



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

San Andrés, Isla, nueve (09) de Abril dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

REFERENCIA: EXP. No.88-001-23-31-000-2012-00017-00
PROCESO: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUAL
DEMANDANTE: CONSORCIO ISLAS
DEMANDADO: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE
DESARROLLO "FONADE".

Procede la Sala de Decisión de la Corporación a dictar sentencia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada a través de apoderado legalmente constituido por CONSORCIO ISLAS., en contra de FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO "FONADE".

1. PRETENSIONES

"PRIMERA.- Que se **DECLARE** que el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO -FONADE-**, incumplió el contrato de obra No. 2080365 de febrero 27 de 2008, suscrito con el **CONSORCIO ISLA**, para la "CONSTRUCCION ESTADIO DE SOFTBOL PARA LOS "XVIII JUEGOS DEPORTIVOS NACIONALES" EN EL ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA", al no acceder al pago a favor del demandante de los valores correspondientes a obras ejecutadas y suministros efectuados en desarrollo del contrato; así como no haber reconocido y pagado mayores cantidades de obra; obras adicionales y mayor precio en varios ítems contractuales conforme a los hechos de la demanda.

SEGUNDA.- Que con ocasión del incumplimiento contractual, con la finalidad de indemnizar los daños y perjuicios irrogados a la parte actora, se declare la responsabilidad contractual y se **CONDENE** al **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO -FONADE-** a pagar las siguientes sumas de dinero, o el mayor o menor valor que resulte probado:

1. La suma de **\$752.665.532**, por la ejecución de mayores cantidades de obra y obras adicionales para la estabilización de los problemas presentados en los módulos 4 y 5 de la estructura, que se originaron en la falta de conocimiento de la estrategia del suelo de función en el que se apoyaron dichos módulos, conocimiento que era necesario para la correcta escogencia del tipo de cimientos

que mejor se adecuara al terreno en el que se debía cimentar la edificación a construir y que no se tuvo por la falta de observancia del diseño y de las exigencias contenida en el título H del Decreto 33 de 1998, el cual desarrollo el artículo 48 de la Ley 400 de 1997.

2. La suma de **\$48.918.012,00**, incluido el AIU, por concepto del ajuste al precio unitario del ítem 07.03 (cubierta metálica autoportante forma de arco – suministro e instalaciones de cubista metálica plana en acero galvanizado calibre 22 de 33 centímetros apoyada en perlines tipo C, calibre 16 pintados por las dos caras, incluye remates especiales y limatesas en aluzinc calibre 24, esmalte, inhibidor de corrosión, incluye materiales, equipados y mano de obra), el cual fue debidamente aprobado por FONADE, en cuantía de \$143.574 respecto a 870 metros cuadrados de dicha cubierta, mediante memorando número 20095300007623 del 15 de marzo de 2009, con ocasión del cambio de diseño aprobado por la interventora y **FONADE**.

Dicho valor adeudado resulta de restar a los \$143.574, la suma de \$100.322 señalados en el presupuesto oficial para este ítem, valor que ya fue reconocido en el acta de entrega y recibo final del contrato. Esta operación arroja la suma de \$43.252, valor este que se multiplica por los 870 metros cuadrados cuyo diseño fue variado. Este precio de ajuste, no fue tenido en cuenta en el acta de recibo final por parte de la interventora ni en el acta de liquidación.

3. La suma de \$ 37.253.195,20 por concepto del suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla, cuya instalación no fue autorizada por FONADE, luego de su adquisición y transporte a la isla por parte del CONSORCIO ISLAS, muy a pesar de estar contemplado en el contrato. El valor adeudado por este concepto corresponde al pactado en el contrato (ítems 15.101 y 15.103), valor del cual se ha desconectado el precio de la instalación.

4. La suma de \$7.750.317, por concepto de saldo sobre el valor señalado en el acta de liquidación final a pagarle al contratista por Retención en Garantía practicada en el desembolso No. 11.

TERCERA.- Que se condene a la Entidad demandada al pago de los intereses de mora respecto a los valores adeudados.

CUARTA.- Que la suma de dinero a las que se condene a pagar a la entidad demandada sean actualizadas.

QUINTA.- Que se condene en costas a la demandada.

SEXTA.- Que a la sentencia se le de cumplimiento en los términos de los artículos 176 177 y 178 del Código Contenciosos Administrativo”.

1.2 HECHOS

El apoderado de la Entidad Demandada relata los siguientes hechos:

1.- EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO -FONADE-, adelantó el proceso de Invitación Pública IPG-2272-197055, para lo cual publicó en su página web las reglas de participación correspondientes, incluyendo como anexo técnico un estudio de suelo elaborado por el ingeniero civil **MAURICIO CHACÓN**.

2.- Como resultado de la evaluación FONADE encontró que la propuesta del **CONSORCIO ISLAS** era la más favorable, la seleccionó objetivamente y mediante comunicación del 22 de Febrero de 2008, le manifestó al Consorcio su aceptación.

3.- El 27 de Febrero de 2008, las partes de la presente litis, suscribieron el Contrato de Obra No. 2080365, cuyo objeto fue la “ CONSTRUCCION ESTADIO DE SOFTBOL PARA LOS XVIII JUEGOS DEPORTIVOS NACIONALES EN EL ARCHIÈLAGO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA”, por valor de \$6.031.627.422,90, y un plazo de ejecución de siete (7) meses y quince (15) días.

4.- El día 29 de Febrero de 2008, las partes procedieron a suscribir el Acta de Iniciación del Contrato No. 2080365.

5.- La obra contratada estaba dividida en 5 módulos, respecto de los cuales no hubo mayor dificultad en la construcción de los módulos 1, 2, 3; pero con relación a los módulos 4 y 5 (ejes 23 a 28) se presentaron asentamientos, por cuanto el suelo tenía diferentes características a las que se encontraban contempladas en el estudio entregado por FONADE al contratista. Para resolver esta situación el contratista y la Interventoría con el conocimiento y anuencia de FONADE, se vieron en la necesidad de realizar una recimentación a la estructura construida, previo los conceptos de los especialistas Alfonso Uribe por parte del Consorcio constructor, de Luis Fernando Orozco por parte de la Interventoría, y el diseño estructural elaborado por el Ingeniero Armando Zarate.

6.- Los acontecimientos relacionados con la deficiencia del estudio de suelos entregados al contratista quedaron registrados en diversos documentos contractuales. En el libro o bitácora de obra.

7.- Con ocasión de las deficiencias evidenciadas en el estudio de suelo original, solamente hasta el 4 de septiembre de 2008, **FONADE** y el **CONSORCIO ISLAS** suscribieron la prórroga, modificación y adición 1 al contrato No. 2080365, basada entre otras consideraciones en que: “Durante la ejecución de la obra, se encontró que la roca coralina, que de acuerdo con el estudio de suelos debía estar a 2.70 metros, se encontraba a una profundidad superior. Durante la ejecución de la obra se encontró que el perfil estratigráfico consignado en el estudio de suelos no coincide con lo realmente encontrado en el sector comprendido entre los ejes 23 y 28. Las recomendaciones presentadas por el Ingeniero de suelos fue de continuar con la excavación manual hasta encontrar roca coralina y cimentar sobre ella y, efectuar excavación mecánica entre los ejes 23 y 28 hasta encontrar roca y fundir concreto ciclópeo.”

8.- Durante un recorrido de la obra en los primeros días de enero de 2009, en presencia de funcionarios de **FONADE**, contratista e Interventoría, se observa que el asentamiento presentado en los ejes 26 y 27, afectó los elementos estructurales y no estructurales de los módulos 4 y 5. En consecuencia de lo anterior, la Interventoría solicitó el concurso de los especialistas consultores, toda vez que los diseños y variaciones a los mismos incluyendo la cimentación, son de entera responsabilidad del diseñador y siendo estos los llamados a conceptualizar, enseñando una alternativa de solución a los inconvenientes presentados en el módulo 5. Cabe resaltar, que en obra se siguieron las indicaciones impartidas por el especialista de suelos en su momento, incluyendo los procesos constructivos para cimentación originalmente ordenados.

9.- El 7 de marzo de 2009, se suscribe el Acta de Terminación de Contrato, en la cual la Interventoría deja la siguiente observación: “En cuanto al módulo 5 se han presentado asentamientos diferenciales que impiden el proceso de reparación y ajustes y/o detalles ya que los controles de nivelación indican que este módulo entre ejes 26, 27 y 28 continúa moviéndose; por lo tanto la terminación y recibo de esta área queda sujeta al resultado de los controles de asentamiento y al concepto que deben emitir tanto el especialista de suelos como el calculista diseñador”.

10.- El día 22 de abril de 2009, una comisión de la Contraloría General de la República hizo una visita técnica al Estadio de Softbol, en compañía de la Interventoría, el Consorcio constructor y FONADE, visita que arrojó las siguientes conclusiones:

“se llevo a cabo una visita de inspección a toda la obra ejecutada en el estadio de Softbol encontrándose que las obras se hallan terminadas con algunas

deficiencias de construcción como el asentamiento diferencial presentado en el módulo 5, el cual esta en proceso de solución incluyendo diseño respectivo.

Que el estudio de suelos no corresponde al sitio donde se construyo el escenario de Softbol.”

11.- Según consta en la comunicación A&C S.A. -336-09 del 17 de Noviembre de 2009, el 4 de Mayo de 2009, la Interventoría recibió para su revisión y aprobación, el diseño de la solución recomendada por el Ingeniero Alfonso Uribe con matrícula profesional No. 25202-20489, asesor de suelos del Consorcio Islas, para la corrección de los problemas de asentamientos presentados.

12.- Según la comunicación precitada, en la misma fecha, la Interventoría también recibió para revisión y aprobación el diseño y cálculo de la solución recimentación elaborado por el Ingeniero ARMANDO AUGUSTO ZARATAE GALEANO, con matrícula profesional No. 9.788; con base en las recomendaciones efectuadas por el Ingeniero ALFONSO URIBE S., con la finalidad de resolver el problema de asentamientos presentados en los módulos 4 y 5 del Estadio de Softbol.

13.- Mediante comunicado A&C S.A.- 152-09, la Interventoría planteó unas observaciones a la memoria de cálculo de la recimentación presentada por el Ingeniero Zarate; las cuales fueron atendidas mediante comunicación recibida por la Interventoría el día 27 de mayo de 2009, adjuntando la memoria de cálculo de la recimentación ajustada.

14.- El 26 de junio de 2009, FONADE y el CONSORCIO ISLAS suscribieron una modificación al Contrato No. 2080365.

15.- El día 3 de julio de 2009, y a raíz de los problemas de asentamiento generados por el yerro en el estudio de suelo, el doctor LUIS FERNANDO SANZ, Gerente de FONADE para la época, envió un oficio al entonces Director de COLDEPORTES, doctor EVERTH BUSTAMENTE GARCÍA.

16.- En cumplimiento de lo convenido en la modificación contractual suscrita el 26 de junio de 2009, el CONSORCIO ISLAS procedió a ejecutar la totalidad de las obras necesarias para la recimentación de los módulos 4 y 5, conforme a los nuevos estudios y diseños debidamente aprobados por la interventoría, con el conocimiento y anuencia de FONADE. Estas obras iniciaron el 13 de Agosto de 2009 y fueron recibidas por parte de la Interventoría mediante acta de fecha 30 de Noviembre de 2009.

17.- el día 7 de octubre de 2009, la doctora YOLANDA ASTRID RODRIGUEZ RINCÓN, Coordinadora del Grupo de Ejecución y Liquidación de FONADE, le dirige una Comunicación al demandante en la cual le requiere para que culmine a la mayor brevedad las obras de recimentación del módulo 5, entre otros aspectos.

18.- Mediante escrito del 29 de octubre de de 2009, el CONSORCIO ISLAS, presentó reclamación ante FONADE, para que se reconociera y ordenara el pago de las obras ejecutadas, para la reparación de los problemas presentados en los módulos 4 y 5 de a estructura y que se originaron en la falta de conocimiento de la estratigrafía real del suelo en el que se apoyó dicho módulo.

19.- el 10 de noviembre de 2009, FONADE le remite a la Interventoría comunicación mediante la cual le da traslado de la reclamación presentada por la parte actora.

20.- el 17 de noviembre de 2009, la Interventoría responde al traslado efectuado por FONADE, manifestando que hubo errores en el estudio de suelos entregado al contratista de obra, que originaron mayores cantidades obras y obras adicionales para resolver el problema de asentamientos en los módulos 5 y 6.

21.- Con soporte en las memorias de cálculo y la verificación de cantidades adelantada por la Interventoría, en escrito radicado ante FONADE el 18 de noviembre de 2009, el representante del CONSORCIO ISLAS dio alcance a la reclamación presentada el 29 de octubre de 2009, con el objeto de actualizar a la suma \$ 752.665.532 el valor final de todas las obras ejecutadas para resolver los problemas de cimentación relacionados con los módulos 4 y 5 de la estructura.

22.- El 20 de noviembre de 2009, la Interventoría del Contrato mediante escrito enviado a FONADE, anexó copia del informe emitido por los ingenieros Lila Gabriela Méndez Flores y Luis Fernando Orozco Rojas, especialistas de estructura y suelos respectivamente a cargo de la Interventoría,

23.- El día 30 de noviembre de 2009, se suscribió entre el Consorcio demandante y la Interventoría el Acta de Entrega y Recibió Final del Contrato 2080365, la cual arrojó la suma de \$8.366.359.305.68 como valor del costo total de la obra ejecutada. Sin embargo, no se incluyó el valor correspondientes a los trabajos de recimentación de los módulos 4 y 5; aunque si fueron incluidas las cantidades de obra ejecutada.

24.- En esta acta, la Interventoría dejó explícita constancia en cuanto a que “El Contratista efectuó los trabajos de recimentación de los módulos 4 y 5 del escenario, ejecutando las siguientes actividades y cantidades de obra. En consecuencia de lo anteriormente expuesto, Corresponde a la entidad tomar la decisión de efectuar el ajuste al valor final del contrato y considerar la viabilidad del reconocimiento económico de las actividades que ejecutó el contratista como resultado de la recimentación de los módulos 4 y 5.”

25.- Los precios de las cantidades de obras ejecutadas en forma adicional o extraordinaria, no fueron incluidos en el Acta de Entrega y Recibo Final, porque no fue posible conciliar los análisis de precios unitarios propuestos por el contratista de obra y aquellos señalados por la Interventoría.

26.- Mediante escrito del 11 de diciembre de 2009, se reclamó la suma de \$48.918.012,00 por concepto del valor de las obras ejecutadas por el CONSORCIO ISLAS, que la Interventoría no incluyó en el Acta de Entrega del 30 de noviembre de 2009.

27.- También mediante dicho escrito del 11 de diciembre de 2009, se reclamó la suma de \$37.253.195,20, por concepto del valor de suministros efectuados por el CONSORCIO ISLAS que la Interventoría no incluyó en el Acta de Entrega del 30 de noviembre de 2009.

28.- El Acta de Liquidación del Contrato se firmó por mutuo acuerdo de las partes en día 29 de Diciembre de 2009.

29.- En el Capítulo de Información Financiera del Acta de Liquidación, se determinó la suma de \$ 60.750.317, como saldo a favor del contratista originando en la Retención en garantía practicada en el desembolso No. 11, que debía pagársele “*contra liquidación*”, es decir, una vez suscrita la propia Acta de Liquidación. De este valor, aun se le adeuda al contratista la suma de \$ 7.750.317, sin justificación alguna.

30.- En el punto numero 3 denominado información financiera del Acta de Liquidación del Contrato Número 2080365 celebrado entre FONADE y el Consorcio ISLAS se estableció que:

La suma de \$ 64.491.406,78 correspondientes a las mayores cantidades obras ejecutas por el contratista de conformidad con el acta de entrega y recibido final de fecha 30 de noviembre de 2009, serán pagadas con cargo a los recursos del convenio No. 197055 según certificado de disponibilidad presupuestal No. 11789 de fecha 23 de diciembre de 2009, lo anterior indica que FONADE,

efectuó el reconocimiento y pago de mayores cantidades de obras que no estuvieron formalizadas conforme lo establecido en el contrato.

31.- El 26 de abril de 2010, con el ánimo de resolver el conflicto suscitado, el CONSORCIO ISLA solicitó la celebración de audiencia de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Judicial Administrativa de San Andrés Islas, según consta en el acta de conciliación extrajudicial No. 64/2010.

32.- Desde el 31 de mayo de 2010, antes de celebrarse la audiencia de conciliación, la Interventoría mediante oficio A&C S.A -099-10, remite a FONADE el cuadro de análisis de precios unitarios de las obras adicionales ejecutadas por el CONSORCIO ISLAS, para la recimentación de los módulos 4 y 5, eje 23 al 28, como solución al asentamiento diferencial presentado. De igual manera, la Interventoría remitió la cantidad de metros cuadrados a la cual debería aplicarse el mayor valor por cambio de diseño de la cubierta metálica. Pero, extrañamente FONADE se abstuvo de conciliar las pretensiones con el CONSORCIO ISLAS, a pesar de quedar muy en claro que las obras fueron ejecutadas y recibidas a satisfacción, tanto por la entidad demandada como por su Interventor.

33.- La precitada audiencia de conciliación se llevó a cabo el 2 de julio de 2010, con la participación de FONADE, el CONSORCIO ISLAS Y COLDEPORTES. Dicha audiencia fue declarada fallida, por cuanto la entidad demandada se abstuvo de proponer fórmula conciliatoria alguna, argumentando que la responsabilidad era de COLDEPORTES.

34.- Mediante oficio de fecha 21 de febrero de 2011, el CONSORCIO ISLAS, en aras de darle pronta solución al conflicto suscitado y de evitar el ejercicio de una acción judicial, envió a FONADE una nueva solicitud de conciliación extrajudicial por mutuo acuerdo; argumentando las razones por las cuales resultaba más favorable para la entidad hacer uso de ese mecanismo con el objeto de impedir la causación de un daño antijurídico mayor.

35.- FONADE, mediante oficio del 28 de marzo y del 10 de mayo de 2011, solicitó a COLDEPORTES manifestar su posición al respecto, para determinar las posibles fórmulas de arreglo con relación a la controversia general, sobre lo cual COLDEPORTES nunca se pronunció, en consecuencia la entidad contratante se abstuvo de dar respuesta a la solicitud radicada por el CONSORCIO ISLAS.

36.- FONADE, nunca se opuso a que las obras de regimentación de los módulos 4 y 5, se ejecutaran ni manifestó que estas no fueren necesarias e

indispensables para la culminación del proyecto, simplemente se limitó a darle traslado a COLDEPORTES y este a su vez a la Sociedad Colombiana de Arquitectos y al PNUD, respecto de la responsabilidad por la elaboración del fallido estudio de suelos, buscando determinar a cuál de ellas le correspondería asumir los sobre costos ocasionados con las obras adicionales.

37.- La escogencia del tipo de cimentación que mejor se adecuara al terreno en el que se debía construir la edificación, dependía a su vez del conocimiento de la estratigrafía del suelo de fundación en el que habría de apoyarse la estructura; conocimiento que no fue alcanzado en debida forma por parte del consultor al servicio de la entidad contratante, por la falta de observancia de las exigencias contenidas en el título H del Decreto 33 de 1998, que desarrollo el artículo 48 de la ley 400 de 1997 y que constituye el Reglamento de construcciones sismo resistentes, NSR 98, que debía aplicarse en el momento de la elaboración de los diseños y de la celebración del contrato.

38.- Los hechos descritos ocasionaron una variación sustancial en las condiciones económicas y financieras contenidas en la propuesta presenta a FONADE por el CONSORCIO ISLAS, rompiéndose por causas ajenas al contratista, la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones previstas al momento de presentación de la oferta que dio origen al contrato No. 2080365 del 27 de febrero de 2008. Igualmente, estos hechos causaron mayores costos administrativos y financieros que tuvo que cubrir el Consorcio constructor, sin que tales causas le sean imputables en modo alguno. Por el contrario, queda evidenciado un incumplimiento de la entidad demandada respecto a su obligación principal cual era pagar el precio de las actividades ejecutoriadas conforme a lo convenido.

39.- El CONSORCIO ISLAS, cumplió a cabalidad con todas sus obligaciones contractuales y prueba de ello, es que las obras fueron recibidas a satisfacción y que no sufrió sanciones ni durante ni después de la vigencia del contrato.

1.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO

Código Civil Arts. 1.498, 1.517, 1.602, 1.603

Los Art. 3, 4, 5 y 27 de la ley 80 de 1993

El Arts. 25, 30 de la ley 80 de 1980

Decreto ley 222 de 1983

Código de Comercio Art. 871

1.4 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

De manera extemporánea, la Apoderada Especial del Fondo Financiero de Proyectos del Desarrollo- FONADE contestó la demanda, (fls 558, 559-584).

1.5 LA ACTUACIÓN SURTIDA

De conformidad con las normas de procedimiento, a la demanda se le dio el trámite del proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por medio de auto del 27 de marzo de 2012, se admite la demanda (fls. 550 y 551).

Posteriormente dentro del término previsto, se fijó en lista la demanda por el término de 10 días (fl. 557)

Por auto del 10 de Julio de 2012, se abrió a pruebas el proceso (fls. 593, 594 y 595).

Mediante auto del 4 de septiembre de 2012, se procedió a reconocer poder al Dr. Alberto Escobar Alcalá como nuevo apoderado del demandante y se nombró como nuevo perito contable a Nicholson Carlos Cordell (fl. 606)

Posteriormente el 14 de septiembre de 2012, se señaló el día 26 de septiembre para la práctica de pruebas y se ordenó librar las comunicaciones (fl. 640)

Realización de la Inspección judicial y su continuación (fls. 649 - 653, 654 y 655 -658 y 660 - 665)

En auto del 9 de octubre de 2012, se ordenó la ampliación del plazo para rendir el dictamen pericial (fl. 670)

Constancia secretarial del 17 de octubre de 2012, donde se fija el dictamen pericial por el ingeniero para que la parte solicite se complemente, aclare u objete por error grave (fl. 673)

Constancia secretarial del 17 de octubre de 2012, donde se fija el dictamen pericial por el contador para que la parte solicite se complemente, aclare u objete por error grave (fl. 675)

Auto del 20 de noviembre de 2012, deja sin efecto las constancias secretariales donde se corre traslado del dictamen pericial contable y el dictamen pericial del Ing. Y se fijan los honorarios para los peritos (fls. 698, 699 y 700)

Se fija en lista de traslado nuevamente el dictamen pericial del ingeniero y el dictamen pericial del contador para que la parte solicite se complemente, aclare u objete por error grave (fl. 701 y 702)

Por auto del 5 de febrero de 2013, se accede a la solicitud de aclaración y complementación del dictamen pericial del ingeniero (fl. 721)

Por medio de providencia del 19 de febrero de 2013, se deja sin efecto el auto de 5 de febrero de 2013 y en su lugar dispuso que los peritos deberán aclarar y complementar según lo solicitado por las partes y respecto a la objeción el despacho le dará curso después de producidas aquélla (fl. 725 cdno ppal No. 2)

Se fija en lista de traslado el 14 de marzo de 2013, del escrito de aclaración y complementación rendido por el ingeniero (fl. 729 cdno ppal No. 2)

El 20 de marzo de 2013, se fija en lista de traslado el escrito de aclaración y complementación del dictamen pericial rendido por el perito contable (fl. 742 cdno ppal No. 2)

El 1 de abril de 2013, se fija en lista de traslado el escrito de objeción por error grave, en contra del dictamen del ingeniero (fl. 743 cdno ppal No. 2)

El 4 de abril de 2013, se fija en lista de traslado el escrito de objeción por error grave por el apoderado de Fonade contra el dictamen pericial y las aclaraciones y complementaciones realizadas por el perito contable (fl. 773 cdno ppal No. 2)

Mediante auto del 23 de abril de 2013, por haber sido solicitadas en tiempo el despacho decretara la práctica de pruebas pedida por FONADE en escrito de objeción al dictamen pericial técnico rendido por el ingeniero para la cual se designa al auxiliar de justicia Diógenes vanclif, respecto a la práctica de pruebas solicitada por FONADE en escrito de objeción al dictamen pericial contable se designa como perito a la Contadora Sandra Rodríguez Mora (fls. 784, 785 y 786 cdno ppal No. 2)

El 16 de mayo de 2013 el despacho declara desfavorable la solicitud de aclaración y complementación del auto de fecha 23 de abril de 2013 y se le concede poder al Dr. Alexis Javier Arrieta Pacheco para que en el proceso de la

referencia proceda a realizar los actos propios de vigilancia judicial (fls. 798 y 799 cdno ppal No. 2)

Mediante auto de fecha 18 de junio de 2013, se fija fecha y hora para la posesión de los peritos (fl. 805 cdno ppal No. 2)

El 27 de junio de 2013, se toma posesión de los peritos (fls. 809 y 810 cdno ppal No. 2)

Por medio de auto del 10 de julio de 2013, el despacho accede a la peticiones de prórroga del término para rendir el dictamen de los peritos (fls. 816, 817 y 818 cdno ppal No. 2)

Por auto de 2 de septiembre de 2013, a través de secretaria correr traslado a las partes del dictamen pericial presentado por el ingeniero (fl. 823 cdno ppal No. 2)

El 5 de septiembre de 2013, se le corre traslado del dictamen para que soliciten se complemente o aclare (fl. 824 cdno ppal No. 2)

Por auto de fecha 24 de septiembre de 2013, accede a la solicitud de aclaración y complementación solicitada por el apoderado de la parte demandada (fl. 838 cdno ppal No. 2)

El 13 de noviembre de 2013, se fija en lista de traslado la aclaración y complementación del dictamen pericial técnico (fl. 841 cdno ppal No. 2)

Mediante providencia del 26 de noviembre de 2013, se ordenó el traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión por el término de 10 días (fl. 852 cdno ppal No. 2).

1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado la parte demandada hizo uso de este derecho (fls. 854 – 884 y 885 cdno ppal No. 2).

1.6.1 ALEGATO DE LA PARTE DEMANDADA

En su escrito de alegación manifestó respecto a el dictamen pericial técnico y contable que, queda demostrado que el dictamen rendido por el perito Jeferson Peterson Hooker adolece de error grave (...), circunstancia que genera la consecuencia de que no puede ser valorado como prueba dadas las graves

inconsistencias y que tampoco produzca ningún efecto demostrativo para la resolución de la presente controversia.

El dictamen pericial presentado por el perito Diógenes Vanclif Newball, todo el ejercicio económico del perito contable y más la actualización y cálculo, se encuentra viciado, que conlleva que los dictámenes periciales no pueden ser tenidos como tal en este proceso.

Con base en los argumentos de hecho, de derecho y teniendo en cuenta el análisis probatorio, solicita que denieguen todas y cada una de las pretensiones formuladas.

1.6.2 ALEGATO DE LA PARTE DEMANDANTE

La parte demandante arrimó sus alegatos de conclusión en la cual reafirmo lo dicho en demanda en la cual manifiesta que con el material probatorio hay lugar a acceder a las pretensiones visibles a (fls. 917- 229 y 930 cdno ppal No. 2)

1.6.3 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio público no solicito el traslado especial de que trata el Art. 210 del C .C .A.

2. CONSIDERACIONES

PRESUPUESTOS PROCESALES

Competencia

Es competente este Tribunal para conocer del proceso en primera instancia, en consideración a que el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo “FONADE” es una empresa Industrial y Comercial del Estado, en ese sentido la demanda se dirige contra la Nación y FONADE, al igual que el contrato cuyo incumplimiento se pide emerge de un convenio interadministrativo de carácter público celebrado entre la entidad demanda y Coldeportes (art. 2 parágrafo del Num. 3 ley 80/93); por razón de su cuantía que asciende a la suma de ochocientos cuarenta y seis millones quinientos ochenta y siete mil cincuenta y seis pesos (\$846.587.056), basado en el valor de las pretensiones, monto que supera a los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de presentación de la demanda, conforme lo señala el numeral 5º del Art. 132 del C.C.A y por razón del territorio según el literal d) del art. 134D del C.C.A.

Hechos probados

Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos:

Pruebas:

El demandante con la demanda acompañó las siguientes pruebas documentales:

1. Reglas de participación de la propuesta pública de contrato IPG 2272-197055, incluido el estudio del suelo elaborado originalmente. (fls. 27 al 122 del cuaderno principal)
2. Comunicación de aceptación de la oferta de fecha 22 de febrero de 2008, emanada de la entidad demandada. (fl. 123 del cuaderno principal)
3. Contrato de obra N° 2080365 de febrero 27 de 2008, suscrito entre las partes. (fls. 124 al 156 del cuaderno principal)
4. Acta N° 01 de iniciación del contrato N° 2880365 de febrero 29 de 2008. (fl. 158 del cuaderno principal)
5. Prórroga, modificación y adición 1 contrato N° 2080365 de septiembre 4 de 2008. (fls. 160 al 182 del cuaderno principal)
6. Prórroga 2 contratos N° 2080365 de noviembre 7 de 2008. (fl. 184 del cuaderno principal)
7. Prórroga 3 contratos N° 2080365 de noviembre 18 de 2008. (fl. 186 del cuaderno principal)
8. Acta 1 de suspensión del contrato N° 2080365 de noviembre 21 de 2008. (fl. 188 del cuaderno principal)
9. Acta de reinicio, adición 2 y prorroga 4 contrato N° 2080365 de diciembre 30 de 2008. (fls. 190 al 210 del cuaderno principal)
10. Acta de aclaración de contrato N° 2080365 de enero 23 de 2009. (fls. 211 al 231 del cuaderno principal)

11. Acta N° 2 de suspensión del contrato de enero 27 de 2009. (fl. 233 del cuaderno principal)
12. Acta de reinicio 2, adición 3 y prórroga 5 del contrato N° 2080365 de febrero 26 de 2009. (fls. 234 al 265 del cuaderno principal)
13. Acta N° 1 de terminación del contrato de marzo 7 de 2009. (fls. 266 al 267 del cuaderno principal)
14. Memorando de fecha marzo 17 de 2009, de revisión del ítem 17.32 suscrito por el Gerente Master Aérea de Estudios Previos de FONADE. (fls. 268 al 269 del cuaderno principal)
15. Acta de visita al escenario deportivo de softbol, adelantada por la contraloría general de la república de abril 22 de 2009. (fls. 270 al 273 del cuaderno principal)
16. Estudio de suelos y análisis de la cimentación existente en el estadio de softbol de San Andrés Islas, elaborado por ALFONSO URIBE S., de abril 22 de 2009. (fls. 274 al 287 del cuaderno principal)
17. Memoria de cálculo regimentación del estadio de softbol de San Andrés Islas, elaborado por ARMANDO ZARATE GALEANO, en mayo de 2009. (fls 288 al 301 del cuaderno principal)
18. Modificación del contrato N° 2080365 de junio 26 de 2009. (fls. 302 al 305 del cuaderno principal)
19. Oficio de fecha julio 3 de 2009, emitido por el Gerente General de FONADE, dirigido al director de COLDEPORTES. (fl. 306 del cuaderno principal)
20. Oficio de fecha octubre 7 de 2009, emanado de la Coordinadora Grupo de ejecución y liquidación gerente de unidad FONADE, dirigido al CONSORCIO ISLAS. (fls. 308 al 309 del cuaderno principal)
21. Reclamación efectuada por el CONSORCIO ISLAS a FONADE, para efectos del reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra y obras adicionales, de fecha 29 de octubre de 2009. (fls. 310 al 348 del cuaderno principal)

22. Oficio de noviembre 10 de 2009, dirigido a la Interventoría por la Coordinadora de grupo de Ejecución y Liquidación Gerente de Unidad FONADE. (fl. 349 del cuaderno principal)
23. Escrito de noviembre 17 de 2009, elaborado por la Interventoría y dirigido a la Coordinadora Grupo de Ejecución y Liquidación Gerente de Unidad FONADE. (fls. 350 al 364 del cuaderno principal)
24. Documento de reclamación del CONSORCIO ISLAS dirigido a FONADE, de fecha noviembre 18 de 2009. (fls 365 al 423 del cuaderno principal)
25. Escrito de noviembre 20 de 2009, elaborado por la Interventoría y dirigido a la Coordinadora Grupo de Ejecución y Liquidación Gerente de Unidad FONADE, mediante el cual se anexa el informe emitido por los especialistas de estructura y suelo. (fls. 424 al 426 del cuaderno principal)
26. Escrito de diciembre 04 de 2009, elaborado por la Interventoría y dirigido a la Coordinadora Grupo Ejecución y Liquidación Gerente de Unidad FONADE, mediante la cual le remitió el Acta de Entrega y recibido final del contrato (fl. 427 del cuaderno principal)
27. Acta de entrega y recibo final del contrato de fecha noviembre 30 de 2009. (fls. 428 al 451 del cuaderno principal)
28. Reclamación de fecha 11 de diciembre de 2009, dirigido por el CONSORCIO ISLAS a FONADE. (fl. 453 del cuaderno principal)
29. Acta de liquidación del contrato de fecha diciembre 29 de 2009. (fls. 455 al 459 del cuaderno principal)
30. Escrito de mayo 31 de 2010, emanado de la Interventoría y dirigido a FONADE, mediante el cual aporta la revisión a los análisis de precios unitarios efectuados a las obras adicionales y mayores cantidades de obras. (fls. 461 al 487 del cuaderno principal)
31. Extracto N° 35 (acta 109 del comité de conciliación y defensa judicial de FONADE), de fecha junio 1° de 2010. (fls. 489 al 491 del cuaderno principal)

32. Extracto N° 41 (acta 111 del comité de conciliación y defensa judicial de FONADE), de fecha junio 22 de 2010. (fls.492 al 493 del cuaderno principal)
33. Oficio de fecha febrero 21 de 2011, emanada del CONSORCIO ISLAS, dirigido a FONADE. (fls. 494 al 497 de cuaderno principal)
34. Oficio de fecha marzo 29 de 2011, emitido por FONADE, dirigido a CONSORCIO ISLAS. (fls. 498 al 501 del cuaderno principal)
35. Oficio de fecha mayo 10 de 2011, emitido por FONADE, dirigido a COLDEPORTES. (fl. 502)
36. Soportes contables que reflejan los gastos efectuados por el contratista para ejecutar las obligaciones contractuales no pagadas por la demandada. (fls. 1 al 157 del cuaderno anexo No 1)
37. Hojas del libro o bitácora de la obra ejecutada, conforme a los hechos de la demanda. (fls. 503 al 527 del cuaderno principal)

En el curso del proceso, se encuentran entre otras, las siguientes pruebas que fueron decretadas y practicadas:

1. Inspección Judicial con intervención de perito ingeniero civil. (fls. 649 al 665 del cuaderno principal) (dictamen pericial anexo No. 5)
2. Dictamen pericial contable. (fls. 1 al 282 del cuaderno dictamen pericial contable anexo No 6)
3. A la entidad demandada para que aporte las reglas de participación definitivas y la oferta presentada por el contratista en copia auténtica. (cuaderno anexo No. 2)
4. A la entidad demandada para que aporte el estudio de suelo y el diseño estructural de la obra en copia auténtica. (cuaderno anexo No.3)
5. A la entidad demandada para que aporte la comunicación enviada al contratista el día 22 de febrero respecto de la aceptación de su oferta en copia auténtica. (cuaderno anexos No. 4 (literal (c))
6. A la entidad demandada para que certifique si las obras adicionales y mayores cantidades de obras reclamadas fueron recibidas a satisfacción

dentro del marco del objeto contractual en copia auténtica. (cuaderno anexo No. 4 (literal (d)))

7. A la entidad demandada para que certifique si el estudio de suelo entregado al contratista se realizó en el predio en el cual se ejecutaron las obras en copia auténtica. (cuaderno anexo No. 4 (literal (e))
8. A la entidad demandada para que certifique cuales han sido sus gestiones frente a los defectos del estudio de suelo entregado por COLDEPORTES en copia auténtica. (cuaderno anexos No. 4 punto (literal (f))
9. A la entidad demandada para que remita toda la correspondencia cruzada con COLDEPORTES, respecto a la deficiencia de los estudios de suelo en copia auténtica. (cuaderno anexo No. 4 (literal (g))

Problema jurídico

Debe la Sala establecer, con base en los hechos debidamente probados en el proceso, i) si el demandante tiene derecho al reconocimiento y al pago de mayores cantidades de obra y obras adicionales por los cuales reclama; ii) el reconocimiento al pago por concepto de cubierta metálica autoportante forma de arco – suministro de instalaciones de cubistas metálica plana de acero galvanizado calibre 22 de 33 centímetros apoyada en perlines tipo C, calibre 16, pintado por las dos caras, incluyendo remates especiales y limatesas en aluzinc calibre 24, esmalte, inhibidor de corrosión, incluye materiales, equipados y mano de obra; iii) el pago por concepto del suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla.

Análisis de la Sala

Sea lo primero determinar desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial qué se entiende por mayores cantidades de obras y obras adicionales y la diferencia que existe ante estos dos conceptos.

El Consejo de Estado desde hace mucho tiempo ha definido que se entiende por mayores cantidades de obras y obras adicionales y los ha diferenciado en distintos pronunciamientos, entre los cuales destacamos el contenido en el fallo del 18 de julio de 2002 con ponencia del Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez:¹

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, CONSEJERO PONENTE: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, BOGOTÁ, D.C., DIECIOCHO (18) DE JULIO DE DOS MIL DOS (2002), RADICACIÓN NÚMERO: 54001-23-31-000-2002-2170-01(22178).

“En efecto, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada supone que ésta fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una “prolongación de la prestación debida”, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual.

Esta situación justifica que en determinados casos se celebren contratos adicionales, o que, si esto no ocurre, se restablezca la ecuación contractual ya sea al momento de liquidar el contrato, o a través de la acción judicial correspondiente, a condición, claro está, de que si el contrato fue liquidado por las partes de común acuerdo, el contratista se haya reservado el derecho a reclamar por ello.

En cambio, la realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria.

Por tal razón, si para éstas no se celebra contrato adicional, ni son reconocidas al momento de liquidar el correspondiente contrato, su reclamación resulta procedente en virtud del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa, para lo cual debe acudir a la acción de reparación directa. En este caso se puede concluir, que el pago que se reclama corresponde realmente a mayores cantidades de obra ejecutada, y no a obras adicionales.”

Precisado lo anterior y hecho el estudio del expediente podemos concluir que en este caso se trata de mayores cantidades de obras y no de obras adicionales.

De la liquidación del contrato

El contrato No. 2080365 fue celebrado por las partes en 2008, es decir en vigencia del Decreto Ley 80 de 1993, el cual establece en sus artículos 60 y 61, que se procede a la liquidación de los contratos en los siguientes casos:

“ARTICULO 60. DE SU OCURRENCIA Y CONTENIDO. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, ser objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes,

procedimiento que se efectuar dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato

o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

También en esta etapa las partes acordar n los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constar n los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigir al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

ARTICULO 61. DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, ser practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptar por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.”

En relación con la liquidación del contrato, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, la misma consiste en una actuación tendiente a establecer el resultado final de la ejecución contractual, en cuanto al cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, los pagos efectuados por la entidad contratante, los saldos pendientes, las mutuas reclamaciones entre las partes, las transacciones y conciliaciones logradas, etc., y de esta manera finiquitar la relación negocial.

En principio, la liquidación debe intentarse de común acuerdo, es decir que las partes concurren a la elaboración y suscripción de la respectiva acta, en la cual se viertan todos los aspectos de ejecución y económicos de su relación contractual, que finalizará por este medio y podrán entonces declararse a paz y salvo las partes.

Cuando tal acuerdo no fuere posible, el régimen legal de los contratos estatales, autoriza a la administración para proceder a liquidarlo unilateralmente, mediante la expedición de un acto administrativo pasible de los recursos en la vía gubernativa y así mismo, impugnabile judicialmente.

El H. Consejo de Estado ha dicho, en referencia con el acto de liquidación: “*Cuando se suscribe el acta de liquidación de común acuerdo, ésta constituye un negocio jurídico*

contentivo de la voluntad de las partes que, por lo tanto, sólo puede ser invalidado por algún vicio del consentimiento –error, fuerza o dolo- y en caso contrario, conserva su fuerza vinculante, lo que en principio impide la prosperidad de pretensiones que desconozcan su contenido, por cuanto ello implicaría ir en contra de los propios actos y desconocer una manifestación de voluntad previamente efectuada.”

No obstante, cabe la posibilidad de elevar judicialmente reclamaciones relacionadas con el contrato liquidado aún sin cuestionar la validez del acta de liquidación bilateral, en aquellos eventos en los cuales la parte interesada, en la misma, ha dejado expresa salvedad en relación con los puntos específicos de inconformidad frente a dicho corte de cuentas, caso en el cual puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa mediante la presentación de la respectiva demanda contractual. Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho:²

“Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Sala que cuando la liquidación del contrato se realiza entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato...”

La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes constituye un acto de autonomía privada de aquellas que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo.

La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento.”

Ahora bien, en relación con las salvedades que se hagan en el momento de la liquidación bilateral, las mismas deben ser concretas y específicas, es decir que deben versar sobre puntos determinados de la liquidación que no se comparten, bien porque no se incluyeron reconocimientos a los que se cree tener derecho o porque se hicieron descuentos con los que no se está de acuerdo, etc. etc., lo que significa que tal salvedad no puede ser genérica, vaga e

² Sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10.608, C.P. Daniel Suárez Hernández.

indeterminada ni puede consistir en una frase de cajón del tipo “*me reservo el derecho a reclamar por los pagos no incluidos en la presente acta*”, porque en tal caso resultará inadmisibles como mecanismo de habilitación para la reclamación judicial de prestaciones derivadas del contrato liquidado, en la medida en que no se concretó el motivo de inconformidad del contratista.

En el presente caso, tal y como se verificó en los hechos probados, el contrato de obra No. 2080365 de 2008 fue objeto de liquidación bilateral, la cual, en principio, impediría efectuar cualquier reclamación en relación con este negocio jurídico, en la medida en que contiene el corte de cuentas definitivo de la ejecución contractual adelantada por las partes en virtud del referido contrato. Sin embargo se observa que el contratista dejó expresa salvedad en el acta, respecto de los siguientes puntos, que serán tenidos en cuenta para el análisis de las pretensiones:

“Teniendo en cuenta las afirmaciones y constancias contenidas en la presente acta, las partes contratantes aceptan la liquidación que ésta contiene, previo el cumplimiento de las obligaciones pendientes, de que trata el numeral 5 de este documento y se liberan mutuamente de cualquier obligación que pueda derivarse del contrato 2080365.

No obstante, el contratista solicita se incorpore las siguientes anotaciones para la suscripción del presente documento de liquidación bilateral, la cual se incluye sin que ello constituya en reconocimiento y/o aceptación expresa o cierta del contenido ni alcance por parte de FONADE:

“El suscrito. ALFREDO ALFONSO CRUZ MACÍAS. Identificado con la cédula de ciudadanía número 79.141.852 expedida en Usaquén, en mi carácter de representante legal del CONSORCIO ISLAS, consorcio contratista del Contrato 2080365 del 27 de Febrero de 2008 suscrito con FONADE, deja constancia de que se reserva el derecho de reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, según solicitud hecha al Señor Gerente General de FONADE, mediante oficios de fechas 29 de Octubre, 18 de Noviembre y 11 de Diciembre de 2009, radicados en la oficina de correspondencia de FONADE, bajo los números 2009-430-071592-2, 2009-430-076255-2 y 2009-430-083616-2, respectivamente, equilibrio que se vio afectado por las siguientes causas:

PRIMERA: la necesidad de realizar, por parte del Consorcio Islas, las obras necesarias para la reparación de los problemas presentados en los módulos 4 y 5 de la estructura, que se originaron en la falta de conocimiento de la estratigrafía del suelo de fundación en el que se apoyaron dichos módulos, conocimiento que era necesario para la correcta escogencia del tipo de cimentación que mejor se adecuara al terreno en el que se debía cimentar la edificación a construir y que no se tuvo por la falta de observancia, en el

diseño, de las exigencias contenidas en el título H del Decreto 33 de 1998, el cual desarrolló el artículo 48 de la ley 400 de 1997. El valor de estas obras, según liquidación presentada a FONADE, fue de de \$ 752.665.532.

SEGUNDA: La ejecución de las adecuaciones el instalaciones que fueron necesarias realizar, por solicitud de la SOCIEDAD PRODUCTORA DE ENERGÍA DE SAN ANDRÉS y PROVIDENCIA SA E.S.P. "SOPESA", en la instalación del equipo de medida, con el fin de obtener la aprobación para la energización del Estadio de Softbol por parte de esa entidad, quien exigió para ello, mediante comunicación GTS-0594-09 del t 1 de Agosto de 2009, implementar una derivación para la conexión del Pink Coliseum. El valor de estas obras fue de \$ 42.536.780.

TERCERA: El ajuste solicitado a FONADE y aprobado por la entidad al precio unitario presentado para el ítem Suministro e Instalación de cubierta metálica plana en acero galvanizado calibre 22 de 33 centímetros apoyada en perlines tipo C, calibre 16 pintados por las dos caras, incluye remates especiales y límatesas en aluzinc calibre 24, esmalte, inhibidor da corrosión, incluye materiales, equipos y mano de obra, precio este que fue aprobado por FONADE, según memorando número 095300007623 del 15 de Marzo de 2009, con un valor de \$143.574.00, ajuste que no fue tenido en cuenta en el acta de recibo final por parte de la Interventoría. Este ajuste, motivado en el cambio de diseño de la cubierta en su sector curvo, una vez descontado el valor recibido en el acta del 30 de Noviembre para el tramo cuyo ajusta se reclama, genera un saldo a favor del Consorcio Islas de \$ 48.918.012,00.

CUARTA: El no reconocimiento por parte de la interventoría en el acta da recibo final del Suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla cuya instalación no fue autorizada por Fonade, luego de su adquisición y transporte a la Isla por parte del Consorcio Islas y cuya manifestación de uso por parte de la Gobernación de San Andrés las expresada por funcionarios de esa dependencia en recorrido al escenario llevado a cabo el pasado 1 de Diciembre de manera conjunta por delgados de FONADE. Gobernación. Contratista e Interventoría. El valor por este concepto corresponde al valor pactado en el contrato (ítems 15.101 y 15.103) para ese concepto, es decir la suma de \$ 37.253.195.20, una vez descontada su instalación.

QUINTA: la realización de las pruebas de carga a la recimentación realizada y por el costo del control de asentamientos que se deba realizar, una vez recibido el contrato, según recomendación del Ingeniero Asesor en suelos y de la interventoría mediante anotación en el acta de recibo final.

SEXTA: De igual manera, el Consorcio Islas se reserva el derecho de reclamar el reconocimiento de los Intereses por concepto de los valores contractuales que fueron retenidos al contratista, desde el momento en que

las obras objeto del contrato fueron terminadas, hasta las fechas en las que realmente se pagaron se pagarán las obras ejecutadas, así como los Intereses que se produzcan durante el tiempo que transcurra entre el momento de recibo de las obras hasta el momento en que se cancelen los reconocimientos que se reclaman."

Conforme la descripción del contrato efectuada en el acta, corresponde a un contrato de obra a precios unitarios.

Las pretensiones

De acuerdo con lo anterior, observa la Sala que resulta procedente el análisis de las pretensiones de la demanda que están relacionadas con que se declare el incumplimiento del contrato de obra No 2080365 suscrito entre FONADE y Consorcio Islas, al no acceder al pago en favor del demandante de los valores correspondientes a: i) las mayores cantidades de obra, tal como quedó precisado anteriormente puesto que se trata de reclamaciones que había dejado sentadas el contratista en el acta de liquidación bilateral del contrato; ii) el reconocimiento al pago por concepto de cubierta metálica autoportante forma de arco – suministro de instalaciones de cubistas metálica plana de acero galvanizado calibre 22 de 33 centímetros apoyada en perlines tipo C, calibre 16, pintado por las dos caras, incluyendo remates especiales y limatesas en aluzinc calibre 24, esmalte, inhibidor de corrosión, incluye materiales, equipados y mano de obra; iii) el pago por concepto del suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla.

Solicita además se ordene el pago de intereses de mora respecto de dichos valores.

Anterior al estudio de manera concreta de las pretensiones, se hace necesario establecer si el contratista tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, siendo que la entidad contratante corresponde a una empresa industrial y comercial del estado de carácter financiero, que está regulada por su propio manual de contratación contenido en el acuerdo 02 del 25 de febrero del 2003, modificado por el acuerdo 006 del 5 de agosto de 2003, además se señala que los contratos que celebre FONADE en el giro ordinario de sus negocios estarán sujetos al derecho privado.

Esta es una discusión de vieja data, acerca de si un contrato de derecho privado de la administración, regido por las normas civiles y comerciales es posible que se acuda a la aplicación del restablecimiento económico del contrato, en el evento de que ocurran las circunstancias previstas para ello, tal como lo tiene definido el artículo 27 de la ley 80 de 1993, o por lo contrario debe acudirse a lo normado en el derecho común.

Para ilustrar acerca de este debate, es bueno traer a colación aquí, un estudio publicado por JOSÉ VICENTE BLANCO R.³; así mismo el Consejo de Estado se ocupó del tema, con ponencia del Magistrado Danilo Rojas Betancourt en los siguientes términos:⁴

³ estudio publicado por JOSÉ VICENTE BLANCO R. *“El equilibrio económico del contrato en los contratos estatales regidos por el derecho privado ya vimos en un artículo anterior (¿Está superada en Colombia la antigua clasificación entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración?) que las consecuencias procesales derivadas de la dualidad entre contratos sometidos a la ley 80 de 1993 y contratos de entidades estatales sometidas al derecho privado, parecen estar en camino de solución a raíz de la expedición de la ley 1107 de 2006, pero en lo que no se ha profundizado de manera adecuada es en lo relacionado con las reglas sustantivas que se aplican a los contratos excluidos de la ley 80 de 1993.*

Normalmente se afirma alegremente que estas entidades están sometidas al derecho privado, afirmación que resulta en contravía de la obligación prevista en la ley 1150 de respetar los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Nacional.

Un interrogante que ni la doctrina ni la jurisprudencia han abordado seriamente es el relacionado con cuál es la normatividad que deberá aplicarse frente a los contratos de las entidades estatales excluidas del estatuto general de contratación, en lo relacionado con los derechos de los contratistas: ¿son los propios del derecho privado o son los establecidos en la ley 80 de 1993?

¿Bajo qué óptica debe analizarse una situación de desequilibrio económico surgida en desarrollo de un contrato excluido de la ley 80 de 1993? Algunos afirman que en estos contratos no tiene cabida hablar de la ecuación económica del contrato o del equilibrio económico del contrato pues consideran que estas figuras no caben en “contratos sometidos al derecho privado”.

Es aquí cuando debe volverse a los principios del derecho administrativo para recordar que el origen de la teoría del equilibrio económico en los contratos con el Estado no tiene su origen en la ley sino en la Constitución y que constituye un desarrollo del derecho a la igualdad ante las cargas públicas, el deber que tiene el Estado de proteger a las personas en su honra, vida y bienes, y en el derecho constitucional a la propiedad privada.

Fue en desarrollo de estos principios que la jurisprudencia extranjera y nacional desarrolló la teoría del equilibrio económico del contrato llegando a la conclusión de que cuando se presentaran circunstancias imprevistas ajenas al contratista que afectaran el desarrollo del contrato, debería salirse en ayuda del contratista pues de no hacerlo así, se generaría un sacrificio injustificado de su patrimonio en favor de la comunidad, con lo cual se rompería el principio de igualdad ante las cargas públicas.

Volver a los principios generales del derecho administrativo nos permite concluir que los contratos celebrados por entidades aparentemente sometidas al derecho privado se rigen en buena parte por las normas generales de la contratación estatal, en especial en lo relacionado con los derechos del contratista, pues estos derechos tienen origen en principios constitucionales que son de superior jerarquía a los de la ley.”

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: *DANILO ROJAS BETANCOURT*, Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012), Radicación número: 25000-23-26-000-1998-01474-01(22756)

“IV. Análisis de la Sala.- 9. En primer lugar, es indispensable establecer que los contratos celebrados por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE en el año 1995 se encontraban sujetos al derecho civil y comercial (...)

9.1 En ese orden de ideas, los artículos de la Ley 80 de 1993 que inequívocamente consagran la obligación de restablecer el equilibrio económico o financiero del contrato no son aplicables al asunto sub judice y, por lo tanto, la fundamentación de la sentencia impugnada en los artículos 4 (numeral 9), 5 (numeral 1) y 27 de la Ley 80 no guarda correspondencia con la legalidad. Si bien es cierto que en el contrato y en la adición se hace referencia a la Ley 80, sólo se la invoca para efectos de las facultades extraordinarias de “terminación, modificación e interpretación unilaterales estipulados en los artículos 15, 16, 17” y en el asunto sub judice tales facultades no fueron ejercidas, en tanto que la adición que se hizo del objeto del contrato tuvo como fuente el acuerdo alcanzado por las partes sobre el particular y no las normas referidas.

9.2 No obstante, habida consideración de que los actores invocan dentro de la demanda a título de argumentos jurídicos los principios generales del derecho, se debe establecer cuáles serían las fuentes jurídicas que posibilitarían el reconocimiento de un eventual desequilibrio económico o alteración de la ecuación financiera del contrato por fuera de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

14. Cabe entonces preguntarse si en un contrato celebrado por una entidad estatal, que tiene como propósito la realización de estudios de rehabilitación y construcción de obras públicas, en el cual el contratista cumplió las obligaciones a las cuales estaba sujeto no obstante alegar que constituían un evento de desequilibrio económico, cabría la declaratoria de responsabilidad del Estado y la condena consecencial.

“...suficiente soporte normativo para concluir que un contrato celebrado por parte de una entidad estatal, que no está sujeto a la Ley 80 de 1993 y que tiene como propósito la realización de estudios para la rehabilitación y construcción de obras de infraestructura, es susceptible de análisis judicial y de condena en contra de la entidad, frente a la demanda presentada por el contratista para obtener el restablecimiento del equilibrio, una vez probados debidamente los supuestos de hecho correspondientes...”

No obstante, en la misma sentencia se señaló que el precedente no se podía aplicar en todos los casos, que era necesario analizar cada caso en particular para llegar a una conclusión de si es aplicable el restablecimiento del equilibrio económico del contrato según las circunstancias que emergen del mismo, o no, así se refirió el alto Tribunal:

“Cabe advertir que la Sala se abstiene de formular una teoría general de índole subjetiva u objetiva que indique en cuáles supuestos de hecho habrían de responder las entidades estatales en este tipo de asuntos, pues considera que tal planteamiento sería altamente inconveniente en tanto que solo lo que emerge del caso concreto, en su individualidad y en función de los principios y reglas expuestos, indicará al juez, de conformidad con la independencia y autonomía que le es propia, cuándo debe proceder a restablecer el equilibrio financiero del contrato por fuera de las prescripciones de la Ley 80 de 1993 y del artículo 868 del Código de Comercio.”

Ahora bien, como quiera que el presente contrato obedecen a unas características similares a las analizadas en la anterior sentencia, cabe aplicar los principios y normas consagrados en ella, por tanto, se pasa al estudio de la primera pretensión.

Mayor cantidad de obra

De acuerdo con lo establecido en el contrato objeto de la presente litis, la ejecución de mayores cantidades de obra por parte del contratista, dependía de que se acordaran expresamente, según lo dispuesto en la siguiente cláusula:

14.1 La Sala considera que por fuera de las normas incorporadas en la Ley 80 de 1993 y del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, existe suficiente soporte normativo para concluir que un contrato celebrado por parte de una entidad estatal, que no está sujeto a la Ley 80 de 1993 y que tiene como propósito la realización de estudios para la rehabilitación y construcción de obras de infraestructura, es susceptible de análisis judicial y de condena en contra de la entidad, frente a la demanda presentada por el contratista para obtener el restablecimiento del equilibrio, una vez probados debidamente los supuestos de hecho correspondientes.

CLÁUSULA SEGUNDA - PARÁGRAFO TERCERO: *Las cantidades de obras previstas en el la propuesta económica e incluidas en esta cláusula son aproximadas y están calculadas según las necesidades estimadas del proyecto objeto del presente contrato, razón por la cual se podrán aumentar o disminuir durante la ejecución de la obra. EL CONTRATISTA está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obras que resulten necesarias para la ejecución del objeto contractual a los mismos precios contenidos en la propuesta económica presentada e incluida en esta cláusula, previa autorización por parte de la **INTERVENTORÍA**. En caso de presentarse mayores cantidades de obra, estas podrán compensarse mediante acta suscrita entre el interventor y el contratista, con la supervisión de **FONADE**, siempre que la compensación no genere un mayor valor del contrato. Cuando las mayores cantidades de obra impliquen el aumento del valor del contrato, antes de ser autorizadas por parte de la **INTERVENTORÍA** y ejecutadas por la parte **CONTRATISTA**, será necesaria la aprobación de **FONADE**, a través de su Subgerente Técnico quien la otorgara, previa verificación de que exista disponibilidad de recursos para cubrir el posible pago de las mayores cantidades de obra. En este caso deberá procederse a la aplicación de las garantías de acuerdo a lo previsto en la cláusula decima quinta del presente contrato en forma precisa a la ejecución de las cantidades de obra que impliquen un mayor valor...”*

En ejecución de la facultad pactada en las anteriores estipulaciones, una vez suscrito el contrato se acordó una modificación de las cantidades e ítems de obra, la cual fue formalmente efectuada a través del acta de compensación de obras suscrita por las partes el 4 de septiembre de 2008. (fls. 160, 161- 182 del cuaderno principal)

No obstante, también consta en el plenario que el contratista ejecutó mayores cantidades de obra, según lo manifestado por los peritos designados en el proceso para determinar, entre otras cosas, la existencia de obras extras y mayores cantidades de obra ejecutadas en el contrato No. 2080365 de 2008 por FONADE., quienes concluyeron que, efectivamente, de acuerdo con la cuantificación que realizaron de la obra ejecutada y recibida por la entidad, había mayores cantidades de obra por valor de \$ 571,201,270

De conformidad con el dictamen pericial técnico del Ing. Jefferson Peterson Hooker, como perito en éste proceso explica:

“1. MAYORES CANTIDADES DE OBRAS Y OBRAS ADICIONALES:

De la inspección judicial llevada a cabo en las instalaciones del estadio de softbol de San Andrés Islas y de los antecedentes documentales que obran en el expediente se pudo constatar que la obra una vez ejecutada requirió la ejecución de una recimentación en los módulos 4 y 5 del proyecto.

Lo aquí afirmado se basa en el análisis de la documentación anexada al expediente y en las visitas realizadas al sitio del proyecto, donde se observaron diferentes vestigios constructivos que corroboran que entre los ejes 23 y 28 del proyecto se realizó una intervención en la cimentación de la obra.

DOCUMENTACIÓN ANALIZADA:

a. Informe suscrito el 4 de Noviembre DEL AÑO 2009 POR EL Ingeniero LUIS FERNANDO OROZCO ROJAS y la Ingeniera GABRIELA MÉNDEZ FLOREZ asesores de suelos y estructural de la Interventoría, quienes conceptuaron en esa comunicación, la cual obra a folio 425 y 426 del expediente, remitida a FONADE por la Interventoría el 20 de Noviembre de 2009 según oficio que obra a folio 424 del expediente, que: "De acuerdo con su amable solicitud visitamos la instalaciones del estadio de softbol en San Andrés Islas, con el fin de observar el avance de la construcción de los micro pilotes que están sirviendo como sistema de submuración para los cuatro ejes extremos de la estructura del estadio de softbol..." Y continua el oficio citado afirmando: "...Todos los micropilotes están quedando fundidos en la roca penetrando en esta una longitud mayor al diámetro del pilote y de acuerdo a las instrucciones el ingeniero de suelo asesor del constructor. Los pilotes tienen la capacidad requerida, sin lugar a dudas y esto ha sido constatado mediante los ensayos de carga realizados sobre dos de los micropilotes en el sitio. Además pudimos constatar que están siendo construidos de manera adecuada con el refuerzo necesario y las inyecciones de lechada a presión a fin de conformar el micropilote o pilote raíz tradicional que es capaz de soportar cargas altas y sobre todo capaz de trasladar la totalidad de la carga de estos ejes a la roca de fundación. Por lo anterior consideraos que este pilotaje es adecuado."

b. Oficio de fecha 7 de Octubre de 2009 suscrito por FONADE en el que se manifiesta la preocupación de esa entidad por el atraso que se presentaba en esa fecha en la ejecución de las obras de acuerdo con el plazo de 45 días propuesto por el constructor, una vez estuviesen los equipos en obra. Igualmente en ese oficio manifestó FONADE que: ".....requerimos nos informe la fecha en la cual realizara las pruebas de carga a los micro-pilotes construidos y la revisión de los procesos constructivos que hacen parte de la recimentación del módulo 5, pruebas en las cuales deben estar presentes los especialistas de interventoría y contratista."

c. Oficio de fecha Mayo 31 de 2010 mediante el cual la Interventoría remite a FONADE los análisis de precio unitario analizados por esta interventoría y correspondientes a las actividades ejecutadas por el CONSORCIO ISLAS para la recimentación de los módulos 4 y 5, ejes 23 al 28, como solución al asentamiento diferencial presentado.

d. *Acta de entrega y recibo final del contrato 2080365 de fecha 30 de Noviembre de 2009, aportada por FONADE al proceso mediante comunicación del 16 de Agosto de 2012, en la cual consta que en la ejecución del contrato 2080365 suscrito entre FONADE y el CONSORCIO ISLAS para la construcción del estadio de softbol se ejecutó obra por valor de \$8.366.359.305,68 correspondientes a las actividades de obra correspondidas en los ítems 1.01 a17.43 referentes a: Preliminares, cimentación, prefabricados, bases y pisos, estructura, mampostería, cubierta, acabados, aparatos sanitarios, carpintería, cerramiento, exteriores u urbanismo, muebles, instalaciones hidrosanitarias, instalaciones eléctricas, tanque de almacenamiento, y obra no prevista que corresponde a tala de árboles, demoliciones, excavaciones a más de 2.50 metros, base granulada y obras eléctricas. En esta acta quedo también expresa constancia de la ejecución de las cantidades de obras que se realizaron para la recimentación de los módulos 54 y 5 del escenario, estas obras aunque no están valorizadas en esta acta si están cuantificadas en la misma.*

CONCLUSIÓN:

De la visita practicada al escenario en diligencia de Inspección Judicial, de los documentos que obran el proceso y de las evidencias fotográficas aportadas por el demandante en la diligencia antes citada se concluye que el contratista, CONSORCIO ISLAS, realizo una serie de obras que fueron necesarias para la recimentación de los módulos 4 y 5 entre los ejes 23 y 28 del proyecto, a fin de garantizar la estabilidad del mismo.”

El dictamen así rendido luego de haber sido aclarado y complementado, fue objetado por error grave para la cual se pidió como prueba un nuevo dictamen pericial, que fue decretado y rendido por el Ing. Diógenes Vanclif Newball, Robinson en los siguientes términos:

“Como la idea no es repetir pruebas sobre lo mismo, cito al Perito Jefferson Peterson Hooker en el folio 16 y 17 en su conclusión: “El estudio de suelos en el que se basó el diseño y cálculo de la cimentación y de la estructura de graderías del estadio de softbol no fue realizado en el sitio en el que las obras finalmente se realizaron razón por la cual el perfil estratigráfico del suelo encontrado en las excavaciones realizadas por le constructor fue diferente al encontrado en las perforaciones realizadas por el consultor para la realización del estudio entregado Por FIONADE.” Y continúa explicando que otro hubiese sido el diseño de la cimentación en caso de haberse hecho el estudio en el sitio correcto. Cito además el folio 279 y 280 del expediente donde la firma Alfonso Uribe y Cia. Estudios de Suelo afirman: “No existieron perforaciones n estudio de suelo detallado para el estadio de Softbol únicamente se hace mención a una perforación de verificación de nivel de roca coralina, pero no se conoce la localización de

dicho punto de investigación y si efectivamente fue realizada en el área donde se construyeron las nuevas graderías. Se hubieran detectado los rellenos y arenas sueltas con espesores hasta de 7m y variando seguramente la solución de cimentación.”

(...)

Basado en el estudio de suelos y análisis de la cimentación existente Estadio de Softbol de Sn (sic) Andrés elaborado por Alfonso Uribe & Cia. S. A. (Folios 274-287) puede fácilmente entenderse lo que es la re-cimentación con micro pilotes, los cuales trasladan a la roca profunda por medio de una reformación que atraviesa los estratos superiores débiles hasta llegar a la roca perforándola al menos 3m para lograr el anclaje necesario y poder así transmitir directamente a la roca, las cargas que ha demostrado ser mayores a lo que pueden resistir las de capas superiores que consisten en el relleno arenoso que fue puesto en la época del dragado del puerto a comienzo de los sesenta. Estas capas arenosas demostraron ampliamente ser incapaces de lidiar con las cargas que las primeras soluciones planteadas e implantadas parcialmente le estaban aplicando, probado esto por el hecho de que se presentaron asentamientos superiores a los admisibles desde muy al principio de la obra y aun después de la alternativa de excavar hasta la roca coralina y relleno con concreto ciclópeo hasta salir por encima del nivel freático para luego fundir cimiento corrido.

Este asentamiento obviamente no iba a detenerse sin producir daños aún mayores ni sin la adopción y ejecución de alguna medida técnicamente correctiva como la que finalmente se adoptó y ejecuto.

CONCLUSIÓN:

Puedo afirmar que de acuerdo con la información existente en el expediente de este caso SÍ SE PUEDE LLEGAR A LAS CONCLUSIONES A LA QUE LLEGO EL PERITO EN INGENIERÍA CIVIL JEFFERSON PETERSON HOOKER, ya que hay información suficiente, tanto de la firma Interventora CONSTRUCTORA A&C S. A., de el (sic) contratista CONSORCIO ISLAS, de los ingenieros de suelos, estructurales, consultores y demás personas y entidades que participaron en este proyecto así como la información en el libro de obras y la correspondencia entre los actores, para poder establecer la existencia cierta de las obras subterráneas así como sus cantidades dimensiones y los efectos que tuvieron en la evolución del comportamiento de la cimentación antes y después de su ejecución.

Por consiguiente considero que no hay necesidad de utilizar las tecnologías que aunque sabemos que existen, como es el caso del ultrasonido, ni destruir parte de la construcción, ya que como se ha mencionado en este

dictamen, todas las cuantificaciones fueron hechas de manera detallada por representantes de ambas partes, por FONADE la Interventoría y sus asesores y los representantes del CONSORCIO ISAS y ratificadas por el Perito JEFFERSON PETERSON HOOKER en su dictamen."

De acuerdo con lo anterior, resulta necesario establecer si el demandante tiene derecho o no al reconocimiento de esas mayores cantidades de obra ejecutada, teniendo en cuenta que el sólo hecho de su existencia no significa necesariamente el derecho del contratista a reclamar su pago.

Para que sea procedente la condena de la entidad al pago de las obras ejecutadas por fuera de lo expresamente pactado en el contrato, tal y como sucede con las mayores cantidades de obra –entendidas éstas como la ejecución de mayores cantidades de unos ítems que sí han sido contemplados en el contrato, se requiere que su construcción no haya obedecido a la simple iniciativa autónoma del contratista, pues él está obligado por los términos del negocio jurídico celebrado con la administración y sólo debe realizar las obras en la cantidad y clase allí estipulados, salvo que de común acuerdo y en forma expresa, las partes hayan dispuesto la realización de mayores cantidades de obra u obras adicionales o que la entidad, en ejercicio de su facultad de modificación unilateral, así lo hubiere decidido a través del respectivo acto administrativo. De lo contrario, la clase y cantidad de obras, serán las contempladas en el contrato y a ellas se debe atener el contratista.

Lo anterior, por cuanto *"(...) ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación que para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante, aquiescencia que debe demostrarse en los términos antes expuestos cuando ellas se reclaman"*.

Es claro entonces, según el contenido del acta final de obra y de las otras pruebas, como actas parciales, bitácora del contrato, etc, que también tuvieron en cuenta los peritos, que la entidad sí recibió a satisfacción mayores cantidades de obra, que tanto el interventor como FONADE aceptaron.

En tales condiciones, si bien en virtud del principio de la buena fe que debe informar a los contratos de la administración, cuando ésta es quien induce al contratista a ejecutar obras por fuera de los precisos términos del contrato sin haber perfeccionado formalmente tal modificación y recibe a satisfacción tales obras, por ser indispensables para la ejecución del objeto contractual, ella está en el deber de responder frente al contratista por el valor de las mismas.

En la demanda se pidió la declaratoria de incumplimiento contractual de la

entidad demandada y como consecuencia de ello, su condena al pago, entre otros, de las mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista y no reconocidas por la entidad contratante, razón por la cual, al demandante le asistía el deber de comprobar su propio cumplimiento y el alegado incumplimiento de la administración, demostrando que ella ordenó y accedió a la ejecución de las mayores cantidades de obra sin reconocer su valor, cuyo pago reclama. Como lo ha dicho la jurisprudencia:

Es importante destacar que esa carga de la prueba que pesa sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos⁵ tiene una doble dimensión, tal y como lo explicado la Sala así:

*“...tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que **para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.***

*En este sentido, **no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada...**”* ⁶ (Negrilla ajena al texto original)⁷.

En el plenario está probado el cumplimiento del contratista, porque ejecutó, terminó y entregó a satisfacción la obra, a pesar de los inconvenientes que se presentaron, ya que está visto, que desde la propuesta pública del contrato IPG 2272-197055 DE Diciembre de 2007, los estudios de suelo no correspondían al lugar donde debió construirse los módulos 4 y 5, hecho desconocido por el contratista, dado que sobre los que se ejecutó los trabajos fueron estudios suministrados por FONADE y elaborados por el Ing. Mauricio Chacón. Esta situación también fue del conocimiento de la Contraloría General de la

⁵ [20] “Artículo 1498 del C.C.: ‘El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez’...”

⁶ [21] “Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Exp. No. 14.937. C.P., Germán Rodríguez Villamizar”.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, expediente 17552, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Republica en la inspección efectuada el 22 de abril del 2009; visita que por demás reconoce que las obras se encuentran terminadas con algunas deficiencias diferenciales presentadas en el módulo 5 por insuficiencias en los estudios de suelo. (fls. 270,272 y 273 del cuaderno principal)

Por lo tanto, si los problemas de cimentación que se discuten, se advierten y concurren en el momento de la ejecución de la obra, es claro que su génesis tiene lugar cuando la entidad pública ordenó realizar el estudio de suelo que constituye un verdadero problema de planeación contractual. Sobre el deber de planeación ha sostenido el Consejo de Estado.⁸

“De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad.

La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.”

Precisamente con el fin de resolver los problemas de asentamientos presentados en el escenario de softbol, el contratista y la interventoría recibieron el diseño y cálculo de la solución de recimentación que posteriormente se concretó en la modificación al contrato 2080365 del 26 de

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C, veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012), Radicación número: 73001-23-31-000-1999-00536-01(22471)

junio de 2009, donde en los puntos 11 y 12 de las consideraciones se observa claramente que estos trabajos fueron aprobados, debidamente ejecutados y terminados. (fls 127, 128 -130 del cuaderno principal)

A folio 306 del cuaderno principal se encuentra oficio dirigido al Director de COLDEPORTES de parte del Gerente de FONADE, con el propósito de informarle sobre los problemas presentados con los diseños del estudio de suelos, lo que significa que desde esa época-octubre 7 del 2009-FONADE, tenía pleno conocimiento que los estudios elaborados, eran incompletos y deficientes y solo trató de trasladar la responsabilidad a COLDEPORTES y a la Sociedad Colombiana de Arquitectos, lo cual constituye prueba irrefutable de que era necesario por parte del contratista, ejecutar la obra conforme al rediseño de la cimentación, dado que con los insumos entregados por parte del contratante no era posible continuar con la ejecución de la obra o se exponía a que la misma se derrumbase.

Finalmente a folios 455 a 459, aparece el acta de liquidación del contrato, del cual se desprenden los siguientes elementos estructurales: a) un reconocimiento expreso por parte del Interventor que la obra fue entregada a satisfacción; b) que se presentaron mayores cantidades de obras respaldadas en las actas de entregas parciales; c) que fueron entregados por el contratista los rendimientos financiero productos del anticipo; d) que el contratista cumplió con todas las garantías exigidas; e) que quedaron obligaciones pendientes por parte de FONADE para con el contratista por valor de \$501.853.829,68; f) que el contratista cumplió el término de ejecución del contrato y sus obligaciones a salud, riesgos profesionales, pensiones, aportes a compensación familiar y el SENA; g) que quedó expresa constancia de las reclamaciones presentadas por el contratista por los problemas presentados en los módulos 4 y 5 de la estructura y h) que en conclusión en el acta de liquidación quedó planteada la controversia contractual en los mismo términos en que están planteadas en la demanda, tal como lo exige la jurisprudencia del Consejo de Estado.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Sala considera que las pretensiones relativas al reconocimiento de las mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista, así como el reconocimiento al pago por concepto de cubierta metálica autoportante forma de arco – suministro de instalaciones de cubistas metálica plana de acero galvanizado calibre 22 de 33 centímetros apoyada en perlines tipo C, calibre 16, pintado por las dos caras, incluyendo remates especiales y limatesas en aluzinc calibre 24, esmalte, inhibidor de corrosión, incluye materiales, equipados y mano de obra; al pago por concepto del suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla

están llamadas a prosperar y así se decidirá.

Para establecer el valor correspondiente a las reclamaciones reconocidas en el presente fallo, el Tribunal acogerá el dictamen del perito contable ya que fue serio y explica con los debidos soportes las conclusiones a que llegó, además que no se allegó dentro del plazo el nuevo dictamen a pesar de haberse decretado por el despacho del Magistrado sustanciador, para probar las objeciones que por error grave presentó el apoderado judicial de la demandada.

CONCEPTO DE COSTO	VALOR COSTO DIRECTO	AIU (30% DEL COSTO DIRECTO)
OBRAS ADICIONALES Y MAYORES CANTIDADES DE OBRAS RECLAMADAS EN LA PRESENTE DEMANDA CON OCASIÓN DE LA REPARACIÓN Y RECIMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS 4 Y5.	\$ 571,201,270,00	\$ 171.360.381
SUMINISTRO DEL POSTE Y CANASTILLA DE MANTENIMIENTO	\$ 17.911.937,50	\$ 5.373.581
MAYOR VALOR POR LA CONSTRUCCIÓN DE LA CUBIERTA PLANA	\$ 37.629.240,00	\$ 11.288.772
SALDO POR CARGA DE LA LIQUIDACIÓN CONTRACTUAL (COSTO TOTAL INCLUIDO AIU DEL 30%)	\$ 60.750.317.68	
TOTALES	\$ 687.492.765,18	\$ 188.022.734,00
TOTAL:	\$ 875.515.499,18	

Indexación

El valor total (\$875.515.499,18) resultante de las sumas del costo directo de la mayor cantidad de obra por concepto de la reparación y recimentación de los módulos 4 y 5, suministro del poste y canastilla de mantenimiento y construcción de la cubierta plana (\$626.742.447,5), más el valor total del AIU de todos estos conceptos (\$188.022.734) y el saldo por carga de la liquidación contractual (\$60.750.317,68), será actualizado a la fecha de esta sentencia, - abril de 2014 -, desde la fecha en que debió hacerse el pago, esto es, al momento de liquidar el contrato (Diciembre de 2009), con el objeto de salvar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda determinado por el tiempo transcurrido desde la fecha en que el contratista debió percibir el pago de dichas sumas y la fecha de esta condena.

Para la indexación se aplicará la fórmula:

$$Ca = Ch \frac{\text{IPC Final}}{\text{IPC Inicial}}$$

Ch = Valor total del costo directo de la mayor cantidad de obra por concepto de la reparación y recimentación de los módulos 4 y 5, suministro del poste y canastilla de mantenimiento y construcción de la cubierta plana, más el valor del AIU de cada uno de estos conceptos y el saldo por carga de la liquidación contractual (\$875.515.499,18)

IPC Inicial = Índice de precios al consumidor que corresponde al mes en que el contratista debió percibir el pago (Diciembre de 2009)

IPC Final = Índice de precios al consumidor que corresponde al mes en que se profiere esta sentencia (Abril de 2014)

En mérito de lo expuesto **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISION**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE el incumplimiento contractual del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, respecto de su obligación de reconocer y pagar los reajustes al acta de recibo final de obra del 04 de diciembre de 2009.

SEGUNDO: CONDÉNASE al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE a pagar a favor del Consorcio Islas., los perjuicios ocasionados por el valor de \$ 875.515.499,18 indexado conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: ORDÉNASE al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, en los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: De no ser apelado el fallo, **ORDÉNESE** por secretaría enviar el expediente al H. Consejo de Estado en grado de consulta de conformidad con el Art. 184 - modificado por la ley 446/98, art. 57 del C.C.A.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia y de no ser impugnada archívese el expediente dejando las anotaciones del caso. Devuélvase al interesado el remanente de los dineros consignados para gastos del proceso; y archívese una copia de esta providencia en los copiadores de este Tribunal.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que el anterior fallo fue discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

Los Magistrados,

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

NOEMY CARREÑO CORPUS
(Ausente con permiso)

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ