una manera más adecuada y entendible, ante el volumen de los mismos:

Se parte de la base de que el demandante funda su acción, en la afirmación de que los diseños existentes no eran adecuados para adelantar la obra, y que por ello se presentaron las fallas en su desarrollo y ejecución, es decir, que el origen del hecho de que las obras no fueran culminadas, se imputa a la falta de planeación de la entidad al momento de elaborar los diseños y estudios previos del contrato de obra objeto del presente proceso.

En primer lugar, tal como ya se mencionó, el contratante demandado FOMVAS, allegó una serie de documentos, decretados como pruebas en la audiencia inicial a solicitud del accionante (fol. 2292 reverso) e incorporados al expediente en la audiencia de pruebas del 24 de noviembre de 2014 (fol. 2219), es decir, válidamente arrimados al expediente, sin observación (tacha o desconocimiento de los mismos) de las partes del presente proceso y de ellos ya se hizo mención en esta providencia a pie de página 25, y obran a fol. 1 a 169 de los cuadernos de pruebas 1, 2 y 3. Entre estos documentos se encuentran:

Estudios y diseños previos, Vías seleccionadas para los aforos vehiculares (Fol. 4 a 9), Tabulación aforos vehiculares y graficas (Fol. 11 a 52), Cálculo de la estructura de pavimento (Fol. 53 a 60), Diseño de pavimento contrato OC 006 de 2011 (Fol. 61 a 63), Modulación contrato OC 006 de 2011 (Fol. 64), Dimensionamiento en planta (Fol. 65 a 66), Especificación pavimento contrato OC 006 de 2011 (Fol. 67 a 95), Sub-base granular contrato OC 006 de 2011 (Fol. 95 a 102), Acero de refuerzo (Fol. 103 a 111), Diseño y construcción de juntas (Fol. 113 a 132), Bolardillos



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

prefabricados en concreto (Fol. 133 a 136) y los Estudios de conveniencia y oportunidad (Fol. 137 a 158).

Igualmente, se encuentran los siguientes planos: Detalle del adoquín estructural (Fol. 160), distribución de Bolardo (Fol. 160), Detalle módulo de textura de piso Cra. 21 A entre Calle 22 y 23 (Fol. 160), Diseño de iluminación (Fol. 160), indicadas (Fol. 160), contiene\_(1) y contiene\_(2), plano No. 2 (Fol. 160), indicadas (Fol. 161), planta general (Fol. 161), planta y perfil de las calles 20 y 21 entre las carreras 18 y 20; planta y perfil de la carrera 20 entre las calles 20 y 21 (Fol. 161), indicadas, plancha 1/2 (Fol. 161), indicadas, plancha 2/2 (Fol. 161), indicadas, plancha 2/2 (Fol. 161), indicadas, plancha 2/2 (Fol. 161), indicadas, plancha 1 (Fol. 161), indicadas, plancha 9 (Fol. 161), Secciones transversales carrera 20 entre las calles 20 y 21 (Fol. 161), planta y perfil de la calle 20 entre las carreras 20 y 25 (Fol. 161), indicadas plancha 5 (Fol. 162), indicadas, propuesta de perfil vehicular sección-calle 20 entre Cra. 22 -23 (Fol. 162), Distribución del Bolardo (Fol. 162), indicadas plancha 8 (Fol. 162), contiene\_(1) y contiene\_(2) (Fol. 162), indicadas plancha 7 (Fol. 162), planta general (Fol. 163), andenes lado izquierdo (Fol. 163), andenes lado derecho (Fol. 163), andenes lado derecho, continuación (Fol. 163), sin nombre (Fol. 163), contiene andenes lado derecho (Fol. 163), contiene andenes (Fol. 163), contiene andenes lado derecho (Fol. 163), andenes lado izquierdo (Fol. 163), luminarias, bolardos de hierro y concreto, plancha 1 de 3 (Fol. 163), ubicación de luminarias, bolardos de hierro y concreto, plancha 3 de 3 (Fol. 163), sin nombre (Fol. 164), indicadas (Fol. 164), plano de acotamiento y especificaciones técnicas (Fol. 164), indicadas (Fol. 164), indicadas plancha 2 (Fol. 164), sin nombre (Fol. 164), andenes (Fol. 164), andenes lado derecho (Fol. 164), andenes (Fol. 164), andenes (Fol. 164), Distribución de bolardo (Fol. 165), plano de acotamiento y especificaciones técnicas (Fol. 165), indicadas, plancha 1/2 (Fol. 165), Distribución de bolardo (Fol. 165), Detalle módulo de textura de piso Cra. 21 A entre calle 22 y 23 Plano (Fol. 165), indicadas, plancha 1/2 (Fol. 166), Distribución de bolardo (Fol. 166), Diseño de iluminación (Fol. 166), Distribución de bolardo (Fol. 166),



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

plano de acotamiento y especificaciones técnicas (Fol. 166), CD ROM No. 1: que contiene los archivos denominados Membranas arquitectónicas 1, Membranas arquitectónicas 2, Ubicación de elementos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 (Fol. 167), CD ROM No. 2: PLANOS (62 archivos identificados con numeración) (Fol. 167), planos de Replanteo elementos Calle 22, Ubicación de luminarias, bolardos de hierro y concreto, bancas y canecas plancha 3/3 , andenes lado derecho, Ubicación de luminarias, bolardos de hierro y concreto, bancas y canecas plancha 2/3 (Fol. 168), Replanteo elementos urbanos (losetas táctiles) 1/3, Replanteo elementos urbanos (losetas táctiles) 1/3, Ubicación de elementos urbanos (losetas táctiles) localización luminarias, registros, rutas circuitos, Ubicación de membranas plancha 2/3, Detalles de membranas planta y cortes plancha de 3/3 (Fol. 168), indicadas plancha 1, Secciones transversales carrera 20 entre las calles 20 y 21, plano 4 de 4, Secciones transversales carrera 20 entre las calles 18 y 20, plano 3 de 4, sin nombre, indicadas, indicadas plancha 1, indicadas, Secciones transversales carrera 20 entre las calles 18 y 20, plano 2 de 4, Planta y perfil de las calles 20 y 21 entre las carreras 18 y 20, planta y perfil la carrera 20 entre las calles 20 y 21 (Fol. 169).

De lo anterior, la Sala infiere que la entidad contratante, realizó una serie de estudios, sobre los cuales basó posteriormente el contrato de obra objeto de la controversia. Es importante aclarar en este punto, que para la Sala, al prosperar la objeción por error grave en contra del dictamen pericial, precisamente por no haber tenido en cuenta estos documentos para su pericia, no existe prueba técnica de la que se pueda inferir que ellos fueron inadecuados o insuficientes para la ejecución del contrato, dado que como lo aceptó de forma expresa en su declaración, tanto el interventor como el representante legal de la entidad, el contrato se ejecutó entre un 75 a 80%, sin contar con ellos, dado que la obra era sencilla y las falencias encontradas, que no se especificaron, fueron superadas, como por el representante legal de la entidad, que dio cuenta de que conoció los documentos previos acá relacionados, y que las falencias fueron superadas en el desarrollo de la obra, hechos



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

estos que igualmente son corroborados por el profesional que fungió como interventor de la obra.

Igualmente, la testigo ya referida, la Ingeniera KATERINE GONZÁLEZ OLIVO, si bien, da cuenta de la inexistencia de diseños geométrico de la vía, levantamiento topográfico y eléctricos, estos últimos con certificaciones RETIEL y RETILAB, en primer lugar, no aclara de forma concreta qué documentos de los previos, ya referidos son los que presentan las falencias mencionadas, por lo que su dicho igualmente resulta ser indeterminado y por tanto no lleva al conocimiento convincente de que los estudios ya referidos eran inadecuados, y por otro lado, su dicho frente a los diseños eléctricos se desvirtúa con el documento visible a fol. 332 C. Ppal. 2, allegado por el demandante, consistente en el Oficio con consecutivo ilegible de 27 de julio de 2012, suscrito por ELECTRICARIBE, en donde se informa que para la ejecución de las obras no se requiere de dichas certificaciones y las mismas se obtienen una vez construidas, por lo que es claro que las mencionadas no eran requisito para su ejecución, hecho este que era conocido por el accionante, pues aporta como prueba el mencionado oficio.

Por tanto, no existe prueba idónea, que para nuestro caso sería la técnica, de donde se pueda inferir que los diseños, planos y estudios previos, fueron de tal deficiencia, que imposibilitaban la ejecución del contrato, existiendo las anteriores declaraciones (interventor y representante legal del contratista) que mencionan la superación de las deficiencias, por lo que de existir, las mismas no fueron graves, es decir, de tal entidad que impidieran la ejecución de la obra, tal como se exige para las entidades públicas (píes de página 22 y 23 de la presente providencia).

Así las cosas, al no existir prueba de donde se infiera que la no ejecución total del contrato se fundó en la inexistencia de diseños y estudios previos, carece en absoluto de sustento probatorio los hechos en los que se funda la responsabilidad contractual del FOMVAS, perseguida en el presente caso, al igual que todas las restantes pretensiones declarativas y de condena, tal como se entra a explicar de manera pormenorizada, aclarando que para mejor entendimiento de la providencia,



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

se identificaran las pretensiones con base en los numerales con los que se enumeraron en el acápite 1.1. de esta sentencia:

Las pretensiones 1.1.1. y 1.1.2., ya se resolvieron en el punto referente a la nulidad de los actos administrativos contractuales demandados.

La pretensión 1.1.3., como ya se indicó, se encuentra huérfana de prueba, por lo que es menester su denegación.

Las pretensiones 1.1.4. y 1.1.5., relacionadas con el rompimiento del equilibrio económico del contrato, tal como se discrimina en la última de las pretensiones, igualmente hace referencia al incumplimiento en el que asevera el actor incurrió la entidad contratante, de lo que ya se mencionó, no existe prueba de ello

Las pretensiones 1.1.6. y 1.1.21., que tiene como finalidad la liquidación del contrato, es menester aclarar que conforme se ha probado en este proceso, el contrato en mención ya fue liquidado por el FOMVAS a través de la Resolución 100-02-118 del 24 de febrero de 2013 (fol. 255 a 257 del C. Pruebas 3) razón más que suficiente para denegar la misma, en atención a que dicho acto administrativo no ha sido demandado en el presente proceso.

La pretensión 1.1.7., relacionada con la responsabilidad por la suspensión del recaudo de la contribución de valorización, se parte de los estudios previos realizados para ejecutar el contrato objeto del presente proceso, dentro de los que se encuentra el estudio de conveniencia y oportunidad, elaborado por la asesora en contratación del FOMVAS. En él se determina que la fuente de financiación del proyecto es la contribución por valorización por sistema de beneficio general, cuyo monto asciende a la suma total de \$ 30.000 millones de pesos, de los que \$ 24.692.307.693 se destinan a la ejecución de otras, dentro de las que se encuentra el contrato suscrito entre DICON LTDA. y FOMVAS (fol. 140 y 141 C. 1 de Pruebas). En el mismo estudio, se establece que el contrato tendrá un valor total de \$6.724.424.084, aclarando que se debería expedir el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal (fol. 144 C. 1 de Pruebas), lo que es ratificado por la Resolución No. 191 del 17 de febrero de



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

2011, expedida por el Gerente del FOMVAS, a través de la cual se adjudicó el proceso de licitación pública No. LP-002-2011, en la que de forma expresa hace constar (fol. 501 C. 3, cláusula décima sexta):

*“Que para el procedimiento de la presente licitación pública se expidió el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal No. 010 de fecha diecisiete (17) de enero de 2011, emanado de la división administrativa y financiera de la entidad.”*

Igualmente, en texto mismo del contrato hace alusión al mismo certificado de disponibilidad presupuestal (fol. 477 C. 3, cláusula décima sexta), el que fue suscrito entre el FOMVAS como contratante y DICON LTDA, como contratista.

Por lo dicho, se concluye que efectivamente la fuente de financiación era el recaudo de la contribución por valorización, pero no existe prueba de que los recursos no se encontraban debidamente apropiados y reservados, por lo que la pretensión en mención carece totalmente de soporte probatorio y por ello se denegará.

La pretensión 1.1.8., hace alusión al tema del debido proceso, hechos estos objeto de pronunciamiento de este Tribunal en el numeral 2.3. de esta providencia, por lo que ella ya se encuentra resuelta,

La pretensión 1.1.9., no es más que una reiteración de las pretensiones 1.1.3., 1.1.4., 1.1.5. y 1.1.7., por lo que se denegarán por las razones ya indicadas.

Todas las pretensiones de condena (1.1.10 a 1.1.25) derivan su sustrato de que prosperarán las declarativas de responsabilidad, las que se denegarán, razón suficiente para denegar las consecuentes condenas.

En resumen, para la Sala, el accionante no logró probar los fundamentos de hechos de las normas en las que basaba sus pretensiones, siendo su carga probar lo anterior, con fundamento en el artículo 177 del C.P.C., vigente para la época de presentación de la demanda, que corresponde en su integridad al artículo 167 del C.G.P., por lo que se denegarán las pretensiones de la demanda principal en torno al incumplimiento contractual.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

Basta con analizar la responsabilidad extracontractual imputada al municipio de Sincelejo.

## **2.5. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO, EN ESPECIAL LA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES POR HECHOS ATRIBUIBLES A SUS DESCENTRALIZADAS**

Corresponde al Tribunal determinar el régimen de responsabilidad aplicable al presente caso, dado que nos encontramos frente a un medio de control de reparación directa, en el cual rige plenamente el principio *iura novit curia*<sup>36</sup>, a fin de determinar los elementos de la responsabilidad en el caso concreto. Para ello, se acudirá en primer lugar a las normas generales que regulan la responsabilidad del Estado y en segundo lugar a la jurisprudencia.

El caso que nos ocupa, se funda en atribuir un actuar activo al municipio de Sincelejo, a través de su representante legal, quien en su dicho, suspendió el cobro de la valorización, fuente de financiación del contrato, y ello ocasionó la desfinanciación, y las expresas instrucciones dadas por el Alcalde al gerente del FOMVAS, de que terminara el contrato existente con el demandante (numeral 3.1.2. pretensiones dos y tres, fol. 16) lo que constituye claramente una imputación de un actuar imprudente.

De lo manifestado, es claro para la Sala que nos encontramos frente al título jurídico de atribución jurídica del daño de falla del servicio, por lo que en el caso bajo examen

---

<sup>36</sup> Literalmente, “*el juez conoce el derecho*”, ver [http://es.wikipedia.org/wiki/Iura\\_novit\\_curia](http://es.wikipedia.org/wiki/Iura_novit_curia) consultada el 26-11-2007. Este principio consiste, en términos generales, en que el juez es el dueño del derecho, por lo que al momento de dictar la sentencia no se encuentra limitado por los argumentos utilizados por las partes, pudiendo acudir para ello a razones jurídicas diferentes. Ver Diccionario Jurídico Espasa. Madrid Editorial Espasa Calpe. 2002, pág. 852 a 861. Para el H. Consejo de Estado: “*En los eventos en que se discute la responsabilidad patrimonial del Estado, se debe dar aplicación al principio iura novit curia, lo cual implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión.*” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicación número: 15001-23-31-000-1994-04691-01 (15494).



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

los elementos que se deben configurar y que debieron ser probados por los demandantes (Artículo 177 del C.P.C., aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión expresa del artículo 211 del C.P.A.C.A. y que corresponde al actual 167 del C.G.P.) para establecer la responsabilidad extracontractual de la entidad demandada y el deber de reparar de la misma por la configuración de un daño antijurídico, son los siguientes:

- La falla del servicio.
- El daño.
- Un comportamiento dañino.
- Imputación del comportamiento dañino a una entidad pública.
- Nexos causales entre el comportamiento dañino y el daño.

Por lo expuesto, la Sala centrará su análisis en los anteriores elementos, con la advertencia de que cada uno de los mismos serán analizados a continuación bajo el régimen de la falla del servicio, y al interior del caso concreto. Sin embargo, la falta de configuración de al menos uno de ellos impedirá el análisis de los demás e impondrá que se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda, habida cuenta que los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado deben configurarse de manera concurrente para que se pueda declarar responsable a una entidad pública o a un particular que ejerza funciones públicas.

### **2.5.1. LA FALLA DEL SERVICIO:**

Empezamos así el análisis, determinando en primer lugar, si nos encontramos en presencia de una falla de servicio, entendida esta como el funcionamiento anormal de los servicios a cargo del Estado, es decir, debe existir la prueba de una transgresión a un contenido obligacional en cabeza del demandado, que afecte personas que no tenían el deber jurídico de soportar.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

De allí que en este punto se circunscribirá el análisis de la falla, a la luz de las normas que regulan el tema y las pruebas recaudadas.

### **¿SE DEMOSTRÓ LA EXISTENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO?**

Para el análisis de la pregunta formulada, es necesario partir de la base de la falla imputada.

En primer lugar, se allega por parte del FOMVAS, copia de la Resolución No. 100-255 del 16 de marzo de 2012, a través de la cual se suspende el cobro del gravamen de valorización, acto administrativo expedido por el Gerente de la mencionada entidad (fol. 1 y 3 C. 1 de Pruebas).

Por otra parte, dentro de los estudios previos realizados para ejecutar el contrato objeto del presente proceso, se encuentra el estudio de conveniencia y oportunidad, elaborado por la asesora en contratación del FOMVAS. En él se determina que la fuente de financiación del proyecto es la contribución por valorización por sistema de beneficio general, cuyo monto asciende a la suma total de \$ 30.000 millones de pesos, de los que \$ 24.692.307.693 se destinan a la ejecución de otras, dentro de las que se encuentra el contrato suscrito entre DICON LTDA. y FOMVAS (fol. 140 y 141 C. 1 de Pruebas). En el mismo estudio, se establece que el contrato tendrá un valor total de \$6.724.424.084, aclarando que se debería expedir el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal (fol. 144 C. 1 de Pruebas).

Lo anterior, es ratificado por la Resolución No. 191 del 17 de febrero de 2011, expedida por el Gerente del FOMVAS, a través de la cual se adjudicó el proceso de licitación pública No. LP-002-2011, en la que de forma expresa hace constar (fol. 501 C. 3, cláusula décima sexta):

*“Que para el procedimiento de la presente licitación pública se expidió el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal No. 010 de fecha diecisiete (17) de enero de 2011, emanado de la división administrativa y financiera de la entidad.”*



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

Igualmente, en texto mismo del contrato hace alusión al mismo certificado de disponibilidad presupuestal (fol. 477 C. 3, cláusula décima sexta), el que fue suscrito entre el FOMVAS como contratante y DICON LTDA, como contratista.

Por otro lado, del texto mismo de las resoluciones acá demandadas (Resolución No. 100-02-258 del 2 de febrero de 2013 y de la Resolución No. 100-02-059 del 3 de abril de 2013, proferidas por el FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO – FOMVAS) las mismas son expedidas por la entidad contratante.

Por último, es un hecho probado, que el FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO – FOMVAS, es un establecimiento público del orden municipal, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente (artículo 1 del Acuerdo 45 del 6 de diciembre de 1995 del Concejo municipal de Sincelejo y 2 del Decreto 0538 del 29 de diciembre de 2009 del alcalde de Sincelejo, fol. 1041 a 1058 C. 6).

Analizadas todas las pruebas recaudadas, ya traídas a colación en la presente sentencia, de ninguna de ellas se puede inferir que hubiere sido el Alcalde Municipal de Sincelejo el que determinará o adoptara la decisión de no seguir recaudando la contribución por valorización, pues como ya se indicó, ello fue una decisión del FOMVAS a través de su gerente, lo que sumado a que el contrato contaba con su correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal, hagan que este hecho sea irrelevante, por lo que el mismo en modo alguno constituye en sí una falla del servicio y mucho menos puede ser atribuido al municipio demandado.

Por otra parte, no existe prueba alguna de la que se pueda inferir que el municipio de Sincelejo, haya influido o determinado de alguna forma, las decisiones adoptadas por el FOMVAS a través de las resoluciones acá demandadas, por lo que siendo este un ente descentralizado dotado de personería jurídica y autonomía administrativa, sus hechos, omisiones, acciones o actos, no son imputables al municipio.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

Resulta para la Corporación por lo anterior, que la carga de la prueba para demostrar la falla del servicio no la cumplió el actor como ya se anotó; no se allegaron al expediente elementos de juicio para acompañar las pretensiones y de esta manera sacar adelante las mismas, en la medida de que no hay soporte de sus afirmaciones y por el contrario, los documentos demuestran que todos los hechos acá analizados se encuentran a cargo de una entidad autónoma al municipio.

Sea el momento, para tener de presente la concepción de la falla probada del servicio y totalmente pertinente para el caso que nos ocupa para el H. Consejo de Estado: “...conforme al cual la parte demandante tiene la carga de acreditar que la entidad demandada incumplió una obligación a su cargo o lo hizo de manera defectuosa, en tanto que la entidad para exonerarse de responsabilidad deberá demostrar que cumplió diligentemente la obligación...”<sup>37</sup>

Al no demostrarse la ocurrencia de la falla del servicio y por el contrario demostrar que los hechos acá analizados se imputan al FOMVAS, razón esta por lo que la Sala se abstiene de analizar los demás elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, como efectivamente se avisó al momento de iniciar el estudio de los requisitos de la responsabilidad endilgada, con la consecuente negativa de las pretensiones de la demanda.

### 3. CONCLUSIÓN

Por todo lo discurrido, para la Sala, se ha demostrado una violación al debido proceso en la expedición de las resoluciones demandadas, que declararon el incumplimiento del contrato.

---

<sup>37</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 18 de junio de 2008. Radicación número: 68001-23-15-000-1995-01251-01(16518).



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

Por otra parte, no se ha demostrado el incumplimiento contractual de parte del FOMVAS, razones suficientes para denegar las pretensiones relacionadas con la responsabilidad contractual de esta entidad.

Por último, no se ha demostrado falla del servicio alguna, imputable al municipio de Sincelejo, por lo que no existe la responsabilidad extracontractual endilgada, con la consecuente negativa de las pretensiones de la demanda en torno a este punto.

#### **4. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la prosperidad parcial de las pretensiones del demandante, el Tribunal se abstendrá de condenar en costas al demandado, con fundamento en el numeral 5 del artículo 365 *ibidem*.

**DECISIÓN:** En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

#### **FALLA:**

**PRIMERO: DENIÉGUESE** la objeción por error grave, formulada por el demandado FOMVAS en contra del dictamen pericial contable rendido por el Contador Público **GERMÁN RAFAEL COVO DÍAZ.**

**SEGUNDO: DECLÁRESE PRÓSPERA** la objeción por error grave, formulada por el demandado FOMVAS en contra del dictamen pericial técnico rendido por el Ingeniero Civil **CARLOS GUILLERMO ORTÍZ COLÓN. En consecuencia, ORDÉNESE** al perito la restitución del 100% de los honorarios cancelados, dentro de los diez (10) días siguientes a la comunicación que se haga de



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

la decisión, por medio de servicio postal autorizado. En caso de que no realice la restitución en el término previsto, se seguirán las consecuencias consagradas en el artículo 221 del C.P.A.C.A.

**TERCERO: DECLÁRESE** la nulidad de las Resolución No. 100-02-258 del 2 de febrero de 2013 y de la Resolución No. 100-02-059 del 3 de abril de 2013, respectivamente, proferidas por el FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO – FOMVAS.

**CUARTO:** A título de restablecimiento del derecho, **DECLÁRESE** que ni el contratista (DICON LTDA.) ni su aseguradora (LA PREVISORA DE SEGUROS S.A.) deben suma alguna por concepto de incumplimiento y clausula penal a la entidad contratante (FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO - FOMVAS).

**QUINTO: CONDÉNESE** al FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO - FOMVAS a devolver a LA PREVISORA DE SEGUROS S.A., la suma de SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CIENTO VENTIDÓS MIL CIENTO TREINTA Y TRES PESOS (\$758.122.133), suma debidamente indexada, en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A.

**SEXTO:** El FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO - FOMVAS, **DARÁ** cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 195 *ibídem*.

**SÉPTIMO: DENIÉGUENSE** las demás pretensiones de la demanda principal, tal como se motiva en esta providencia.

**OCTAVO: SIN CONDENA EN COSTAS**, por las razones ya indicadas.

**NOVENO:** En firme la sentencia, **HÁGANSE** las comunicaciones del caso para su cumplimiento; **DEVUÉLVASE** a la demandante el excedente, si lo hubiere, de las



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI y para su cumplimiento.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 050.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**

**LUIS CARLOS ALZATE RÍOS**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**