



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA  
MAG. PONENTE: DR. BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

Ibagué, veintiuno (21) de julio de dos mil veintidós (2022)

**EXPEDIENTE:** 73001-23-33-005-2017-00246-00  
**MEDIO DE CONTROL:** CONTROVERSIAS CONTRACTUALES  
**DEMANDANTE:** CONSORCIO INTERJUEGOS 2015  
**DEMANDADOS:** INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE-IMDRI Y OTRO  
**TEMA:** NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO

**ANTECEDENTES**

El CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 a través de apoderado judicial, formula medio de control de CONTROVERSIAS CONTRACTUALES contra el MUNICIPIO DE IBAGUÉ y el INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE - en adelante IMDRI, para lo cual planteó las siguientes pretensiones:

*“Se declare que el MUNICIPIO DE IBAGUE y el INSTITUTO MUNICIPAL PARA EL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE IBAGUÉ -IMDRI incumplieron el Contrato de Interventoría No. 86 de 2015 celebrado con el demandante, por efectos de la inobservancia a sus deberes legales en cuanto a la adopción de las medidas necesarias y suficientes para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato, así como la equivalencia prestacional; al principio de planeación que imposibilitó la ejecución del objeto del contrato de obra; al pago oportuno de las prestaciones económicas a su cargo y en favor de la interventoría, así como por todo aquello que resulte probado en el proceso, lo cual generó sobrecostos, daños y perjuicios; y la adopción de las medidas necesarias que impidieran la frustración del objeto del contrato de obra por su inejecución.*

*En razón a lo anterior, solicita se condene a las entidades accionadas a pagar el valor de los sobrecostos y/o perjuicios de todo orden padecidos por el contratista por la ocurrencia de hechos o circunstancias que no le son imputables y que generaron una excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a su cargo y, en general, por todo aquello que resulte probado en el proceso.*

*Igualmente, que se liquide judicialmente el Contrato de Interventoría, incluyendo el reconocimiento de los sobrecostos y perjuicios de todo orden sufridos por el contratista: sumas adeudadas por concepto de*

*reajuste de los costos fijos causados antes de que se modificara la forma de pago del contrato por \$553.619.727, las sumas adeudadas por el no pago de las actas de obra de la adición 1 y 2 del contrato de interventoría por \$375.146.876, el 5% del valor total del contrato correspondiente a la suscripción del acta de terminación por \$125.219.291 y el 5% del valor total del contrato correspondiente a la suscripción del acta de liquidación por \$125.219.291*

*Se condene al pago actualizado de las sumas que resulten a su cargo, con base en el índice de precios al consumidor y el pago de intereses legales del doce por ciento (12%) anual sobre tal montó de perjuicios ya actualizado, y para el mismo periodo. En subsidio de esta pretensión, se condene al pago actualizado con base en el índice de precios al consumidor junto con el reconocimiento de intereses legales del seis por ciento (6%) anual. Como segunda forma de esta pretensión subsidiaria, se reconozca la actuación de las sumas con fundamento en el IPC, a la tasa de interés que determine el juez.*

*Por último, solicita, se condene al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho, ordenando el cumplimiento de la sentencia en los términos prescritos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, junto con el pago de intereses.*

A su vez, el INSTITUTO MUNICIPAL PARA EL DEPORTE Y LA RECREACIÓN IMDRI, a través de apoderado judicial, formuló demanda de reconvención contra el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, para lo cual planteó las siguientes pretensiones:

*Se declare la nulidad absoluta del contrato de interventoría No. 086 de 2015 reclamando como daño emergente el pago de las obras no funcionales pagadas al contratista de la obra por valor de \$3.208.490.278, así como el valor de lo reconocido a la Sociedad Colombiana de Ingenieros quienes realizaron un peritazgo sobre el estado de las obras por \$490.999.389 y por lucro cesante, la indexación del reembolso que debe hacer el contratista por obras no funcionales por \$109.797.927, los ingresos o funcionales dejados de percibir por arrendamientos antes del cierre de obras en el año 2015 por las obras inconclusas proyectados hasta 2017 por \$34.190.051.*

*De manera subsidiaria, solicita se declare el incumplimiento del contrato de interventoría, pretendiendo las mismas condenas por daño emergente y lucro cesante.*

## HECHOS

1. Entre el INSTITUTO MUNICIPAL PARA EL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE IBAGUÉ "IMDRI" y el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 se celebró contrato de

Interventoría No. 86 de 2015, de conformidad con el pliego de condiciones del concurso de méritos No. 02 de 2015 desarrollado por el IMDRI y la resolución de adjudicación No. 046 de 20 de febrero de 2015, contrato que se celebró con el objeto de “Contratar LA INTERVENTORIA DE LA CONSTRUCCION, ADECUACION Y/O REMODELACION DE LOS ESCENARIOS DE LAS INSTALACIONES DE LA UNIDAD DEPORTIVA DE LA CALLE 42 CON CARRERA 5 EN LA CIUDAD DE IBAGUÉ PARA LOS XX JUEGOS DEPORTIVOS NACIONALES Y IV PARANACIONALES 2015 Y OBRAS COMPLEMENTARIAS”.

2. El valor del contrato se pactó en la suma de mil ochocientos cinco millones veintinueve mil seiscientos pesos (\$1.805.029.600) y comprenderá el pago de todos los costos derivados de la ejecución del contrato, incluidos horas extras, nocturnas, dominicales y festivos en que deban ejecutarse las labores de la interventoría, el efectivo cumplimiento del objeto pactado en los plazos perentoriamente fijados por EL IMDRI, así como los trabajos adicionales necesarios para la recuperación de eventuales suspensiones del contrato de obra.

Se indicó que el valor del contrato incluía todos los costos inherentes a la ejecución del objeto contractual y hasta la entrega total de las obras a satisfacción del Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Ibagué- IMDRI, todo el personal idóneo y calificado de directivos, profesionales, técnicos, administrativos que se requieran.

3. Como forma de pago se dispuso otorgar un anticipo equivalente al 20% del valor total del contrato, el cual será amortizado proporcionalmente en cada uno de los pagos efectuados por concepto de pago de costos variables por avance de obra, señalando que los rendimientos financieros que llegaren a recibir se rembolsaran al IMDRI.

Igualmente, se indicó que el 40% del valor total del contrato de interventoría sería por costos fijos y se cancelará en pagos mensuales vencidos por igual valor, en un número de cuotas igual al número de meses de plazo del contrato.

El 50% del valor total del contrato de interventoría se pagara mensualmente según el avance de las obras y el 10% restante, una vez se suscriba el acta de terminación del contrato de obra; adicionalmente, se debe realizar la liquidación del contrato de interventoría

Mediante adición No. 1 de 8 de julio de 2015, se incluyó el valor de \$420.010.000 prorrogando en 4.5 meses el plazo del contrato y a través de adición No. 2 de 10 de mayo de 2016 se prorrogó por 70 días calendario con un valor de \$275.566.677

El 25 de noviembre de 2015, se celebró otrosí modificatorio en el que se cambió la forma de pago, indicando que al haber transcurrido más de 6 meses de plazo de ejecución de los trabajos en los escenarios de la Unidad Deportiva de la Calle 42 y al haberse solo facturado el 28.8% del costo variable de interventoría correspondiente al 50% que está sujeto a la facturación del contratista de obra (avance de obra), al no cumplirse por causas ajenas a la voluntad de la interventoría, se modificó la forma de pago y se estableció que los costos fijos mensuales corresponderían al 90% del valor total del contrato de interventoría que se cancela en pagos mensuales vencidos de igual valor, un 5% a la firma del acta de terminación y un 5% a la firma del acta de liquidación del contrato.

4. La interventoría recibió recursos por parte del IMDRI en anticipo por \$361.005.920 y en actas de pago parciales la suma de \$1.325.180.647 incluido IVA, contra los cuales amortizaron \$139.558.030.

#### **DEMANDA PRINCIPAL:**

La **parte demandante** afirma que existieron hechos ajenos a la responsabilidad de la interventoría que alteraron la normal ejecución del contrato de interventoría No. 086 de 2015:

- El incumplimiento de la entidad en cuanto a la entrega oportuna al contratista de obra de la información técnica necesaria y suficiente para ejecutar el objeto del contrato: Aduce, que el contratista de obra no contaba con los diseños e información técnica apta para construir, existiendo errores y deficiencias en la información técnica del proyecto.
- Incumplimiento de la entidad demandada en cuanto a sus obligaciones relacionadas con la dirección y control del contrato de obra No. 074 de 2015: Ni el IMDRI, ni la administración dieron respuesta a las múltiples advertencias e informes generados por razón de los constantes y continuos incumplimientos imputables al contratista. Asegura, que el IMDRI como pagador de las obligaciones dinerarias a su cargo en virtud del contrato de obra No. 074 de 2015, ordenó el pago mes a mes hasta de 7 actas parciales de obra sin que previamente realizara el descuento del 10% restante como lo indicaba la cláusula 8 del contrato, para ser cancelado en el último pago.
- Incumplimiento del IMDRI en cuanto a su obligación de pago al CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 del valor del reajuste de los costos fijos causados antes de la modificación de la forma de pago (Acta No.

9): Explica que el 25 de noviembre de 2015, las partes suscribieron un otrosí modificatorio de la forma de pago, variando el porcentaje de costo fijo del 40% al 90% del valor del contrato, se suprimió el concepto de pago por costos variables respecto a avance de obra y se incluyeron dos nuevos hitos de pago: el 5% del valor total del contrato a la firma del acta de terminación y un 5% una vez se suscribiera el acta de liquidación.

Señala, que la interventoría procedió a calcular el monto de los costos variables que había estado en imposibilidad de cobrar hasta la fecha de suscripción del otrosí modificatorio, radicando acta de ajustes de costos fijos (Acta No. 9) donde solicitó el pago del valor dejado de cobrar a causa de la falta de avance en la ejecución física de las obras, sin que le fueran pagadas, lo que ocurrió también con el 5% pactado a la terminación del contrato y el restante 5% que debía ser pagadero con el acta de liquidación.

Por su parte, el **Municipio de Ibagué** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, al considerar que no tuvo injerencia en ninguna de las etapas para la celebración del contrato de interventoría.

Explica, que el IMDRI como entidad descentralizada del orden municipal contrató en pleno ejercicio de su autonomía y de las funciones para las que fue creado, sin que se le pueda endilgar responsabilidad al Municipio de Ibagué por rompimiento de equilibrio contractual e inobservancia del principio de planeación, al no haber participado en el proceso de selección del proponente, suscripción del contrato y desarrollo del mismo.

De otro lado, el **IMDRI** se opuso a las pretensiones del libelo genitor predicando que se configura la excepción de contrato no cumplido, en tanto la interventoría **CONSORCIO INTERJUEGOS 2015**, incumplió sus obligaciones legales y contractuales, puesto que certificó y avaló para el pago, en las actas de recibo parcial, obra y personal que no cumplía con las condiciones técnicas y requisitos exigidos en el pliego de condiciones y en el contrato, además de haber incumplido sus obligaciones contractuales relacionadas con el manejo y amortización del anticipo

Aduce, que el contratista de obra desde la etapa precontractual tuvo acceso a los diseños que sirvieron de base para la estructuración del proceso de licitación pública cuyo objeto consistió en la construcción, adecuación y/o remodelación de los escenarios de las instalaciones de la unidad deportiva de la calle 42 con carrera 5, en el que el único proponente fue el Consorcio Unidad Deportiva 2015.

Aclara, que el demandante incurre en una imprecisión fáctica, toda vez que el CONSORCIO ESCENARIOS UNIDAD DEPORTIVA 2015 no abandonó la obra, permaneció en la misma hasta el 21 de julio de 2016, fecha en la que vencía el contrato de obra No. 074 de 2015, hecho que si ocurrió en el contrato No. 119 de 2015 para las obras de los escenarios del parque deportivo, en el que el contratista UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO 2015. Agrega, que esta imprecisión fáctica que induce a error, es debido a que la interventoría confunde ambos contratos de obra pues existe un proceso penal por direccionamiento en los contratos de interventoría No. 086 de 2015 (objeto de Litis) y el No. 120 de 2015 ambos adjudicados al mismo contratista: LKS COLOMBIA S.A.S. y DIEGO FONSECA CHAVES.

Manifiesta, que la interventoría debía realizar y revisar las actas que se suscriban durante la ejecución del contrato de obra No. 074 de 2015, en los términos contractuales del mismo y de conformidad con la cláusula octava del mismo, en las actas de recibo parcial de obra se debían efectuar los respectivos descuentos del 10% por concepto de retagarantía.

Señala, que el contratista interventor pretende el efecto retroactivo de un otrosí realizado a la forma de pago, que en todo caso es irregular, pues, las partes al momento de perfeccionamiento de los contratos pudieron prever razonablemente que era factible el hecho de que existiera poco avance de obra, a tal punto que estipularon como condición para el pago de un porcentaje del precio de acuerdo al avance de ejecución de los contratos de obra objeto de vigilancia.

Considera, que esta modificación a la forma de pago es susceptible de nulidad absoluta, porque implicó un favorecimiento económico al patrimonio del contratista interventor realizado por la anterior administración del IMDRI (2012-2015) en un posible contubernio con el interventor, puesto que se les iba a pagar el 90% del valor del contrato en costos fijos mensuales, sin importar el poco avance o poco trabajo del contratista de obra, lo cual resultaba fácil pues en las obras hubo poco personal y poco trabajo de obra, por lo que recibirían un pago fijo mensual sin tener nada que vigilar.

Arguye, que las empresas LKS COLOMBIA S.A.S. y DIEGO FONSECA CHAVES monopolizaron las interventorías para las construcciones de los escenarios de los juegos nacionales en el parque deportivo y la unidad deportiva de la calle 42, favoreciéndose con un pliego de condiciones en el que se establecieron requisitos habilitantes desproporcionados.

Relata, que se han realizado investigaciones penales relacionadas con las contrataciones que giraron en torno a los XX Juegos Deportivos Nacionales

y IV Juegos Paranales, que han dado lugar a diversas capturas y condenas penales tanto de servidores públicos como de particulares, por el favorecimiento y/o direccionamiento de los contratos, incluyendo el de interventoría objeto del presente medio de control.

Indica, que en el contrato de interventoría No. 086 de 2015, se presentó un incumplimiento en el manejo del anticipo entregado al CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, como quiera que no existe registro de un informe que dé cuenta de la inversión de tales recursos, ni del reembolso de los rendimientos que éstos produjeron, como se indicó en la cláusula sexta del contrato. Adicionalmente, solo amortizaban contra los costos variables y como en las últimas actas solo facturaron costos fijos, no amortizaron nada a pesar que el otrosí al contrato lo indicaba.

Señala, que se suscribió convenio de asociación No. 456 de 2016 con la Sociedad Colombiana de Ingenieros para revisar el estado actual de las obras ejecutadas, dictamen en el que se reflejó que los escenarios muestran un avance físico que no coincide con el avance pagado y aprobado o recibido a satisfacción por la interventoría en las actas de recibo parcial, ni con las obras que realmente podrían ser funcionales.

Expresa, que se configura la excepción de contrato no cumplido, ya que el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 incumplió sus obligaciones, pues además de lo anterior, no realizó la vigilancia del personal requerido y exigido para el contratista de obra e incumplió con el personal ofertado para la vigilancia de la ejecución de la obra, incumplimientos que no tienen nexo de causalidad con la falta de pago alegada por el demandante.

Asegura, que existe nulidad absoluta del contrato estatal por desviación de poder al favorecerse los intereses del contratista.

#### **DEMANDA DE RECONVENCIÓN:**

El **IMDRI** al presentar la demanda de reconvencción en contra del CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, aduce la existencia de direccionamiento o desviación de poder en la adjudicación del Contrato de Interventoría No. 086 de 2015, trayendo a colación los mismos hechos planteados en la contestación de la demanda principal.

En la contestación a la demanda de reconvencción, el **CONSORCIO INTERJUEGOS 2015**, aclara que la investigación adelantada por la Fiscalía relativa a la supuesta adjudicación ilegal de los contratos de interventoría, corresponde a unas indagaciones preliminares, sin que se encuentre ni siquiera en la instancia de imputación de cargos, por lo que nada puede

colegir el demandante en reconvencción por respeto al principio de orden constitucional de presunción de inocencia.

Aduce, que el otrosí modificatorio de 25 de noviembre de 2015 y el adicional No. 2 de 10 de mayo de 2016, fueron actos bilaterales incumplidos en forma arbitraria y aviesa por la entidad, en tanto se sustrajeron de pagar lo que debían.

Destaca que la “nueva” administración, como la tilda el apoderado en reconvencción” fue la que adicionó el valor y plazo del contrato de interventoría el 10 de mayo de 2016, entendiéndose que lo hicieron por cuanto confiaban en lo dicho y hecho por la interventoría.

Señala, que no es cierto que hubo indebido manejo del anticipo, en tanto es la “nueva” administración la que nunca revisó, leyó, ni contestó comunicación alguna remitida por la interventoría, que en forma diligente informó sobre la inversión del anticipo, consignó y reportó los rendimientos causados. Además, resulta extemporánea el requerimiento efectuado, pese a que nunca se elevó llamamiento por tal supuesto incumplimiento, ni se hizo efectiva sanción alguna en contra del contratista, ni el amparo por tal causa si es que consideraba que se había concretado un indebido manejo de los recursos que concretara el riesgo amparado.

Aduce, que la modificación en la forma de pago, no fue irregular, por cuanto el incumplimiento en el suministro de información técnica - estudios y diseños para ejecutar la obra -, fue deficiente, insuficiente y errónea, lo que impidió el avance de los trabajos en tanto tal información no era construable, lo que generó enormes sobrecostos al interventor, quien a pesar del escaso avance de la obra, por razón de la forma de pago pactada, debió tener a disposición todo su personal técnico y administrativo sin poder facturarlos, lo cual es una ruptura del equilibrio prestacional, que conllevó a la suscripción de la modificación de noviembre de 2016 respecto a la forma de pago, propiciando el pago de los costos de interventoría en función del plazo y no del avance de la obra.

Explica, que para dicha fecha, la propia contratante carecía de recursos para pagar el valor del contrato de interventoría, que conllevó a la suspensión del mismo y cuando se reanudó, el IMDRI se negó a pagar lo causado y con ello impidió la amortización plena del anticipo, suma que debió ser compensada o descontada en forma directa de lo adeudado, requerida por vía sancionatoria y de efectividad de amparos, nada de lo cual hizo al respecto. Agrega, que el informe final presentado por la interventoría siempre dejó en claro que el valor no amortizado de anticipo, debía descontarse de lo que

el IMDRI acepta deber, cuando admite que se ejecutó todo el contrato de interventoría.

Manifiesta, que la interventoría no pagó obra, pues este es un acto que por ley solo ostenta la entidad estatal contratante, quien, al efecto, contrataba un supervisor de obra dispuesto por el IMDRI, quien durante la anterior y la presente administración auditó la gestión adelantada por la interventoría, sin formular cuestionamiento o reparo alguno al respecto, por lo que no entiende cómo transcurrido el tiempo la entidad indica que no sabía qué era lo que estaba ocurriendo en desarrollo del contrato, cuando semana tras semana, se realizaban comités técnicos de obra.

Aduce, que no entiende por qué el IMDRI indica que perdió credibilidad en la interventoría, lo que la motivó a contratar la revisión de las obras por parte de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, si la entidad decretó el incumplimiento del contrato de obra con fundamento en los informes presentados por la interventoría y además recomendó la apertura de procesos sancionatorios por atraso y mala calidad de obra, como se manifestó en el informe final de interventoría de agosto de 2016, frente al cual la “nueva” administración no hizo nada.

Menciona, que la interventoría ni certificó, ni avaló recibo a satisfacción de la obra, incluso recomendó a la entidad la efectividad de las pólizas por mala calidad y ordenó descuentos en el acto de liquidación del contrato cuando el contratista no reparó la obra. Pone de presente, que los descuentos ordenados por la interventoría fueron mucho mayores a los que determinó la Sociedad Colombiana de Ingenieros.

Argumenta, que en el informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros no se tuvo en cuenta que la información técnica entregada por la entidad no era construable, dado lo cual, para avanzar en la obra, en lo que se pudiera, contratista e interventoría se dieron a la tarea de generar definiciones técnicas con sus asesores externos, siendo necesario incorporar importantes modificaciones al modo en que se habría de construir el proyecto, en tanto no contaban con estudios, ni diseños que permitieran el normal desarrollo de la obra, lo que generó las diferencias en cotas, rasantes o actividades. Tanto fue el error de los diseños que a la fecha se encuentra en proceso de contratación los nuevos estudios y diseños de las obras.

Sostiene, que no es cierto que la interventoría certificó la vinculación del personal de obra, pues ello nunca ocurrió, y por el contrario, existe un cúmulo de documentos con los cuales se informó que el contratista de obra se encontraba incurso en dicho incumplimiento, frente a lo cual la entidad no hizo nada.

Refiere, que la relación de personal que cuestiona la entidad en su demanda refiere al modo en que la interventoría tuvo que reacomodar toda su organización, con el propósito de producir soluciones técnicas que permitieran el avance de los trabajos, tanto así, que durante el 2015 y 2016, la misma entidad expidió certificaciones mensuales de cumplimiento del objeto del contrato y de las obligaciones pactadas.

Propone como excepciones prejudicialidad en relación con la pretensión de nulidad del contrato, culpa exclusiva del IMDRI por razón del suministro de información técnica errada, deficiente e insuficiente que imposibilitó el normal desarrollo de los contratos de obra y de la interventoría, doble cobro de un mismo perjuicio, inexistencia de responsabilidad por los hechos derivados del contrato de obra e interventoría, culpa exclusiva de la víctima respecto al incumplimiento de entrega o suministro de diseños que fue la causa real y eficiente de la causación de sus perjuicios, culpa exclusiva de la víctima por cuanto no declaró el incumplimiento del contrato de obra haciendo efectivos todos los amparos, culpa exclusiva de la víctima por cuanto el IMDRI contrató a su antojo y sin justificación alguna, un informe técnico a la Sociedad Colombiana de Ingenieros que corroboró lo hecho por la interventoría, compensación parcial de la obligación cobrada por lo que el contratista de obra pagó por la vía de la declaratoria de incumplimiento y culpa exclusiva de la víctima al omitir descontar en forma directa de los pagos al contratista de obra el personal que no se encontraba en obra.

Ahora bien, el **llamado en garantía CONFIANZA S.A.** manifiesta que expidió la póliza de garantía única de cumplimiento del contrato de interventoría No. 086 de 2015, sin embargo, asegura, que existe prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

Aduce, que las pólizas de cumplimiento no están llamadas a cubrir obligaciones relacionadas con la amortización del anticipo.

Expone, que los perjuicios que se pretenden con la demanda de reconvencción no son directos y no pueden ser reconocidos, toda vez que en ellos se encuentran sumas por conceptos que no hacían parte del objeto del contrato.

Señala, que el amparo de cumplimiento tiene un máximo valor asegurado de \$500.877.167, su afectación dependerá de la acreditación del porcentaje efectivo de incumplimiento frente al total de las obligaciones del contrato.

Manifiesta, que en ningún momento recibió aviso de incumplimiento contractual y que en el evento remoto de declararse algún tipo de

responsabilidad debe realizarse compensación, como quiera que la propia entidad reconoce que existe un saldo a favor del contratista.

Propone como excepciones contra la demanda de reconvención, inexistencia de elementos legales para declarar la nulidad del contrato de interventoría, cumplimiento de las obligaciones del Consorcio INTERJUEGOS 2015, todas las actuaciones surtidas con ocasión del contrato de interventoría fueron avaladas por la entidad contratante, violación al principio de responsabilidad en la contratación estatal por parte del IMDRI, improcedencia del reconocimiento y pago de perjuicios, subrogación.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

Mediante auto del 31 de julio de 2017 se admitió la demanda principal, ordenando su notificación a las entidades accionadas y al Ministerio Público, término dentro del cual se contestó la demanda y se recibió demanda de reconvención por parte del Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Ibagué IMDRI.

La demanda de reconvención fue admitida mediante providencia de 26 de junio de 2018, ordenando su notificación al CONSORCIO INTEJUEGOS 2015 y sus integrantes consorciales LKS COLOMBIA S.A.S. y DIEGO FONSECA CHÁVES.

El 1 de octubre de 2019 se celebró audiencia inicial, se resolvieron excepciones, se estableció el objeto de litigio y se fijó fecha para audiencia de pruebas.

Por lo tanto, el día 11 de marzo de 2020 se llevó a cabo la audiencia de pruebas. Posteriormente, se corrió el término para alegar, dentro del cual, los apoderados judiciales de los sujetos procesales allegaron sus alegatos de conclusión y el representante el Ministerio Público, presentó su concepto.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **MUNICIPIO DE IBAGUÉ**

El apoderado judicial del Municipio de Ibagué señala que el contratista incumplió la correcta vigilancia en la ejecución del contrato de obra, lo que conllevó al IMDRI a contratar un peritaje de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, por un posible detrimento patrimonial y el pago de lo no debido.

Reitera lo expuesto en la contestación de la demanda, indicando que el contrato fue celebrado entre el IMDRI y el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, por lo que al no haber participado el Municipio de Ibagué en el proceso contractual, no se le puede involucrar en la responsabilidad de los

incumplimientos generados, según lo aduce el demandante, como resultado del equilibrio contractual y la inobservancia del principio de planeación.

### **CONSORCIO INTERJUEGOS 2015**

Precisa que, durante todo el plazo del contrato y varios meses más, se realizaron inversiones en materia de personal técnico y gastos administrativos y al final, en forma artera y tramposa, de mala fe, la entidad se negó a pagarle lo causado y adeudado, en la invención de sorpresivos y mendaces incumplimientos contractuales que sólo se le “ocurrió” reprochar para la época en que debía liquidarse el contrato, a pesar de que, durante todo el desarrollo del contrato, por vía del supervisor asignado por la entidad contratante al contrato de interventoría, certificó que, mes tras mes, había dado pleno cumplimiento a sus obligaciones.

Señala, que en el decir del IMDRI, no debe pagar porque: (i) el contrato es nulo. (ii) Pese a que la “nueva administración” (2016 - 2019), que tanto criticaba a la anterior (2012 a 2015), adicionó el valor y el plazo, se negó a pagar porque la forma de pago pactada había sido extrañamente modificada, cuando, se insiste, ellos mismo la ampliaron. (iii) porque hubo un supuesto “indebido manejo del anticipo”, (iv) porque la interventoría pagó más de la obra ejecutada o materiales, (v) porque, supuestamente avaló el pago de personal de contratista que no cumplía con las exigencias del pliego, (vi) porque el interventor no tuvo el personal ofrecido en obra.

Manifiesta, que con evidente desparpajo se atrevieron a formular demanda de reconvencción, aduciendo, como prueba “reina”, un dictamen pericial, elaborado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros - SIC -, el cual hizo una “medición” de actividades ejecutadas, seis meses luego de estar las obras a cielo abierto, a la intemperie, lo cual propició su parcial deterioro.

Manifiesta, que en las actas suscritas y cobradas, conforme a la forma de pago inicialmente prevista fue verificado el cumplimiento de todas las obligaciones contractuales. Evidencia de ello es que, a la fecha ya se había reconocido a favor de la interventoría el 100% de los costos fijos que correspondían al 40% del valor total del contrato de interventoría. Así las cosas, suscrito en debida forma el Otrosí Modificatorio al Contrato de Interventoría No. 86 de 2015, la interventoría procedió a calcular el monto de los costos variables que había estado en imposibilidad de cobrar hasta la fecha.

Aduce que, teniendo en cuenta que el otrosí modificatorio de la forma de pago<sup>5</sup> incluyó que el 5% del valor del contrato se pagaría con la suscripción del acta de terminación del contrato, el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 radicó, en las dependencias de IMDRI, el acta de terminación definitiva,

incluyendo cada una de las observaciones y réplicas que, conforme a las reuniones sostenidas, habían manifestado las partes, a los efectos de que la entidad procediera a firmarla y así, diera inicio a los trámites para el pago pactado. No obstante, el IMDRI no la suscribió, ni emitió respuesta alguna sobre el texto del documento. Lo mismo ocurrió con el restante 5% del acta de liquidación habiendo remitido el proyecto de acta de liquidación, respecto a la cual tampoco se respondió.

Señala, que tiene derecho a cobrar el 100% del valor pactado, así el contrato de obra no haya concluido, lo cual, entre otras así ocurrió, por causa del (a) incumplimiento del contratista de obra, razón por la cual, terminó sancionado, por recomendación que en tal sentido formuló el interventor, y (b) porque la entidad contratante suministró una información técnica, no construable, lo cual impidió la conclusión de las obras dentro del plazo pactado y el plazo prorrogado.

Afirma, que no se probó la excepción de contrato no cumplido pues la interventoría, dentro del término del plazo del contrato de obra y en sendas oportunidades, recomendó al IMDRI la apertura de procesos sancionatorios en contra del contratista de obra, por concepto de atraso y mala calidad de obra, como se listó en el informe final de interventoría de agosto de 2016.

En relación con lo señalado por el apoderado de IMDRI que indicó que la contratación de la Sociedad Colombiana de Ingenieros obedeció a la supuesta desconfianza que en la labor de la interventoría experimentó, resalta que fue con fundamentos en los informes de interventoría, que el IMDRI decretó el incumplimiento del contrato de obra mediante Resolución No. 121 de fecha 10 de junio de 2016, la cual confirmó el 17 de junio de 2016, luego ha de entenderse que sí confiaba en lo que ésta hizo tras la conclusión del plazo del contrato de obra y de interventoría.

Señala, que no probó la nulidad absoluta del contrato estatal por desviación de poder y que en cualquier caso, deberá pagar la entidad lo ejecutado, en los términos en que así lo manda la ley especial que regenta los contratos estatales por cuanto las prestaciones ejecutadas por parte de la interventoría sí satisficieron el interés público, por cuanto:

(i) La interventoría informó la falta de personal del contratista de obra, no obstante lo cual, la entidad estatal, en su antigua y nueva administración guardó silencio y nada hizo al respecto.

(ii) La interventoría informó sobre la mala calidad de las obras, no obstante lo cual, la entidad estatal, en su antigua y nueva administración guardó silencio y nada hizo al respecto.

Arguye, que el IMDRI, en su anterior y nueva administración, certificó que el contratista interventor sí cumplió a cabalidad con sus obligaciones, y sólo se le ocurrió “desdecirse” ahora por la vía judicial, cuando el supervisor del contrato en forma permanente, continua e ininterrumpida coordinaba el contrato de obra y de interventoría

En relación con la falta de legitimación por pasiva alegada por el Municipio de Ibagué indica que existe una plena subordinación del IMDRI con respecto al MUNICIPIO, razón por la cual, formal y materialmente se encontraba legitimada para actuar por pasiva, en la causa iniciada.

No se probó la existencia de direccionamiento en relación con el contratos de interventoría, ni como hecho notorio ni como hecho publicitado ante la opinión pública, ni por estamentos estatales ni por los medios de comunicación. De ahí las “generalizadas” aseveraciones en las que en forma sistemática y con error, incurre el apoderado de la demandante en reconvencción. Así, aun cuando en relación con la investigación adelantada por la fiscalía, relativa a la supuesta adjudicación ilegal de los contratos de interventoría se aceptó que sí se adelantaban, ello correspondía a unas indagaciones preliminares con lo cual, aún ni siquiera se ha llegado a la instancia de imputación de cargos. De ello NADA puede colegir el apoderado de la demandante en reconvencción por respeto al principio de orden constitucional de “presunción de inocencia”.

Explica, que no se probó que la modificación de las condiciones de pago fuera un acto irregular, menos aún, cuando la entidad no demandó la nulidad de los modificatorios ni los adicionales

se probó que la interventoría nunca emitió constancia de recibo a satisfacción de la obra, más aún, recomendó a la entidad la efectividad de las pólizas por mala calidad, además que ordenó descuentos en el acto de liquidación del contrato cuando el contratista no reparó la obra precisada por la interventoría.

Aduce, que si existieron errores en las obras, debió ser por el hecho de que la entidad incumplió su principalísima obligación, cual fue la de haber suministrado en forma oportuna y completa información técnica suficiente y correcta para poder exigirle al contratista la ejecución de la obra en forma idéntica, cuestión que así no ocurrió, y que de mala fe esa entidad omite convenientemente decir.

En relación con la pretensión de la demanda de reconvencción de nulidad del contrato de interventoría por adjudicación ilegal, considera que concretó la

prejudicialidad en relación con esta pretensión, en razón a que a la fecha de contestación de esta demanda no existe sentencia ejecutoriada con la cual se haya declarado responsabilidad penal por tal supuesto hecho, luego no existe medio de prueba que la sustente, como que tampoco la certeza de la existencia del hecho en que se soporta,

Asegura, que es la culpa de la propia víctima lo que impidió obtener la indemnización o compensación plena de sus perjuicios, acto de plena torpeza que hoy la conduce a pretender que la interventoría deba pagárselo, en tanto pretermitieron hacer efectivo el 100% del valor del amparo de cumplimiento y de la cláusula penal pecuniaria, así como el 100% del amparo de calidad y estabilidad de obra, del contratista de obra, lo cual con suficiencia le hubiera permitido compensar lo que hoy reclama como obra en “mal estado” o no funcional, cuyo valor asciende a \$3.100’ millones, aproximadamente. Así, a pesar de lo recomendado por la interventoría, la entidad sólo hizo efectiva la penal pecuniaria por valor de \$1.200’ millones de pesos, perdiendo la oportunidad de cobrar el 100% de lo que ahora ella considera aún se le debe reembolsar.

### **MINISTERIO PÚBLICO**

El representante del Ministerio Público, allegó su concepto, presentando una solicitud principal y otra subsidiaria, a saber:

- Solicitud principal: Declarar la nulidad absoluta del Contrato de Interventoría No. 86 de 2015, por objeto y causa ilícita, fraude a la ley y celebrarse contra expresa prohibición constitucional y legal. Condenar al CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 conformado por LKS COLOMBIA S A S. (51%) y DIEGO FONSECA CHÁVES (49%), y a los consorciados en proporción a su participación, a devolver al Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Ibagué — IMDRI, la suma de Mil Seiscientos Ochenta y Tres Millones Ochocientos Veintiséis Mil Ochocientos Catorce Pesos (\$1.683'826.814) que le fueron pagados durante la ejecución del nulado contrato.

Condenar en costas y agencias en derecho al CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 conformado por LKS COLOMBIA S A S. (51%) y DIEGO FONSECA CHÁVES (49%), y a los consorciados en proporción a su participación, a favor del Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Ibagué — IMDRI y el Municipio de Ibagué.

Negar las pretensiones respecto al llamado en garantía, pues no existe prueba de su conocimiento y/o participación en los hechos de corrupción y delictivos que configuró el proceso pre y contractual, igualmente porque el

asegurado Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Ibagué — IMDRI, fue partícipe a través de sus funcionarios y/o contratistas en los hechos de corrupción que motivan la nulidad del contrato.

- Solicitud subsidiaria. De considerar el Tribunal, que no se encuentra probada las causales de nulidad absoluta del contrato de Interventoría No. 86 de 2015 se solicita declarar probada la excepción de concurrencia de culpas entre las partes del contrato en el incumplimiento del mismo, por violación al principio de planeación y previsión contractual.

Ordenar la liquidación del Contrato de Interventoría No. 86 de 2015; teniendo en cuenta para la liquidación financiera del mismo; el porcentaje de ejecución del contrato de obra objeto de la interventoría y en ese mismo porcentaje tasar los derechos económicos del CONSORCIO INTERJUEGOS 2015; por lo anterior se condenará al a devolver al Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Ibagué — IMDRI, el mayor valor que le fue pagado en razón al referido contrato.

Negar las demás pretensiones de la demanda principal y condenar en costas al CONSORCIO INTERJUEGOS 2015.

Para sustentar sus tesis, indicó:

Nulidad Absoluta del Contrato de Interventoría No. 86 de 2015 celebrado entre el Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Ibagué — IMDRI y el con el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 conformado por LKS COLOMBIA S A S. (51%) y DIEGO FONSECA CHÁVES (49%)

Aduce, que en el expediente del presente proceso se allegaron los interrogatorios dentro de procesos penales de los señores: Carlos Alberto Ramírez Quintero<sup>38</sup> y Jorge Orlando Navarrete Laverde dentro del proceso penal 730016008782201500101616 y de Alexandra Velásquez Casas<sup>49</sup> dentro del proceso penal 730016000---2015000049 Fiscalía 22 Seccional.

Indica, que en sus interrogatorios los dos primeros partícipes directos pero terceros que actuaban como enlaces entre las entidades a saber el IMDRI y el Consorcio y la última como empleada del Consorcio dan cuenta de cómo los directivos de LKS COLOMBIA S A S (Alexandra Barrero y Xavier Rozas) y del IMDRI Orlando Arciniegas Lagos; se concertaron para estructurar el proceso contractual a la medida del CONSORCIO INTERJUEGOS 2015; así mismo en la ejecución del contrato con la suscripción de OTROSI para adecuar el contrato a exclusivo beneficio del Consorcio y el pago de sobornos equivalente al 13% del contrato, a algunos funcionarios del IMDRI encabezados por el señor Orlando Arciniegas Lagos quien decía actuaba

como representante de los otros funcionarios del IMDRI y de la Alcaldía Municipal de Ibagué de la época y los enlaces o intermediarios Carlos Alberto Ramírez Quintero y Jorge Orlando Navarrete Laverde. Del consorciado Diego Fonseca Chaves, no se advierte su participación directa, pero que, si estaba al tanto de las acciones de los directivos de LKS COLOMBIA S A S, para asegurar la adjudicación del contrato para el Consorcio bajo la promesa del soborno del 13% del valor del mismo.

Manifiesta, que la comparación de los interrogatorios con los documentos de la etapa precontractual y contractual relacionados con el Contrato de Interventoría No. 86 de 2015 obrantes en el proceso dan cuenta que lo dicho en los interrogatorios tiene exacta correspondencia con cada una de las etapas del proceso pre y contractual tales como: observaciones a los prepliegos y pliegos definitivos así como las respuesta y adendas al mismo; la forma de pago que no fue modificada en la etapa precontractual, las observaciones se concretaron en la etapa contractual con la suscripción del OTROSI a la forma de pago, lo que tuvo como finalidad asegurar el pago del 100% del contrato de Interventoría independientemente del avance del contrato de obra; es decir, el pago a la interventoría prácticamente se aseguraba con el simple transcurso del tiempo. Todo ello con la finalidad de asegurar una ganancia pronta al contratista, dado que el valor del soborno pagado era bastante alto, pues en el contrato objeto de éste proceso el soborno ascendía a más de \$230'000.000, prácticamente las utilidades que percibiría un contratista que de manera legal y respetando los principios de transparencia y moralidad en la actividad contractual hubiera accedido a la adjudicación y debidamente ejecutado el contrato.

Explica, que con la participación de terceros a saber los señores Carlos Alberto Ramírez Quintero y Jorge Orlando Navarrete Laverde y de los directivos de la LKS COLOMBIA S A S (Alexandra Barrero y Xavier Rozas) con conocimiento de causa del consorciado Diego Fonseca Chaves y del IMDRI Orlando Arciniegas Lagos, tanto la etapa precontractual como la contractual del Contrato de Interventoría No. 86 de 2015, se llevaron de contera los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y los principios de: planeación, transparencia, imparcialidad, economía y moralidad que consagra el Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993) deben ser observados en la actividad pre y contractual.

Aduce, que en proceso precontractual y contractual del Contrato de Interventoría No. 86 de 2015, se incurrió en las causales 2 y 3 de nulidad absoluta prevista en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Así mismo se tiene que la adjudicación al CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, estuvo precedida de objeto y causa ilícita, ejecución de los actos pre y contractuales contra

expresa prohibición de la ley; en primer lugar, porque el proceso y la ejecución contractual se realizó con violación de todas las normas legales elementales que debían ser observadas por los intervinientes en el proceso; en segundo lugar, porque la causa que conllevó a la adjudicación del contrato al CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, era el compromiso del pago del soborno previamente acordado.

Considera, que se encuentran plenamente probados los hechos constitutivos de nulidad absoluta del Contrato de Interventoría No. 86 de 2015, que en cumplimiento a lo normado en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, debe ser declarada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima y aplicar las consecuencias de ello establecidas en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Expone, que la parte demandante CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, en la contestación de la demanda de reconvención frente a los procesos penales y los actos de corrupción y violación a los principios de la contratación estatal, así como de la normatividad penal, indicados por la parte demandante en reconvención (IMDRI), se limita a manifestar que se trata de actuaciones preliminares y presenta excepción de prejudicialidad respecto a la solicitud de nulidad absoluta del contrato.

Indica, que la solicitud de prejudicialidad hecha por la parte demandante CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, no debe ser aceptada por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, pues como se ya se indicó, la comparación de los interrogatorios con los documentos de la etapa precontractual y contractual relacionados con el Contrato de Interventoría No. 86 de 2015 obrantes en el proceso dan cuenta que lo dicho en los interrogatorios tiene exacta correspondencia con cada una de las etapas del proceso pre y contractual. Con las evidencias que se desprenden de los interrogatorios no es necesario para decir la nulidad absoluta del contrato la existencia de condena penal en firme; como lo pretende la parte demandante con su solicitud de prejudicialidad.

Señala, que nos encontramos en el supuesto de hecho, establecido por la Jurisprudencia Contenciosa y Constitucional de que no fue satisfecho el servicio e interés público, así mismo que CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, fue partícipe y/o tuvo conocimiento de la ilicitud, por lo cual no puede ser beneficiario de restituciones.

El incumplimiento contractual endilgado por el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 al Deporte y la Recreación de Ibagué — IMDRI, en el cual fundamenta las pretensiones de su demanda

Explica, que el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, fue actor determinante en la estructuración de los pliegos de condiciones a sus condiciones particulares para hacerse con la adjudicación del contrato. Amén de lo anterior se tiene que, la administración delega en un tercero la inspección vigilancia y control del contratista de obra a través del contrato de interventoría, en quien se confía que con su participación en la ejecución del contrato objeto de la interventoría, se cumplirá con el servicio público que se pretenden satisfacer con el contrato, lo anterior por las pruebas objetivas allegadas con la propuesta de la experiencia que ha acumulado el oferente en el tiempo en la ejecución o desarrollo de las actividades que son objeto del contrato; por ello la exigencia en los pliegos de condiciones de acreditar una experiencia en el objeto a contratar.

Arguye, que cuando el oferente presenta su propuesta, se da por descontado que tiene pleno conocimiento del objeto contractual respecto al cual recaerá su actividad como interventor.

Afirma, que las actividades realizadas por el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, solamente se limitaron a observaciones realizadas con aspectos para adecuar el pliego de condiciones a los requisitos que podía cumplir; es decir, su actuación no fue objetiva sino eminentemente subjetiva.

Por lo anterior, infiere, que es claro, que las supuestas falencias, de no contar el contratista de obra con los diseños e información técnica apta para construir, era plenamente conocida por el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, aun así, se concertó para amañar el proceso contractual y hacerse adjudicar el contrato. De lo cual se puede colegir que no estaba en sus expectativas al adjudicarse el contrato de interventoría cumplir con sus funciones de controlar, supervisar, vigilar y fiscalizar la correcta ejecución de las obras; simplemente era hacerse con los dineros públicos y repartírseles sin que la entidad pública y la sociedad en general contara con los escenarios deportivos objetos del contrato de obra e interventoría.

Expone, que en el presunto incumplimiento del Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Ibagué — IMDRI, en cuanto a sus obligaciones relacionadas con la dirección y control del contrato de obra no. 074 de 2015 objeto de interventoría, pese a los requerimientos de la Interventoría; incumplimiento que se refleja en el no descuento del 10% en el pago de las actas parciales al contratista de obra. También hay corresponsabilidad del CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, pues no se evidencia que en su función de fiscalización y de certificación de los avances de obra, haya advertido ésta situación.

Considera, que al ser todo lo anterior parte de un concierto ilícito entre el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 y varios servidores públicos del IMDRI y la Alcaldía Municipal de Ibagué, es claro que el contratista no puede sacar provecho de su propio dolo; para que amen de ello utilizando el aparato judicial finalmente se cumpla el cometido de la empresa criminal indicada por los procesados arriba referenciados y se proceda a pagar las sumas solicitadas con esta demanda.

Agrega, que se dice que la suscripción del OTROSI a la forma de pago, tuvo como finalidad asegurar el pago del 100% del contrato de Interventoría independientemente del avance del contrato de obra; es decir, el pago a la interventoría prácticamente se aseguraba con el simple transcurso del tiempo. Todo ello con la finalidad de asegurar una ganancia pronta al contratista, dado que el valor del soborno pagado era bastante alto y con ello dar cumplimiento al pacto ilícito. Es decir, el desequilibrio económico del contrato que se buscaba subsanar con el OTROSI a la forma de pago, no era el ocasionado por la prolongación en el tiempo del contrato de obra y con ello el de interventoría, sino el desequilibrio generado para el contratista interventor con el efectivo pago de los sobornos del 13% pactados previamente para adjudicarse el contrato

Indica, que las partes pactaron que el valor establecido no aumentará por la eventual suspensión del contrato y el contratista con conocimiento de causa suscribió el contrato, por lo cual no eran de recibo los argumentos que llevaron a la suscripción del OTROSI que modificó la forma pago; como tampoco en esta instancia es de recibo la reclamación del CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, de reclamar el pago de: reajuste de los costos fijos causados antes de que se modificara la forma de pago del contrato por valor de \$553.619.727, actas de obra de la adición 1 y 2 del contrato de interventoría No.86 de 2015 por valor de \$375.146.876; pues como se indican estos conceptos estaban previstos en el valor inicial del contrato y con fraude a la ley y a la moralidad administrativa, se cambió la forma de pago del contrato.

Tampoco hay lugar al pago del 5% del valor total del contrato que estaba condicionado a la suscripción del acta de terminación correspondiente a la suma de \$125.219.291; así como tampoco al pago del 5% del valor total del contrato que estaba condicionado a la suscripción del acta de liquidación correspondiente a la suma de \$125.219.291; lo anterior porque el contrato no se ejecutó en legal forma.

Señala, que las falencias en la ejecución del contrato quedan evidenciadas en el dictamen de la Sociedad de Ingenieros, que con visita de campo y estudio documental así lo concluyó. Contrario a la prueba pericial allegada

por el demandante CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, cuya experticia se limitó al estudio de los documentos que le fueron aportado por su contratante, sin ninguna confrontación de campo y a las otras fuentes del contrato.

## CONSIDERACIONES

### PARTE PROCESAL - COMPETENCIA

Es competente el Tribunal Administrativo del Tolima de conocer en primera instancia el presente asunto, conforme a lo dispuesto por el artículo 152 del C.P.A.C.A.

### PROBLEMA JURÍDICO

Tal y como se determinó al momento de fijar el litigio en la audiencia inicial, se establecieron los siguientes problemas jurídicos:

*“El problema jurídico en el caso bajo estudio, se contrae a establecer en primer lugar, si existe nulidad absoluta del contrato de interventoría No. 086 de 2015 suscrito entre el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 y el INSTITUTO MUNICIPAL PARA EL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE IBAGUÉ IMDRI.*

*De negarse la anterior pretensión, deberá estudiarse si fue el contratante o el contratista quienes incumplieron las obligaciones establecidas en el mencionado contrato de interventoría y si es procedente ordenar la devolución o indemnización de perjuicios”.*

### ESTUDIO SUSTANCIAL

#### **DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO**

Es menester señalar que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, indicia que los contratos estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en aquellas materias donde particularmente estén reguladas en esta ley.

En cuanto al régimen nulidades, se tiene que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 se pronuncia sobre la nulidad absoluta de los contratos estatales, así:

*"Artículo 44°.- De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

1. *Se celebren con personas incursoas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
2. *Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.*
3. *Se celebren con abuso o desviación de poder.*
4. *Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten y*
5. *Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley."*

Ante ello, se observa que la norma es clara al señalar que dentro del régimen de nulidades de los contratos estatales, además de las causas contempladas en la ley de contratación estatal, se deben incluirse las definidas en el derecho privado, siendo menester traer a colación algunas de las normas que regulan este tema en el Derecho Civil y Comercial.

Por lo cual, se trae a colación los artículos 1740 y 1741 del código civil, que se pronuncian sobre las clases de nulidad y la nulidad absoluta y relativa de los contratos, donde indicó:

***“ARTICULO 1740. <CONCEPTO Y CLASES DE NULIDAD>. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.***

***ARTICULO 1741. <NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA>. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.***

*Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.*

*Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”*

Frente a ello, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 18 de enero de 2012, proferida dentro del proceso con radicación No. 21080, C.P: Olga Melida Valle De La Hoz, manifestó que las causales de nulidad absoluta se encuentran establecidas de manera taxativa en el ordenamiento

jurídico siendo de aplicación restrictiva y no aplicables por analogía, lo que permitiría dilucidar que aquellas causales que no estén enlistadas como tal, serán consideradas como nulidades relativas, las cuales están definidas en el artículo 1743 del código Civil:

**“ARTICULO 1743. <DECLARACION DE NULIDAD RELATIVA>. La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes.**

*La incapacidad de la mujer casada\* que ha obrado sin autorización del marido o del juez o prefecto en subsidio, habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer y del marido.”*

Respecto a las nulidades absolutas, la jurisprudencia considera que estas corresponden a particulares circunstancias de grave vulneración del ordenamiento jurídico, pues así lo señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado, C.P: Mauricio Fajardo Gómez, quien en Sentencia 15599 de mayo 2 de 2007, señaló:

*"las nulidades citadas responden a situaciones de orden estrictamente jurídico y por circunstancias particularmente graves de vulneración del ordenamiento jurídico, pues evidencian que el contrato estatal adolece de irregularidades en su configuración, de tal magnitud, que en el evento de permitir su ejecución se estaría propugnando o removiendo el afianzamiento de un atentado contra la regularidad jurídica, desatendiendo los mandatos que regulan la actividad administrativa, entre ellas la actividad contractual.”*

De otra parte, el capítulo VII que trata sobre ineficacia, nulidad, anulación e inoponibilidad de los contratos y obligaciones mercantiles, quien en su artículo 899 del Código de Comercio, también contiene una regulación relacionada con las causales de nulidad de los negocios jurídicos en material mercantil, estableciendo las siguientes:

*"ART. 899.- Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:*

- 1. Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;*
- 2. Cuando tenga causa u objeto ilícitos y*
- 3. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.”*

Respecto a la aplicación de las normas contenidas en el Código de Comercio, se debe tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 822, el cual dispone que:

*"Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa..."*

Atendiendo todo lo relacionado anteriormente, se observa que en materia de contratación estatal además de las causales de nulidad absoluta contempladas en el Estatuto de Contratación debemos tener por incluidas la violación de una norma imperativa, el objeto ilícito, la causa ilícita, la omisión de un requisito o formalidad que la ley prescribe para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan; y los actos o contratos suscritos por personas absolutamente incapaces.

En cuanto a la nulidad por objeto ilícito, los artículos 1519 y 1523 del Código Civil señalan lo siguiente:

*"ARTICULO 1519. OBJETO ILICITO. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.*

*ARTICULO 1523. OBJETO ILICITO POR CONTRATO PROHIBIDO. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes."*

Y en lo que respecta, a la declaratoria de las nulidades absolutas, el Estatuto de Contratación Estatal en su artículo 45 dispone lo siguiente:

*"Artículo 45°. De la Nulidad Absoluta La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación"*

Es decir, que no sólo las partes pueden solicitar la nulidad absoluta del contrato, al Ministerio Público, a cualquier persona para solicitar la declaratoria de la misma, o se puede decretar de forma oficiosa.

De otra parte, el código civil en cuanto a la declaratoria de la nulidad señala en los siguientes términos la obligación de declarar la misma:

*"ARTICULO 1742. OBLIGACION DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA. Subrogado por el art. 2°, Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente: La*

*nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria."*

Estipulación que se complementa con lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 141 del CPACA,

**“ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.** *Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.*

*Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso."*

**El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.** (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Es decir, que la norma le exige al juez que para poder declarar la nulidad de oficio, debe encontrarse probada en el proceso, siempre y cuando en este hayan intervenido las partes del contrato.

## CASO CONCRETO

En el proceso bajo estudio, se evidencia que a través de apoderado judicial el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 instauró el presente medio de control de controversias contractuales en contra del INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE IMDRI y del MUNICIPIO DE IBAGUÉ, solicitando que se declare el incumplimiento del Contrato de Interventoría No. 86 de 2015 celebrado con el demandante, por efectos de la inobservancia a sus deberes legales en cuanto a la adopción de las medidas necesarias y suficientes para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato,

así como la equivalencia prestacional; al principio de planeación que imposibilitó la ejecución del objeto del contrato de obra; al pago oportuno de las prestaciones económicas a su cargo y en favor de la interventoría, así como por todo aquello que resulte probado en el proceso, lo cual generó sobrecostos, daños y perjuicios; y la adopción de las medidas necesarias que impidieran la frustración del objeto del contrato de obra por su inejecución.

Afirma que existieron hechos ajenos a la responsabilidad de la interventoría que alteraron la normal ejecución del contrato de interventoría No. 086 de 2015:

- El incumplimiento de la entidad en cuanto a la entrega oportuna al contratista de obra de la información técnica necesaria y suficiente para ejecutar el objeto del contrato: Aduce, que el contratista de obra no contaba con los diseños e información técnica apta para construir, existiendo errores y deficiencias en la información técnica del proyecto.
- Incumplimiento de la entidad demandada en cuanto a sus obligaciones relacionadas con la dirección y control del contrato de obra No. 074 de 2015: Ni el IMDRI, ni la administración dieron respuesta a las múltiples advertencias e informes generados por razón de los constantes y continuos incumplimientos imputables al contratista. Asegura, que el IMDRI como pagador de las obligaciones dinerarias a su cargo en virtud del contrato de obra No. 074 de 2015, ordenó el pago mes a mes hasta de 7 actas parciales de obra sin que previamente realizara el descuento del 10% restante como lo indicaba la cláusula 8 del contrato, para ser cancelado en el último pago.
- Incumplimiento del IMDRI en cuanto a su obligación de pago al CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 del valor del reajuste de los costos fijos causados antes de la modificación de la forma de pago (Acta No. 9): Explica que el 25 de noviembre de 2015, las partes suscribieron un otrosí modificatorio de la forma de pago, variando el porcentaje de costo fijo del 40% al 90% del valor del contrato, se suprimió el concepto de pago por costos variables respecto a avance de obra y se incluyeron dos nuevos hitos de pago: el 5% del valor total del contrato a la firma del acta de terminación y un 5% una vez se suscribiera el acta de liquidación.

Señala, que la interventoría procedió a calcular el monto de los costos variables que había estado en imposibilidad de cobrar hasta la fecha de suscripción del otrosí modificatorio, radicando acta de ajustes de costos fijos (Acta No. 9) donde solicitó el pago del valor dejado de

cobrar a causa de la falta de avance en la ejecución física de las obras, sin que le fueran pagadas, lo que ocurrió también con el 5% pactado a la terminación del contrato y el restante 5% que debía ser pagadero con el acta de liquidación.

Por su parte, el **Municipio de Ibagué** contesto la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, al considerar que no tuvo injerencia en ninguna de las etapas para la celebración del contrato de interventoría.

Explica, que el IMDRI como entidad descentralizada del orden municipal contrató en pleno ejercicio de su autonomía y de las funciones para las que fue creado, sin que se le pueda endilgar responsabilidad al Municipio de Ibagué por rompimiento de equilibrio contractual e inobservancia del principio de planeación, al no haber participado en el proceso de selección del proponente, suscripción del contrato y desarrollo del mismo.

De otro lado, el **IMDRI** se opuso a las pretensiones del libelo genitor predicando que se configura la excepción de contrato no cumplido, en tanto la interventoría **CONSORCIO INTERJUEGOS 2015**, incumplió sus obligaciones legales y contractuales, puesto que certificó y avaló para el pago, en las actas de recibo parcial, obra y personal que no cumplía con las condiciones técnicas y requisitos exigidos en el pliego de condiciones y en el contrato, además de haber incumplido sus obligaciones contractuales relacionadas con el manejo y amortización del anticipo

Aduce, que el contratista de obra desde la etapa precontractual tuvo acceso a los diseños que sirvieron de base para la estructuración del proceso de licitación pública cuyo objeto consistió en la construcción, adecuación y/o remodelación de los escenarios de las instalaciones de la unidad deportiva de la calle 42 con carrera 5, en el que el único proponente fue el Consorcio Unidad Deportiva 2015.

Aclara, que el demandante incurre en una imprecisión fáctica, toda vez que el **CONSORCIO ESCENARIOS UNIDAD DEPORTIVA 2015** no abandonó la obra, permaneció en la misma hasta el 21 de julio de 2016, fecha en la que vencía el contrato de obra No. 074 de 2015, hecho que si ocurrió en el contrato No. 119 de 2015 para las obras de los escenarios del parque deportivo, en el que el contratista **UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO 2015**. Agrega, que esta imprecisión fáctica que induce a error, es debido a que la interventoría confunde ambos contratos de obra pues existe un proceso penal por direccionamiento en los contratos de interventoría No. 086 de 2015 (objeto de Litis) y el No. 120 de 2015 ambos adjudicados al mismo contratista: **LKS COLOMBIA S.A.S.** y **DIEGO FONSECA CHAVES**.

Manifiesta, que la interventoría debía realizar y revisar las actas que se suscriban durante la ejecución del contrato de obra No. 074 de 2015, en los términos contractuales del mismo y de conformidad con la cláusula octava del mismo, en las actas de recibo parcial de obra se debían efectuar los respectivos descuentos del 10% por concepto de retregarantía.

Señala, que el contratista interventor pretende el efecto retroactivo de un otrosí realizado a la forma de pago, que en todo caso es irregular, pues, las partes al momento de perfeccionamiento de los contratos pudieron prever razonablemente que era factible el hecho de que existiera poco avance de obra, a tal punto que estipularon como condición para el pago de un porcentaje del precio de acuerdo al avance de ejecución de los contratos de obra objeto de vigilancia.

Considera, que esta modificación a la forma de pago es susceptible de nulidad absoluta, porque implicó un favorecimiento económico al patrimonio del contratista interventor realizado por la anterior administración del IMDRI (2012-2015) en un posible contubernio con el interventor, puesto que se les iba a pagar el 90% del valor del contrato en costos fijos mensuales, sin importar el poco avance o poco trabajo del contratista de obra, lo cual resultaba fácil pues en las obras hubo poco personal y poco trabajo de obra, por lo que recibirían un pago fijo mensual sin tener nada que vigilar.

Arguye, que las empresas LKS COLOMBIA S.A.S. y DIEGO FONSECA CHAVES monopolizaron las interventorías para las construcciones de los escenarios de los juegos nacionales en el parque deportivo y la unidad deportiva de la calle 42, favoreciéndose con un pliego de condiciones en el que se establecieron requisitos habilitantes desproporcionados.

Relata, que se han realizado investigaciones penales relacionadas con las contrataciones que giraron en torno a los XX Juegos Deportivos Nacionales y IV Juegos Panamericanos, que han dado lugar a diversas capturas y condenas penales tanto de servidores públicos como de particulares, por el favorecimiento y/o direccionamiento de los contratos, incluyendo el de interventoría objeto del presente medio de control.

Indica, que en el contrato de interventoría No. 086 de 2015, se presentó un incumplimiento en el manejo del anticipo entregado al CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, como quiera que no existe registro de un informe que dé cuenta de la inversión de tales recursos, ni del reembolso de los rendimientos que éstos produjeron, como se indicó en la cláusula sexta del contrato. Adicionalmente, solo amortizaban contra los costos variables y

como en las últimas actas solo facturaron costos fijos, no amortizaron nada a pesar que el otrosí al contrato lo indicaba.

Señala, que se suscribió convenio de asociación No. 456 de 2016 con la Sociedad Colombiana de Ingenieros para revisar el estado actual de las obras ejecutadas, dictamen en el que se reflejó que los escenarios muestran un avance físico que no coincide con el avance pagado y aprobado o recibido a satisfacción por la interventoría en las actas de recibo parcial, ni con las obras que realmente podrían ser funcionales.

Expresa, que se configura la excepción de contrato no cumplido, ya que el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 incumplió sus obligaciones, pues además de lo anterior, no realizó la vigilancia del personal requerido y exigido para el contratista de obra e incumplió con el personal ofertado para la vigilancia de la ejecución de la obra, incumplimientos que no tienen nexo de causalidad con la falta de pago alegada por el demandante.

Asegura, que existe nulidad absoluta del contrato estatal por desviación de poder al favorecerse los intereses del contratista.

Precisamente, respecto a este último punto, el INSTITUTO MUNICIPAL PARA EL DEPORTE Y LA RECREACIÓN IMDRI, a través de apoderado judicial, formula demanda de reconvención contra el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, pretendiendo se declare la nulidad absoluta del contrato de interventoría No. 086 de 2015 reclamando como daño emergente el pago de las obras no funcionales pagadas al contratista de la obra por valor de \$3.208.490.278, así como el valor de lo reconocido a la Sociedad Colombiana de Ingenieros quienes realizaron un peritazgo sobre el estado de las obras por \$490.999.389 y por lucro cesante, la indexación del reembolso que debe hacer el contratista por obras no funcionales por \$109.797.927, los ingresos o funcionales dejados de percibir por arrendamientos antes del cierre de obras en el año 2015 por las obras inconclusas proyectados hasta 2017 por \$34.190.051.

De manera subsidiaria, solicita se declare el incumplimiento del contrato de interventoría, pretendiendo las mismas condenas por daño emergente y lucro cesante.

El **IMDRI** al presentar la demanda de reconvención en contra del CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, aduce la existencia de direccionamiento o desviación de poder en la adjudicación del Contrato de Interventoría No. 086 de 2015, trayendo a colación los mismos hechos planteados en la contestación de la demanda principal.

En la contestación a la demanda de reconvención, el **CONSORCIO INTERJUEGOS 2015**, aclara que la investigación adelantada por la Fiscalía relativa a la supuesta adjudicación ilegal de los contratos de interventoría, corresponde a unas indagaciones preliminares, sin que se encuentre ni siquiera en la instancia de imputación de cargos, por lo que nada puede colegir el demandante en reconvención por respeto al principio de orden constitucional de presunción de inocencia.

Aduce, que el otrosí modificatorio de 25 de noviembre de 2015 y el adicional No. 2 de 10 de mayo de 2016, fueron actos bilaterales incumplidos en forma arbitraria y aviesa por la entidad, en tanto se sustrajeron de pagar lo que debían.

Destaca que la “nueva” administración, como la tilda el apoderado en reconvención” fue la que adicionó el valor y plazo del contrato de interventoría el 10 de mayo de 2016, entendiéndose que lo hicieron por cuanto confiaban en lo dicho y hecho por la interventoría.

Señala, que no es cierto que hubo indebido manejo del anticipo, en tanto es la “nueva” administración la que nunca revisó, leyó, ni contestó comunicación alguna remitida por la interventoría, que en forma diligente informó sobre la inversión del anticipo, consignó y reportó los rendimientos causados. Además, resulta extemporánea el requerimiento efectuado, pese a que nunca se elevó llamamiento por tal supuesto incumplimiento, ni se hizo efectiva sanción alguna en contra del contratista, ni el amparo por tal causa si es que consideraba que se había concretado un indebido manejo de los recursos que concretara el riesgo amparado.

Aduce, que la modificación en la forma de pago, no fue irregular, por cuanto el incumplimiento en el suministro de información técnica - estudios y diseños para ejecutar la obra -, fue deficiente, insuficiente y errónea, lo que impidió el avance de los trabajos en tanto tal información no era construable, lo que generó enormes sobrecostos al interventor, quien a pesar del escaso avance de la obra, por razón de la forma de pago pactada, debió tener a disposición todo su personal técnico y administrativo sin poder facturarlos, lo cual es una ruptura del equilibrio prestacional, que conllevó a la suscripción de la modificación de noviembre de 2016 respecto a la forma de pago, propiciando el pago de los costos de interventoría en función del plazo y no del avance de la obra.

Explica, que para dicha fecha, la propia contratante carecía de recursos para pagar el valor del contrato de interventoría, que conllevó a la suspensión del mismo y cuando se reanudó, el IMDRI se negó a pagar lo causado y con ello impidió la amortización plena del anticipo, suma que debió ser compensada

o descontada en forma directa de lo adeudado, requerida por vía sancionatoria y de efectividad de amparos, nada de lo cual hizo al respecto. Agrega, que el informe final presentado por la interventoría siempre dejó en claro que el valor no amortizado de anticipo, debía descontarse de lo que el IMDRI acepta deber, cuando admite que se ejecutó todo el contrato de interventoría.

Manifiesta, que la interventoría no pagó obra, pues este es un acto que por ley solo ostenta la entidad estatal contratante, quien, al efecto, contrataba un supervisor de obra dispuesto por el IMDRI, quien durante la anterior y la presente administración auditó la gestión adelantada por la interventoría, sin formular cuestionamiento o reparo alguno al respecto, por lo que no entiende cómo transcurrido el tiempo la entidad indica que no sabía qué era lo que estaba ocurriendo en desarrollo del contrato, cuando semana tras semana, se realizaban comités técnicos de obra.

Aduce, que no entiende por qué el IMDRI indica que perdió credibilidad en la interventoría, lo que la motivó a contratar la revisión de las obras por parte de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, si la entidad decretó el incumplimiento del contrato de obra con fundamento en los informes presentados por la interventoría y además recomendó la apertura de procesos sancionatorios por atraso y mala calidad de obra, como se manifestó en el informe final de interventoría de agosto de 2016, frente al cual la “nueva” administración no hizo nada.

Menciona, que la interventoría ni certificó, ni avaló recibo a satisfacción de la obra, incluso recomendó a la entidad la efectividad de las pólizas por mala calidad y ordenó descuentos en el acto de liquidación del contrato cuando el contratista no reparó la obra. Pone de presente, que los descuentos ordenados por la interventoría fueron mucho mayores a los que determinó la Sociedad Colombiana de Ingenieros.

Argumenta, que en el informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros no se tuvo en cuenta que la información técnica entregada por la entidad no era construible, dado lo cual, para avanzar en la obra, en lo que se pudiera, contratista e interventoría se dieron a la tarea de generar definiciones técnicas con sus asesores externos, siendo necesario incorporar importantes modificaciones al modo en que se habría de construir el proyecto, en tanto no contaban con estudios, ni diseños que permitieran el normal desarrollo de la obra, lo que generó las diferencias en cotas, rasantes o actividades. Tanto fue el error de los diseños que a la fecha se encuentra en proceso de contratación los nuevos estudios y diseños de las obras.

Sostiene, que no es cierto que la interventoría certificó la vinculación del personal de obra, pues ello nunca ocurrió, y por el contrario, existe un cúmulo de documentos con los cuales se informó que el contratista de obra se encontraba incurso en dicho incumplimiento, frente a lo cual la entidad no hizo nada.

Refiere, que la relación de personal que cuestiona la entidad en su demanda refiere al modo en que la interventoría tuvo que reacomodar toda su organización, con el propósito de producir soluciones técnicas que permitieran el avance de los trabajos, tanto así, que durante el 2015 y 2016, la misma entidad expidió certificaciones mensuales de cumplimiento del objeto del contrato y de las obligaciones pactadas.

Propone como excepciones prejudicialidad en relación con la pretensión de nulidad del contrato, culpa exclusiva del IMDRI por razón del suministro de información técnica errada, deficiente e insuficiente que imposibilitó el normal desarrollo de los contratos de obra y de la interventoría, doble cobro de un mismo perjuicio, inexistencia de responsabilidad por los hechos derivados del contrato de obra e interventoría, culpa exclusiva de la víctima respecto al incumplimiento de entrega o suministro de diseños que fue la causa real y eficiente de la causación de sus perjuicios, culpa exclusiva de la víctima por cuanto no declaró el incumplimiento del contrato de obra haciendo efectivos todos los amparos, culpa exclusiva de la víctima por cuanto el IMDRI contrató a su antojo y sin justificación alguna, un informe técnico a la Sociedad Colombiana de Ingenieros que corroboró lo hecho por la interventoría, compensación parcial de la obligación cobrada por lo que el contratista de obra pagó por la vía de la declaratoria de incumplimiento y culpa exclusiva de la víctima al omitir descontar en forma directa de los pagos al contratista de obra el personal que no se encontraba en obra.

Ahora bien, el **llamado en garantía CONFIANZA S.A.** manifiesta que expidió la póliza de garantía única de cumplimiento del contrato de interventoría No. 086 de 2015, sin embargo, asegura, que existe prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

Aduce, que las pólizas de cumplimiento no están llamadas a cubrir obligaciones relacionadas con la amortización del anticipo.

Expone, que los perjuicios que se pretenden con la demanda de reconvencción no son directos y no pueden ser reconocidos, toda vez que en ellos se encuentran sumas por conceptos que no hacían parte del objeto del contrato.

Señala, que el amparo de cumplimiento tiene un máximo valor asegurado de \$500.877.167, su afectación dependerá de la acreditación del porcentaje efectivo de incumplimiento frente al total de las obligaciones del contrato.

Manifiesta, que en ningún momento recibió aviso de incumplimiento contractual y que en el evento remoto de declararse algún tipo de responsabilidad debe realizarse compensación, como quiera que la propia entidad reconoce que existe un saldo a favor del contratista.

Propone como excepciones contra la demanda de reconvención, inexistencia de elementos legales para declarar la nulidad del contrato de interventoría, cumplimiento de las obligaciones del Consorcio INTERJUEGOS 2015, todas las actuaciones surtidas con ocasión del contrato de interventoría fueron avaladas por la entidad contratante, violación al principio de responsabilidad en la contratación estatal por parte del IMDRI, improcedencia del reconocimiento y pago de perjuicios, subrogación.

En este orden de ideas, tal y como se dejó establecido en la audiencia inicial, para lo cual, en primer lugar, el problema jurídico en el caso bajo estudio, se contrae a establecer, si existe nulidad absoluta del contrato de interventoría No. 086 de 2015 suscrito entre el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 y el INSTITUTO MUNICIPAL PARA EL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE IBAGUÉ IMDRI.

De negarse la anterior pretensión, deberá estudiarse si fue el contratante o el contratista quienes incumplieron las obligaciones establecidas en el mencionado contrato de interventoría y si es procedente ordenar la devolución o indemnización de perjuicios.

Conforme a lo anterior, se procede a resolver los problemas jurídicos planteados:

### **DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA**

Para entrar a determinar si el Contrato de Interventoría No. 86 de 16 de marzo de 2015, se encuentra viciado de nulidad como lo alega el IMDRI, es menester relacionar lo probado dentro del expediente:

Teniendo como base que Coldeportes, con el aval de la Presidencia de la República, definió como sedes de los XX Juegos Deportivos Nacionales y IV Juegos Paranales, a los departamentos de Chocó y Tolima, Coldeportes en conjunto con los respectivos Departamentos, definieron las sub-sedes donde se realizaran las inversiones para adecuar la infraestructura deportiva requerida.

La Administración Ibaguereña, a través del IMDRI celebró contrato de consultoría No. 237 de 25 de noviembre de 2013 con la empresa Técnica y Proyectos S.A. TYPESA con el objeto de realizar los estudios y diseños para la construcción, adecuación y/o remodelación de los escenarios del parque deportivo y de las instalaciones de la Unidad Deportiva de la Calle 42 con Carrera 5 en la ciudad de Ibagué.

Del resultado del mencionado contrato, el Municipio de Ibagué y el IMDRI presentaron a COLDEPORTES los estudios y diseños para la construcción y adecuación de las mencionadas instalaciones.

Al reconocer la carencia de escenarios deportivos suficientes para la realización de los eventos deportivos, COLDEPORTES, el Departamento del Tolima, el Municipio de Ibagué y el IMDRI, aunaron esfuerzos técnicos, administrativos y financieros para ejecutar los proyectos denominados Convenio No. 613: Remodelación y Adecuación Coliseo Menor, Convenio No. 620: Remodelación Piscinas Unidad Deportiva Calle 42.

Es así como, el Municipio de Ibagué y el Instituto para el Deporte y la Recreación de Ibagué IMDRI, celebraron convenio No. 08 de febrero de 2015, con el propósito de aunar esfuerzos administrativos y financieros para ejecutar el proyecto denominado infraestructura deportiva para la competitividad nacional e internacional para desarrollar los XX Juegos Deportivos Nacionales y IV Paranales 2015.

El Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Ibagué - IMDRI celebró con el Consorcio Escenarios Unidad Deportiva 2015 el contrato de obra No. 074 de 2015, cuyo objeto es: "Construcción Adecuación y/o Remodelación de las Instalaciones de la Unidad de la calle 42 con carrera 5ª, en la ciudad de Ibagué.

El mencionado Consorcio estaba representado legalmente por el señor Jorge Alexander Pérez Torres y se encontraba integrado por:

Integrantes Consorcio	% Participación
Ortiz construcciones y proyectos S.A	51%
Triventi Ingeniería SAS	29%
Diseño e Ingeniería Especializada	20%

Para la interventoría del contrato de obra, se realizó concurso de méritos No. 02 de 2015, habiéndose presentado únicamente el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, integrada por:

Integrantes Consorcio	% Participación
Diego Fernando Fonseca Chaves	49%
LKS Colombia S.A.S.	51%

De acuerdo con la decisión del Gerente del IMDRI, Doctor Carlos Heberto Angel Torres, quien acoge la decisión del comité evaluador, se adjudica el contrato de interventoría al Consorcio Interjuegos 2015.

Es así como, entre el INSTITUTO MUNICIPAL PARA EL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE IBAGUÉ “IMDRI” y el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 se celebró contrato de Interventoría No. 86 de 2015, de conformidad con el pliego de condiciones del concurso de méritos No. 02 de 2015 desarrollado por el IMDRI y la resolución de adjudicación No. 046 de 20 de febrero de 2015, contrato que se celebró con el objeto de:

*“Contratar LA INTERVENTORIA DE LA CONSTRUCCION, ADECUACION Y/O REMODELACION DE LOS ESCENARIOS DE LAS INSTALACIONES DE LA UNIDAD DEPORTIVA DE LA CALLE 42 CON CARRERA 5 EN LA CIUDAD DE IBAGUÉ PARA LOS XX JUEGOS DEPORTIVOS NACIONES Y IV PARANACIONALES 2015 Y OBRAS COMPLEMENTARIAS”.*

El Consorcio fue inicialmente representado por el Ingeniero Hernando Barrera Valencia, posteriormente, se designó como representante legal principal al Arquitecto Javier Rozas Elizalde y como representantes legales suplentes a la Ingeniera Alexandra Barrero y al Ingeniero Diego Fernando Fonseca Chaves

El valor del contrato se pactó en la suma de mil ochocientos cinco millones veintinueve mil seiscientos pesos (\$1.805.029.600) y comprenderá el pago de todos los costos derivados de la ejecución del contrato, incluidos horas extras, nocturnas, dominicales y festivos en que deban ejecutarse las labores de la interventoría, el efectivo cumplimiento del objeto pactado en los plazos perentoriamente fijados por EL IMDRI, así como los trabajos adicionales necesarios para la recuperación de eventuales suspensiones del contrato de obra.

Se indicó que el valor del contrato incluía todos los costos inherentes a la ejecución del objeto contractual y hasta la entrega total de las obras a satisfacción del Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Ibagué- IMDRI, todo el personal idóneo y calificado de directivos, profesionales, técnicos, administrativos que se requieran.

Como forma de pago se dispuso otorgar un anticipo equivalente al 20% del valor total del contrato, el cual será amortizado proporcionalmente en cada

uno de los pagos efectuados por concepto de pago de costos variables por avance de obra, señalando que los rendimientos financieros que llegaren a recibir se rembolsaran al IMDRI.

Igualmente, se indicó que el 40% del valor total del contrato de interventoría sería por costos fijos y se cancelará en pagos mensuales vencidos por igual valor, en un número de cuotas igual al número de meses de plazo del contrato.

El 50% del valor total del contrato de interventoría se pagara mensualmente según el avance de las obras y el 10% restante, una vez se suscriba el acta de terminación del contrato de obra; adicionalmente, se debe realizar la liquidación del contrato de interventoría

Mediante adición No. 1 de 8 de julio de 2015, se incluyó el valor de \$420.010.000 prorrogando en 4.5 meses el plazo del contrato y a través de adición No. 2 de 10 de mayo de 2016 se prorrogó por 70 días calendario con un valor de \$275.566.677

El 25 de noviembre de 2015, se celebró otrosí modificatorio en el que se cambió la forma de pago, indicando que al haber transcurrido más de 6 meses de plazo de ejecución de los trabajos en los escenarios de la Unidad Deportiva de la Calle 42 y al haberse solo facturado el 28.8% del costo variable de interventoría correspondiente al 50% que está sujeto a la facturación del contratista de obra (avance de obra), al no cumplirse por causas ajenas a la voluntad de la interventoría, se modificó la forma de pago y se estableció que los costos fijos mensuales corresponderían al 90% del valor total del contrato de interventoría que se cancela en pagos mensuales vencidos de igual valor, un 5% a la firma del acta de terminación y un 5% a la firma del acta de liquidación del contrato.

La interventoría recibió recursos por parte del IMDRI en anticipo por \$361.005.920 y en actas de pago parciales la suma de \$1.325.180.647 incluido IVA, contra los cuales amortizaron \$139.558.030.

Ahora bien, los mismos integrantes del Consorcio Interjuegos 2015, LKS COLOMBIA SAS y el Ingeniero Diego Fonseca Chaves conformaron el Consorcio Juegos Nacionales, que resultó adjudicatario del contrato No. 120 de 2015, de conformidad con el pliego de condiciones del concurso de méritos No. 01 de 2015 desarrollado por el IMDRI y la resolución de adjudicación No. 047 de 20 de febrero 2015, cuyo objeto consistió en realizar la interventoría técnica administrativa y financiera al contrato para la construcción, adecuación y/o remodelación de los escenarios del parque deportivo en la ciudad de Ibagué. Se resalta que en este proceso contractual,

quien actuaba por parte del IMDRI, también fue el Dr. Doctor Carlos Heberto Angel Torres.

En el presente caso, se encuentra que el apoderado judicial del IMDRI instaure la demanda alegando una posible nulidad que se configuraría en el Contrato de Interventoría No. 086 de 16 de marzo de 2015, al considerar que existió direccionamiento o desviación del poder en su celebración, lo que configuraría su nulidad absoluta.

Es relevante precisar que el artículo 1° consagra a Colombia como un Estado Social de Derecho fundado, entre otros principios, en la prevalencia del interés general. El artículo 2° establece que es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes. Por su parte, el artículo 209 de la Constitución indica que la función administrativa está al servicio del interés general y se desarrolla con fundamento en *“los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”*. Con base en estas disposiciones, la Corte Constitucional ha ligado la actividad contractual al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho. Al respecto, la sentencia C-499 de 1992 señaló lo siguiente:

*“Para el cumplimiento de los fines del Estado es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. Luego, el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz. Es por ello que el estudio y la comprensión de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado Social de Derecho que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución”*

De esta forma, en el marco del Estado Social de Derecho la función pública está al servicio del interés general y puesto que una de las formas de desarrollar la función pública es la contratación estatal, es dable concluir que dicha contratación se encuentra también al servicio del interés general.

Con la sentencia C-400 de 1999, la Corte Constitucional avaló el fundamento de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública) y reafirmó que el respeto por el Estado Social de Derecho y la prevalencia del interés general constituyen los principios axiológicos de la contratación estatal. Esto se refleja por ejemplo, en la escogencia objetiva de la mejor oferta presentada por los particulares, previamente calificados por su seriedad y cumplimiento, la cual busca asegurar la prevalencia del interés general en la contratación. Para la Corte, *“la teleología de la normatividad contractual] (...) no es otra que la de asegurar la prevalencia del interés*

*general, valor fundante del Estado colombiano al tenor del primer artículo de nuestra Carta Fundamental”*

El contrato es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues es el instrumento del que se vale el Estado para relacionarse con los particulares con el fin de cumplir las complejas tareas a su cargo. Garantizar los derechos de los ciudadanos y prestar los servicios públicos requiere de la colaboración de los particulares para el efectivo desarrollo de la actividad estatal.

Por esa vía, habida cuenta de que el contrato estatal es una herramienta necesaria para el cumplimiento de los deberes estatales que surgen por el modelo de Estado Social de Derecho, uno de los elementos centrales que configura las finalidades del contrato público es la satisfacción del interés general. Así lo señaló la Corporación en la sentencia C- 932 de 2007:

*“(...) el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. (...)”*

*La simple descripción, entonces, de la contratación pública muestra que está directamente asociada al cumplimiento del interés general, lo cual, incluso, sirvió de fundamento a la dogmática del contrato público para concluir que este tipo de contratación es distinta y autónoma respecto de los acuerdos y obligaciones comunes entre particulares (...)”*

Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia convergen en señalar que la desviación de poder consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla. Se presenta, entonces, cuando el acto proferido por la autoridad competente y con las formalidades requeridas en realidad persigue fines ajenos a los que la ley ha consagrado, bien que esté enderezado a un fin dañino o espurio ora a uno ventajoso para el Estado o la sociedad, pero no coincidente con el establecido en la norma; es decir, puede expresarse cuando se utiliza la facultad con un interés personal del funcionario o para beneficiar a un tercero, o para un fin que se revela como lícito pero al que se llega con inobservancia de las normas legales y, por lo mismo, contrariando los fines de éstas.

Así, el control de la desviación de poder, en los eventos en que el funcionario hace uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual fueron

conferidos<sup>1</sup>, esto es, haciéndolo servir a finalidades para las cuales no está destinado<sup>2</sup>:

*“Lo que viola el acto dictado con desviación de poder es, en último análisis, el postulado básico del Estado de derecho, que pudiera enunciarse así: el poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad. De ese postulado se deduce, en primer lugar, que la discrecionalidad con que pueden obrar los órganos del poder en ejercicio de sus atribuciones no es jamás ilimitada (...) Esos motivos tienen que ser razones de buen servicio para que impliquen el uso legítimo de la atribución respectiva; ya que ésta se confiere al agente u órgano de la administración sólo para que la ejerza por motivos y para fines de buen funcionamiento del servicio que se le haya confiado, y no por móviles de afecto o desafecto personal, de malevolencia o de favoritismo, en contra o en beneficio de alguien”<sup>3</sup>*

El Consejo de Estado en sentencia de 28 de mayo de 2012, Exp. 21489, C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, indicó que la desviación de poder tiene lugar cuando un acto fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, pero que en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto; esta circunstancia vicia el acto porque la autoridad ejerce sus atribuciones conferidas por la ley con una finalidad diferente de la prevista por ella, bien en beneficio personal o de un tercero.

Por lo tanto, siendo premisa fundamental que los funcionarios deban actuar teniendo en cuenta el interés general, cuando obran con un fin distinto del autorizado, desligado del interés general, de los principios que guían a la administración y de la buena marcha del servicio y función públicas asignadas, con el propósito de favorecer intereses propios o de terceros, están desviando el poder que se les atribuyó, circunstancia que hace anulable el acto (art. 85 C.C.A).

Atendiendo lo esgrimido, es menester traer a colación el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que establece las causales de nulidad absoluta del contrato, donde indicó:

---

<sup>1</sup> Vid. JÈZE, Gaston, La jurisprudence du Conseil d'État et le détournement de pouvoir, en Revue de Droit Public, 1944, p. 60

<sup>2</sup> Para Laferrière “el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el cual fue instituido, haciéndolo servir finalidades para las cuales no está destinado” (LAFERRIÈRE, Traité de la jurisdiction et le droit administratif, 2e éd, t. II, Paris, 1896, p. 548 y ss).

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sentencia de 30 de julio de 1959.

**“ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA.** *Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

*1o. Se celebren con personas incursoas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*

*2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;*

*3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;*

*4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*

*5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.”*

En el caso del numeral 3 del mencionado artículo 44, en ste caso, el vicio es predicable del propio contrato, en tanto él constituye un abuso o desviación de poder, por no atender el fin público que anima celebrarlo, sino otros fines diferentes a los establecidos en las normas que rigen esta actividad del Estado. En tal sentido, debe precisarse que el fin de la contratación constituye un presupuesto de legalidad del contrato y, por ello, se configura la desviación de poder siempre que con él se persiga un fin distinto al señalado por el legislador, de manera que no resulta válido un contrato que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o satisfacción de los intereses generales.

Según el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 debe declararse la nulidad de los contratos estatales celebrados con abuso o desviación de poder (numeral 3º ídem), causal en la que también pueden estar incursoos los contratos que lesionen derechos colectivos como el de la moralidad administrativa o el patrimonio público en los términos indicados, teniendo en cuenta que se ha ejercido la competencia del funcionario para contratar no con el fin o propósito general de la contratación (art. 3 Ley 80/93), sino con otro en desmedro del mismo. Para tal efecto, se debe demostrar entonces las motivaciones secretas o preferencias, interés particular o motivación subjetiva por parte de los funcionarios que celebraron el contrato.

La desviación de poder entraña una problemática probatoria, en tanto el acto o contrato en apariencia puede observarse como legal, pero la intención o finalidad que se propone con el mismo no es la de satisfacer el interés general.

En efecto, *“se caracteriza, por lo general, esta modalidad de irregularidad por el hecho de que el acto nace a la vida jurídica con una apariencia externa de legalidad; la administración procura que su manifestación sea en apariencia legal; no es objetable por incompetencia ni por problemas de forma o procedimiento, mucho menos por vicios en el objeto.”*<sup>4</sup> Por tal razón su estudio implica adentrarse en la esfera volitiva de la autoridad, es decir, dada la naturaleza subjetiva del vicio se impone el análisis de la intención del autor del acto o parte del contrato para determinar si es o no congruente con el interés público y en consecuencia establecer la existencia de la desviación que ocasiona su nulidad.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia de 12 de febrero de 2009, radicado interno No. 3009-2004, dijo lo siguiente:

*“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 20. de la Constitución Política y artículo 20. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.”*

Pues bien, dentro del expediente, se aprecia sentencia proferida el 15 de mayo de 2017 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento en contra del señor Carlos Heberto Angel Torres, en la que se le condena a la pena privativa de la libertad de 66 meses de prisión, multa de 78 meses e inhabilitación como cómplice responsable de las conductas punibles de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El Doctor Carlos Heberto Angel Torres se desempeñó como Gerente del IMDRI, según decreto No. 1-0003 de 1º de enero de 2012 emitido por el entonces Alcalde Municipal de Ibagué, Luis H. Rodríguez Ramírez, hasta 30 de diciembre de 2015, y se le comprobó que direccionó y amañó la adjudicación del contrato de consultoría No. 237 de 25 de noviembre de 2013 interesándose indebidamente en su celebración.

Dentro de la mencionada sentencia condenatoria, se indicó:

*“Se tiene igualmente acreditado que en tal calidad de servidor público el acusado celebró el contrato de consultoría No. 237 del 25 de noviembre de 2013, por valor de once mil cuatrocientos noventa y nueve millones*

---

<sup>4</sup> Santofimio, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, t II, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 403.

*quinientos veinte mil ochocientos pesos (\$11.499.520.800,00), celebrado entre el IMDRI y la empresa contratista Proyectos S.A Typsa, cuyo objeto era la realización de los estudios y diseños para la construcción, adecuación y remodelación de los escenarios del parque deportivo y de las instalaciones de la unidad deportiva de la calle 42 con carrera 5ª de esta ciudad para los XX Juegos Deportivos Nacionales y IV Paranales 2015; la Fiscalía acopió los siguientes elementos probatorios (...)*

*Fue precisamente en ese rol funcional que detentaba de acuerdo al ley y los reglamentos el acusado CARLOS HEBERTO ANGEL TORRES, que se interesó de manera indebida en la celebración como Gerente del IMDRI, en el trámite y adjudicación del concurso de méritos N° 12 de 2013 el cual tenía por objeto realizar estudios y diseños para la construcción, adecuación, remodelación de los escenarios del parque deportivo y de las instalaciones de la unidad deportiva de la 42 de Ibagué para la celebración de los XX juegos nacionales y IV para nacionales de 2015, al punto que direccionó y amañó los prepliegos contractuales para favorecer en el proceso licitatorio a la empresa TYP SA S.A.*

*Consecuente con lo anterior, tramitó el concurso de mérito publico N° 12 de 2013 el que tenía por objeto realizar los estudios y diseños para la construcción, adecuación, remodelación de los escenarios del parque deportivo y de las instalaciones de la unidad deportiva de la 42 de Ibagué, sin cumplimiento de los requisitos legales, suscribiendo el contrato 0237 de 25 de noviembre de 2013 que tenía un objeto contractual diferente al que se debió contratar, en virtud a que el edificio multideportes, edificio artes marciales, área comercial y administrativa parque deportivo, y edificio área de parqueaderos de la unidad deportiva de la calle 42 con 5ª no se encontraban estipulados en la tabla número 6 de asignaciones de recursos de infraestructura del CONPES.*

*Al respecto se cuenta con el interrogatorio que rindiera Orlando Arciniegas Lagos reseñando la responsabilidad penal del acusado Carlos Heberto Ángel Torres en la comisión de los ilícitos por los que preacordó cargos: ".CARLOS HEBERTO se había comprometido a adjudicarles el contrato (haciendo referencia a la empresa TYP SA) a los mismos al punto que en su momento los señores vinieron a Ibagué y en el IMDRI elaboraron para ellos los pliegos respectivos, situación a la cual yo le manifesté a él que ya teníamos unos compromisos con la gente de TYP SA que se debían respetar, se empieza a trabajar con la empresa TYP SA y para ello trajo a los señores CARLOS ALBERTO RAMIREZ y JORGE ORLANDO NAVARRETE para elaborar los estudios previos, los pre pliegos y finalmente sacar pliegos definitivos en términos que favorecieran a TYP SA, eso se hizo jugando con la experiencia que ellos tienen.*

*Adicionalmente se cuenta con una Declaración extra juicio rendida por el Arq. Luis Rodrigo Uribe Arbeláez, entonces representante legal de la empresa TYP SA, con nota de reconocimiento de firma y huella del 7 de abril*

*de 2016, ante el Consulado General de Colombia en Madrid, España, en la que narra la forma irregular en que se adelantó el trámite de elaboración de los estudios previos, prepliegos y los pliegos definitivos que le garantizaban a dicha empresa ser la única proponente en la licitación pública del contrato que tenía como objeto la elaboración de estudios y diseños para la construcción, adecuación y remodelación de los escenarios del parque deportivo y de las instalaciones de la unidad deportiva de la calle 42 con carrera 5ª de esta ciudad para los XX Juegos Deportivos Nacionales y IV Paranales 2015.”*

Dentro del plenario, se allegó audiencia de imputación de cargos por los delitos de prevaricato por omisión en concurso homogéneo y sucesivo con las conductas punibles por comisión por omisión establecidas en interés indebido celebración de contratos, celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación al señor Luis H. Rodríguez Ramírez, quien ejercía como alcalde de la ciudad de Ibagué.

Durante la audiencia, la Fiscalía indicó que de forma verbal y posteriormente a través de contrato 06 de 2015, el señor Luis H. Rodríguez vinculó al Doctor Orlando Arciniegas Lagos para que asesorara jurídicamente el proceso precontractual, contractual y postcontractual de los juegos nacionales. Adujo, que el mencionado Dr. Arciniegas Lagos sostuvo reuniones con los señores Navarrete, Carlos Ramírez (ex trabajador de Typsa) y con alias el chatarrero para acordar los pliegos de condiciones para la celebración del contrato No. 074 de 2015.

De igual forma, reposa el interrogatorio formulado al Ingeniero Carlos Alberto Ramírez Quintero, quien se desempeñó como trabajador de TYPASA, rendido el 25 de septiembre de 2017 ante la Fiscalía General de la Nación en aras de obtener un principio de oportunidad y quien fue mencionado en la sentencia condenatoria en contra de quien fungió como Gerente del IMDRI, así como en la imputación de cargos del Dr. Luis H. Rodríguez.

En este interrogatorio, el Ingeniero Ramírez Quintero es claro al indicar que durante la etapa de trámite, adjudicación y ejecución de los contratos de interventoría Número 120 de 2015 y 86 de 2015, sostuvo reuniones con los señores Jorge Navarrete, Orlando Arciniegas Lagos, Alexandra Velásquez, Alexandra Barrero, Javier Rozas con el objeto de direccionar los pliegos del concurso para la elección de los adjudicatarios, LKS Colombia SAS y Diego Fernando Fonseca Chaves, dejando en evidencia las comisiones o coimas que se acordaron para tal fin. Se resaltan los siguientes apartes:

*PREGUNTADO. Teniendo en cuenta el contenido y las exigencias para la aplicación del principio de oportunidad se deja constancia que se le ilustra al por interrogar sobre el procedimiento para dar aplicación a este, las*

*consecuencias que tendría y de manera específica que se convertiría en testigo de cargo contra otros procesados, y se le pregunta si entiende y acepta tales consecuencias CONTESTO. Si entiendo y si acepto las consecuencias del proceso de colaboración. PREGUNTADO. Que tiene para decir a la Fiscalía con relación a la etapa de trámite, adjudicación y ejecución de los contratos de interventoría número 120 de 2015 y 086 de 2015. CONTESTO. Una vez se entregan los estudios y diseños por parte de TYPASA a raíz de mi amistad con el señor JORGE NAVARRETE LAVERDE, el llega a mi oficina en TYPASA y me dice que el 'gordo" en ese caso el señor ORLANDO ARCINIEGAS le ha dicho que nosotros contractualmente tenemos la obligación como TYPASA de asesorarlos a ellos en la elaboración de los estudios de mercado, pre pliegos y pliegos de los contratos de obra pero que adicional a eso le pidió que le ayudáramos a buscar empresas constructoras que se les interesa el negocio de presentarse a las obras, JORGE NAVARRETE me dice que también le mencione a ORLANDO ARCINIEGAS que podamos ayudarle mis contactos con las empresas constructoras españolas y el aprovechando los contactos con las empresas de consultoría colombianas o españolas iniciáramos las gestiones para ver si les interesaban los negocios de interventoría y construcción para los escenarios deportivos para los juegos nacionales del 2015 en la ciudad de Ibagué y así ganarnos un dinero a través del señor ORLANDO ARCINIEGAS, eso fue en el segundo semestre del 2014.*

*Paso seguido el señor JORGE ORLANDO NAVARRETE inició contactos con diferentes empresas de ingeniería como INGEOCIM, TECNOCONSULTA, LKS y DIEGO FONSECA CHAVES, entonces para el mes de noviembre del 2014 el señor JORGE ORLANDO NAVARRETE se reúne con el señor JAVIER ROZAS para mencionarle la oportunidad del negocio de hacer las interventorías de los dos contratos de obra para los juegos nacionales a realizarse en Ibagué en el año 2015, eso lo se porque me lo comunicó JORGE NAVARRETE y me dijo que me enviarían la experiencia específica en interventorías en este tipo de escenarios cosa que realiza la señora ALEXANDRA VELÁSQUEZ a mi correo de incgroup sas que es la compañía para la que me encontraba trabajando para ese entonces, luego entonces para el mes de enero una vez el señor XAVIER ROZAS regresa de España mantenemos una reunión en las oficinas de LKS en la cual están presentes la señora ALEXANDRA VELÁSQUEZ como responsable de licitaciones; el señor JAVIER ROZAS que es un español y quien era el jefe de la señora ALEXANDRA BARRERO también presente en la reunión y representante legal de LKS en Colombia, el señor JORGE ORLANDO NAVARRETE y yo. Aquí debo indicar que la reunión inicia con el señor XABIER ROZAS, ALEXANDRA BARRERO, JORGE NAVARRETE Y YO. y se incorpora la señora ALEXANDRA VELASQUEZ en el momento en que el señor JAVIER ROZAS nos dice que no cumplen con el prepliego que hay que hacer unos ajustes al pliego en versión final y que deben buscar un socio y todo esto lo manejaba la señora ALEXANDRA VELASQUEZ ahí es cuando la llaman, ella se incorpora a la reunión y ella si esta presente en el momento en que se le hace saber a las personas reunidas que el negocio*

*implicada el pago de comisiones o coimas del 10% para una gente en Ibagué y el 3% para JORGE NAVARRETE y yo.*

*En esa reunión les transmitimos la opción de negocio que consistía en la interventoría para las obras de los escenarios deportivos y de la calle 42 para los juegos nacionales de 2015 en Ibagué, el negocio era que ellos fuesen los adjudicatarios a cambio de pagar unas comisiones o coimas del 10 por ciento del valor de los contratos a un señor en Ibagué con el cual se tenían que reunir a posteriori si les interesaba el negocio o no y el 3 por ciento del valor de los contratos al señor JORGE ORLANDO NAVARRETE y a mi, el señor ROZAS y la señora BARRETO mencionan que si que les interesa el negocio pero que ellos no pagan ninguna comisión o coima por adelantado y que posiblemente tengan que buscar un socio que los complemente; el señor ROZAS me propone que sea INCGROUP SAS a lo cual en su momento le menciono que no tendría problema en participar, JORGE ORLANDO NAVARRETE menciona que TYPASA no puede participar ya que esta inhabilitada por haber hecho los estudios y diseños. se concluye en la reunión que el señor XABIER ROZAS debe viajar a la ciudad de Ibagué para reunirse con el contacto de la alcaldía de Ibagué que yo sabía era el señor ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS Como el señor XABIER ROZAS se encontraba de vacaciones en España y no había ningún compromiso formal entre LKS y el señor ORLANDO ARCINIEGAS los pre pliegos se tienen que colgar en la página web del IMDRI y el SECOP para que pudieran cumplirse los plazos de publicación de los pliegos y adjudicación de las interventoras y se estructuraron por parte mía el señor JORGE ORLANDO NAVARRETE, y el señor ORLANDO ARCINIEGAS con la información entregada en el mes de noviembre por parte de LKS con relación a la experiencia específica y con relación a los estudios de mercado elaborados también por mi, JORGE ORLANDO NAVARRETE y ORLANDO ARCINIEGAS, para ello creamos un correo electrónico denominado (...) que tenía como objetivo el intercambio de los borradores de los estudios técnicos previos, los pre pliegos y los pliegos, a través de ese correo se elaboraron todos los documentos, y solo fueron usados por JORGE ORLANDO NAVARRETE, ORLANDO ARCINIEGAS y yo. Los documentos de estudios técnicos y pre pliegos se elaboraron en paralelo a las negociaciones con LKS, por esa razón en la reunión del mes de enero del 2015 los funcionarios de LKS transmitieron que no cumplían el pre pliego y que se les debería de garantizar que se podía modificar el pliego final para que fueran adjudicatarios. Las cosas que no cumplía LKS SAS eran: experiencia general y específica, experiencia de profesionales, e índices financieros por lo que definitivamente necesitan de un socio. ALEXANDRA VELASQUEZ menciona en esta reunión que indiferente de la reunión con las personas en Ibagué tenían un socio estratégico que era el señor DIEGO FONSECA CHÁVEZ con el cual ya venían trabajando varias cosas y que con el podrían cumplir adicional a lo anterior el señor JORGE NAVARRETE menciona que lo conoce y que es de confianza. Ahí queda la reunión y se concluye que XABIER ROZAS debía venir a la ciudad de Ibagué, contactarse con el señor ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS y establecer el cierre del negocio.*

*(...) Como bien lo he dicho anteriormente los porcentajes del negocio correspondiente a las coimas eran del 10 por ciento a entregar al señor ORLANDO ARCINIEGAS y el tres por ciento a entregar al señor JORGE ORLANDO NAVARRETE y a mi en partes iguales del 1.5%, el tres por ciento a parte de la coima del 10% del señor ORLANDO ARCINIEGAS se debió a que ORLANDO ARCINIEGAS se negó a incluirme a mi y al señor ORLANDO NAVARRETE en el 10 % ya que en palabras textuales ese diez por ciento se distribuía de la siguiente manera; seis por ciento para el alcalde LUIS H; y el cuatro por ciento a repartir entre los señores ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS, CARLOS EBERTO ÁNGEL; el secretario de Hacienda, el señor LEONARDO VALERO y otros funcionarios del IMDRI con lo cual no podía incluirnos.*

*(...) y adicional en la estrategia para no levantar sospechas se decidió emitir comunicados radicados al IMDRI solicitando modificaciones a los pre pliegos de esta forma que demostraba una supuesta legalidad en el momento de emitir el pliego mediante el interés de LKS mostrado por anterioridad. El resultado del trabajo realizado con ALEXANDRA VELASQUEZ es la publicación de pliego definitivo por parte del IMDRI en su página web como en el SECOP tanto en el concurso de méritos de la calle 42 con quinta coro en el del parque deportivo. Aquí debo indicar que una vez se emite el pliego definitivo en los dos procesos contractuales estos no cumplen con los requisitos de LKS y DIEGO FONSECA ya que la versión colgada por los funcionarios del IMDRI no fue la última versión modificada por ALEXANDRA VELÁSQUEZ y yo, ALEXANDRA VELASQUEZ me transmite esto y yo se lo transmito al señor ORLANDO ARCINIEGAS el cual me menciona que se pueden modificar nuevamente mediante adendas las cuales elaboramos entre ALEXANDRA VELASQUEZ y yo y enviamos al señor ORLANDO ARCINIEGAS (...) Una vez se emiten las adendas se presenta la propuesta por parte de LKS SAS y DIEGO FONSECA, siendo los únicos proponentes y por ende los adjudicatarios de los negocios. La oferta debo indicar la elaboró LKS SAS y DIEGO FONSECA. (...)*

El anterior interrogatorio concuerda con lo señalado por la Ingeniera Diana Alexandra Velásquez Casas, en interrogatorio rendido el 12 de septiembre de 2016 ante la Fiscalía 22 Seccional aportado dentro del proceso, en el que describe la forma en que se direccionaron los contratos de interventoría 086 de 2013 y 120 de 2013 correspondientes a la ejecución de las obras de los escenarios deportivos para los juegos nacionales, para lo cual señala que se vinculó con LKS sucursal Colombia desde el 3 de septiembre de 2012 y en abril de 2013 le hacen contrato laboral en el cargo de coordinadora de propuestas.

Aseguró y como prueba de ello se adjuntaron diferentes correos electrónicos, que dan crédito a su dicho, que se ofrecieron “coimas” para la adjudicación de los contratos de interventoría:

*(...) Estando en la reunión con ORLANDO después de tratar los temas de lo que cumplían o no. ORLANDO le dice a XABIER que para hablar con él que salgan al jardín de la casa de él para hablar de otros temas, y XABIER le dice que no que lo haga delante mío y que yo era de su confianza y que era yo quien iba a estar aquí dado que él iba y venía entre España y Colombia, entonces salimos al Jardín de la casa de ORLANDO ahí nos sentamos en una mesita y ya pues ORLANDO le dice bueno XABIER te han hablado de unos compromisos? Entonces XABIER le dice que si que JORGE le había dicho que era un 13 por ciento, diez para ORLANDO y el tres para CARLOS ALBERTO RAMIREZ y JORGE NAVARRETE, entonces ORLANDO le dice que si que lo de era él era el diez y el resto no sabía, con XABIER hablan de que si podía ser menor ese diez por ciento dado que al forma de pago del contrato era muy complicado para nosotros entonces que si no había modificación de la forma de pago que nosotros no podíamos presentar oferta entonces ORLANDO dice que enviemos eso en las observaciones y que él lo revisa ahí acuerdan que si en caso de que se hicieran las modificaciones y pudiéramos presentar oferta que tendría que pagársele un 50 % de la comisión de los dos contratos porque ahí si ya se hablaba de parque y de calle 42 con 5, cuando se firmaran los contratos y el otro 50% que lo pagábamos con la segunda y cuarta acta de interventoría, y como LKS nunca había hecho eso se comentó que como se iba a pagar eso entonces XABIER le dice a ORLANDO que el cobrara su 10% y ORLANDO dice que no que el necesita su plata en efectivo y entonces se pacta que el pago iba hacer sin IVA que es lo único que el aceptaría llegábamos al acuerdo LKS no iba hacer una interventora mal hecho ni de papel ni que nos fueran a presionar para favorecer en algo al contratista porque no lo íbamos hacer y ahí gastamos bastante tiempo explicándole que la función la íbamos a cumplir y ORLANDO nos dijo que él estaba de acuerdo con eso y que se necesitaba una interventoría que presionara para que se construyeran los escenarios y que esa función se debía cumplir ahí la reunión se acabó. En ese reunión nunca se habló de dinero de las comisiones en cifras exactas solo en porcentajes*

La Ingeniera Diana Alexandra Velásquez aduce que posteriormente, se conversó con el Ingeniero Diego Fonseca Chaves, quien aceptó hacer parte del consorcio, y posteriormente, al hacer las ofertas advierte que no le cuadran los presupuestos y a pérdidas no se iban a ir, por lo que Xabier le dice que llame a Navarrete y éste le dice que se comunice con Orlando

*“entonces yo llamo a ORLANDO y le comento el tema de los presupuestos y el se pone de mal genio porque el insiste me hace ver que como somos de brutos si somos los que estamos montando porque pedimos y pedimos cambios que él no entiende eso y yo le aclaro que nosotros no hicimos eso y*

*menos el tema de presupuesto y ahí es cuando me dice que haga las observaciones, entonces yo hago la observación al correo oficial del IMDRI y entonces el IMDRI a través del SECOP saca una nueva adenda que es número 2 en este proceso de la unidad deportiva de la 42 con 5 en donde se cambia la forma de pago, amplían los perfiles que les pedimos que amparan en cuanto experiencia y plazo, aclaran el número de personas y requisitos y ya otra adenda número 2 fue con relación al proceso de parque deportivo y en esa se hizo a la modificación de los códigos del RUP de la experiencia y también del tema del personal para ampliar los perfiles y la forma de pago. Ya después de eso se entregan las ofertas para cada proceso en donde se formaron dos consorcios con los mismos integrantes y los mismos porcentajes. De ahí en adelante todo lo que se sabe del proceso es por la página del SECOP y ah ya también sabíamos que habíamos sido los únicos proponentes*

La Corte Constitucional ha dicho que la desviación de poder se configura: *“cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”*<sup>5</sup>. Por ende, su declaración precisa acreditar tanto (i) la competencia del ente que expide el acto, como (ii) el cumplimiento de las formalidades legalmente impuestas, y en especial (iii) el fin torcido o espurio que persiguió la autoridad al promulgar la decisión cuestionada, distinto al señalado por la ley para el caso concreto.

En el caso concreto, en apariencia el proceso de contratación y el contrato estuvo acorde con la ley, pero, según se deduce de las pruebas que obran en el expediente, en realidad fue celebrado con desviación y abuso de poder, y desconociendo los principios de planeación, transparencia y selección objetiva.

Así, tomando en consideración tanto los fines generales (bien común) como los específicos impuestos por la legalidad a la actuación concreta enjuiciada (aplicación de los principios de la contratación estatal) y contrastándolos con el material probatorio allegado, lo que salta a la vista es que en realidad, existía un fin torcido y espurio en el que participaron tanto el Municipio de Ibagué, como el IMDRI y el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015.

En efecto, es evidente que para la celebración del contrato de interventoría No. 086 de 2015, se procuró un fin distinto al señalado por la ley, lo que se aprecia es un interés personal económico perseguido por todas las partes,

---

<sup>5</sup> Ver Sentencia C-456 de 1998.

actuando a través de los representantes, de los asesores jurídicos, hasta del mismo alcalde del Municipio de Ibagué.

Se resalta, que en virtud del Principio de Transparencia, las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en la ley.

De acuerdo con lo anterior, se puede deducir que desde la génesis del contrato de interventoría, la corrupción ha permeado el proceso de contratación de los XX Juegos Deportivos Nacionales y IV Juegos Paranales, desde la preparación de los diseños, los procesos de contratación para obra y para interventoría, los funcionarios públicos y los contratistas han buscado sobreponer sus propios intereses.

De los interrogatorios y las imputaciones de cargos antes relacionadas, se advierten reuniones, pliegos amañados, solicitudes de coimas, entrega de dádivas para el direccionamiento de los contratos. Respecto al contrato de interventoría, se aprecian reuniones entre el asesor jurídico del Municipio de Ibagué Orlando Arciniegas Lagos, representantes y trabajadores de LKS Colombia S.A.S. Xabier Rozas, Alexandra Barrero, Diana Alexandra Velásquez, en los que coordinaban las modificaciones de los pliegos de condiciones para presentar la oferta, el porcentaje de coimas que se iban a entregar e incluso, la forma en que se iban a cobrar.

Es cuestionable la actitud de la administración, dirigiendo procesos de contratación con el objeto de recibir a cambio coimas, poniendo sus intereses personales por encima del interés general, sin importar si quiera el cumplimiento de los fines del estado y a cambio, tener el Municipio de Ibagué un detrimento patrimonial con obras inconclusas, generando pérdidas incluso sociales, deserción deportiva, drogadicción, suicidios y daños a las finanzas públicas.

Llama la atención, la forma tan descarada en que se hacían las solicitudes de dádivas por direccionar los contratos, llegando incluso a exigir el 13% del valor de los contratos, recuérdese que los servidores públicos cuando celebren contratos deben buscar que las entidades públicas cumplan sus fines para que de esta forma se concrete el principio de prevalencia del interés general, situación que no se vislumbra que se haya cumplido en el asunto concreto.

En efecto, las probanzas allegadas enseñan que el contrato fue celebrado con desvío de poder (causal tercera de nulidad prevista en el artículo 44 de la

Ley 80 de 1993), toda vez que –se reitera– con su suscripción no se buscó el cumplimiento de los fines estatales ni la prestación de un servicio público puesto que, en realidad, lo que se perseguía era privilegiar el interés individual, que conllevó a que se infringieran los principios de transparencia y selección objetiva, establecidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como lo evidenciaron las pruebas anteriormente analizadas.

Asegura, el apoderado judicial del CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, que no es posible declarar la nulidad absoluta del contrato, en tanto no existe sentencia ejecutoriada con la cual se haya declarado responsabilidad penal por tal supuesto hecho respecto a los contratos de interventoría,

Aduce, que se trata de indagaciones preliminares con lo cual, aún ni siquiera se ha llegado a la instancia de imputación de cargos, por lo que no se puede colegir lo señalado en la demanda de reconvención por respeto al principio de orden constitucional de presunción de inocencia.

Pues bien, tal y como lo anota la doctrina, las dificultades probatorias no son insalvables, pues *“basta que la conjunción de los distintos medios probatorios produzca en el juzgador la certeza suficiente de que la desviación de poder ha sido cometida”* y *“quizás la prueba de indicios sea la más adecuada para desentrañar el vicio.”*<sup>6</sup>

En tal virtud, teniendo en cuenta la complejidad probatoria en tratándose del vicio de desviación de poder, que enfrenta una evidente dificultad al momento de acreditarse en el proceso, en tanto de ordinario no es posible acudir a pruebas directas para demostrarlo, es posible recurrir para ello a la prueba indiciaria.

Como se aprecia, no se exigen pruebas directas para que el juzgador llegue al convencimiento de los hechos puesto en su conocimiento para advertir la existencia de una desviación de poder dentro del desarrollo de un proceso contractual.

En efecto, ni la ley ni la jurisprudencia exigen la existencia de una sentencia penal condenatoria para llegar al convencimiento de que se ha privilegiado el interés particular sobre el interés general, por lo que en ningún momento se vulnera el principio de inocencia.

---

<sup>6</sup> Betancur, Jaramillo, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, Señal Editora, 2002, págs. 379.

Es así como, de ser necesario en estos casos de desviación de poder y en todos aquellos en los que el operador judicial advierta la presunta comisión de una conducta punible, ordena compulsar copias al ente de investigación para que se abra un proceso por estos hechos, pero esta situación no obsta para que con el material probatorio allegado, el Juez Contencioso Administrativo pueda llegar a la certeza de la responsabilidad administrativa que se juzga en estos casos.

Adicionalmente, es que lo plasmado en la sentencia condenatoria dictada en contra del ex gerente del IMDRI Carlos Heberto Angel Torres y los apartes en los que se transcribe lo manifestado por el abogado Orlando Arciniegas Lagos; lo dicho por la Fiscalía General de la Nación durante la audiencia de imputación de cargos del ex alcalde Luis H. Rodríguez, lo indicado por la ex trabajadora de LKS COLOMBIA SAS Ingeniera Diana Alexandra Velásquez y por el Ingeniero Carlos Alberto Ramírez Quintero en sus interrogatorios, guardan correspondencia con las adendas expedidas por el IMDRI durante el proceso precontractual, y posteriormente, la adición de 25 de noviembre de 2015 relacionado con la forma de pago, haciendo evidente el ánimo de querer favorecer al Consorcio Interjuegos 2015

Además, el Alto Tribunal también ha sostenido que, ante el imperativo legal de observar los principios de **transparencia, selección objetiva, economía, imparcialidad, publicidad y libre concurrencia en la actividad contractual**, en especial, dentro del proceso de selección de contratistas, desatender las modalidades de selección dispuestas por la Ley 80, configura causal de nulidad absoluta del contrato, por abuso o desviación de poder, al apartarse de los fines que persigue la contratación<sup>7</sup>.

Así las cosas, para la Sala no existe duda que atendiendo los intereses particulares que fueron privilegiados durante el desarrollo del proceso que conllevó a la celebración del contrato de interventoría 086 de 2016, el cual no pretendían satisfacer el interés general, existió desviación del poder, incurriendo en las causales 2 y 3 de nulidad absoluta del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, desconociéndose la prohibición constitucional del acatamiento de los principios de la función pública y los fines esenciales del Estado.

En consecuencia, se DECLARARÁ la NULIDAD ABSOLUTA del contrato de interventoría No. 086 de 16 de marzo de 2015, celebrado entre CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 con EL INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE - IMDRI, al estar inmerso dentro de la causal de nulidad del

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de la Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del dos de mayo de 2016, exp. 37066, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, con abuso o desviación de poder.

**DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS PRESTACIONES PRESUNTAMENTE CUMPLIDAS EN EL CONTRATO No. 086 DE 16 DE MARZO DE 2015**

Sobre los efectos que surgen con ocasión de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato el Consejo de Estado<sup>8</sup>, ha señalado que:

*"La nulidad absoluta de los contratos se refiere, entonces, a su pérdida de validez con ocasión de vicios imposibles de sanear, y se constituye en la más grave sanción que se pueda imponer a los negocios jurídicos por cuanto hace desaparecer sus efectos al buscar devolver las cosas al estado en el que se encontraban con anterioridad a la suscripción del contrato. (...)"*

Así las cosas se tiene que una vez declarada la nulidad del contrato las cosas vuelven a su estado anterior, teniendo de esta manera que el contrato declarado nulo no ha existido, siendo esta la razón para no poder abordarse el estudio del segundo problema jurídico planteado referente al incumplimiento contractual de alguna de las partes, razón por la cual se negarán las pretensiones relacionadas con este asunto.

En materia de contratación estatal el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sobre este tema señala lo siguiente:

*"Artículo 48". - De los Efectos de la Nulidad La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva **no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.** Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. **Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.**" (Negrilla y subraya fuera del texto original)*

La Corte Constitucional en sentencia C-207 de 2019, resalta la posición del Consejo de Estado en sentencia de 13 de junio de 2013, respecto a la necesidad que el juez frente a cada caso, estudie la restitución a cargo de

---

<sup>8</sup> Ver sentencia de la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado, C.P: Olga Melida Valle De la Hoz, del 31 de enero de 2011, proferida dentro del proceso con radicación No. 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767)

las partes en un contrato estatal declarado con nulidad absoluta, pues esto requiere no solo de la verificación de los beneficios obtenidos, sino que también depende del análisis de la conducta y conocimiento de las partes en el momento de contratar y de otros factores que entran en juego para que la decisión resulte compatible con los principios que rigen la materia de la contratación administrativa, incluyendo, por supuesto, los principios de buena fe y equidad:

*“(...) Sin embargo, la explicación más amplia de la posición del Consejo de Estado sobre el asunto es la que está consignada en la sentencia del 13 de junio de 2013, en la cual se declaró la nulidad absoluta de un contrato estatal por violación del deber de planeación. En esta decisión, el Consejo de Estado estableció una posición intermedia, en la cual reconoce las dificultades de una regla general en la materia y la necesidad de que el juez, frente al caso concreto, tome la decisión que resulte más adecuada para responder a los principios que guían la contratación administrativa. Al respecto, el alto tribunal señaló:*

*“3.1 La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes.*

*La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.*

*El inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido[98], constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos.*

*Pero para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado.*

*Así lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 al disponer que “... Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.*

*Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago y ello ocurriría, por ejemplo, cuando en un contrato que es nulo por ilicitud de su objeto o de su causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o*

*parcialmente y de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida en virtud de que el servicio público finalmente se prestó en alguna proporción.*

*Ahora, cuando en la contratación estatal resulta aplicable en toda su dimensión lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil, es decir que “no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”, esta prohibición no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas.*

*Si nos atenemos a los antecedentes históricos y a la razón de ser del precepto, la conclusión no puede ser otra.[99]*

*Y es que lo que se está afirmando es que de la expresión utilizada (“repetirse”), se desprende que la imposibilidad se configura siempre y cuando alguna de las partes del contrato nulo haya deprecado la nulidad absoluta y sabía o debía conocer el vicio.*

*En efecto, el antecedente romano se encuentra en la *condictio ob turpem vel injustam causam* que se elaboró en relación con los contratos formales, negocios estos en los que por ser abstractos la ilicitud de la causa no los viciaba, para que el deudor, dependiendo de si la obligación había sido ejecutada o no, solicitara la nulidad o repitiera lo dado o pagado, si en ellos se presentaban circunstancias de inmoralidad o ilicitud frente al acreedor.*

*Pero si las circunstancias de inmoralidad o ilicitud también podían predicarse del deudor se prohibió la posibilidad de repetir para que finalmente ninguno pudiera prevalerse de una inmoralidad o ilicitud que le eran predicables, prohibición esta que se condensó en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*.*

*Las leyes de partida contemplaron este evento al señalar que: “sabidor seyendo algún home de aquel pleito sobre que hiciera a otro promisión era torpe, et que habie derecho por si para defenderse de non cumplirlo, si sobre esto feciese después la paga, decimos que non la puede demandar, et si la demandase, non serie el otro tenuto de gela tornar”*

*Pues bien, nótese que de acuerdo con estos antecedentes, la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos, esto es repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y por consiguiente ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminaría produciendo todos los efectos como si fuese válido.*

*Por estas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*” y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido.”*

Así, es dado concluir que para el Consejo de Estado la restitución a cargo de las partes en un contrato estatal declarado con nulidad absoluta requiere no solo de la verificación de los beneficios obtenidos, sino que también depende del análisis de la conducta y conocimiento de las partes en el momento de contratar y de otros factores que entran en juego para que la decisión resulte compatible con los principios que rigen la materia de la contratación administrativa, incluyendo, por supuesto, los principios de buena fe y equidad.

*Esta postura analítica del caso a caso, resulta incluso concordante con el derecho internacional y comparado en materia contractual respecto del conocimiento que las partes tuvieron sobre la licitud de los actos a la hora de celebrar un contrato, que ha sido expresamente considerada como un criterio relevante a la hora de determinar la razonabilidad de las restituciones frente a un contrato declarado nulo por objeto o causa ilícita.” (Subrayas fuera de texto)*

En consecuencia, se procede analizar si en el caso bajo estudio si hay o no mérito para reconocer y pagar las prestaciones cumplidas con ocasión del contrato de interventoría No. 086 de 16 de marzo de 2015, el cual está viciado de nulidad, como se dijo en líneas anteriores.

Al respecto, se advierte que el CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 conocía la ilicitud con la que se estaba llevando el proceso de contratación y a sabiendas de ello, continuó con el desarrollo del mismo hasta llegar a la celebración del contrato y su posterior ejecución, razón por la que no es compatible con los principios que rigen la contratación administrativa, ni con la buena fe, ni la equidad proceder a restituir a su favor prestaciones presuntamente cumplidas.

De acuerdo con lo expuesto, se ORDENARÁ al CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 proceda a devolver al INSTITUTO MUNICIPAL PARA EL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE IBAGUÉ - IMDRI, el valor de \$1.546.628.537,8<sup>9</sup> o cualquier suma que haya recibido en razón a la ejecución del contrato No. 086 de 16 de marzo de 2015, debidamente indexadas.

En relación con el llamado en garantía se negarán las pretensiones, al no existir prueba en su contra que lo señale como partícipe de los actos de corrupción inmersos en el desarrollo del Contrato de Interventoría No. 086 de 2015.

---

<sup>9</sup> Suma indicada por el apoderado del IMDRI a folio 13 del cuaderno de la demanda de reconvención

Finalmente, no se ordenará compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, pues de las probanzas allegadas se encuentra demostrado que esta autoridad inició el respectivo proceso de investigación.

### **CONDENA EN COSTAS**

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P, condénese en costas de esta instancia al CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, como quiera que no prosperaron sus pretensiones, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Procédase de conformidad.

De acuerdo a lo anterior se toma la siguiente,

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

### **FALLA**

**PRIMERO:** Declarar la nulidad absoluta del Contrato de Interventoría No. 086 de 16 de marzo de 2015 celebrado entre CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 con EL INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE - IMDRI, al estar inmerso dentro de la causal de nulidad del numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, con abuso o desviación de poder, de conformidad con lo esgrimido en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** al CONSORCIO INTERJUEGOS 2015 proceda a devolver al INSTITUTO MUNICIPAL PARA EL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE IBAGUÉ - IMDRI, el valor de \$1.546.628.537,8 en razón a la ejecución del contrato No. 086 de 16 de marzo de 2015, debidamente indexada.

**TERCERO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO: CONDENAR** en costas a CONSORCIO INTERJUEGOS 2015, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del C.P.A.C.A., según se encuentren probadas y causadas. Por Secretaría, liquídense.

Fíjese como agencias en derecho, el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

**QUINTO:** Una vez en firme la presente decisión, archívese el expediente y devuélvanse a las partes los remanentes de las sumas que se ordenó pagar para gastos del proceso, si los hubiere.

Atendiendo las pautas establecidas por la Presidencia de la República en el En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno nacional para evitar la propagación del COVID 19, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de medios electrónicos y se notifica a las partes por este mismo medio.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS**  
Magistrado



**LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA**  
Magistrado



**CARLOS ARTURO MENDIETA RODRIGUEZ**  
Magistrado