**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Legitimación en la causa - Noción**

La legitimación en la causa en el ejercicio de la acción contractual, según lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., se reservó a las partes cocontratantes de la relación obligacional, restricción que conlleva al entendimiento de que el daño o perjuicio por cuya indemnización se entabla el litigio tiene como fuente el negocio jurídico, del cual solo pueden desprender derechos y obligaciones, a través de este cauce procesal, quienes conforman uno de sus extremos.

**PLIEGO DE CONDICIONES - Ley 80 de 1993 - Aplicación**

En este punto resulta imperioso advertir que, aun cuando en el pliego de condiciones denominado “reglas de participación”, que sirvió de base para la celebración del contrato del que se ocupa la Sala, no se hizo invocación alguna a la aplicación de la Ley 80 de 1993, tal acontecer no resulta suficiente para establecer el devenir o las etapas adelantadas en el procedimiento de escogencia del contratista que, en todo caso, se adelantó por el sistema de convocatoria pública, a lo que se suma que en el caso no se somete a discusión lo ocurrido en la etapa pre contractual, sino lo acontecido en relación con su ejecución. Basta lo dicho para concluir que el estudio del caso se abordará desde la óptica de aplicación del Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Factores de afectación**

Como punto de partida, debe iniciarse por indicar que, de manera reiterada, esta Subsección ha enfatizado en que la conservación del sinalagma prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar la oferta y que le sirvieron de cimiento. En ese sentido, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “Hecho del Príncipe” o en uso de sus facultades de entidad contratante a través de las potestades excepcionales “Ius variandi”, pero que en ningún caso se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Desequilibrio económico del contrato - Diferencias**

El incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato. Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico. Asimismo, tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral. Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos cocontratantes que, de manera injustificada se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulada.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Supuestos de configuración**

Siguiendo con el estudio del tema, se recuerda que esta Subsección se ha ocupado de puntualizar las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que de uno y otro caso se desprenden. Ahora, aunque las figuras analizadas obedecen a causas diferentes y tienen consecuencias distintas, la jurisprudencia de esta Subsección ha reconocido que en algunas oportunidades las decisiones judiciales han adoptado posturas que permiten identificar, impropiamente, el incumplimiento contractual como causa de la ruptura económica del contrato.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Bilateral - No puede ser desconocida por las partes**

A propósito del tema relativo a la liquidación bilateral de los contratos, la Sección Tercera de esta Corporación, de manera uniforme y reiterada ha considerado que, una vez el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, el documento en el que consta contiene un consenso de los extremos contratantes que no puede ser desconocido posteriormente ante la instancia judicial por parte de quien lo suscribe, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o se deje expresa constancia de la existencia de salvedades o discrepancias respecto del cruce de cuentas que allí se consigna. Atendiendo a esa lógica, el ejercicio de la acción contractual se encuentra circunscrito a la posibilidad de controvertir exclusivamente aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el accionante hubiere manifestado expresamente su disconformidad en el acto de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, quedando excluido aquello respecto de lo cual se hubiere guardado silencio.

**CONTRATO - Contenido - Alcance - Dificultades**

Durante la relación negocial las partes pueden afrontar dificultades relativas a la definición de los alcances y el contenido de las prestaciones contraídas con ocasión del negocio jurídico, que bien pueden solventarse a través de acercamientos de los extremos co-contratantes encauzados a redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su ejecución y que se materializan a través de contratos adicionales, prórrogas, modificaciones o acuerdos que convengan su suspensión. Tales acercamientos deben contener tanto el acuerdo relativo a las modificaciones que habrá de sufrir el alcance y dimensión del objeto contractual como al precio o mecanismo de ajuste dispuesto para cubrir esas alteraciones, dado que resultaría alejado del principio de buena fe contractual que se transara la renegociación en unos términos y luego, al final de la ejecución, se sorprendiera a la contraparte con reclamaciones que se entendían zanjadas.

**ACTA DE CONCILIACIÓN - Inoponibilidad como prueba**

Esta Corporación en oportunidades anteriores ha sentado su postura acerca de la imposibilidad de valorar las actas de conciliación o las actas del comité de defensa y conciliación de las entidades públicas como una prueba documental con la virtualidad de acreditar, por cuenta de su contenido, la efectiva ocurrencia de los supuestos de hecho en que se fundamentan las pretensiones.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 88001-23-31-000-2012-00017-01(51772)**

**Actor: CONSORCIO ISLAS**

**Demandado: FONADE**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Temas: RÉGIMEN CONTRACTUAL DE FONADE / en vigencia de la Ley 1150 de 2006 – PRECISIONES EN TORNO A LOS INSTITUTOS DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO Y DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / en el caso concreto no se alegan causas alteradoras del equilibrio sino de responsabilidad contractual por entregar al contratista estudios de suelos inadecuados / debe reconocer y pagar obras de reparación ejecutadas como consecuencia de esas falencias – INEFICACIA PROBATORIA DE LAS ACTAS DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS / no reemplaza la carga probatoria de quien alega el incumplimiento / INTERESES MORATORIOS / no procede su reconocimiento - TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / fallo *ultrapetita*

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 9 de abril de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual se resolvió (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

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

*“SEGUNDO: CONDENASE al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE a pagar a favor del Consorcio Islas, los perjuicios ocasionados por el valor de $875’515.499,18 indexado conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*“TERCERO: NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda”.*

**1. Síntesis del caso**

La presente controversia gira en torno al incumplimiento del contrato No. 2080365, celebrado entre Fonade y el consorcio Islas, el cual tuvo por objeto la construcción del estadio de sóftbol de San Andrés, incumplimiento que se atribuye al ente público por: i) haber entregado estudios de suelos inadecuados que condujeron a la necesidad de hacer obras de recimentación para solucionar los problemas de asentamientos presentados en el módulo 5, obras que finalmente no fueron reconocidas por la entidad; ii) no haber pagado el valor del reajuste del ítem correspondiente a la cubierta metálica en forma de arco; iii) no haber pagado el valor de suministro de un poste de iluminación con su respectiva canastilla; iv) no haber pagado el saldo sobre el valor señalado en el acta de liquidación por retención en garantía.

**2. La demanda**

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 1 de marzo de 2012, por la sociedad A. Cruz Ltda. y por Nelson Fernando Rangel Pardo, en calidad de integrantes del consorcio Islas, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, contra el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - Fonade, a través de la cual se solicitó:

* Que se declarara que Fonade incumplió el contrato de obra No. 2080365 de 2008, suscrito para la construcción del estadio de sóftbol para los XVIII juegos deportivos nacionales, al no haber pagado al demandante, en calidad de contratista, los valores correspondientes a las obras ejecutadas y suministros efectuados en desarrollo del acuerdo, así como por no haber reconocido y pagado mayores cantidades de obra, obras adicionales e incremento de precios en varios ítemes del contrato.
* Que, como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento contractual, se condenara a Fonade a pagar lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“1.- La suma de $752’665.532 por la ejecución de mayores cantidades de obra y obras adicionales para la estabilización de los problemas presentados en los módulos 4 y 5 de la estructura que se originaron en la falta de conocimiento de la estratigrafía del suelo de fundación en la que se apoyaron dichos módulos, conocimiento que era necesario para la escogencia del tipo de cimentación que mejor se adecuara al terreno en el que se debía cimentar la edificación a construir y que no se tuvo por la falta de observancia del diseño y de las exigencias contenidas en el título H del Decreto 33 de 1998, el cual desarrolló el artículo 48 de la Ley 400 de 1997.*

*“2.- La suma de $48’918.012,00, incluido el AIU, por concepto del ajuste de precios unitarios en el ítem 07.03 (cubierta metálica forma de arco – suministro e instalación de cubierta metálica plana en acero galvanizado calibre 22 de 33 centímetros apoyada en perlines tipo C, calibre 16 pintados por las dos caras, incluye remates especiales y limatesas en aluzinc calibre 24, esmalte, inhibidor de corrosión, incluye materiales, equipos y mano de obra), el cual fue debidamente aprobado por FONADE, en cuantía de $143.574 respecto a 870 metros de dicha cubierta mediante memorando número 20095300007623 del 15 de Marzo de 2009, con ocasión del cambio de diseño aprobado por la interventoría y FONADE.*

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

*“3.- La suma de $37’253.195,20, por concepto del suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla, cuya instalación no fue autorizada por FONADE, luego de su adquisición y transporte a la isla por parte del CONSORCIO ISLAS, muy a pesar de estar contemplado en el contrato. El valor adecuado por este concepto corresponde al pactado en el contrato (ítems 15.101 y 15.103), valor del cual se ha descontado el precio de la instalación.*

*“4.- La suma de $7’750.317, por concepto de saldo sobre el valor señalado en el acta de liquidación final a pagarle al contratista por retención en garantía practicada en el desembolso No. 11.*

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

*“CUARTA.- Que las sumas de dinero a las que se condene a pagar a la entidad demandada sean actualizadas”.*

**3. Los hechos**

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos que sirven como punto de partida del debate:

**3.1.** Que, como resultado del procedimiento de selección No. IPG-2272-197055, el 27 de febrero de 2008, Fonade y el consorcio Islas celebraron el contrato de obra No. 2080365, cuyo objeto consistió en la “*CONSTRUCCIÓN DEL ESTADIO DE SÓFTBOL PARA LOS JUEGOS DEPORTIVOS NACIONALES EN EL ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA”,* por un valor de $6.031’627.422,90 y un plazo de ejecución de siete meses y quince días*”*.

**3.2.-** Que, el 29 de febrero de 2008, las partes suscribieron el acta de inicio de actividades.

**3.3.-** Que la ejecución de la obra contratada se dividía en cinco módulos, dos de los cuales presentaron problemas de asentamiento en los ejes 23 a 28, en razón a que la estratigrafía tenía características diferentes a las registradas en el estudio de suelos entregado por Fonade, cuestión que condujo a la intervención de especialistas para realizar nuevos estudios, con base en los cuales se concluyó acerca de la necesidad de realizar una recimentación a la estructura construida.

**3.4.** Que, luego de varias prórrogas del plazo y adiciones al valor, el 7 de marzo de 2009 se suscribió el acta de terminación del contrato, con la prevención de que, debido a los problemas presentados en los asentamientos del módulo cinco, la terminación respecto de esa área quedaba sujeta a los controles de asentamiento y al concepto del especialista en suelos.

**3.5.** Que, el 26 de junio de 2009, las partes suscribieron una modificación al contrato con el fin de realizar las obras necesarias para la reparación del módulo 5 y, con el propósito de financiar su ejecución, acordaron liberar el valor de 4.5% del valor de retención de la garantía.

**3.6.-** Que el valor de las obras de recimentación relacionadas con la estructura del módulo 5 ascendió a $752’665.532.

**3.7.-** Que, el 30 de noviembre de 2009, las partes suscribieron el acta de entrega y recibo final del contrato, en la que se calculó que el valor de las obras ejecutadas ascendía a $8.366’359.000, no obstante, lo cual no se incluyó la suma correspondiente a las actividades de recimentación.

**3.8.** Que, en la referida acta de entrega, la interventoría no incluyó las sumas de:

* $48’918.012,00 por concepto de revisión y ajuste del precio unitario correspondiente al ítem “*suministro e instalación de cubierta metálica plana en acero galvanizado*”, el cual fue aprobado por Fonade en escrito del 15 de marzo de 2009 por un valor unitario de $143.574,00.
* $37’253.195 por concepto del suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla, cuya instalación no fue autorizada por Fonade luego de su adquisición y transporte a la isla.

**3.9.** Que el 29 de diciembre de 2009 se liquidó de mutuo acuerdo el contrato No. 2080365, en cuyo contenido el contratista dejó las salvedades relacionadas con los valores anteriormente referidos.

**3.10.** Que en el capítulo de información financiera del acta de liquidación se determinó como saldo a favor del contratista la suma de $60’750.317, originado en la retención en garantía practicada en el desembolso No. 11 que debía pagársele “*contra liquidación*”, es decir, una vez suscrita; sin embargo, a la fecha de presentación de la demanda no se había honrado íntegramente ese compromiso y lo adeudado ascendía a la suma de $7’750.317.

**4. Fundamentos de derecho**

Como sustento jurídico de sus pretensiones, la parte actora esgrimió el mandato contenido en los artículos 1498, 1517, 1602 y 1603 del Código Civil. Adujo que la entidad demandada inobservó el principio de planeación que funge como insumo básico para la etapa previa de la contratación de obra de edificaciones.

Indicó que la entidad demandada liquidó el contrato sin incluir las mayores cantidades de obra y obras adicionales recibidas a satisfacción por la interventoría, proceder que transgredió la buena fe contractual y la equivalencia de las prestaciones pactadas.

**5. Actuación procesal**

**5.1.** El Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante providencia del 27 de marzo de 2012, admitió la demanda y ordenó su notificación a la demandada y al Ministerio Público.

**6. Contestación de la demanda – Fonade**

De conformidad con el informe secretarial del 4 de septiembre de 2012, surtida la notificación del auto admisorio de la demanda a Fonade, el proceso se fijó en lista por diez días, que se vencieron el 14 de mayo de 2012, mientras que el escrito de contestación fue presentado por Fonade el 15 de mayo del mismo año.

Por contera, se concluye que la demanda fue contestada extemporáneamente.

**7. Sentencia de primera instancia**

El Tribunal de primera instancia resolvió el litigio en los términos transcritos al inicio de esta providencia.

Inició su análisis haciendo alusión a las diferencias existentes entre obras adicionales y mayores cantidades de obra, al cabo de lo cual se pronunció frente a los alcances de las salvedades del acta de liquidación bilateral del contrato y a la regulación contemplada en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993.

Acto seguido, se refirió al tratamiento jurisprudencial dispensado a la ruptura del equilibrio económico en contratos sometidos al régimen del derecho privado.

De la revisión del cúmulo probatorio encontró acreditado que el contratista ejecutó mayores cantidades de obra que fueron aceptadas y recibidas a satisfacción, tanto por la interventoría como por Fonade.

Advirtió que en el proceso se demostró que el contratista dio cumplimiento a las obligaciones contraídas y ejecutó la obra a entera satisfacción de la entidad, a lo que añadió que los estudios de suelos suministrados por Fonade no correspondían al lugar donde debieron construirse los módulos 4 y 5, hecho que no era conocido por el contratista. Por lo anterior, estimó que la entidad desatendió el principio de planeación.

Siguiendo esa línea explicó que, para resolver los problemas de asentamientos, el contratista y la interventoría recibieron el diseño y cálculo de solución de la recimentación, que posteriormente se concretó en la modificación del contrato que se llevó a cabo el 26 de junio de 2009.

Añadió que, desde octubre de 2009, Fonade tenía conocimiento de los problemas presentados en los diseños del estudio de suelos y de sus deficiencias, al punto de que pretendió trasladar la responsabilidad en su elaboración a Coldeportes y a la sociedad Colombiana de Arquitectos, consultores del proyecto.

Luego de la revisión del contenido del acta de liquidación bilateral y con base en los reconocimientos expresos sobre el recibo de las mayores cantidades de obra respaldadas en las actas de entrega, el *a quo* estimó que las pretensiones reclamadas tenían vocación de prosperidad. Para su cálculo acogió el dictamen pericial rendido en la etapa probatoria.

**8. El recurso de apelación**

**8.1. Fonade**

La parte demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con el fin de que fuera revocada y, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda.

Como sustento de la impugnación, alegó que las pruebas apreciadas por el tribunal para fundamentar su decisión no fueron allegadas oportunamente al proceso, ya que fueron las que se adjuntaron con la contestación de la demanda, actuación que se surtió de manera extemporánea. En ese punto esgrimió que no resultaba de recibo otorgarles valor probatorio para acreditar la ocurrencia de los hechos relatados en la demanda, precisamente por su ausencia de rigor jurídico.

Afirmó que el *a quo* aplicó erradamente la teoría del equilibrio económico a un contrato sometido al derecho privado. Agregó que, sin perjuicio de lo anterior, el *a quo* tampoco analizó la concurrencia de los elementos que estructuraban la ruptura de la ecuación financiera del contrato, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación.

Advirtió que los problemas de los asentamientos fueron el resultado de deficiencias en el proceso constructivo, por no haber atendido lo señalado en los estudios de suelos entregados por Fonade, lo que se tradujo en la necesidad de ejecutar obras adicionales por causas imputables al contratista.

Sobre este aspecto señaló que no estaba demostrado, de manera técnica, que la roca coralina sobre la cual debía construirse el estadio de sóftbol se hubiera hallado a una profundidad mayor a la establecida en el estudio de suelos y que ello generara la inestabilidad de algunos módulos, por lo que lo anterior no pasaba de ser meras especulaciones.

Expresamente afirmó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Un análisis elemental de lo dicho, deja claro que el argumento del demandante sobre la falla del estudio de suelos al no haber hallado expresamente la roca coralina a los 2.70 metros de profundidad, queda totalmente desvirtuado y por el contrario, lo que comprueba es que el contratista desatendió las indicaciones del estudio al haber construido la cimentación a los 2.70 m, sin encontrar la roca, cuando debía haber excavado a una mayor profundidad conforme lo indica el estudio”.*

Indicó que no se acreditó que el estudio de suelos practicado por Fonade fuera deficiente; consideró que, por el contrario, allí se estableció que podría hallarse roca coralina a diferentes profundidades, lo que imponía al contratista el deber de cavar hasta la profundidad máxima establecida en el estudio, hasta 13.60 m.

Sostuvo que tampoco se trataba de un hecho sobreviniente a la celebración del contrato, dado que el supuesto problema se atribuyó a problemas en los estudios de suelos, los cuales fueron conocidos por el contratista antes de la celebración del negocio jurídico, a lo que sumó que lo ocurrido no constituía un alea anormal o extraordinaria que hiciera más onerosa la ejecución del contrato o que con su realización se hubiera visto afectado el rubro de imprevistos o la utilidad.

Señaló que, lejos de la ocurrencia de la supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato, en realidad lo discutido correspondía a un evento de responsabilidad contractual cuyos elementos tampoco estaban acreditados en el proceso, debido a que no se probó que se hubiera presentado incumplimiento del contrato de obra No. 2080365, por parte de Fonade.

Argumentó que no existía prueba contundente acerca de la causación de los perjuicios solicitados ni de su cuantía, pues no existía apoyo técnico ni contable que diera cuenta de su existencia. Consideró que el dictamen pericial técnico practicado con ese propósito fue alejado de la realidad, pues no se implementaron técnicas confiables de verificación para constatar las mayores cantidades de obra, las obras adicionales o los suministros del sistema de alumbrado reclamados por el actor.

También censuró la valoración al dictamen contable, en razón a que consideró que su práctica se limitó a una operación de sumas y restas sin atender a la lógica que imponía la modalidad de precios pactada en el contrato y sin contar con soportes que fundamentaran los pagos de los suministros de material supuestamente efectuados por el contratista.

Afirmó que, según el dictamen pericial, estaba demostrado el pago de la cubierta metálica por un valor de $37’629.240 con base en una conclusión extraída del acta del comité de defensa y conciliación de Fonade, sin que ese documento pudiera servir de soporte válido de su acreditación.

En similar dirección, reprochó la valoración del dictamen por cuanto estimó que de su contenido se desprendía que no se pudo establecer con certeza si Fonade pagó o no el valor del suministro del poste y la canastilla.

Finalmente, esgrimió que el Tribunal no valoró la inexistencia de salvedades del consorcio Islas en los documentos modificatorios del contrato de obra No. 2080365, suscritos en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, lo que hacía improcedente el reconocimiento económico de sus pretensiones.

**8.2. Parte actora**

Como argumento esencial de la apelación, la parte actora sostuvo que el Tribunal de primera instancia había omitido el reconocimiento de los intereses moratorios causados sobre las sumas condenadas, cuyo pago debió hacerse efectivo desde el momento en que se liquidó el contrato.

Advirtió que, de conformidad con el dictamen pericial contable acogido por el Tribunal, el valor de los intereses ascendió a $693’654.661 y el monto de capital más intereses sumó $1.649’792.689.

**9. Actuación en segunda instancia**

**9.1.** En providencia del 11 de septiembre de 2014, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de primera instancia.

**9.2.** Por auto del 23 de enero de 2015, esta Corporación accedió a la petición de pruebas en segunda instancia en el sentido de decretar un dictamen contable, el cual, pese a haberse solicitado en la primera instancia no fue ordenado.

**9.3.** Mediante proveído del 13 de febrero de 2017 se corrió traslado del dictamen rendido por el perito Víctor Hugo Castellanos.

**9.4.** En providencia del 29 de agosto de 2017, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiera su concepto. En el término otorgado, las partes demandante y demandada presentaron sus escritos de alegaciones, en los cuales, básicamente, reiteraron los argumentos expuestos en las oportunidades procesales precedentes.

El Ministerio Público rindió concepto, de conformidad con el cual consideró que la sentencia apelada debía confirmarse, en atención a que se demostró que el contratista realizó mayores cantidades de obra por causas imputables a la entidad accionada; que la demandante puso en conocimiento de Fonade esa circunstancia previamente y obró con su anuencia, no obstante, la entidad se abstuvo de reconocer y pagar las obras.

**C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia yoportunidad para el ejercicio de la acción contractual; **3)** legitimación en la causa; **4)** cuestión previa – sobre la valoración de los documentos aportados por Fonade con la contestación de la demanda presentada extemporáneamente; **5)** régimen jurídico del Contrato No. 2080365 de 2008 celebrado entre Fonade y el consorcio Islas; **6)** algunas precisiones en torno a los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual. Causas y consecuencias; **7)** el alcance de las pretensiones en relación con los puntos materia de salvedad en el acta de liquidación bilateral del contrato; **8)** cargos del recurso de apelación presentado por Fonade: **8.1)** el incumplimiento en la entrega de estudios de suelos adecuados y la obligación de reconocer las obras de recimentación ejecutadas como consecuencia de los asentamientos presentados en el módulos 5, por la inexactitud de las condiciones estratigráficas del terreno; **8.2)** el incumplimiento en el pago del ajuste del precio unitario del ítem 07.03, correspondiente a la cubierta metálica en forma de arco – suministro e instalación de cubierta metálica plana en acero galvanizado; **8.3)** el incumplimiento de Fonade en el pago de la suma de $37’253.195,20, por concepto del suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla, cuya instalación no fue autorizada por la entidad contratante, luego de su adquisición y transporte a la isla por parte del contratista; **8.4)** el incumplimiento en el pago de la suma $60’750.317, correspondiente a la carga de retención contra la liquidación; **9)** cargos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora: **9.1)** reconocimiento de intereses moratorios; **10)** la suma a la que asciende la condena y su actualización y **11)** costas.

**1.- Competencia del Consejo de Estado**

A continuación, la Sala verificará la competencia para conocer del recurso de apelación:

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, normas a cuyo tenor se consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias relativas al incumplimiento del Contrato No. 2080365, celebrado entre el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade y el consorcio Islas.

En este proceso se demandó a Fonade, empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, vinculada al Departamento de Planeación. Así las cosas, al ostentar la naturaleza de entidad pública, esta jurisdicción es competente para dirimir la controversia.

También le asiste competencia a la Sala para tramitar el asunto en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de $752’665.532, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($283’350.000)[[1]](#footnote-1), exigida en la Ley 446, promulgada el 8 de julio de 1998 para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

**2.- Procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual**

Observa la Sala que las pretensiones de la demanda se encaminaron a obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato No. 2080365, celebrado entre Fonade y el consorcio Islas, aspectos que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., deben ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

En orden a determinar la oportunidad de su interposición, la Sala precisa que el Contrato No. 2080305, supuestamente incumplido, como se profundizará más adelante, se gobernó por las normas de la Ley 80 de 1993.

En ese orden, debe atenderse a la regla de oportunidad para la formulación de la acción contractual prevista en el literal c) del numeral 10) del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, para aquellos eventos en los que el contrato de tracto sucesivo es liquidado bilateralmente.

Reposa en el expediente[[2]](#footnote-2) el acta de liquidación bilateral del Contrato No. 2080305 suscrita el 29 de diciembre de 2009, cuestión que, en aplicación de la norma que se cita, permite concluir que el término de caducidad se habría de vencer el 30 de diciembre de 2011.

En este punto es imperativo señalar que el 26 de abril de 2010, faltando un año, ocho meses y 4 días para vencerse el plazo, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 54 Judicial II para Asuntos Administrativos, trámite que culminó el 2 de julio de 2010[[3]](#footnote-3), tras expedirse la constancia en la cual se daba cuenta de que la audiencia se declaró fallida por ausencia de ánimo conciliatorio. A partir del día siguiente se reanudó el término de un año, ocho meses y cuatro días restantes para completar los dos años de caducidad, los cuales vencían el 7 de marzo de 2012.

Corolario de lo plasmado, al haberse presentado la demanda el 1 de marzo de 2012, se concluye que su interposición fue oportuna[[4]](#footnote-4).

**3.- Legitimación en la causa**

La legitimación en la causa en el ejercicio de la acción contractual, según lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A.[[5]](#footnote-5), se reservó a las partes cocontratantes de la relación obligacional, restricción que conlleva al entendimiento de que el daño o perjuicio por cuya indemnización se entabla el litigio tiene como fuente el negocio jurídico, del cual solo pueden desprender derechos y obligaciones, a través de este cauce procesal, quienes conforman uno de sus extremos.

**3.1. Por activa**

Con base en estos conceptos, le asiste legitimación en la causa por activa a la sociedad A. Cruz Ltda. y a Nelson Fernando Rangel Pardo, en calidad de integrantes del consorcio Islas, para conformar el extremo demandante, en su condición de contratista dentro del negocio jurídico identificado con el número 2080365, escenario en el que se produjeron los supuestos de hecho que son materia de reclamación.

**3.2. Por pasiva**

Le asiste legitimación en la causa por pasiva al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade para integrar el extremo demandado, dada su calidad de contratante del acuerdo en cuyo desarrollo se gestó la controversia.

**4. Cuestión previa – sobre la valoración de los documentos aportados por Fonade con la contestación de la demanda presentada extemporáneamente**

Al iniciar la argumentación del recurso de apelación interpuesto por Fonade se reprochó la valoración que el tribunal de primera instancia efectuó sobre las pruebas aportadas junto con la contestación de la demanda presentada por esa entidad de forma extemporánea.

Consideró que no resultaba procesalmente ajustado que se desestimaran los argumentos de la defensa, por haber sido allegados fuera del término legal y, al mismo tiempo, se diera valor probatorio a los documentos que acompañaron el escrito presentado extemporáneamente.

Al respecto, la Sala considera necesario puntualizar que, aun cuando la decisión de primera instancia en su gran mayoría se sustentó en la prueba documental emanada y procedente de Fonade, relacionada con la ejecución del contrato, lo cierto es que las referidas piezas procesales fueron las allegadas por la entidad demandada como consecuencia de la orden proferida en ese sentido mediante auto del 10 de julio de 2012, por el cual se abrió el debate probatorio[[6]](#footnote-6).

En efecto, mediante oficio 0554 del 27 de julio de 2012, la Secretaría del Tribunal Administrativo de primer grado libró oficio a Fonade para que remitiera los documentos solicitados en el acápite de pruebas de la demanda, que se relacionaban con la celebración, ejecución y liquidación del contrato 2080365[[7]](#footnote-7).

En cumplimiento de esa orden, Fonade, a través de oficio del 16 de agosto de 2012, remitió copias auténticas de la totalidad de los documentos requeridos, los cuales fueron aportados en cuatro anexos.

Así pues, al margen de que las pruebas allegadas con la contestación de la demanda hubieran coincidido en su contenido con aquellas traídas al proceso como consecuencia del decreto probatorio, lo cierto es que la decisión que se adopte en esta instancia será fundamentada en las pruebas válida y oportunamente incorporadas al proceso.

**5.- Régimen jurídico del Contrato No. 2080365 de 2008 celebrado entre Fonade y el consorcio Islas**

Para la época en que se dio apertura al procedimiento de selección –*diciembre de 2007*- que dio origen a celebración del Contrato No. 2080365 del 27 de febrero de 2008, celebrado entre FONADE y el consorcio demandante, ya había sido promulgada la Ley 1150 de 2008, normativa en cuyo artículo 26 estableció que la actividad contractual del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo se habría de someter a las normas del Estatuto de Contratación Pública, contenido en la Ley 80 de 1993.

De ahí que el contrato en referencia se rigió por las normas contenidas en el Estatuto de Contratación Estatal.

En este punto resulta imperioso advertir que, aun cuando en el pliego de condiciones denominado “*reglas de participación*”, que sirvió de base para la celebración del contrato del que se ocupa la Sala, no se hizo invocación alguna a la aplicación de la Ley 80 de 1993, tal acontecer no resulta suficiente para establecer el devenir o las etapas adelantadas en el procedimiento de escogencia del contratista que, en todo caso, se adelantó por el sistema de convocatoria pública, a lo que se suma que en el caso no se somete a discusión lo ocurrido en la etapa pre contractual, sino lo acontecido en relación con su ejecución.

Basta lo dicho para concluir que el estudio del caso se abordará desde la óptica de aplicación del Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

**6.- Algunas precisiones en torno a los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual. Causas y consecuencias**

Uno de los argumentos centrales del recurso de apelación formulado por Fonade apuntó a que el Tribunal de primera instancia despachó favorablemente las pretensiones de incumplimiento contractual deprecadas en la demanda con fundamento en la supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato, frente a lo cual el apelante reprochó que en el caso no se analizaron y tampoco se reunieron los elementos en cuya virtud se habría de configurar un desequilibrio económico –*en relación con el cual además discrepa sobre su aplicación en el ámbito de los contratos celebrados por entidades públicas regidos por el derecho privado como, según sostuvo, era el caso de Fonade*- como tampoco aquellos constitutivos de responsabilidad contractual.

Para resolver el cuestionamiento del censor respecto de la perspectiva desde la cual debió abordarse el análisis del caso concreto, la Sala advierte la necesidad de realizar algunas puntualizaciones sobre las dos figuras en comento.

Como punto de partida, debe iniciarse por indicar que, de manera reiterada, esta Subsección ha enfatizado en que la conservación del sinalagma prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar la oferta y que le sirvieron de cimiento.

En ese sentido, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “*Hecho del Príncipe*” o en uso de sus facultades de entidad contratante a través de las potestades excepcionales “*Ius variandi”*, pero que en ningún caso se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante.

Igualmente, el legislador ha establecido que dicha equivalencia debe garantizarse a ambas partes, en tanto no constituye un privilegio exclusivo del contratista particular.

No sobra señalar, en tanto así lo provoca Fonade entre sus argumentos de la apelación, que, con apego a las reflexiones de esta Corporación, la figura del equilibrio económico no corresponde a una figura privativa de los negocios jurídicos gobernados por el derecho público, dado que, por vía de principio, está llamado a imperar en todas las relaciones negociales bilaterales, con independencia del régimen jurídico que las informe*[[8]](#footnote-8).*

*A contrario sensu*, el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.

Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico.

Asimismo, tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral[[9]](#footnote-9).

Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos cocontratantes que, de manera injustificada se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulada.

Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y, desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligacional, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados.

Siguiendo con el estudio del tema, se recuerda que esta Subsección se ha ocupado de puntualizar las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que de uno y otro caso se desprenden[[10]](#footnote-10).

Ahora, aunque las figuras analizadas obedecen a causas diferentes y tienen consecuencias distintas, la jurisprudencia de esta Subsección ha reconocido que en algunas oportunidades las decisiones judiciales han adoptado posturas que permiten identificar, impropiamente, el incumplimiento contractual como causa de la ruptura económica del contrato[[11]](#footnote-11).

De cualquier modo, en atención al principio constitucional que impone la prevalencia de lo sustancial sobre la forma, corresponderá al juez de la causa determinar en cada caso particular desde cuál óptica debe emprenderse el respectivo análisis.

Descendido lo anterior al caso concreto, la Sala evidencia que la parte actora reiteradamente sostuvo que el supuesto fáctico de sus pretensiones se apoyaba en el incumplimiento del contratante de su obligación de entregar estudios de suelos adecuados y ajustados a las verdaderas características de la estratigrafía del terreno sobre el cual se construyó el módulo 5 del estadio de sóftbol, inobservancia obligacional que comportó la vulneración del principio de planeación y que dio lugar a la ejecución de mayores cantidades de obra y obras adicionales cuyo reconocimiento constituye la materia de pretensión en cuantía de $752’665.532, por concepto de obras de recimentación.

Así mismo, como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se pretende el reconocimiento y pago de la suma de $48’918.012,00, incluido el AIU, por concepto del ajuste del precio unitario del ítem 07.03, cubierta metálica en forma de arco, el cual fue debidamente autorizado por Fonade, en valor de $143.574 con ocasión del cambio de diseño aprobado por la interventoría.

También se solicitó el pago de la suma de $37’253.195,20, por concepto del suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla, cuya instalación no fue autorizada por Fonade, luego de su adquisición y transporte a la isla por parte del consorcio, a pesar de estar contemplado en el contrato.

Finalmente, se reclamó el pago de la suma de $7’750.317, como saldo consignado en el acta de liquidación final a favor del contratista por retención en garantía practicada en el desembolso No. 11.

Como se aprecia, lo que en realidad se encuentra en discusión, más allá de corresponder a un evento de ruptura del equilibrio económico del contrato, obedece a un caso en el cual se atribuye responsabilidad contractual al ente público por no honrar su obligación de entregar estudios de suelos adecuados y pagar las obras adicionales que debieron ejecutarse como resultado de las falencias originadas en la inexactitud de la estratigrafía del terreno, así como por no haber cumplido los compromisos adquiridos en torno a los ajustes de precios unitarios acordados, al pago de la totalidad de los elementos suministrados y al pago del saldo adeudado al contratista, de tal suerte que es a partir de esta última perspectiva desde la cual debe emprenderse el análisis del caso.

Precisado lo anterior, la Sala abordará el estudio de los demás cargos de apelación formulados por Fonade y dirigidos a desvirtuar el incumplimiento contractual declarado en la sentencia de primera instancia.

**7.- El alcance de las pretensiones en relación con los puntos materia de salvedad en el acta de liquidación bilateral del contrato**

Antes de abordar el estudio de los argumentos presentados tanto por Fonade como por la parte actora en el recurso de apelación, concierne determinar si jurídicamente resultaba procedente, en sede judicial, formular las pretensiones invocadas en la demanda.

Para ese propósito debe tenerse en consideración que el Contrato de Obra No. 2080365 fue liquidado bilateralmente por Fonade y el consorcio Islas mediante acta suscrita el 29 de diciembre de 2009 y, en tal virtud, la prosperidad de las pretensiones aquí formuladas se encuentra supeditada a las salvedades que el demandante hubiere consignado en el mencionado documento.

A propósito del tema relativo a la liquidación bilateral de los contratos, la Sección Tercera de esta Corporación, de manera uniforme y reiterada ha considerado[[12]](#footnote-12) que, una vez el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, el documento en el que consta contiene un consenso de los extremos contratantes que no puede ser desconocido posteriormente ante la instancia judicial por parte de quien lo suscribe, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o se deje expresa constancia de la existencia de salvedades o discrepancias respecto del cruce de cuentas que allí se consigna.

Atendiendo a esa lógica, el ejercicio de la acción contractual se encuentra circunscrito a la posibilidad de controvertir exclusivamente aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el accionante hubiere manifestado expresamente su disconformidad en el acto de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, quedando excluido aquello respecto de lo cual se hubiere guardado silencio[[13]](#footnote-13).

Se impone agregar que el alcance y el sentido de la liquidación definitiva de un contrato es el de un verdadero balance o corte de cuentas, de tal suerte que solo a partir de su contenido será posible determinar si alguno de los extremos de un contrato le debe algo al otro y, de ser así, en qué cuantía[[14]](#footnote-14).

Siguiendo la referida orientación jurisprudencial, procede la Sala a examinar el acta de liquidación final del Contrato No. 2080365, suscrita entre las partes con el fin de determinar: i) si el contratista en realidad consignó algunas salvedades acerca de su contenido y ii) en caso de ser así, si dichas inconformidades guardan coincidencia con las pretensiones que se ventilan.

En el texto de dicho documento el contratista, consorcio Islas, dejó las siguientes salvedades[[15]](#footnote-15) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“…CONSORCIO ISLAS, consorcio contratista del Contrato 2080365 del 27 de febrero de 2008 suscrito con FONADE deja constancia de que se reserva el derecho de reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, según solicitud hecha al gerente general de FONADE, mediante oficios de fechas 29 de octubre, 18 de noviembre y 11 de diciembre de 2009, radicados en la oficina de correspondencia de FONADE, bajo los números 2009-430-071592-2, 2009-430-076255-2 y 2009-430-083616-2, respectivamente, equilibrio que se vio afectado por las siguientes causas:*

*“PRIMERA: la necesidad de realizar por parte del consorcio Islas, las obras necesarias para la reparación de los problemas presentados en los módulos 4 y 5 de la estructura, que se originaron en la falta de conocimiento de la estratigrafía del suelo de fundación en el que se apoyaron dichos módulos, conocimiento que era necesario para la correcta escogencia del tipo de cimentación que mejor se adecuara al terreno en el que se debía cimentar la edificación a construir y que no se tuvo por la falta de observancia en el diseño de las exigencias contenidas en el título h del Decreto 33 de 1998, el cual desarrolló el artículo 48 de la Ley 400 de 1997. El valor de estas obras, según liquidación presentada a FONADE fue de $752’665.532.*

*“(…).*

*“TERCERA: El ajuste solicitado a FONADE y aprobado por la entidad al precio unitario presentado para el ítem suministro e instalación de cubierta plana en acero galvanizado calibre 22 de 33 centímetros apoyada en perlines tipo C, calibre 16 pintados por las dos caras, incluye remates especiales y limatesas en aluzinc calibre 24, esmalta, inhibidor de corrosión incluye materiales equipos y mano de obra, precio este que fue aprobado por FONADE, según memorando número 000953000007623 del 15 de marzo de 2009, con un valor de $143.574,oo, ajuste que no fue tenido en cuenta en el acta de recibo final por parte de la interventoría. Este ajuste fue motivado en el cambio de diseño de la cubierta en su sector curvo, una vez descontado el valor recibido en el acta del 30 de noviembre para el tramo cuyo ajuste se reclama, genera un saldo a favor del consorcio Islas de $48’918.012,oo.*

*“CUARTA: El no reconocimiento por parte de la interventoría en el acta de recibo final del suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla cuya instalación no fue autorizada por FONADE luego de su adquisición y transporte a la isla por parte del consorcio islas y cuya manifestación de uso por parte de la Gobernación de San Andrés fue expresada por funcionarios de esa dependencia en recorrido al escenario llevado a cabo el pasado 1 de diciembre de manera conjunta del delegados de FONADE, Gobernación, contratista e interventoría. El valor por este concepto corresponde al valor pactado en el contrato (ítems 15.101 y 15.103) para ese concepto, es decir la suma de $37’253.195,20, una vez descontada su instalación.*

*“(…).*

*“SEXTA: De igual manera, el Consorcio Islas se reserva el derecho a reclamar el reconocimiento de los intereses por concepto de los valores contractuales que te fueron retenidos al contratista, desde el momento en que las obras objeto del contrato fueron terminadas, hasta las fechas en que realmente se pagaron o e pagaran las obras ejecutadas, así como los intereses que se produzcan durante el tiempo en que transcurran entre el momento de recibo de las obras hasta el momento en que se cancelen los reconocimientos que se reclaman”.*

Frente a la anterior anotación, el Tribunal *a quo* estimó que existía una correspondencia absoluta entre lo que se consignaba a título de salvedad en el acta de liquidación y lo que se pretendía en la presente causa, razón por la cual se pronunció frente a cada una de las reclamaciones elevadas.

Sobre el particular cabe hacer dos comentarios:

En primer lugar se advierte que, si bien se formuló como pretensión de la demanda que se condenara a Fonade a pagar *“La suma de $7’750.317, por concepto de saldo sobre el valor señalado en el acta de liquidación final a pagarle al contratista por retención en garantía practicada en el desembolso No. 11*”, solicitud que no fue incluida dentro de las salvedades, la Sala observa que su ausencia se debió a que el fundamento fáctico que la sustenta alude a un hecho ocurrido con posteridad a la firma del acta en mención, relativo a la falta de pago total del saldo reconocido a su favor en ese documento.

Bajo la anterior precisión, resulta viable estudiar la prosperidad de la pretensión en comento, pese a no haberse dejado salvedad al respecto, en tanto materialmente no era posible anticiparse a la falta de pago de los emolumentos señalados como saldo a favor del contratista en el acta de liquidación.

En segundo lugar, se advierte que las sumas pretendidas en la demanda se solicitaron de manera consecuencial a la declaratoria de incumplimiento contractual endilgado a Fonade, mientras que las salvedades consignadas en el acta se identificaron con los mismos valores pedidos en las pretensiones, pero su ocurrencia se atribuyó a la ruptura del equilibrio económico del contrato 2080365.

Sobre este tema, vale reiterar que los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual tienen un tratamiento jurídico distinto y que en el caso concreto la base de reclamación, en realidad, se estructuró en la ocurrencia del segundo de los fenómenos enunciados y no del primero.

Sin embargo, pese a que en el contenido de la salvedad se dejó consignado que la causa de la reclamación era el desequilibrio económico del contrato, en aplicación del principio que orienta la prevalencia de la sustancia sobre la forma y en acatamiento del principio de acceso a la Administración de Justicia, la Sala habrá de resolver el asunto bajo la comprensión de que los hechos materia de debate se atribuyen al incumplimiento contractual de la entidad pública.

**8-. Cargos del recurso de apelación presentado por Fonade**

**8.1.- El incumplimiento en la entrega de estudios de suelos adecuados y la obligación de reconocer las obras de recimentación ejecutadas como consecuencia de los asentamientos presentados en el módulo 5 por la inexactitud de las condiciones estratigráficas del terreno**

El Tribunal *a quo* encontró acreditado que el contratista ejecutó mayores cantidades de obra y obras adicionales que fueron aceptadas y recibidas a satisfacción tanto por la interventoría como por Fonade, a lo que añadió que los estudios de suelos suministrados por Fonade no correspondían al lugar donde debió construirse el módulo 5, hecho que no era conocido por el contratista. Por lo anterior, estimó que la entidad desatendió el principio de planeación y explicó que, para resolver los problemas de asentamiento, el contratista llevó a cabo las obras de recimentación, por lo que estas debían ser reconocidas.

La Sala abordará el análisis del caso de conformidad con los hechos relevantes probados en el proceso, cuyo examen se abordará en el orden cronológico de su ocurrencia:

* **Estudios de suelos adelantados antes de la iniciación del procedimiento de selección**

Uno de los documentos integrantes de los estudios elaborados por Fonade como soporte técnico para la construcción del estadio de sóftbol fue el estudio de suelos realizado por el ingeniero civil Mauricio Chacón en noviembre de 2007 y titulado “*Estudio de suelos y recomendaciones de cimentación para las construcciones, adecuaciones, y reforzamiento del estadio de sóftbol, las canchas de tejo y el estadio de sóftbol de San Andrés Islas – Colombia*”.

En el contenido de ese estudio se consignó[[16]](#footnote-16) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Con el propósito de investigar las características geotécnicas del subsuelo, se realizaron nueve (9) perforaciones, denominada así:*

*“(…).*

*“2.1 Descripción General*

*El lote es plano y contempla la adecuación y reforzamiento del Estado de Futbol, la Construcción de las nuevas Canchas de Tejo y adecuaciones en el estadio de sóftbol, en las canchas de Tejo se plantea la construcción de una zona de graderías y usos anexos como vestieres, gimnasio, etc, la ubicación coincide con los sitios donde actualmente funcionan estas instalaciones.*

*“(…).*

*“2.3. Perfil y Características Geométricas*

*“Los suelos encontrados hasta la profundidad de explorada poseen promedio las siguientes características:*

*“Definiendo como nivel 0.00 el nivel del terreno existente:*

*“2.70-13.60 Roca coralina con presencia de arenas e incrustaciones de areniscas grises, aparecen restos de conchas.*

*“13.60-fin areniscas de grano fino grisáceas a habanas con presencia de conchas”* (destaca la Sala).

Durante la fase de realización de los estudios previos, y antes de la apertura del procedimiento de selección, la entidad decidió la reubicación del terreno en el que se construiría el estadio de sóftbol, lo cual se desprende de uno de los apartes de su contenido[[17]](#footnote-17)(se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“****Para el estadio de sóftbol dada la nueva ubicación con respecto al planteamiento inicial de este estudio, se aplicarn las recomendaciones entregadas para el estadio de béisbol que son****:*

*“****Después de un estudio cuidadoso se ha concluido que la cimentación más aconsejable para el proyecto en consideración es un sistema de zapatas aisladas o corridas unidas con vigas de rigidez con las dimensiones que determine el ingeniero calculista de acuerdo con los resultados del análisis estructural apoyadas sobre la capa de roca coralina que aparece a una profundidad de entre 2.80 y 3.10 que aparece bajo el nivel actual del terreno****, queda al criterio del calculista de manera que no sea necesario realizar trabajos bajo el nivel freático el plantear colocar una capa de ciclópeo de altura variable entre 2.00 y 1.70 m de alto y 0.50 m de sobre ancho de manera que las zapatas quedan ubicadas a 1.10m. el nivel de la roca en el sondeo de la parte de la cancha aparece a 3.60 m”* (destaca la Sala).

La lectura integrada de ese documento permite extraer que en la primera parte se dejó descrito el perfil estratigráfico, el cual contenía una descripción de los materiales que se hallaban en el subsuelo y de un promedio de los distintos niveles de profundidad en los que, a lo largo y ancho del área, estos podrían encontrarse.

En consonancia con lo anterior, la segunda parte del documento revela la profundidad a la cual debía asentarse la cimentación sobre la roca coralina y el sistema constructivo de fundación que debía implementarse.

* **El procedimiento de selección y la obligación de entregar estudios de suelos para la construcción del estadio de sóftbol de San Andrés**

Se encuentra acreditado que, en diciembre de 2007, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade abrió el procedimiento de selección IPG 2272-197055 para contratar, por el sistema de precios unitarios, la construcción del estadio de Sóftbol para los “*XVII Juegos Deportivos Nacionales*” en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”. Dentro del documento contentivo de las reglas de participación se plasmaron las siguientes[[18]](#footnote-18) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“4.9.- PROPIEDAD INTELECTUAL*

*“Teniendo en consideración que la obra a realizar debe sujetarse a los diseños que para el efecto serán entregados por FONADE, al contratista no le asiste sobre los mismos ningún derecho de propiedad intelectual (…).*

*“El contratista deberá respetar los diseños arquitectónicos y diseños técnicos suministrados por FONADE”.*

*“5.8.1. CONTROL DE LOS CAMBIOS DEL DISEÑO Y DESARROLLO*

 *“(…).*

*“Para el presente proceso cuyos estudios fueron suministrados por Coldeportes, serán estos quienes realicen los ajustes y validen las modificaciones (…)”* (destaca la Sala).

La obligación de elaborar y entregar los estudios de suelos que sirvieron de apoyo técnico para la ejecución del proyecto de construcción del estadio de sóftbol de San Andrés fue contraída por Fonade.

Surge con claridad que, en cumplimiento de lo previsto en las reglas de participación de la convocatoria que dio lugar a la celebración del contrato, el estudio de suelos que sirvió de apoyo técnico para la construcción del estadio de sóftbol fue suministrado por Fonade, entidad contratante a la que, a su a turno, se los entregó Coldeportes, ente encargado de realizar la consultoría del proyecto para la construcción de varios espacios deportivos, entre ellos, los estadios de sóftbol, fútbol y béisbol de San Andrés.

Para ejecutar el objeto contratado, según fue indicado en el pliego de condiciones, el constructor debía necesariamente sujetarse en estricto rigor a los términos plasmados en los referidos estudios geotécnicos y al sistema de cimentación planteado por el diseño estructural realizado con base en aquellos.

En este evento no se le concedió libertad ni autonomía al contratista para que, de conformidad con sus praxis y a los hallazgos surgidos en medio del proceso constructivo, realizara ajustes o modificaciones a los estudios y a los diseños.

* **La propuesta presentada por el consorcio Islas**

Se encuentra acreditado que, el 28 de enero de 2008, el consorcio Islas presentó propuesta para participar en el procedimiento de selección IPG 2272-197055[[19]](#footnote-19).

En el contenido de ese documento el oferente manifestó que conocía las especificaciones técnicas de las obras objeto del contrato y que Fonade facilitó la información técnica para la elaboración.

En ese sentido, la Sala considera que, si bien no se sabe con certeza la fecha en la que el demandante conoció el contenido de los estudios geotécnicos base del proyecto, de lo advertido anteriormente se deprende que para la fecha de presentación de la propuesta ya los conocía.

Igualmente, se observa que el presupuesto y cantidades de obra se elaboraron con base en las especificaciones de cimentación contenidas en el estudio de suelos, a cuyo sometimiento remitió las reglas de participación, las cuales se concretaron en la colocación de zapatas.

Así se observa del siguiente listado:

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| ITEM .ESP. TEC | DESCRIPCION | UNIDAD DE MEDIDA  | CANTIDAD  | VAL,OR UNITARIO | VALOR PARCIAL  | VALOR TOTAL POR CAPITULO  |
| 002 | CIMENTACIÓN |  |  |  |  |  |
| 02.01 | EXCAVACION MECANICA  | M3 | 1.600.00 | 28.499.00 | 45.598.4000.00 |  |
| 02.02 | EXCAVACION MANUAL CIMENTACION  | M3 | 287.00 | 36.934.00 | 10.445.078.00 |  |
| 02.03 | CONCRETO POBRE F’C=175Kg/cm2 | M3 | 10.00 | 551.000.00 | 5.510.000.00 |  |
| 02.04 | RELLENOS EN RECEBO  | M3 | 20.00 | 121.941.00 | 2.438.820.00 |  |
| 02.05 | REFUERZO ZAPATAS FY=4200 kg/cm2 | KG | 8.600.00 | 3.300.00 | 28.380.000.00 |  |
| 02.06 | CONCRETO ZAPATAS F’C=210KG/CM2 | M3 | 115.65 | 785.000.00 | 90.785.250.00 |  |
| 02.07 | CONCRETO CICLOPEO  | M3 | 15.00 | 695.000.00 | 10.425.000.00 |  |
| 02.08 | SUBBASE EN SUELO MEJORADO | M3 | 560.00 | 192.347.00 | 107.714.320.00 |  |
| 02.09 | REFUERZO VIGAS DE AMARRE FY=4200 KG/CM2 | KG | 13.5152.94 | 3.300.00 | 43.404.702.00 |  |
| 02.10 | CONCRETO VIGAS DE AMARRE F’C=210 KG/CM2 | M3 | 114.00 | 825.000.00 | 94.050.000.00 |  |

* **La celebración del contrato, sus prórrogas y adiciones**

Como resultado del procedimiento de selección, el 27 de febrero 2008, Fonade y el consorcio Islas celebraron el contrato de obra No. 2080365, con el objeto de construir el estadio de Sóftbol para los “*XVII Juegos Deportivos Nacionales*” en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por valor de $6.031’627.422,90, incluido AIU y un plazo de ejecución de siete meses y quince días.

Adicionalmente, en la cláusula primera se pactó que su objeto se cumpliría de acuerdo con “*los documentos e información técnica suministrada por FONADE”,* entre ellos el estudio de suelos.

Asimismo, se observa que el sistema constructivo de cimentación descrito en el presupuesto y cantidades de obra detalladas en el contrato, de acuerdo con lo detallado en el ítem 002, correspondió a la colocación de zapatas, según fue previsto en el estudio geotécnico[[20]](#footnote-20) e igualmente acogido en la propuesta.

El 29 de febrero de 2008, las partes suscribieron el acta de inicio del contrato No. 2080365[[21]](#footnote-21). En lo sucesivo el contrato tuvo varias prórrogas, adiciones en su valor y suspensiones que en suma extendieron su plazo, inicialmente, hasta el 9 de marzo de 2009 y aumentaron su valor en la suma de $ 8.301’867.898,90[[22]](#footnote-22).

* **El proceso constructivo de cimentación ejecutado por el contratista se ciñó a los estudios y diseños entregados por Fonade y realizados por sus consultores**

Se demostró en el proceso que la cimentación realizada por el contratista atendió en estricto rigor a las especificaciones técnicas trazadas en los estudios previos elaborados por Fonade en asocio con sus consultores y sus diseñadores, según el informe rendido el 1 de julio de 2009 por la interventoría a Fonade, en el cual puso de presente que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Desde el inicio de la ejecución de las excavaciones para cimentación se llevó a cabo el siguiente proceso constructivo:*

*“.- Se lleva a cabo una excavación mecánica hasta el nivel de fundación de la cimentación (hasta el nivel en donde se encuentra el estrato de roca coralina), el cual se debió encontrar al tanteo, pues no se contó con los datos del estudio de suelo para el área de construcción del proyecto.*

*“-. Se lleva a cabo una limpieza manual de la excavación hasta que sea visible la roca coralina.*

*“(…).*

*“-. Posteriormente se aplica el concreto en espesores máximo de 3 cm y posteriormente una capa de material y así sucesivamente hasta llegar hasta el nivel anotado en planos para la construcción de las zapatas.*

*“Las excavaciones en los ejes desde el 1 hasta el 22 y entre los ejes A, B, C, D y E no presentaron inconveniente alguno es solo hasta el 23 en donde el nivel freático aumenta el estrato de roca coralina aumenta su profundidad, punto en el cual inician los inconvenientes en la excavación para el nivel de fundación del escenario.*

*“11.-La intervención de las cuadrillas se llevó a cabo de acuerdo al proceso constructivo descrito anteriormente, las cuadrillas intervinieron en cada una de las actividades descritas en el mismo orden de la ejecución de las actividades, la cual se describe a continuación:*

*“Inicialmente hace la excavación una máquina retroexcavadora que hace la excavación hasta la profundidad del nivel de fundación, proceso en el cual participaba el operario de la máquina y un ayudante en tierra para dirigir la operación de la máquina.*

*“Luego se llevaba a cabo una limpieza manual de fondo de la excavación de manera que la superficie del suelo de fundación quedara lo más limpio posible antes, proceso en el cual participaba una cuadrilla de dos ayudantes usando herramientas menores (baldas y palas).*

*“-. Se lleva a cabo la preparación de las piedras que se aplicaran con el concreto para la configuración del ciclópeo el cual consistía en la fragmentación de material con unas dimensiones aproximadas a 30 cm, en el cual participaba una cuadrilla de máximo de 3 personas usando herramienta menor (mona de 20 kg, barras y picas).*

*“(…).*

*“12.- Las modificaciones de los diseños estructurales hechas en estos elementos obedecieron únicamente a los diseños enviados por COLDEPORTES o por los diseñadores estructurales y especialistas de suelos remitidos a esta interventoría anotadas en la bitácora por los mismos en sus visitas periódicas, en ningún momento se aceptaban propuestas diferentes a estas pues esta interventoría no está facultada para tomar decisiones que modificaran los diseños originales, en cada visita realizada al escenario por los consultores se trataron los temas pendientes y pretendió evacuar la mayoría de aclaración a los diseños.*

*“13.- Durante la ejecución de la obra no se tomaron decisiones que modificarán los diseños estructurales sugeridos por la SCA, cualquier necesidad de modificación fue debidamente consultada a la entidad FONADE o COLDEPORTES con el fin de recibir las recomendaciones de los diseñadores del proyecto, durante la ejecución de la obra se presentaron los inconvenientes normales de cualquier construcción, de presentarse juntas fría se manejaban de acuerdo a lo establecido en la NSR-98 y de acuerdo a elemento afectado, los refuerzos siempre se respetaron y se guardaron las áreas de los mismos de acuerdo a los planos, los diseños no fueron cambiados aumentando elementos estructurales no establecidos en los planos que pudieran modificar las cargas originales de diseño”* (destaca la Sala).

* **Dificultades surgidas en la etapa de ejecución contractual derivadas de los estudios de suelos entregados por Fonade**

Se acreditó en el proceso que varias de las ampliaciones en plazo y aumento en su valor obedecieron a la necesidad de ejecutar mayores cantidades de obras en razón a que los estudios de suelos entregados por Fonade no reflejaron las verdaderas condiciones estratigráficas del terreno sobre el cual se construiría el estadio de sóftbol.

Así se desprende del acta de prórroga y adición No. 1 al contrato 2080365, suscrita el 4 de septiembre de 2008, en la que se expusieron las siguientes motivaciones (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“3.1.- Durante la excavación se encontró que el nivel de agua freática presentaba profundidades variables, distintas a las establecidas en el estudio de suelos. Durante la ejecución de la obra, se encontró que la roca coralina que de acuerdo con el estudio de suelos debía estar a 2.70 metros, se encontraba a una profundidad superior. Durante la ejecución de la obra se encontró que el perfil estratigráfico consignado en el estudio de suelos no coincide con lo realmente comprendido en el sector comprendido entre los ejes 23 y 28. Las recomendaciones presentadas por el ingeniero de suelos fue la continuar la excavación hasta la encontrar la roca coralina y cimentar sobre ella y efectuar excavación mecánica entre los ejes 23 y 28 hasta fundir la roca ciclópea y fundir concreto ciclópeo[[23]](#footnote-23).*

*“(…).*

Se demostró igualmente que esa falta de correspondencia entre la información presentada en el estudio de suelos y las condiciones reales del terreno se debió a que Fonade entregó al contratista un estudio de suelos practicado sobre un terreno distinto de aquel en el que se construiría el estadio de sóftbol, que para ese momento ya se había cimentado, según lo dejó consignado la interventoría en un oficio fechado el 26 de febrero de 2009 y dirigido a Fonade. Se destacan algunos apartes de este estudio[[24]](#footnote-24) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“…el estudio de suelos que se siguió para el diseño de este escenario correspondía al lote en donde se ubica el escenario futbol.*

*“Tales hechos demostraron que fue necesario reevaluar la cimentación del escenario de béisbol.*

*“Es de resaltar que dichas decisiones fueron tomadas por Coldeportes Fonade y la Gobernación antes del inicio del contrato de esta interventoría.*

*“En el momento del proceso de cimentación se evidenciaron en terreno características que no se observaban en el estudio de suelos, por lo tanto fue necesaria la intervención del diseñador para modificar el diseño de la cimentación en los últimos cinco ejes del proyecto (ejes 24, 25, 26, 27 y 28) los que incluyen el módulo 5”* (resalta la Sala).

* **La incidencia de las verdaderas condiciones del terreno en los resultados del proceso constructivo de cimentación**

Se acreditó en el proceso que las condiciones reales del terreno, evidenciadas durante la ejecución del contrato, en relación con la profundidad en la que se encontró la roca coralina -fundante-, llevaron a que el procedimiento constructivo recomendado por los consultores de Fonade a base de zapatas aisladas[[25]](#footnote-25) no resultara adecuado como base de la estructura, al punto de que, una vez cimentado, el suelo empezó a presentar asentamientos diferenciales en el sector cinco, según se desprende de la información que se reseña a continuación.

Mediante oficio del 15 de enero de 2009, la interventoría indicó al contratista que desde el 16 de septiembre de 2008 se evidenció una diferencia de niveles a la altura libre del primer piso del sector 5, en relación con los demás sectores, por lo que se le solicitó realizar revisiones de rigor incluyendo carteras topográficas e informes de los asentamientos presentados, con el fin de identificar el problema y hacer las correcciones necesarias[[26]](#footnote-26).

El 20 de enero de 2009, Fonade requirió al contratista en los siguientes términos[[27]](#footnote-27) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“…la interventoría señala que se identifica una diferencia de niveles apreciable en la altura libre del primer entrepiso del sector 5, en relación con los demás sectores, se solicitó adelantar revisiones tanto de la interventoría como de FONADE en los diferentes comités de seguimiento para que se proceda a ejecutar las reparaciones necesarias, las cuales no han sido atendidas por ustedes por lo anterior solicitamos lo siguiente:*

*“Presentar un plan de acción en el cual se incorporen las siguientes actividades:*

*“Concepto de su especialista estructural respecto de los asentamientos y actividades que se requieran ejecutar para cumplir con los estándares de calidad tanto de las normas técnicas (NSR 98) como de su plan de calidad”.*

El 9 de febrero el asesor estructural del contratista, Hernando Zárate, presentó un concepto frente a las causas de los asentamientos, en los siguientes términos[[28]](#footnote-28) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“…el asentamiento (…) esta generado por el tipo de cimentación utilizada a lo largo del eje 28, (…), por lo que considero que este tipo de cimentación no se ha debido utilizar en dicho eje, esto conlleva a que el esfuerzo sobre el terreno bajo el apoyo mencionado sea diferente en el esfuerzo presente en el apoyo 27…”* (destaca la Sala).

El 13 de febrero de 2009, el asesor estructural, Oswaldo Escobar, rindió concepto sobre las fallas presentadas en el módulo 5 y acerca de esa situación advirtió[[29]](#footnote-29) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“b. Modificaciones a la cimentación. Debido a las dificultades que se presentaron para encontrar el estrato de soporte de la cimentación, finalmente localizada a aproximada 7.0 metros de profundidad, se hizo un diseño alternativo de cimiento para los ejes 22 y siguientes incluidos los ejes 26 y 27, avalado por el ingeniero de suelos. Este diseño alternativo a pesar de haber sido sobre el mismo estrato de soporte (roca), previo la posibilidad de un asentamiento diferencial en algún punto de los ejes bajo el pórtico y por ello se diseñó una zapata corrida con una viga de alta rigidez que hace muy improbable una falla localizada”* (subraya la Sala).

En documento del 5 de junio de 2009, Fonade indicó al asesor de infraestructura de Coldeportes que las dificultades presentadas durante la ejecución iniciaron por el hecho de que el perfil estratigráfico del suelo encontrado en el proceso constructivo no correspondía al perfil descrito en el estudio de suelos entregado por ese organismo, lo cual se evidenció al iniciar las excavaciones en esa zona. Informó que la sociedad Colombiana de Arquitectos, en sus visitas semanales, recomendó una nueva cimentación[[30]](#footnote-30).

Mediante oficio del 3 de julio de 2009, el gerente de Fonade informó al director de Coldeportes, entidad a cuyo cargo estuvo el diseño y la consultoría del proyecto, que, de acuerdo con los estudios del constructor, los asentamientos presentados en el módulo 5 del estadio obedecían a problemas de diseños. En ese sentido indicó[[31]](#footnote-31) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“En la carta anexa a su oficio, la Sociedad Colombiana de Arquitectos manifiesta haber sido informada el 27 de enero de 2009 del problema, con lo cual no estamos de acuerdo debido a que la sociedad acompañó toda la ejecución del proyecto en la isla de San Andrés realizando visitas periódicas y conoció de los inconvenientes en las condiciones de suelos encontradas para las cimentaciones del módulo en cuestión diferentes a las previstas y planteó las diferentes soluciones acogidas por el constructor como manifestamos anteriormente .*

*“En conclusión las obras se ejecutaron de acuerdo con los diseños y modificaciones establecidos por la Sociedad Colombiana de Arquitectos. Por lo tanto nuestra recomendación es requerir con urgencia a la sociedad colombiana de arquitectos por calidad de diseño.*

*“(…).*

*“Con el ánimo de ejecutar el proyecto y poder entregar el escenario a COLDEPORTES, FONADE autorizará al constructor el inicio de las obras según solución presentada por el mismo constructor y aprobada por la interventoría, sin el concepto previo de la sociedad evitando mayores perjuicios. Una vez concluida la reparación enviaremos a Coldeportes la valoración de las mismas”.*

Adicionalmente, en el informe rendido el 17 de noviembre de 2009 por la interventoría ante Fonade, se hizo un recuento de lo acontecido en relación con la cimentación, el cual se resume así[[32]](#footnote-32):

i).- Desde abril de 2008, el comité de obra advirtió que en los ejes 23 a 28 la roca no se encontraba en las profundidades indicadas en el estudio de suelos[[33]](#footnote-33), dado que se registró una profundidad de excavación de 5 metros y se dejó constancia de que el perfil de suelos no coincidía con los estudios[[34]](#footnote-34).

ii) En ese mismo mes el ingeniero de suelos y el consultor de Coldeportes, luego de visitar la obra, recomendaron excavar hasta hallar la roca coralina, fundir concreto ciclópeo hasta superar el nivel freático e indicaron que, si la profundidad de excavación era mayor, se revisaría alguna solución estructural como un puente de vigas u otra similar.

iii) En reunión de obra sostenida el 8 de mayo de 2008, a la que asistieron las partes y los diseñadores estructurales y consultores del proyecto, se decidió efectuar una prueba con cajones metálicos para proceder a bombear el agua del nivel freático depositado en las excavaciones.

iv) El 15 de mayo de 2008 la interventoría solicitó a las partes mirar otras alternativas, por no encontrar el estrato de roca, a pesar de llevar excavaciones con una profundidad superior a los 6 metros, para lo cual los expertos de Coldeportes solicitaron realizar excavación mecánica a lo largo de la construcción.

v) El 17 de mayo de 2008, los diseñadores estructurales y consultores del proyecto visitaron la obra. Ese mismo día se realizó excavación mecánica a una profundidad de 4.50 metros y no se encontró estrato rocoso, por lo que se autorizó continuar la excavación hasta encontrar suelo portante.

vi) Los primeros días de enero de 2009 se observó que el asentamiento de los ejes 26 y 27 afectó los elementos estructurales y no estructurales de los módulos 4 y 5, lo que llevó a que Fonade solicitara concepto de los especialistas, junto con los diseñadores y consultores. Sobre ese punto resaltó que en la obra se siguieron las indicaciones impartidas por el especialista de suelos, incluyendo los procesos constructivos para la cimentación.

Con base en las anteriores evidencias, para la Sala está demostrado lo siguiente:

i) que el sistema de cimentación recomendado por el estudio geotécnico fue el de zapatas corridas o aisladas unidas con vigas de rigidez, las cuales debían apoyarse sobre la capa de roca coralina que aparecía, según el estudio de suelos, a una profundidad de 2.80 y 3.10 m.

ii) que durante la ejecución del contrato, en el módulo 5, se advirtió que la roca coralina determinada como suelo de fundación estaba a mayor profundidad que la prevista en el estudio de suelos, cuestión que llevó a que los especialistas que concurrieron por parte de Coldeportes y Fonade recomendaran seguir excavando mecánicamente entre los ejes 23 y 28 hasta hallar la roca coralina como base y fundir allí el concreto ciclópeo, pero sin variar el sistema constructivo de cimentación basado en zapatas corridas o aisladas.

iii) que, luego de finalizar la cimentación, empezaron a presentarse unos asentamientos diferenciales a la altura del primer piso del sector 5, circunstancia que motivó la necesidad de acudir a los distintos especialistas de suelos y estructurales tanto de Coldeportes, en calidad de consultor del proyecto, de Fonade como órgano gestor y a cuyo cargo estaba la entrega y suministro de los estudios técnicos, de la interventoría y del contratista, quienes, salvo algunas diferencias conceptuales, coincidieron en indicar que los asentamientos obedecieron a que el sistema de cimentación utilizado no resultaba adecuado, en consideración a la verdadera profundidad en que se halló la roca coralina determinada como suelo fundante.

* **La solución planteada por las partes para atender los asentamientos presentados en el módulo 5**

Está demostrado que, antes del vencimiento del plazo pactado, el contrato se suspendió en procura de buscar una solución que atendiera los problemas de los asentamientos presentados en el módulo 5, por lo que se recibió parcialmente el objeto contratado bajo la prevención de que las obras de ese sector no se recibirían hasta tanto se repararan las circunstancias alusivas a la cimentación de esa área. Para ese propósito se obtuvo el concepto de un especialista de suelos, quien recomendó que se realizara una recimentación de la zona afectada utilizando un proceso constructivo que no estuviese basado en zapatas corridas y aisladas sino en micropilotes.

La anterior conclusión se encuentra respaldada probatoriamente, entre otros documentos, en el acta del 7 de marzo de 2009, suscrita entre el interventor y el contratista en la cual, con *“el objeto de proceder a verificar el estado y terminación del contrato No. 2080365-2008*”, se dejó constancia de lo siguiente[[35]](#footnote-35) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“A Ios SIETE (7) días de mes de MARZO del año 2009, se reunieron OCTAVIO ACOSTA SANCHEZ como representante legal de CONSTRUCTORA A&C S.A., en su calidad de interventor del contrato y ALFREDO CRUZ MACIAS como representante legal del contratista, con el objeto de proceder a verificar el estado y terminación del contrato, dado que el contratista CUMPLIÓ con el objeto contratado en el plazo establecido.*

*“(…).*

*“En cuanto al módulo 5 se han presentado asentamientos diferenciales que impiden la iniciación del proceso de reparación, ajustes y/o detalles, ya que los controles de nivelación indican que este módulo entre ejes 26, 27 y 28 continúa moviéndose; por lo tanto la terminación y recibo de esta área queda sujeta al resultado de los controles de asentamiento y al concepto que debe emitir tanto el especialista de suelos como el calculista diseñador”* (subraya la Sala).

Sobre el alcance de esta acta se precisa que, si bien fue signada por el interventor y el contratista, lo cierto es que la entidad avaló su contenido, según se desprende de las siguientes piezas procesales:

En oficio del 19 de marzo de 2009, Fonade citó al consorcio Islas para que, en concurso con sus asesores de estructura y suelos, los especialistas de la interventoría y de Fonade asistieran a una reunión para analizar la situación presentada en los asentamientos de los ejes 26 a 28[[36]](#footnote-36).

Mediante comunicación del 4 de mayo de 2009, Fonade indicó al consorcio islas que, de acuerdo con la reunión realizada el 29 de abril de ese año para establecer el plan de acción en relación con los asentamientos presentados en el módulo 5, se le solicitara que remitiera la alternativa técnica para la reparación del módulo y el cronograma de trabajos y actividades para ejecutar los trabajos necesarios[[37]](#footnote-37).

El 27 de marzo de 2009 el contratista remitió a Fonade un documento con dos opciones para proceder a la reparación de los elementos afectados en el sector 5 por los asentamientos presentados[[38]](#footnote-38).

Como se aprecia, la correspondencia en comento refleja la inequívoca intención de la entidad contratante de que la culminación del contrato se supeditara a la realización de las obras de reparación requeridas para solucionar los asentamientos del módulo 5, en los términos de lo plasmado en el acta elevada el 7 de marzo de 2009, esto es, antes de vencerse el plazo contractual, en la que se previó que, no obstante haberse recibido la obra a satisfacción de manera parcial, el contrato no podría entenderse finalizado hasta tanto se solucionaran los problemas asociados a los asentamientos del módulo 5, por cuanto, de lo contrario, la obra encomendada no cumpliría su cometido.

Atendiendo a ese contexto, del contenido del acta en mención la Sala interpreta que, al margen de haberse rotulado como acta suscrita con “*el objeto de proceder a verificar el estado y terminación*”, la verdadera intención allí recogida fue la de someter el vínculo negocial a una condición suspensiva, consistente en que hasta tanto se hallaran las soluciones dirigidas a mitigar la problemática asociada a los asentamientos surgidos en el módulo 5 y, una vez acordadas, se materializaran para poder lograr el cabal aprovechamiento del objeto contratado.

Siguiendo con el recuento de lo probado en relación con este aspecto, se tiene que, en abril de 2009, el contratista presentó el estudio de suelos realizado por la sociedad Alfonso Uribe S y Cía. Ltda.[[39]](#footnote-39), en cuyo contenido se concluyó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Como parte de la documentación entregada a esta Compañía, se encuentra el estudio de suelos y recomendaciones de cimentación para las construcciones, adecuaciones y reforzamiento del Estadio de Futbol, las canchas de tejo y el Estadio de Sóftbol de San Andrés Islas Colombia, realizados por el ingeniero civil Mauricio Chacón R. para la ejecución del estudio de suelos se efectuaron nueve perforaciones a profundidades entre 5 y 20 m. En el informe se describe que en el Estadio de Sóftbol se realizó un sondeo a 5 m, pero no es clara la localización de esta perforación y si efectivamente fue realizada en el área donde se construyeron las graderías, porque según información verbal esta perforación verbal no quedó en el área del proyecto.*

*“(…).*

*“La cimentación, como aparece en los planos estructurales, fue efectivamente diseñada con zapatas aisladas, las cuales fueron fundadas sobre rellenos en concreto ciclópeo apoyados estos directamente sobre la roca coralina y tal como se recomendaba en el estudio de suelos.*

*“Sin embargo, cuando se inició la construcción de los módulos 4 y 5 y específicamente en los ejes numéricos del módulo 4, 23, 24, 25 y 26 y los ejes numéricos del módulo 5, 27 y 28 no se encontró a la profundidad indicada la roca coralina y se varió el sistema por recomendación del ingeniero de suelos a zapatas combinadas o corridas en sentido transversal.*

 *“(…). En el proceso también se utilizaba una retroexcavadora hasta detectar la roca coralina y proceder a fundir el concreto ciclópeo bajo agua, ya que ésta se encontraba prácticamente a nivel de superficie. El sistema de fundida también por descripción verbal contemplaba bajar en la cuchara de la retro la piedra que sería utilizada en el concreto ciclópeo, luego el concreto y así ir conformando el relleno en concreto ciclópeo hasta el nivel de apoyo de las zapatas”.*

*“En el eje 29 que corresponde al extremo módulo 5, no se construyeron zapatas combinadas o corridas, ya que se encontró la roca coralina a 1.2 m de profundidad y se mantuvo la solución de cimentación mediante zapatas aisladas.*

*“(…).*

*“2. CONCLUSIONES*

 *“1.- No existieron perforaciones ni un estudio de suelos detallados para el estadio de sóftbol, únicamente se hace mención a una perforación de verificación del nivel de la roca coralina, pero no se conoce la localización de dicho punto de investigación y si efectivamente fue realizada en el área se construyeron las nuevas graderías. Si se hubieran realizado las perforaciones necesarias en toda el área se habrían detectado los rellenos y arenas sueltas con espesores hasta de 7 m y variando seguramente la solución de cimentación.*

*“2.-Una vez se detectó el problema con la presencia de la roca coralina a profundidades muchísimo mayores a las estimadas inicialmente, con la dificultad de niveles de agua elevados y rellenos sueltos que hacían imposible realizar excavaciones manuales, no se varió el sistema de cimentación en función de la dificultad constructiva ni se presentaron recomendaciones por parte de los diseñadores al respecto. Es así que se utilizó un procedimiento totalmente inadecuado colocando concreto ciclópeo con la cuchara de la retroexcavadora, lo cual necesario hace concluir que el concreto ciclópeo no tiene las características necesarias de soporte, o que seguramente no se alcanzó el nivel de la roca coralina al instalarlo o que quedaron capas de relleno bajo el concreto ciclópeo o dentro de este que están ocasionando movimientos y asentamientos de importancia.*

*“3.- Al presentarse la condición de la roca coralina a mucha mayor profundidad de la establecida, se debió variar el sistema de cimentación a pilotes apoyados por punta sobre la roca, determinando con exactitud el nivel de fundación mediante perforaciones en la zona afectada.*

*“4.- Los asentamientos se continúan presentando entre los ejes 23 y 28 y se manifiestan en mampostería, muros de concreto y pisos, generando fisuras y grietas en las últimas semanas y se hace necesario una recimentación a la mayor brevedad para garantizar la estabilidad de la estructura.*

*“5.- Con la recimentación que se recomienda construirla mediante micropilotes, se garantiza la estabilidad de la superestructura, pero los contrapisos continuarán presentando movimientos en el tiempo a no ser que fueran diseñados de tipo aéreo, al igual que algunas columnas de rampas y escaleras que no forman parte de los ejes principales y que se apoyaron directamente sobre los rellenos de muy pobres características.*

*“6.- Según todo lo anterior, se ha concluido que es necesario recimentar la estructura de los ejes 23, 24, 25, 26, 27 y 28 mediante los micropilotes que se describen a continuación”* (destaca la Sala).

El 26 de junio de 2009, las partes suscribieron la modificación al contrato 2080365, mediante la cual decidieron variar la forma de pago del acuerdo, con el fin de ejecutar las obras de recimentación planteadas como solución a los problemas de asentamientos presentados en el módulo 5. En ese documento se consignó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“10-. El contrato finalizó el plazo contractual el pasado nueve (9) de marzo de 2009.*

*“11.- El CONSORCIO ISLAS Mediante comunicaciones la comunicación 2009 -430 -026394 -2 recibida en FONADE el 5 de mayo de 2009, el estudio de suelos y análisis de la cimentación existente en estadio de sóftbol San Andrés islas del 22 de abril de 20010º-ºoiuy, comunicación 2009-430-026393 – 2 solicita: 1. La aprobación correspondiente al diseño de la solución recomendada por los ingenieros asesores de suelos y estructuras del CONSORCIO ISLAS con respecto a los asentamientos presentados en el módulo 5, incluyendo el cronograma de* ***trabajo. 2.- Solicitud de pago parcial sobre recibo final de las obras, en el sentido de liberar los dineros a favor del contratista.*** *Como retención en garantía para la liquidación del contrato.*

*“12.- Mediante comunicación 1378 del 19 de junio de 2009, el gestor del convenio y el subgerente técnico de FONADE solicitan la modificación del contrato señalando: ‘(…). En el escenario de sóftbol se presentaron asentamientos en el módulo 5. El contratista consorcio Islas presentó a consideración de la interventoría solución técnica al problema de asentamientos, documento con radicado No. 20094300263942 del 04 de mayo de 2009. De acuerdo a la propuesta técnica presentada por el contratista las obras e ejecutaran en 45 días a partir de la llegada de los equipos a la isla de San Andrés. Vale la pena mencionar que el sector 5 representa aproximadamente el 5% del total de la estructura construida en este contrato. La asesora estructural de la interventoría revisó y aprobó el 3 de junio de 2009 a través de correo electrónico la solución presentada por el contratista.* ***Para obtener liquidez financiera para la realización de la solución planteada con la finalidad de corregir los asentamientos diferenciales presentados en el módulo 5, el contratista solicitó liberar el 5% de la retención del valor de retención en garantía para la liquidación del contrato*** *y el pago de obras de obras ejecutadas que sumado a los pagos realizados hasta la fecha no superan el 90% del valor total del contrato. El valor total del contrato 2080365 es de $8.301’867.198.oo. a la fecha se han cancelado de acuerdo a las actas parciales de obra valores por $7.426’525.798.oo. El valor retenido a la fecha al contratista es de $875’341.400.oo. el valor de las observaciones que según la interventoría, representan un valor aproximado al 1% del contrato el cual corresponde a $83’018.671,98.* ***El valor de las obras necesarias para la reparación del módulo 5 de acuerdo lo estimado por el contratista es de $450’866.681.oo*** *Teniendo en cuenta lo anterior la gerencia de unidad considera viable aprobar la modificación del contrato con el objeto de pagar al contratista el 4.54% del valor de retención de garantía para la liquidación del contrato; una vez restado del valor retenido a la fecha el 5% del contrato mas el valor estimado por la interventoría de las observaciones que representan el 1% del contrato. Solicitud de acuerdo a lo anterior la Gerencia de Unidad solicita a la Subgerencia de Contratación la modificación del contrato 2080365 con el objeto de liberar el 4.45% del valor de retención de garantía para la liquidación del contrato, que corresponde a $377’229.370 (…)’. Se anexa a la solicitud de comunicación 2009-430-026394-2 recibida en FONADE el 5 de mayo de 2009, el estudio de suelos y análisis de la cimentación existente en el estadio de sóftbol san Andrés Islas del 22 de abril de 2009, comunicación 2009-430-026393-2 (…)”* (Subraya la Sala).

Recapitulando lo expuesto en relación con este punto, la Sala encuentra acreditado que:

Antes del vencimiento del plazo contractual, Fonade, a través del interventor, recibió parcialmente la obra ejecutada hasta ese momento. Con todo, se dejó en suspenso la culminación del vínculo negocial en procura de hallar una solución para ejecutar las obras de reparación de los inconvenientes relacionados con los asentamientos presentados en el módulo 5.

Siendo ello así, su terminación se sujetó a una condición, consistente en que solo se habría de recibir la totalidad de la obra cuando se implementara la solución de recimentación propuesta por el especialista para reparar los asentamientos diferenciales en ese sector del proyecto.

Una vez obtenido el concepto del especialista, las partes convinieron la ejecución de las obras de recimentación mediante la colocación de micropilotes, todo lo cual dio como resultado la suscripción del documento modificatorio del 26 de julio de 2009, en el que se condensó el acuerdo sobre la solución propuesta y los términos en que se ejecutaría.

* **La ejecución de las obras de recimentación del módulo 5 por parte del consorcio Islas**

La Sala encuentra acreditado que, en cumplimiento de lo acordado entre las partes a través del documento modificatorio del 26 de junio de 2009, el contratista ejecutó las obras de recimentación mediante colocación de micropilotes, convenidas para resolver los asentamientos del módulo 5.

La anterior premisa halla sustento probatorio en los documentos que se relacionan a continuación:

A través de oficio del 7 de octubre de 2009, Fonade requirió al contratista para la entrega de las obras de recimentación ejecutadas en el estadio de sóftbol, pues, para ese momento, presentaba un retraso injustificado[[40]](#footnote-40) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“ (…) requerimos nos informe la fecha en la cual realizará las pruebas de carga a los micropilotes construidos y la revisión de los procesos constructivos que hacen parte de la recimentación del módulo 5, pruebas en las cuales deben estar presentes los especialistas de interventoría y contratista”* (resalta la Sala).

Al mes siguiente, en el informe de 4 de noviembre de 2009 rendido por la firma LFO ingenieros de Suelos Ltda. a la interventoría, se precisó que esos cimientos habían quedado fundidos a una profundidad aproximada de 6.0 m bajo la superficie y con la construcción de los micropilotes se pudo detectar que esta se encuentra a una profundidad cercana a los 9.0 m[[41]](#footnote-41).

El 18 de noviembre de 2009, el consorcio Islas solicitó a Fonade que reconociera el valor de las obras realizadas para solucionar los problemas presentados en el módulo 5 de la estructura, las cuales ascendían a $752’665.532, según los soportes de las cantidades de obra ejecutadas[[42]](#footnote-42).

El 30 de noviembre de 2009, el contratista y la interventoría suscribieron el acta de entrega y recibo final del contrato 2080365, en la que dejaron constancia de que el valor de la obra ejecutada ascendió a $8.282’485.875[[43]](#footnote-43).

Igualmente se consignó que el contratista efectuó los trabajos de recimentación de los módulos 5 del escenario deportivo y se procedió a enlistar los ítemes junto con las cantidades de obra ejecutadas, sin indicar los precios unitarios respecto de cada actividad. También advirtió la interventoría que correspondía a la entidad adoptar la decisión de efectuar el ajuste del valor final del contrato y considerar la viabilidad del reconocimiento económico de las actividades ejecutadas por el contratista como resultado de la recimentación.

Las cantidades y actividades enlistadas por ese concepto fueron las siguientes (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

| *ITEM* | *DESCRIPCION* | *UNIDAD* | *CANTIDAD* |
| --- | --- | --- | --- |
|  | *PRELIMINARES* |  |  |
|  | *CERRAMIENTO PROVISIONAL DE OBRA* | *ML* | *63,65* |
|  |  |  |  |
| *1* | *DESMONTES Y DEMOLICIONES* |  |  |
| *1.1* | *DESMONTE PUERTAS METÁLICA DE ACCESO PÚBLICO* | *UN* | *1,00* |
| *1.1.1.* | *DESMONTE PUERTAS METÁLICA INCLUYE MARCO* | *UN* | *1,00* |
| *1.2* | *DESMONTE APARATOS* |  |  |
| *1.2.1.* | *DESMONTE APARATOS SANITARIOS* | *UN* | *1,00* |
| *1.2.3.* | *DESMONTE LAVAMANOS* | *UN* | *6,00* |
| *1.2.4.* | *DESMONTE LAVAPLATOS* | *UN* | *3,00* |
| *1.3.* | *DEMOLICIONES* |  |  |
| *1.3.1.* | *DEMOLICION Y RETIRO DE ESCOMBROS MESON EN CONCRETO SENCILLO* | *UN* | *3,00* |
| *1.3.2.* | *DEMOLICION Y RETIRO DE ESCOMBROS MESON DOS O MAS LAVAMANOS* | *UN* | *2,00* |
| *1.3.3.* | *DEMOLICION VIGA CINTA EN CONCRETO 0,20X0,10* | *ML* | *2,00* |
| *1.3.4.* | *DEMOLICION MURO EN BLOQUE DE CEMENTO E=0,10 M* | *M2* | *52,67* |
| *1.3.5.* | *DEMOLICION ENCHAPE TABLETA CERAMICA*  | *M2* | *27,45* |
| *1.3.6.* | *DEMOLICION PARCIAL ESCALERA EN CONCRETO, INC RETIRO DE ESCOMBROS* | *GBL* | *1,00* |
| *1.3.7.* | *DEMOLICION PLACA EN CONTRAPISO EN CONCRETO, E=0,15M* | *M2* | *29,56* |
| *1.3.8.* | *DEMOLICIÓN PAÑETE* | *M2* | *8,14* |
| *1.3.10.* | *DEMOLICION RECUBRIMIENTO SUPERIOR VIGA DE CIMENTACION PARA 1.3.10 ANCLAJES* | *UN* | *26,00* |
|  |  |  |  |
| *2* | *EXCAVACIÓN MANUAL Y CORTE PLACA CONCRETO* |  |  |
| *2,1* | *CORTE A MAQUINA EN PLACA DE CONTRAPISO EN CONCRETO* | *ML* | *128,00* |
| *2,2* | *EXCAVACIÓN MANUAL EN MATERIAL GRANULAR TIPO SUBBASE* | *M3* | *36,36* |
|  |  |  |  |
| *3* | *MICROPILOTES* |  |  |
| *3,1* | *ACERO DE REFUERZO 60000 PSI-MICROPILOTE* | *KG* | *7.459,00* |
| *3,2* | *DESCABECE DE MICROPILOTES* | *ML* | *26,00* |
| *3,3* | *MICROPILOTES D=0,30MTS, INCLUYE TUBERIA “CAMISA” METALICA* | *ML* | *242,00* |
| *3,4* | *MICROPILOTES D=0,30MTS, INCLUYE TUBERIA “CAMISA” METALICA* | *ML* | *371,00* |
|  |  |  |  |
| *4* | *DADO EN CONCRETO* |  |  |
| *4,1* | *ACERO DE REFUERZO 50000PSI-DADO EN CONCRETO* | *KG* | *2.826,00* |
| *4,2* | *ACERO DE REFUERZO 37000PSI-DADO EN CONCRETO* | *KG* | *320,00* |
| *4,3* | *CONCRETO 3000 PSI DADO, INCLUYE PUENTE DE ADHERENCIA SIKADUR 32 PRIMER O SIMILAR* | *M3* | *22,86* |
| *4,4* | *ANCLAJE EN CONCRETO CON VARILLA DE ACERO, RESINA TIPO HIT-RE500 O SIMILAR* | *UN* | *168,00* |
|  |  |  |  |
| *5* | *RELLENOS Y BASES EN CONCRETO* |  |  |
| *5,1* | *RELLENO Y COMPACTACION CON MATERIAL GRANULAR TIPO SUBBASE* | *M3* | *11.00* |
|  |  |  |  |
| *6* | *MAMPOSTERIA, ENCHAPES Y MESONES EN CONCRETO* |  |  |
| *6,1* | *MAMPOSTERIA EN BLOQUE DE CEMENTO, E=0,12 M* | *M2* | *52,67* |
| *6,2* | *ENCHAPE MURO TABLETA CERAMICA 20,5X20C5 CM* | *M2* | *27,45* |
| *6,3* | *ENCHAPE PISO TABLETA CERAMICA* | *M2* | *30,10* |
| *6,5* | *MESON EN CONCRETO DOS O MAS LAVAMANOS, INCLUYE ENCHAPE CERAMICA 20X020* | *ML* | *5,05* |
| *6,6* | *MESON EN CONCRETO LAVAPLATOS SENCILLO INCLUYE ENCHAPE CERAMICA 20X20* | *ML* | *3,90* |
| *6,8* | *CONCRETO 3000 PSI REPARACION ESCALERA* | *M3* | *0,80* |
|  |  |  |  |
| *7* | *INSTALACION MARCOS, PUERTAS, APARATOS SANITARIOS, ETC* |  |  |
| *7,1* | *INSTALACION PUERTAS Y VENTANAS* |  |  |
| *7.1.1.* | *INSTALACION PUERTA METALICA DE ACCESO PUBLICO* | *UN* | *1,00* |
| *7.1.3.* | *INSTALACION PUERTA METALICA INCLUYE MARCO* | *UN* | *1,00* |
| *7.2.* | *INSTALACION APARATOS SANITARIOS, LAVAMANOS Y LAVAPLATOS* |  |  |
| *7.2.1.* | *INSTALACION APARATOS SANITARIOS* | *UN* | *1,00* |
| *7.2.3.* | *INSTALACION LAVAMANOS* | *UN* | *6,00* |
| *7.2.4.* | *INSTALACION LAVAPLATOS* | *UN* | *3,00* |
|  |  |  |  |
| *8* | *INSTALACIONES HIDROSANITARIAS Y ELECTRICAS*  |  |  |
| *8,1* | *PUNTO SANITARIO* | *UN* | *15,00* |
| *8,2* | *PUNTO HIDRAULICO* | *UN* | *9,00* |
| *8,3* | *PUNTO ELECTRICO* | *UN* | *5,00* |
| *8,4* | *CAJA DE INSPECCION EN BLOQUE DE CEMENTO 0,80x0,80* | *UN* | *1,00* |
| *8,5* | *TUBERIA SANITARIA PVC D=2”* | *ML* | *6,00* |
| *8,6* | *TUBERIA SANITARIA PVC D=4”* | *ML* | *1,00* |
| *8,7* | *TUBERIA PRESION 2”* | *ML* | *2,00* |
|  |  |  |  |
| *9* | *OTROS* |  |  |
| *9,1* | *DEMOLICION VIGA AEREA 0,40X0,50* | *ML* | *4,00* |
| *9,2* | *CONCRETO 3000 PSI VIGA AEREA* | *M3* | *1,12* |
| *9,3* | *RENIVELACION PLACA DE CONCRETO, ESPESOR PROMEDIO 0,10M* | *M2* | *5,41* |
| *9.4* | *CUADRILLA TOPOGRAFIA* | *DD* | *24,00* |
|  | *RENIVELACION TUBERIA DESAGUES SECTOR 4* |  |  |

Igualmente, se tiene que las cantidades de obra recibidas por concepto de actividades de recimentación se encuentran respaldadas en las memorias de revisión de cantidades de obra suscritas por la interventoría[[44]](#footnote-44).

Atendiendo a los hechos válidamente probados en el proceso que se han dejado plasmados a lo largo de este acápite, la Sala considera que:

Se configuró un incumplimiento contractual imputable a Fonade en relación con su obligación de suministrar los estudios de suelos adecuados que revelaran la información real y fidedigna sobre el perfil estratigráfico del terreno sobre el cual se construiría la obra contratada.

Como se demostró, durante la fase de realización de los estudios previos, y antes de la apertura del procedimiento de selección, la entidad decidió la reubicación del terreno en el que se construiría el estadio de sóftbol y, en ese contexto, advirtió que para su cimentación se aplicarían las recomendaciones entregadas respecto de otro escenario deportivo mediante la implementación de un sistema de colocación de zapatas asiladas o corridas, hecho que fue consignado en uno de los apartes del estudio de suelos y que fue conocido por el contratista, en tanto dicha información se registró en los documentos que le fueron entregados por Fonade para que con base en ellos ejecutara la obra.

Con todo, del contenido del estudio de suelos en referencia no surge con claridad que allí se hubiera anunciado que su práctica se efectuó sobre un terreno distinto al del lugar de ejecución del contrato, por cuanto en su texto se anotó que, atendiendo a la nueva ubicación del estadio de sóftbol, se aplicarían las recomendaciones sobre el proceso de cimentación entregada para el estadio de béisbol.

En consonancia con lo anterior, si bien dentro de la fase de ejecución contractual se puso de presente que los estudios de suelos utilizados no correspondían al terreno donde se construyó la obra de debate, lo cierto es que la información que de entrada se consignó en el referido estudio geotécnico no resulta suficiente para concluir que el contratista debía conocer la falta de correspondencia entre la información reportada en el estudio de suelos entregado por Fonade y las verdaderas condiciones del terreno sobre el cual se construiría la obra, todo lo cual se evidenció durante la ejecución del contrato, al efectuar las excavaciones.

En otras palabras, en la etapa precontractual se desconocía por el demandante si, para hacer extensivas al estadio de sóftbol las recomendaciones sobre el proceso constructivo de cimentación que se consignaron en el referido estudio de suelos respecto de aquellas adoptadas para otro escenario deportivo, los consultores del proyecto efectivamente habían realizado los cotejos y perforaciones pertinentes para hallar la coincidencia de las características estratigráficas entre uno y otro sector, en virtud de las cuales fuera posible aplicar al estadio de softbol las mismas directrices relacionadas con el proceso constructivo trazadas respecto del otro estadio.

Precisado lo anterior, se recuerda que fue durante la ejecución contractual que se evidenció que la información reportada en el estudio de suelos entregada por Fonade, con base en la cual se impartieron los lineamientos del proceso constructivo de cimentación, no reflejaban las verdaderas condiciones estratigráficas del terreno donde se construyó el estadio de sóftbol.

A lo dicho se agrega que, según Fonade, en los argumentos de su apelación, el estudio de suelos entregado al contratista era idóneo para ejecutar la obra y que fue el consorcio el que incurrió en errores dentro del proceso constructivo, pero en momento alguno esgrimió que los estudios entregados no correspondían al lugar de ejecución de la obra, como se demostró a lo largo del proceso, y que de dicha situación hubiere sido informado el contratista.

Sentado lo expuesto, cabe precisar que, aun cuando la planeación que se debe observar en la etapa previa a la celebración del contrato se demanda respecto de ambos extremos precontratantes, lo cierto es que ello es así en función de las cargas y responsabilidades que cada uno asuma en relación con la naturaleza y el contenido de las obligaciones que se contraen con ocasión de la celebración del acuerdo.

En esa medida, si, de acuerdo con los pliegos de condiciones, era Fonade el que se obligaba a suministrar los estudios de suelos para que el contratista se ciñera sin ningún margen de libertad y autonomía a su contenido, la exigencia mínima que debía cumplir respecto de aquellos era que reflejaran las condiciones reales del terreno, carga que, según se evidenció, no fue atendida satisfactoriamente.

Siguiendo la línea trazada, la Sala no encuentra de recibo el argumento del recurso de apelación formulado por Fonade, con arreglo al cual no existieron deficiencias en los estudios de suelos, por cuanto en el perfil estratigráfico allí plasmado se observa que la roca coralina se podía hallar a una profundidad de 2.70 a 13.60 m, por lo que correspondía al contratista continuar excavando hasta hallar la roca portante.

Encuentra la Sala que, aun cuando el perfil estratigráfico de aquella zona reveló la existencia de roca coralina en una profundidad de hasta 13.60 m, lo cierto es que tal información se identificaba con el mapa del subsuelo en el que se habría de construir el proyecto, el cual arrojaba unos datos sobre el promedio de las profundidades en que, a lo largo y ancho del área, se habrían de encontrar distintos tipos de materiales, entre ellos, la roca coralina; sin embargo, esa información no puede confundirse con las profundidades en que se hallaría el material de cimentación para levantar la estructura de esa edificación en particular.

Esto último debía determinarse con base en el resultado de las perforaciones correspondiente a los sectores específicos en los que se construiría la estructura y no al perfil del subsuelo de toda el área apreciada de manera general.

En ese sentido, lo verdaderamente relevante y causa del problema asociado a los asentamientos, es que la profundidad de cimentación, según se consignó en el estudio de suelos entregado por Fonade, correspondía a una profundidad de entre 2.80 y 3.10 m, nivel en el que supuestamente habría de aparecer la roca coralina que serviría como nivel de fundación y apoyo para las zapatas que se colocarían como cimiento de la estructura en los puntos específicos en los que se levantaría la edificación, con base en lo cual el oferente, demandante en este proceso, presentó su propuesta.

Siguiendo ese razonamiento, se concluye que, si se hubiera conocido la información exacta sobre la composición estratigráfica del sector correspondiente al módulo 5, ello habría incidido en el sistema de cimentación implementado, en tanto no era lo mismo realizar la cimentación sobre un nivel de 2 a 3 mts de profundidad que a un nivel de 7 a 9 mts.

En el primer evento habría resultado viable utilizar el sistema de cimentación apoyado en zapatas corridas o aisladas, originalmente contemplado para toda el área; en el segundo, de cara a las verdaderas condiciones estratigráficas presentes en el módulo 5, lo aconsejable era atender a un sistema de cimentación basado en la incorporación de micropilotes, como finalmente se hizo.

Esa fue la información que no guardó correspondencia y que se evidenció luego de iniciar las excavaciones, siendo esa inexactitud la que determinó que el sistema constructivo de cimentación debiera modificarse para implementar, en vez de zapatas corridas o aisladas, la colocación de micropilotes.

En ese sentido, se advierte que la profundidad a la que fue hallada la roca coralina, luego de cavar hasta encontrarla, no resultaba compatible con el sistema de cimentación a base de zapatas inicialmente propuesto y fue eso lo que a la postre generó los asentamientos diferenciales, como se desprende del estudio de suelos final practicado por los especialistas contratados por el consorcio Islas a petición de Fonade y con base en el cual se adoptó la recomendación de recimentación.

Se añade que la insistencia frente a la implementación del sistema constructivo de cimentación, basado en zapatas con reemplazos en concreto ciclópeo, aun a sabiendas de los hallazgos frente a la falta de coincidencia entre las condiciones del terreno en el sector 5 y el reportado en el estudio geotécnico, no fue un capricho o impericia del contratista, como lo sugiere el censor y, por el contrario, como quedó demostrado, fue producto de la intervención de los especialistas estructurales de Coldeportes, consultor del proyecto, y convocados por Fonade para atender los inconvenientes presentados en relación con las profundidades.

Al respecto, las bitácoras de obra[[45]](#footnote-45) y los informes de interventoría[[46]](#footnote-46) rendidos en desarrollo del contrato revelaron que cuando se hizo evidente que la roca coralina contemplada como material de fundación no se encontró a la profundidad prevista en el estudio de suelos entregado por Fonade en el área específica del módulo 5, la interventoría y el contratista solicitaron la presencia en la obra de los consultores y diseñadores estructurales de esa entidad y convocaron varios comités de obra con su asistencia para que emitieran conceptos y ofrecieran soluciones para solventar la referida problemática.

Como resultado de esas visitas y reuniones, los especialistas impartieron unas directrices técnicas, que aunque mantuvieron el sistema constructivo señalado inicialmente, basado en la colocación de zapatas, introdujeron una modificación consistente en que el contratista debía continuar las excavaciones de manera mecánica hasta hallar la roca coralina, con independencia de su profundidad, y, una vez encontrada, debía colocarse sobre ella una cama de relleno conformado por concreto ciclópeo, material de roca y piedra hasta alcanzar el nivel de fundación previsto en los estudios de suelos y sobre ese lecho se debían colocar las zapatas.

Se aprecia así que, distinto a lo insinuado por Fonade, el contratista, por determinación de los consultores de la entidad, sí procedió a cavar hasta hallar la roca coralina para fundir sobre ella la placa en concreto ciclópeo y material de relleno que serviría de placa de cimiento; lo que ocurrió es que, dada la profundidad a la que se encontró la roca coralina en el sector cinco, ese sistema constructivo basado en zapatas no garantizaba su solidez y estabilidad.

Además, fue gracias al estudio de suelos presentado posteriormente por el contratista, a petición de Fonade, que se determinó la verdadera causa del problema de los asentamientos, así como la solución para sortearlos, consistente en una recimentación a base de micropilotes.

Tan evidentes se hicieron las anomalías asociadas a los estudios de suelos suministrados, en contraste con las verdaderas condiciones del terreno objeto de ejecución, que Fonade elevó constantemente consultas y reclamaciones ante Coldeportes, consultor del proyecto, para que concurriera al escenario de la obra y atendiera los inconvenientes presentados, diera soluciones técnicas a la situación y, además, para que emitiera conceptos frente a las reclamaciones elevadas por el contratista en relación con el pago de las obras de recimentación. Así lo demuestra la correspondencia cruzada[[47]](#footnote-47), la que no puede ser desconocida por la entidad contratante en sede judicial[[48]](#footnote-48).

Demostrado el incumplimiento contractual de Fonade, en lo concerniente a su obligación de suministrar los estudios de suelos adecuados que presentaran la información real y fidedigna acerca del perfil estratigráfico del terreno sobre el cual se construiría la obra contratada, procede la Sala a examinar si esta causa fue la que produjo el perjuicio que es materia de reclamación por el demandante y que se tradujo en la ejecución de obras de recimentación en el sector 5, cuyo pago, según se afirma en la demanda, no fue reconocido por la entidad contratante.

Está demostrado el fundamento de la reclamación, consistente en la ejecución de las obras de recimentación del módulo 5, cuyo pago no fue reconocido por Fonade en favor del contratista, así como el nexo de causalidad entre el incumplimiento de la entidad en su obligación de entregar estudios de suelos adecuados y la necesidad de ejecutar las obras de recimentación cuyo pago se pretende.

La entidad demanda en su recurso de apelación sostuvo que en el proceso no se hallaba demostrado que el contratista hubiera ejecutado las obras reclamadas o que su ejecución hubiera ascendido a los valores que son objeto de reclamación. Argumentó que no existía prueba contundente acerca de los perjuicios solicitados ni de su cuantía, pues no existía apoyo técnico ni contable que diera cuenta de su existencia. Consideró que el dictamen pericial técnico practicado con ese propósito fue alejado de la realidad, pues no se implementaron técnicas confiables de verificación para constatar las mayores cantidades de obra, ni las obras adicionales supuestamente ejecutadas.

De la relación probatoria que antecede surge con claridad para la Sala que:

Como consecuencia de los problemas de asentamiento presentados, los cuales, según se anotó, fueron producto de las deficiencias de los estudios de suelos entregados por Fonade al contratista, se hizo necesaria la presencia de varios especialistas de suelos y estructurales en la obra para que emitieran concepto acerca de las recomendaciones dirigidas a preservar la seguridad de la estructura.

Como resultado de lo anterior, el contratista presentó como fórmula de solución la ejecución de obras de recimentación a base de micropilotes, procedimiento que fue aceptado por Fonade, al punto de que el acuerdo sobre su realización quedó recogido en el acto de modificación del contrato suscrito el 26 de junio de 2009, el cual tuvo por finalidad inequívoca la de convenir la ejecución de las obras de recimentación, así como su precio y su mecanismo de financiación.

Sobre esto último, se observa que en el referido acuerdo modificatorio las partes pusieron de presente que el valor del contrato ascendía a $8.301’867.198.oo, de los cuales se habían pagado al contratista $7.426’525.798, y aun existía un valor retenido en cuantía de $875’341.400., por lo que, atendiendo a que el precio calculado por el contratista para la ejecución de las obras de recimentación era de $450’866.681, se estipuló que se liberaría de manera anticipada el valor de retención, que correspondía a $377’229.370, para financiar su realización.

Así pues, se aprecia que tal acuerdo contuvo el procedimiento para concretar la solución planteada para atender los problemas de asentamiento, que en el caso correspondía a las labores de recimentación del módulo 5, la forma en que se apalancaría económicamente su realización a través de la liberación de unas sumas retenidas en garantía y su precio, que en este caso obedecía a una suma global estimada por el contratista que ascendía a $450’866.681, y con base en la cual se acordó liberar la suma de $377’229.370, como cambio en el sistema de flujo como apalancamiento para iniciar inmediatamente su ejecución.

Se precisa, además, que las obras cuyo valor de ejecución constituyen la materia de debate, a pesar de que tanto en la demanda como en la sentencia se trataron indiscriminadamente como mayores cantidades de obra y/o obras adicionales, en realidad se identificaron con esta última denominación, en tanto comportó la ejecución de ítemes nuevos y diferentes a los inicialmente convenidos.

Dicho lo anterior y frente al alcance del acuerdo modificatorio del 26 de junio de 2009, la Sala precisa que su finalidad estribó en afrontar y atender una contingencia presentada como consecuencia de inconvenientes ocurridos, los cuales, para ser superados, requirieron de estudios adicionales y especializados que determinaron la solución a implementar para reparar los asentamientos.

En relación con el argumento de la apelación presentada por Fonade, según el cual las partes debían sujetarse a la fuerza vinculante de las modificaciones contractuales en las que no se dejaron salvedades frente a futuras reclamaciones derivadas de los mismos hechos que motivaron su celebración, la Sala precisa:

Se demostró que durante la ejecución contractual las partes suscribieron varios documentos de modificación, prórroga y adición al contrato No. 2080365, en las que el contratista expresamente consignó que las circunstancias que habían generado la suscripción de tales acuerdos no generarían sobrecostos adicionales a los pactados en su texto.

Sin embargo, lo acontecido respecto de la modificación suscrita el 26 de junio de 2009 revela que, aun cuando allí no se introdujeron expresamente renuncias frente a las reclamaciones de posibles sobrecostos que se habrían de generar con ocasión de la ejecución de las obras de recimentación acordadas, ciertamente sí se trabó una negociación económica de carácter vinculante en relación con el valor global propuesto por el contratista para llevarlas a cabo, calculado en $450’000.000, valor que, tal cual quedó consignado, surgió de la estimación realizada por el consorcio después de analizar la solución técnica propuesta por el ingeniero de suelos, que luego no puede ser desconocido por el solicitante en sede judicial.

Planteado lo anterior, debe destacarse que durante la relación negocial las partes pueden afrontar dificultades relativas a la definición de los alcances y el contenido de las prestaciones contraídas con ocasión del negocio jurídico, que bien pueden solventarse a través de acercamientos de los extremos co-contratantes encauzados a redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su ejecución y que se materializan a través de contratos adicionales, prórrogas, modificaciones o acuerdos que convengan su suspensión.

Tales acercamientos deben contener tanto el acuerdo relativo a las modificaciones que habrá de sufrir el alcance y dimensión del objeto contractual como al precio o mecanismo de ajuste dispuesto para cubrir esas alteraciones, dado que resultaría alejado del principio de buena fe contractual[[49]](#footnote-49) que se transara la renegociación en unos términos y luego, al final de la ejecución, se sorprendiera a la contraparte con reclamaciones que se entendían zanjadas.

Así las cosas, la Sala considera que el cargo de la impugnación impetrada por la entidad demandada Fonade, en relación con los efectos de los contratos modificatorios sin introducir en su contenido salvedad o reparo alguno frente a las consecuencias económicas que de allí se puedan derivar, está llamada a prosperar parcialmente, bajo el entendido de que el precio global calculado por el contratista para cubrir la ejecución de las obras de recimentación que se comprometió a realizar para solucionar los inconvenientes asociados a los asentamientos resultó ser vinculante, al punto de que no resultaría próspera una reclamación por un monto superior, aduciendo que ese fue el valor final, pues no fue en esos términos en que quedó concebido el acuerdo.

Se precisa que la formulación económica elevada por el contratista para efectos de llevar a cabo las obras de recimentación no obedeció a un sistema de precios unitarios, como ocurrió respecto del contrato primigenio y el resto de sus adicionales en los que se acordaron con detalle los ítemes a ejecutar, sus cantidades estimadas y sus precios unitarios.

En este caso, el precio acordado surgió de la iniciativa del contratista frente al cálculo del costo de las obras adicionales expresado de manera global y a su aceptación por parte de Fonade, sin que, para ese momento, no obstante conocer en qué consistía la solución técnica que debía adoptarse para reparar los asentamientos, el contratista hubiera discriminado por ítemes, valores y cantidades las obras de recimentación que se habrían de ejecutar.

Con base en el razonamiento expuesto no resultaba procedente que, luego de su ejecución, hubiera reclamado el pago de las obras acordadas por un valor que casi doblaba el que él mismo había estimado globalmente cuando suscribió el acuerdo contentivo de los términos en que se aprobó su realización.

De lo expuesto hasta ahora, es claro que existió acuerdo frente a la ejecución de las obras de recimentación y a su precio en cuantía de $450’000.000, aserto que desvirtúa el cargo del censor con arreglo al cual las obras no fueron autorizadas por Fonade ni necesarias para la culminación del proyecto.

A *contrario sensu*, se demostró que su realización era indispensable para preservar la seguridad y estabilidad de la obra contratada, la que se había puesto en riesgo, precisamente, como resultado del proceso constructivo realizado previamente y basado en los estudios de suelos inadecuados que fueron proporcionados por Fonade.

Se impone en este punto acotar que, si bien el reconocimiento sobre la realización de la obras de recimentación no se incluyó en el acta de liquidación bilateral del contrato, cuestión que precisamente motivó que se dejara la glosa respectiva a su falta de pago, ciertamente su ejecución fue un hecho del cual se dejó constancia en el acta de entrega y recibo final del estadio de sóftbol, suscrita por la interventoría el 30 de noviembre de 2009, es decir, un mes antes de proceder a su liquidación bilateral y en la cual se concluyó que “*con la recimentación se garantiza la estabilidad de la superestructura*”.

Siguiendo con el análisis de los cargos de la impugnación presentada por Fonade, asociados al hecho de que el dictamen pericial practicado en el proceso por el perito ingeniero civil Jefferson Peterson, con el propósito de acreditar la efectiva ejecución de las obras de recimentación en el módulo 5 que son materia de reclamación, fue alejado de la realidad, por cuanto no se implementaron técnicas confiables de verificación para constatar la realización de las obras adicionales, la Sala considera:

En la etapa probatoria de la primera instancia y a petición de la parte actora se decretó el dictamen pericial a cargo del ingeniero civil Jefferson Peterson Hooker, experticia que, en lo concerniente a la ejecución de las obras de recimentación, conceptuó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“La prueba en la que soportan las cantidades de obra ejecutadas y recibidas al contratista son las actas parciales recibidas a satisfacción por la interventoría”[[50]](#footnote-50).*

Adicionalmente, en la inspección judicial practicada por el magistrado conductor del proceso en primera instancia en el sitio de ejecución de la obra del estadio de sóftbol, con intervención de perito Jefferson Peterson Hooker, explicó que la ejecución de las obras adicionales asociadas a las recimentación de los módulos 4 y 5 del estadio debían certificarse con base en las actas de obra y memorias de cálculo suscritas por la interventoría, lo que hacía inviable su verificación visual, además de que algunas de ellas eran de carácter provisional y no existían para la fecha de la inspección, por lo que solo resultaba posible la constatación respecto de algunas de ella, así: el ítem 6.1, mampostería en bloque de cemento de 12 cm; el ítem 2.2, enchape de cerámica 20.5 x 20.5; el ítem 6.3, enchape de piso en tableta cerámica; el ítem 6.5, mesón en concreto 2; el ítem 6.6, mesón en concreto e ítem 1.1, instalación de puerta metálica de acceso al público.

Al respecto, la Sala observa que la práctica del peritazgo no resultó útil para verificar la ejecución de las obras de recimentación, por las mismas razones puestas de presente por el auxiliar de la justicia, en tanto que para su verificación concernía remitirse a las actividades y cantidades recibidas por la interventoría y que para el caso se hicieron constar en el acta de entrega y recibo final del contrato y cuya efectiva acreditación ya fue materia de análisis por esta Sala en acápite precedente.

Así pues, de todo lo dicho hasta ahora emerge que:

-. La necesidad de ejecutar las obras de recimentación del módulo 5 fue una consecuencia directa de los inconvenientes desencadenados por la inexactitud que presentaron los estudios de suelos entregados por Fonade y que se destinaron precisamente a solucionar los problemas de asentamientos diferenciales que ponían en riesgo la estructura.

-. Su ejecución fue producto del consenso logrado entre Fonade y el consorcio Islas, así como su precio fue acordado en la suma global de $450’000.000, sin que resultara posible que el contratista en sede judicial desconociera el pacto existente en cuanto a su valor.

-. Las obras de recimentación del módulo 5 fueron ejecutadas y recibidas por la interventoría y entregadas a Fonade, según consta en el acta de recibo final y en las comunicaciones que esta entidad remitió a Coldeportes.

-. En el escenario de la ejecución contractual no resultaba viable que para proceder al pago de las obras de recimentación se exigiera la presentación de soportes contables de los egresos en que incurrió el contratista por cuenta de su realización, como lo propone Fonade al cuestionar el dictamen financiero rendido en la primera instancia, dado que no fue en esos términos en que se trabó la negociación.

Lo ajustado, con apego al acuerdo contractual modificatorio que le dio origen, era que, una vez verificada su ejecución a satisfacción, se procediera a su pago en los términos convenidos en el documento suscrito entre las partes el 26 de junio de 2009.

Se agrega que su pago no se efectuó, no porque no se hubieren ejecutado las obras, como erradamente lo sostuvo Fonade, sino porque no había un consenso frente a los valores unitarios propuestos por el contratista, cuestión que, de cualquier manera, no servía como fundamento válido para abstenerse de pagarlas, en la medida en que, como se anotó, ya esa negociación se había transado en una suma global, correspondiente a $450’000.000, valor que, de conformidad con el acta de liquidación bilateral, no fue reconocida en favor del consorcio Islas.

En conclusión, al haberse configurado un incumplimiento contractual imputable a Fonade, en relación con su obligación de suministrar los estudios de suelos adecuados que mostraran la información real y fidedigna sobre el perfil estratigráfico del terreno sobre el cual se construiría la obra contratada, y al estar acreditado el perjuicio reclamado consistente en la ejecución de las obras de recimentación del módulo 5, cuyo pago no fue reconocido por Fonade en favor del contratista, así como el nexo de causalidad entre el incumplimiento de la entidad en su obligación de entregar estudios de suelos adecuados y la ejecución de las obras cuyo pago se pretende, se reúnen los elementos de la responsabilidad contractual y así será declarado.

Por lo anterior, la Sala habrá de confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la responsabilidad contractual de Fonade por haber desatendido su obligación de entregar estudios de suelos adecuados para la construcción del estadio de sóftbol, pero a diferencia de lo decidido por el *a quo*, lo condenará a pagar la suma de $450’000.000, estimada por el contratista y aceptada por Fonade en el documento de modificación suscrito el 26 de junio de 2009, como precio de las obras de recimentación del módulo 5.

Por último, la Sala considera pertinente precisar que, aun cuando en el referido documento modificatorio se acordó la entrega anticipada al contratista de la suma de $377’229.370, lo cierto es que dicha suma correspondió al valor de la “*retención en garantía para la liquidación del contrato*”, suma que, no obstante haberse causado en favor del contratista con cargo a actas de obra ejecutada, no se le habían pagado. De ahí que su entrega anticipada se llevó a cabo con fines de financiación sobre sumas ya causadas, que por tal razón no pueden descontarse del valor global acordado en cuantía de $450’000.000 como contraprestación de las obras de recimentación, en cuanto, se reitera, la suma entregada anticipadamente con propósitos de apalancamiento obedeció a un concepto distinto que, aunque ya se había causado en favor del contratista, se encontraba retenido.

**8.2. Del incumplimiento en el pago del ajuste del precio unitario del ítem 07.03 correspondiente a la cubierta metálica en forma de arco – suministro e instalación de cubierta metálica plana en acero galvanizado**

Se sostuvo en la demanda que Fonade adeudaba la suma de $48’918.012,00 por concepto de reajuste del precio unitario del ítem 07.03, correspondiente a la cubierta metálica en forma de arco – suministro e instalación de cubierta metálica plana en acero galvanizado calibre 22 de 33 centímetros, apoyada en perlines tipo C, calibre 16, pintados por las dos caras, incluyendo remates especiales y limatesas en aluzinc calibre 24, esmalte, inhibidor de corrosión, materiales, equipos y mano de obra, el cual, según se afirmó, fue debidamente aprobado por la entidad en $143.574 respecto de 870 metros de dicha cubierta, mediante memorando número 20095300007623 del 15 de marzo de 2009, con ocasión del cambio de diseño aprobado por la interventoría y la contratante.

En la sentencia objeto de apelación se concluyó que la pretensión de reconocimiento del reajuste del ítem correspondiente a la cubierta metálica en forma de arco tenía vocación de prosperidad, con base en las pruebas obrantes en el proceso; sin embargo, no hizo mención alguna a los términos en que quedó aprobado dicho reajuste por parte de Fonade. Para su reconocimiento se remitió a los cálculos realizados en el peritazgo realizado por el contador público Cordell Nicholson Carson, dictamen que, a su turno, se apoyó en lo consignado en el acta del comité de conciliación y defensa judicial de Fonade.

Fonade, en el recurso de apelación, argumentó que no resultaba posible acceder al reconocimiento de la suma pretendida por concepto de reajuste del precio del ítem correspondiente a la cubierta metálica en forma de arco, por cuanto el sustento en el que se fundamentó el peritazgo, el acta del comité de conciliación de la entidad, no constituía prueba de los elementos contables para concluir que su pago se adeudaba.

Sobre el particular, la Sala encuentra acreditado que el 17 de marzo de 2009, al revisar los precios de los ítemes no previstos, el área de estudios previos de Fonade informó al gestor del convenio (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“El área de estudios previos manifiesta que una vez revisados y efectuados los ajuste en el formato de precios unitarios FGPPE16, el cual presenta visto bueno por parte de la interventoría, se concluye que el valor relacionado a continuación se ajusta a las condiciones de mercado[[51]](#footnote-51):*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| *Ítem* | *Descripción*  | *Unidad*  | *Precio Unitario SIN AIU*  |
| *17,32* | *Suministro e instalación de cubierta metálica plana en acero galvanizado calibre 22 de 33 cms apoyada en perfiles tipo C calibre 16 pintados por las dos caras incluye remate especiales y limatesas en aluzinc calibre 24 esmalte inhibidor de corrosión, incluye materiales, equipo y mano de obra.*  | *M2* | *$143’574,00* |

En oficio del 11 de diciembre de 2009, el contratista reclamó a Fonade el pago de la suma de $86’171.207, debido a las obras que no se incluyeron en el acta de entrega y recibo final de la obra y que aludían a[[52]](#footnote-52):

* $48’918.012,00 correspondiente al reajuste del precio unitario para el ítem suministro e instalación de cubierta metálica plana en acero galvanizado, calibre 22 de 33 centímetros, precio que, según informó, fue aprobado por Fonade a través del memorando del 15 de marzo de 2009, con un valor de $143.574,oo. Explicó que este cambio fue motivado por la variación de diseños de la cubierta en su sector curvo; añadió que, una vez descontado el valor recibido en el acta del 30 de noviembre, se generaba un saldo en favor del contratista equivalente a $37’629.240 más $11’288.722 por AIU.

A través de oficio 099 del 31 de mayo de 2010, la interventoría remitió a Fonade la información relacionada con la cantidad correspondiente al ajuste para la cubierta plana[[53]](#footnote-53) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

|  |  |
| --- | --- |
| *ITEM* | *CANTIDAD* |
| *Cubierta metálica compuesta por teja en acero galvanizado calibre 22 de 33 y 50 cm apoyada en perlines tipo calibre16, pintadas por las 2 caras incluye remates especiales y limatesas en aluzinc calibre 24*  | *870* |

Mediante oficio del 29 de enero de 2010, la gerencia de la unidad técnica de Fonade informó a Coldeportes lo siguiente sobre el cambio de la cubierta metálica[[54]](#footnote-54) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“En diseños iniciales se determina que en el sector 3 Zona curva del escenario a la altura de la cubierta se presenta que en el radio de giro se diseñó con una cubierta curva y por solicitud de consultores se modificó dicho detalle y fue instalada cubierta plana autoportante (…)”.*

Posteriormente, en el dictamen rendido por el perito contador público Cordell Nicholson Carlson, en el curso de la primera instancia, acerca de esta cuestión concluyó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

 *“…en el Acta No. 35 del COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICAL de FONADE de fecha 1 de Junio de 2010 y que se encuentra anexa a los folios 489, 490 y 491 del expediente FONADE afirma (…). Por lo anterior es evidente que el mayor valor de $37’629.240 correspondiente al costo directo de la cubierta plana que se requería para la correcta ejecución de la obra fue causado y el mismo fue pagado por el contratista”[[55]](#footnote-55).*

Planteado lo anterior, vale la pena señalar que esta Corporación en oportunidades anteriores ha sentado su postura acerca de la imposibilidad de valorar las actas de conciliación o las actas del comité de defensa y conciliación de las entidades públicas como una prueba documental con la virtualidad de acreditar, por cuenta de su contenido, la efectiva ocurrencia de los supuestos de hecho en que se fundamentan las pretensiones.

Es así como en varios pronunciamientos se ha referido a la inviabilidad jurídica de considerar demostrado, a partir de la manifestación del consentimiento para conciliar que una entidad pública deposita en un acta de comité de conciliación, los hechos relacionados con el referido convenio que posteriormente se le imputen dentro de un proceso judicial, consideraciones que en este caso y por las mismas razones que allí se han expuesto deben aplicarse al caso concreto[[56]](#footnote-56).

Con fundamento en la línea jurisprudencial que impera sobre la materia, la Sala estima que le asiste la razón a Fonade, en cuanto resulta improcedente otorgar mérito probatorio al contenido y a las manifestaciones de voluntad de la entidad pública, recogidas en las actas e informes del comité de defensa judicial y conciliaciones que les sirvieron de sustento, y a las certificaciones emitidas en desarrollo de ese trámite, pues, en virtud de lo allí plasmado, no se pueden considerar demostrados los supuestos de hecho en los cuales se sustenta el *petitum*.

Se suma a lo anotado que, aun cuando a partir de la correspondencia relacionada se evidencia que existió un acuerdo respecto del ajuste de precio unitario del ítem 07, correspondiente a la cubierta metálica en forma de arco, igualmente se desprende, según lo informó Fonade a Coldeportes, que tal acontecer, el cual obedeció, como muchos otros, a los cambios de los diseños de algunos componentes de la estructura, motivaron la adición del valor del contrato en un 37.64%, aumento incluido en el acta de liquidación bilateral del contrato y respecto de cuyo reconocimiento y pago no existe discrepancia por el contratista.

Como consecuencia, la Sala encuentra fundado el cargo de apelación que sobre este aspecto formuló Fonade, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia, en tanto condenó a la demandada a pagar al contratista la suma supuestamente adeudada por concepto de ajuste del precio del ítem 07.03, correspondiente a la cubierta metálica en forma de arco y, en su lugar, se negará su reconocimiento.

**8.3 Del incumplimiento de Fonade en el pago de la suma de $37’253.195,20, por concepto del suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla, cuya instalación no fue autorizada por la entidad contratante, luego de su adquisición y transporte a la isla por parte del contratista**

Se indicó en la demanda que, en la referida acta de entrega, la interventoría no incluyó la suma de $37’253.195, por concepto del suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla, cuya instalación no fue autorizada por Fonade luego de su adquisición y transporte a la isla.

Como aconteció en relación con el punto anterior, el Tribunal de primera instancia consideró que debía despacharse favorablemente la pretensión de reconocimiento del pago por concepto de suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla, con base en las conclusiones que arrojó el dictamen rendido por el perito Cordell Nicholson Carlson.

En el recurso de apelación impetrado por Fonade se adujo que el peritazgo no tuvo en cuenta la forma en que se pactaron las prestaciones económicas en el marco del contrato de obra en relación con el pago de las mayores cantidades.

Para resolver el punto de inconformidad, la Sala observa que en el dictamen rendido por el contador Cordell Nicholson Carlson se estableció que, de la revisión de los documentos contables del contratista se pudo establecer la compra correspondiente a ocho postes de concreto de 24 metros por valor de $85’720.000, incluyendo su transporte hasta Barranquilla, a lo cual sumó que el traslado de cada unidad a la isla de San Andrés ascendió a $7’196.937, a partir de lo cual concluyó que el costo de la reclamación derivada del suministro del poste de iluminación correspondió a $17’911.937,50.

Según el dictamen la anterior información la extrajo de los comprobantes de egreso Nos. 261 del 29 de agosto de 2008 y 399 del 15 de octubre de 2008[[57]](#footnote-57), mediante los cuales se pagó la compra de ocho postes de concreto, con su juego de escaleras y pintado en poliuretano y ocho paneles de 4.0 metros por 1.50 metros para ocho luminarias con plataforma posterior, compra que fue realizada a la empresa colombiana Beton Centrifugado – Cobec S.A., según factura 5828 del 10 de octubre de 2008[[58]](#footnote-58), lo cual incluía el transporte al puerto marítimo Morgan en Barranquilla.

En la experticia se agregó que de las piezas contables se estableció que el transporte marítimo entre el puerto y la isla de San Andrés fue contratado por el consorcio Islas con la empresa AT. Internacional Cargo Ltda., por un valor de $57’575.500, de acuerdo con las facturas No. 374 del 10 de octubre de 2008 y Nos. 397, 432 y 486 del 14 y 24 de octubre de 2008 y 18 de noviembre de 2008, por lo que el transporte por cada poste ascendió a $7’196.937,50[[59]](#footnote-59).

Así mismo, en el documento de prórroga, modificación y adición 1 al contrato se incorporaron los siguientes ítemes[[60]](#footnote-60):

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| ítem | Descripción  | Unidad  | Cantidad  | Valor total |
| 15.10 | Suministro e instalación de poste concreto centrifugado, pretensado y seccionado de 24 mts longitud total y 1050 kgr de carga de rotura (…) | UN | 8,00 | $113’689.912 |
| 15.103 | Suministro e instalación de canastilla, mantenimiento de instalación luminarias para 24 luminarias (…) | UN | 8,00 | $125’968.424,00 |

Tras examinar el contenido del acta de entrega y recibo final del contrato No. 2080365, se evidencia que se ejecutaron y recibieron por la interventoría 7 unidades del ítem 15.101 (suministro e instalación de postes en concreto) y 7 unidades del ítem 15.103 (suministro e instalación de canastilla).

Así las cosas, la Sala considera que, al hallarse acreditado que en el contrato adicional No. 1, como quedó visto, las partes acordaron la instalación de ocho unidades de postes de iluminación y sus correspondientes canastillas, las cuales fueron adquiridas y trasladadas al lugar de la obra por el contratista, según quedó corroborado con la revisión contable realizada en el dictamen mencionado, correspondía a Fonade justificar o, al menos, argumentar la razón con sustento en la cual se apartó de lo convenido en el contrato adicional y solo recibió 7 de las 8 unidades contratadas.

En ese orden, la Sala estima ajustado el reconocimiento económico efectuado en primera instancia por ese concepto, con arreglo al dictamen pericial, el cual se encuentra fundamentado en los soportes contables a los que se hizo anterior mención y que reposan en el plenario, así:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Concepto  | Costo directo | AIU (30% del costo directo)  | Total  |
| Suministro del poste y canastilla de mantenimiento  | $17’911.937,50 | $5’373.581 | $23’285.518 |

Con base en lo anotado, la Sala considera infundado el cargo de la apelación formulada por Fonade y, en tal virtud, se confirmará la condena impuesta en su contra por concepto del suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla.

**8.4. El incumplimiento en el pago de la suma $60’750.317, correspondiente a la carga de retención contra la liquidación**

De la lectura de las pretensiones invocadas en la demanda se desprende que en la cuarta pretensión el demandante limitó su petición al reconocimiento de *“La suma de $7’750.317, por concepto de saldo sobre el valor señalado en el acta de liquidación final a pagarle al contratista por retención en garantía practicada en el desembolso No. 11”.*

Con todo, al pronunciarse sobre la anterior pretensión, en la sentencia de primera instancia se reconoció una suma de $60’750.317,68 con fundamento en el peritaje rendido por Cordell Nicholson Carlson, quien, con base en las actas de obra concluyó que la diferencia entre la obra ejecutada y la obra pagada ascendía a $60’750.317, monto que Fonade no había pagado al contratista.

Se aprecia de lo dicho que el fallador de primer grado incurrió en una trasgresión al principio de congruencia, por haber emitido un fallo *ultra petita* respecto de la referida pretensión, la cual, se reitera, fue circunscrita a la suma solicitada, sin haber dejado su tasación al alea de lo que resultara acreditado en el proceso.

Sin embargo, la Sala evidencia que en la impugnación formulada por FONADE no se objetó la suma pretendida por la demandante por concepto de “*retención de saldo sobre el valor señalado en el acta de liquidación final a pagarle al contratista por retención en garantía practicada en el desembolso No. 11*”, a lo que se agrega que ese concepto fue incluido en el acta de liquidación bilateral, documento cuya fuerza vinculante en ese sentido no fue materia de discusión porparte de la demandada.

Como consecuencia, en atención al principio de congruencia, la Sala procederá a restringir la suma reconocida en primera instancia por este concepto al valor expresamente pretendido en la demanda, esto es, a la suma de $7’750.317.

En consideración a las razones advertidas, la Sala modificará la condena impuesta por este rubro.

**9-. Cargos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora**

**9.1. Reconocimiento de intereses moratorios**

El recurso de apelación formulado por la parte actora se centró, en esencia, en reclamar el pago de intereses moratorios sobre las sumas reconocidas, habida consideración de que, no obstante haber sido solicitados en la demanda, no fueron ordenados en la sentencia que se recurre.

Cabe reiterar que la suma por la que resultará condenada Fonade asciende a $450’000.000, correspondiente al pago de la ejecución de las obras de recimentación del módulo 5 y a $23’285.518 por concepto del suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla, valores que en acápite siguiente serán objeto de actualización.

Al respecto, la Sala considera que en el caso concreto no es procedente el reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas relacionadas, en tanto la exigibilidad de su pago se deriva de la presente condena[[61]](#footnote-61).

Es claro que en la etapa de la liquidación del contrato no existía certeza acerca del surgimiento de la obligación de pago de los valores reclamados, dado que fue materia de constante discusión entre las partes, a tal punto de que solo a partir de la presente decisión y luego del recaudo y de la valoración de las pruebas que acreditaron su causación se originó el derecho del demandante a percibirlos.

En este escenario judicial se decidirá acerca de la efectiva existencia de la obligación de su desembolso a cargo de la entidad pública, por manera que hasta antes de este momento no podía predicarse mora alguna en su contra.

Prueba de ello es que, incluso durante la etapa de liquidación del contrato, el demandante presentó reclamaciones por el pago de las obras de recimentación por un valor que no correspondía a la realidad de lo convenido, bajo el errado entendimiento de que debía existir acuerdo sobre los precios unitarios de las actividades ejecutadas, cuando, en atención a lo acreditado, el valor global sobre las obras de recimentación había sido acordado desde junio de 2009 y para su reconocimiento lo procedente era verificar su efectiva ejecución en los términos estipulados. La misma reclamación se presentó en relación con el reconocimiento del poste y la canastilla que no fue autorizado, sin que se definieran las razones de su negativa.

Así las cosas, la Sala estima que los argumentos de la apelación presentada por la parte actora no están llamados a prosperar en relación con los referidos valores.

Con todo, no ocurre lo mismo en lo concerniente al saldo sobre la “*retención en garantía practicada en el desembolso No. 11*”, pues este consta en el acta de liquidación bilateral, cuyo contenido no fue objetado con Fonade, y desde entonces surgió para esa entidad la obligación de su desembolso, por lo que, de no haberlo realizado se configuró la mora en su reconocimiento; ello sin dejar de lado que la suma que por concepto de “*retención en garantía”* se reconocerá se limitará a la solicitada en la demanda, la cual ascendió a $7’750.317.

En lo concerniente al pago de intereses sobre la anterior suma de dinero, la Sala aclara que ante el silencio de las partes en relación con el pacto de intereses y a la luz de lo dispuesto por el artículo 38, numeral 2, de la Ley 153 de 1887, los intereses moratorios deben liquidarse de conformidad con la norma vigente al momento de la infracción[[62]](#footnote-62).

Así pues, atendiendo a que la mora en el pago de la“*retención en garantía practicada en el desembolso No. 11*” se produjo a partir del 30 de diciembre de 2009, día siguiente a la fecha en que se liquidó bilateralmente el contrato y momento para el cual se encontraba en pleno vigor la Ley 80 de 1993, procede el pago de los respectivos intereses moratorios en los términos señalados por el Estatuto de Contratación Estatal en referencia, pues, se reitera, no existió convenio expreso frente a la tasa aplicable.

Para calcularlos, el monto correspondiente se liquidará con el 12% anual o proporcional por fracción de tiempo, de acuerdo con la fórmula tradicionalmente utilizada por el Consejo de Estado, siguiendo los dictados del artículo 1º[[63]](#footnote-63) del Decreto 679 de 1994, hoy sustituido por el artículo 2.2.1.1.2.4.2 del Decreto 1082 de 2015, la cual arroja el siguiente resultado:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Valor** | **Periodo de mora** | **Variación anual del IPC correspondiente al año anterior del período de mora[[64]](#footnote-64)** | **Valor actualizado al cierre del período[[65]](#footnote-65)** | **Intereses (12% anual)** |
| **$7’750.317** | **30 de diciembre de 2009 a 31 de diciembre de 2009** | **0,03[[66]](#footnote-66) (Fracción proporción incremento IPC del corrido del año 2008 5,69).** | **$7.754.967** | **$2.325** |
| **$7.754.967** | **1 de enero de 2010 a 31 de diciembre de 2010** | **2,00**  | **$7’910.066** | **$155.099** |
| **$7.910.066** | **1 de enero de 2011 a 31 de diciembre de 2011** | **3,17**  | **$8’160.815** | **$250.749** |
| **$8’160.815** | **1 de enero de 2012 a 31 de diciembre de 2012** | **3,73** | **$8’465.213** | **$304.398** |
| **$8’465.213** | **1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2013** | **2,44** | **$8’671.764** | **$206.551** |
| **$8’671.764** | **1 de enero de 2014 a 31 de diciembre de 2014** | **1,94** | **$8’839.996** | **$168.232** |
| **$8’839.996** | **1 de enero de 2015 a 31 de diciembre de 2015** | **3,66** | **$9’163.539** | **$323.543** |
| **$9’163.539** | **1 de enero de 2016 a 31 de diciembre de 2016** | **6,77** | **$9’783.910** | **$620.371** |
| **$9’783.910** | **1 de enero de 2017 a 31 de diciembre de 2017** | **5,75** | **$10’346.484** | **$562.574** |
| **$10’346.484** | **1 de enero de 2018 a 31 de diciembre de 2018** | **4,09** | **$10’769.655** | **$423.171** |
| **$10’769.655** | **1 de enero de 2019 a 25 de julio de 2019** | **3,12 (fracción proporción incremento IPC del corrido del año 2018)** | **$11’105.668** | **$336.013** |
|  |  |  |  |  |
| Total Intereses moratorios  |  |  |  | **$3’353.026** |

Valor total de los intereses moratorios derivados de la falta de pago de la“*retención en garantía practicada en el desembolso No. 11*” = $3’353.026

**10.- La suma a la que asciende la condena y su actualización**

a) Por concepto de obras de recimentación

Continuando con el mismo razonamiento planteado en precedencia, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la responsabilidad contractual de Fonade por haber desatendido su obligación de entregar estudios de suelos adecuados para la construcción del estadio de sóftbol.

Con todo, la condena que por ese concepto se ha emitir ascenderá a la suma de $450’000.000, estimada por el contratista y aceptada por Fonade en el documento de modificación suscrito el 26 de junio de 2009, como precio de las obras de recimentación del módulo 5, para lo cual se recuerda en este punto que la suma anticipada de $377’229.370 entregada a título de financiación no está llamada a descontarse de aquel valor, por las razones explicadas previamente.

Dicho esto, la Sala procede a realizar la correspondiente indexación, tomando como referente para el índice inicial el mes en que se liquidó el contrato (diciembre de 2009) y como índice final la fecha de la presente sentencia.

El valor que se debe actualizar corresponde a **$450’000.000.**

Vh x Índice final

**Vp= ----------------------**

Índice inicial

**Vp:** Corresponde al valor presente

**Vh:** Es el valor histórico o inicial ($**450’000.000**)

**Índice Final:** Es el IPC vigente a la fecha del presente fallo (julio de 2019) =102,71.

**Índice inicial:** Es el IPC vigente a la fecha en que se liquidó el contrato (diciembre de 2009) = 71,20

 $450’000.000 x 102,71

Vp= ------------------------------------------------------ = **$649’150.280**

 71,20

Vp= **$649’150.280**

b) Por concepto del suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla

Se precisa que, aun cuando se anunció que así se procedería, lo cierto es que en la primera instancia no se efectuó la actualización del valor correspondiente **al suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla**, por lo que esta instancia hará lo pertinente.

El valor que se debe actualizar corresponde a $23’285.518

Vh x Índice final

**Vp= ----------------------**

Índice inicial

**Vp:** Corresponde al valor presente

**Vh:** Es el valor histórico o inicial ($23’285.518)

**000.000**)

**Índice Final:** Es el IPC vigente a la fecha del presente fallo (julio de 2019) =102,71.

**Índice inicial:** Es el IPC vigente a la fecha en que se liquidó el contrato (diciembre de 2009) = 71,20

 $23’285.518 x 102,71

Vp= ------------------------------------------------------ = **$33’590.667** 71,20

Vp= **$** **33’590.667**

**c**) Por concepto de la suma debida por la*“retención en garantía practicada en el desembolso No. 11”*

El valor que se debe actualizar corresponde a $7’750.317.

Vh x Índice final

**Vp= ----------------------**

Índice inicial

**Vp:** Corresponde al valor presente

**Vh:** Es el valor histórico o inicial ($7’750.317.

)

**000.000**)

**Índice Final:** Es el IPC vigente a la fecha del presente fallo (julio de 2019) =102,71.

**Índice inicial:** Es el IPC vigente a la fecha en que se liquidó el contrato (diciembre de 2009) = 71,20

 $7’750.317 x 102,71

Vp= ------------------------------------------------------ = $11’180.267 71,20

Vp= **$**11’180.267

|  |  |
| --- | --- |
| **Conceptos que integran la condena**  | Valor |
| Por concepto de obras de recimentación | $649’150.280 |
| Por concepto del suministro de un poste de iluminación y su correspondiente canastilla | $33’590.667  |
| Por concepto de la suma debida por la“retención en garantía practicada en el desembolso No. 11” | $11’180.267  |
| Por intereses moratorios derivados de la falta de pago de la“retención en garantía practicada en el desembolso No. 11”  | $3’353.026 |
| **Total a reconocer**  | $697’274.240 |

**11.- Costas**

De conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas, por cuanto no se evidencia en el sub examine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**F A L L A**

**1. MODIFICAR** la sentencia proferida el 9 de abril de 2014, por el Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y en su lugar:

*“****PRIMERO.*** *Declarar la responsabilidad contractual del Fondo Financiero de Proyectos FONADE, en el cumplimiento del negocio jurídico identificado con el No. 2080365 de 27 de febrero de 2008, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

 *“****SEGUNDO. –*** *Como consecuencia de lo anterior,**CONDENAR al Fondo Financiero de Proyectos FONADE a reconocer y pagar a NELSON FERNANDO RANGEL PARDO y a la CONSTRUCTORA A. CRUZ LTDA. en su condición de integrantes del consorcio Islas, de acuerdo con el porcentaje de su participación en la figura consorcial, la suma de SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS* ***($697’274.240)****,* *con fundamento en las razones que anteceden.*

*“****TERCERO. -*** *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

*“****CUARTO. -*** *Sin condena en costas.*

*“****QUINTO. -*** *La condena impuesta se sujetará a lo dispuesto en el artículo 177 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.*

*“****SEXTO. -*** *Por Secretaría, expídanse las copias del presente fallo y las constancias que ordena la ley”.*

**2.-** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. $283’350.000, con fundamento en el salario mínimo legal vigente el 1º de marzo 2012 ($566.700 X 500 = $283’350.000). [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 455 a 459 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 539 a 546 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. En el escrito de alegatos de segunda instancia, Fonade alegó que se había configurado la caducidad de la acción argumentando que “*habiéndose suscrito el acta de liquidación de común acuerdo del contrato de obra 2080365, el día veintinueve (29) de diciembre de 2009, mientras que la demanda solo fue interpuesta hasta primero (1) de marzo de 2012, resulta claro que la acción de controversias contractuales feneció el veintinueve (29) de diciembre de 2011*”. Sin embargo, emerge con claridad que en su alegato no tuvo en cuenta el término de suspensión que operó por cuenta del trámite de conciliación extrajudicial. [↑](#footnote-ref-4)
5. *C.C.A. “****Artículo 87. De las controversias contractuales****. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.*

*“(…).*

“*El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes*”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 593 a 595 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 593 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ver sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, 27 de noviembre de 2013, expediente: 31.431, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Postura reiterada en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 27 de enero de 2016, exp. 38.449. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sobre el particular consultar sentencia proferida por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947, C.P: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Becerra. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 22 de agosto de 2013, expediente: 22.947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ver entre otras: sentencia de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 22 de agosto de 2013, Exp. 22.947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida el 20 de octubre de 2014, Exp. 27.777, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consultar sentencia del 27 de mayo de 2015, Exp.38.695, C.P. (E) Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-13)
14. Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 22 de noviembre de 2011, Exp. 19.931, C.P. Danilo Rojas Betancourth, reiterada en sentencia del 12 de diciembre de 2014, Exp. 27.426, proferida por esa misma Subsección con ponencia del doctor Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 455 a 459 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 78 a 122 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-16)
17. Este apartado se extrae del documento aportado por Fonade como respuesta a la solicitud probatoria elevada por el demandante. Anexos 3 y 4. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 27 a 75 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-18)
19. Anexo 2. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 124 a126 del cuadenro 1. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folio 158 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folios 124 a 265 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folios 160 a 182 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folio 22 anexo 4. [↑](#footnote-ref-24)
25. Después de que en la fase de estudios previos conocieron que Fonade reubicaría los terrenos en los que se construiría el estadio de sóftbol. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 44 del anexo 4. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folio 40 del anexo 4. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folios 58 a 61 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 52 a 53 del anexo 4. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folio 18 del anexo 4. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folios 306 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folios 350 a 364 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folios 350 a 364 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-33)
34. Se recuerda que las zapatas corridas o aisladas unidas con vigas de rigidez debían apoyarse sobre la capa de roca coralina que aparecía, según el estudio de suelos, a una profundidad de 2.80 y 3.10 m. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folios 266 a 267 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-35)
36. Folio 43 del anexo 4. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folio 43 vuelto del anexo 4. [↑](#footnote-ref-37)
38. Folios 54 del anexo 54. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folios 274 a 285 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-39)
40. Folios 308 a 309 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-40)
41. Folios 424 a 26 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-41)
42. Folios 365 a 426 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-42)
43. Folios 427 a 431 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-43)
44. Folios 370 a 424 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-44)
45. Folios 503 a 527 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-45)
46. Folios 350 a 365 del cuaderno 1 [↑](#footnote-ref-46)
47. Folios 306 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-47)
48. Folios 27 a 29 del anexo 4. Mediante oficio del 29 de enero de 2010, la gerencia de la unidad técnica de Fonade informó a Coldeportes lo siguiente: *“Por lo anterior, el estudio de suelos que se siguió para el diseño de este escenario inicialmente correspondía al lote donde actualmente se ubica el escenario de futbol. En consecuencia, fue necesario reevaluar la situación y el ingeniero de suelos de la consultoría, en su momento consideró que se podía implementar el estudio de suelos del escenario de béisbol. Cabe anotar que estos sucesos ocurrieron previos a la etapa de construcción de los escenarios donde las decisiones fueron tomadas en su momento por COLDEPORTES y Gobernación de Archipiélago de San Andrés”.* [↑](#footnote-ref-48)
49. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-49)
50. Anexo No. 5. [↑](#footnote-ref-50)
51. Folios 268 a 269 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-51)
52. Folio 453 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-52)
53. Folios 461 a 487 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-53)
54. Folios 27 a 29 del anexo 4. [↑](#footnote-ref-54)
55. Folio 3 del anexo 6. [↑](#footnote-ref-55)
56. Ver sentencia proferida por la Subsección A, de la Sección Tercera, 30 de octubre de 2013, expediente 32556, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Posición reiterada por la Subsección en sentencia del 15 de abril de 2015, proferido dentro del expediente número 33.173, C.P. (E) Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-56)
57. Los comprobantes de pagos obran a folios 347 y 36 del anexo 6. [↑](#footnote-ref-57)
58. La referida factura reposa folios 37 del anexo No. 6 [↑](#footnote-ref-58)
59. Los documentos contables a los que se hace mención reposan a folios 27 a 33 del anexo No. 6. [↑](#footnote-ref-59)
60. Folio178 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-60)
61. En lo atinente a ese aspecto, esta Subsección en pronunciamiento de la pasada anualidad se refirió en los siguientes términos:

*“En efecto, esas actas no fueron presentadas en forma oportuna de acuerdo con los requisitos exigidos para el pago, lo cual impide soportar la condena al pago de intereses de mora y lleva a denegar la pretensión acerca de la exigibilidad de los referidos intereses, supuestamente a cargo del INVÍAS.*

*“En otras palabras, los anexos remitidos no fueron presentados de manera íntegra, ni las cuentas lograron las aprobaciones requeridas por el contrato, para efectos de causar intereses de mora, tal como observó el INVÍAS en el recurso de apelación. “(…).*Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 1 de febrero de 2018, exp: 53.993. sobre el particular igualmente consultar sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 30 de mayo de 2019, exp. 36.338, C.P. Alberto Montaña Plata. [↑](#footnote-ref-61)
62. Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, 12 de julio de 2012, Expediente: 15024, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-62)
63. “*Artículo 1°-. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4, numeral 8 de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos*”. [↑](#footnote-ref-63)
64. Fuente: http://obiee.banrep.gov.co. [↑](#footnote-ref-64)
65. Valor inicio de período + valor incremento anual. [↑](#footnote-ref-65)
66. Cálculo de la fracción = 5,69 (variación IPC 2008) x 2 días (días de mora de diciembre de 2009) /365 días del año. [↑](#footnote-ref-66)