

TRANSACCIÓN – Código Civil artículo 2469 - Elementos esenciales

[...]los elementos esenciales de esta clase de negocio jurídico, esto es: i) la existencia actual o futura de una divergencia entre las partes respecto de un derecho en particular; ii) las concesiones recíprocas que se realizan los suscribientes del acuerdo y iii) la voluntad de los extremos negociales tendiente a poner fin a la incertidumbre que se cierne en torno a sus aspiraciones sin la intervención del aparato jurisdiccional del Estado.

TRANSACCIÓN – Modo extinción de obligaciones – Artículo 1625 Código Civil

Igualmente, en los términos del numeral 3 del artículo 1625 del Código Civil, la transacción es un modo de extinguir las obligaciones; sin embargo, de lo que da cuenta todo lo anterior es que la intención de las partes no fue extinguir las obligaciones derivadas del contrato No. 225, sino procurar su cumplimiento, aun cuando fuera de manera extemporánea. En este sentido, en el párrafo segundo de la cláusula décima tercera aclararon que “esta transacción no constituye en modo alguno novación de las obligaciones emanadas del contrato original”.

En ese contexto, concluye la Sala que, pese a la denominación que las partes le dieron, el acuerdo del 3 de agosto de 2018 no correspondió a una transacción, sino que se trató un acuerdo de voluntades por medio del cual el Fondo aceptó la propuesta del contratista de cumplir de manera extemporánea las obligaciones derivadas del contrato No. 225, bajos las estrictas condiciones técnicas necesarias para la terminación y reparación y/o rehabilitación del puente, de tiempo y económicas que fueron acordadas por las partes, con la previsión de que, en caso de incumplimiento de ese acuerdo, la entidad pública quedaría habilitada para declararlo a través de acto administrativo y de hacer efectiva la cláusula penal en él pactada.

ACTOS ADMINISTRATIVOS – Declaración de incumplimiento - Presunción de legalidad – Pretensión de nulidad – Potestad de declarar incumplimiento contractual – Ley 1474 de 2011 artículo 86

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala estima necesario advertir que ni a través de los argumentos de su contestación ni con ocasión de la apelación, el contratista podía debatir acerca de las razones que sustentaron las referidas decisiones administrativas, porque no son los medios procesales idóneos para hacerlo, pues, dada la presunción de legalidad que los cubre, para ello se requería formular una pretensión de nulidad en su contra; sin embargo, pudiendo hacerlo, el demandado no propuso una demanda de reconvención con ese propósito.

Se precisa que, aunque el régimen jurídico aplicable al acuerdo del 3 de agosto de 2018 era el derecho privado, la entidad estaba habilitada legalmente para declarar su incumplimiento a través de acto administrativo, como lo hizo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 155 de la Ley 1753 de 2015, los contratos que celebrara el Fondo en vigencia de dicha normativa se regían por el derecho privado, “con plena observancia de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de la facultad de incluir las cláusulas excepcionales a que se refieren los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y **de aplicar lo dispuesto en los artículos 11 y 17 de la Ley 1150 de 2007**”

[...]

Con apego en las reflexiones que se acaban de plasmar, se concluye que el demandado no podía utilizar el recurso de apelación para intentar restarle efecto a la declaración de incumplimiento total y definitiva que realizó el Fondo en los actos administrativos mencionados, porque la presunción de legalidad de dichas determinaciones se lo impide, de suerte que todas las alegaciones del contratista tendientes a señalar que fue el demandante quien desatendió el acuerdo del 3 de agosto de 2018, no podrían prosperar.

EXCEPCIONES PREVIAS- Oportunidad

De conformidad con lo dispuesto en artículo 101 del CGP, la formulación de las excepciones previas está limitada al término de traslado de la demanda, lo supone que para ese momento estén reunidos los elementos sustantivos en los que se soporta.

En este caso, se encuentra que al momento en que venció el término en el que el demandado podía proponer la excepción, el contratista no había presentado demanda en contra del Fondo para solicitar la nulidad de las Resoluciones Nos. 300 y 466 de 2020, lo que tuvo lugar con posterioridad. No le está dado al demandado, formular una “excepción previa” sobre actuaciones que él mismo surtió con posterioridad al momento en que podía proponerla.

Además, no están configurados los requisitos en los que se funda tal excepción, puesto que no existe identidad entre las pretensiones formuladas en este juicio y las planteadas en el proceso identificado con la radicación No. 660012333000 202300010 00. La anulación de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró el incumplimiento total y definitivo del “acuerdo transaccional” no fue petitionada en este asunto, ni siquiera por la vía de una demanda de reconvención, herramienta procesal a la cual pudo recurrir el contratista en este juicio, pero de la que no hizo uso.

ACTO ADMINISTRATIVO – Declaración de incumplimiento - Ley 1150 de 2007 Artículo 17 – Definitivo

En relación con los mencionados aspectos, la entidad pública ejerció la facultad establecida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, puesto que, previo agotamiento del procedimiento administrativo respectivo, adoptó unilateralmente la decisión de declarar el incumplimiento del contratista respecto de las obligaciones derivadas del acuerdo de 3 de agosto de 2018 y

determinó, consecuencialmente, la efectividad la cláusula penal pactada y la declaratoria de ocurrencia del siniestro de incumplimiento amparado por la aseguradora Confianza.

No cabe duda en cuanto a que las referidas decisiones constituyen un acto administrativo definitivo, en la medida que, en ejercicio de función administrativa, la entidad decidió de fondo acerca de los incumplimientos de su contratista y determinó las consecuencias derivadas de tal inobservancia en lo relativo a la efectividad de la cláusula penal y la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, por tanto, al estar en firme y no haber sido suspendidas, están cobijadas por la presunción de legalidad y gozan del carácter ejecutorio al que se refiere el artículo 88 del CPACA. Se trata de manifestaciones unilaterales de la administración capaces de producir efectos en el mundo jurídico.

PERJUCICIOS POR INCUMPLIMIENTO – Pretensión declarativa – Carga de la prueba corresponde a demandante

Ahora, no se discute que el Fondo podía pedir al juez que declarara que los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento del contratista no quedaron totalmente cubiertos por la cláusula penal; sin embargo, como lo dispone el artículo 167 del CGP, para obtener esa declaración le correspondía acreditar el supuesto fáctico de sus pretensiones.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Once (11) de julio de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 660012333000 202000553 01 (72.167)
Demandante: Fondo de Adaptación
Demandados: Carlos Mario Zapata Ramírez y Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza – Confianza S.A.
Medio de control: Controversias contractuales
Referencia: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: TRANSACCIÓN – no se configura si no hay concesiones recíprocas de las partes / INTERÉS PARA RECURRIR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA – se predica respecto de la parte a la que la decisión le fue desfavorable / ACTO ADMINISTRATIVO – constituye una decisión definitiva de la administración / CARGA DE LA PRUEBA – corresponde a la demandante acreditar el fundamento fácticos de sus pretensiones.

Surtido el trámite de ley, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala resuelve los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda¹.

La controversia en esta instancia versa sobre la determinación de los mayores perjuicios que el demandado habría causado al Fondo de Adaptación como consecuencia del incumplimiento del acuerdo del 3 de agosto de 2018 declarado a través de las Resoluciones Nos. 300 y 466 de 2020.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión antes referida, adoptada el 25 de septiembre de 2024², por medio de la cual la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda resolvió:

1. **SE DECLARA PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD**, únicamente frente a la pretensión de la demanda, referida al incumplimiento y liquidación judicial del contrato N° 225 de 2014.

2. **SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO** del contrato de transacción suscrito entre Fondo Adaptación y Carlos Mario Zapata Ramírez el 3 de agosto de 2018 que buscaba solucionar de manera directa las controversias surgidas con ocasión del contrato N° 225 de 2014 y precaver un eventual litigio.

3. **SE NIEGAN** las demás pretensiones de la demanda.

4. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos referidos en el artículo 192 del CPACA. Para lo anterior se enviará la copia

¹ La demanda fue reformada el 18 de noviembre de 2021. El a quo admitió la reforma a través del auto del 9 de febrero de 2022 (índice 15 SAMAI, Tribunal Administrativo de Risaralda (en adelante, T.A)).

² Índice 82 SAMAI, T.A.

respectiva del acta a la Procuraduría Regional, para los efectos del artículo 75B 5 del Decreto 262 de 2000 (adicionado por el Decreto 1851 de 2021).

5. **SIN COSTAS** en esta instancia.
6. Ejecutoriada esta providencia **archívese** el expediente.

2. La sentencia decidió la demanda presentada por el Fondo de Adaptación (en adelante, el Fondo, el contratante, la entidad pública o la demandante), en contra de Carlos Mario Zapata Ramírez (en lo sucesivo, el contratista o el demandado) y la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza – Confianza S.A. (en lo que sigue, Confianza o la aseguradora), cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se relacionan a continuación:

Pretensiones

3. Se solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas³:

PRIMERA: Que se declare que conforme a los perjuicios tasados en el proceso sancionatorio, que conllevó a la expedición de las resoluciones 300 y 466 de 2020 que declararon el incumplimiento total y definitivo del contrato de transacción suscrito para la solución de las diferencias surgidas en relación con la ejecución del contrato 225 de 2014, los mayores perjuicios cuantificados que no fueron cubiertos por la cláusula penal pecuniaria ascienden a la suma de **SIETE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES CIENTO TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$7.365’133.855).**

SEGUNDA: Que, en atención a lo anterior, se afecten los amparos de cumplimiento y de estabilidad y calidad de la obra de la garantía No. 23 GU041392, expedida por la compañía de seguros Confianza S.A., en las sumas correspondientes a **MIL CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO UN PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$1.044’359.101,60)** y **DOS MIL OCHENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS TRES PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$2.088’718.203,20),** respectivamente.

TERCERA: Que se **DECLARE** la liquidación judicial del contrato No. 225 de 2014 suscrito entre el Fondo Adaptación y Carlos Mario Zapata Ramírez, con el siguiente balance de ejecución financiera, así:

CONCEPTO	VALOR
Información contractual	
VALOR INICIAL DEL CONTRATO	\$5.104’340.923
ADICIONES	\$117’454.585
AJUSTES	\$0
VALOR TOTAL CONTRATO	\$5.221’795.508
Información financiera	
ANTICIPO	\$1.531.302.276
AMORTIZACIÓN ANTICIPO	\$1.531.302.276
SALDO POR AMORTIZAR	\$0
RENDIMIENTOS FINANCIEROS TRANSFERIDOS AL FONDO ADAPTACIÓN	\$3’090.536

³ Índice 13 SAMAI, T.A.

PAGOS EFECTUADOS	\$4.538'419.573
TOTAL EJECUCIÓN FINANCIERA	\$4.538'419.573
SALDO A LIBERAR A FAVOR DEL FONDO (Nota 1)	\$683'375.935
Deducciones	
RETENCIÓN DE GARANTÍA PRACTICADA	\$0
RETENCIÓN DE GARANTÍA REINTEGRADA	\$0
ACUERDOS DE NIVELES DE SERVICIO-ANS	\$0
VALORES ADICIONALES DE INTERVENTORÍA RETENIDOS	\$0
VALORES ADICIONALES DE INTERVENTORÍA POR RETENER	\$39'122.866
ARRAS	\$0
OTROS DESCUENTOS CONTRACTUALES	\$0
EMBARGOS POR APLICAR	\$0
CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE OBRA PÚBLICA RETENIDA	\$233'712.910
ESTAMPILLA PROUNIVERSIDADES NACIONAL RETENIDA	\$93'485.164
ESTAMPILLA MUNICIPAL RETENIDA	\$0
ESTAMPILLA DEPARTAMENTAL RETENIDA	\$0

Nota 1: Es importante aclarar que el saldo susceptible de pago al contratista para el momento de la suscripción del contrato de transacción, correspondió a \$692'883.310. Sin embargo, como se mencionó en el apartado de los valores pagados dentro de la ejecución del contrato, el Fondo Adaptación realizó un pago predial de manera directa por valor de \$9'507.375, por lo que actualmente, ese saldo, susceptible de pago, asciende a la suma de \$683'375.935 correspondiente al saldo por ejecutar del contrato, de acuerdo con el estado de cuenta y se refiere a las actas de obra y prediales que el contratista aceptó que le fueran pagadas, una vez que se cumplieran las condiciones establecidas en el acuerdo Sexto del contrato de transacción así: “[...] PARÁGRAFO PRIMERO.- Una vez verificado el cumplimiento de las obligaciones emanadas de esta transacción, suscrita el acta de recibo a satisfacción y aprobada la actualización de las garantías por parte de EL FONDO, éste cancelará el valor pendiente de pago del contrato No. 225 de 2014 el cual asciende a la suma de QUINIENTOS VEINTE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON NUEVE CENTAVOS (\$520'254.694,09), que no se hizo exigible para pago con anterioridad y durante la vigencia del contrato No. 225 de 2014 como consecuencia del incumplimiento imputable a EL CONTRATISTA.”. Por lo anterior, se establece que no se cumplieron las condiciones para reconocer al contratista el saldo mencionado, de manera que el mismo constituye un saldo a liberar del contrato.

Así, del balance presentado se tiene un saldo a favor del Fondo Adaptación de la siguiente manera:

SALDO A LIBERAR: \$683'375.935
SALDO A FAVOR DEL FONDO DE ADAPTACIÓN: \$683'375.935

CUARTA: Que conforme al balance financiero del contrato y producto de la liquidación judicial del mismo, SE ORDENE la liberación de recursos en favor del Fondo Adaptación por valor de **SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$683'375.935).**

Radicación	660012333000 202000553 01 (72.167)
Demandante:	Fondo de Adaptación
Demandados:	Carlos Mario Zapata Ramírez y Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza – Confianza S.A.
Referencia:	Sentencia de segunda instancia

DE CONDENA: Que como consecuencia de lo anterior se profieran las siguientes o similares condenas:

QUINTA: Que conforme al balance financiero del contrato, SE CONDENE a Carlos Mario Zapata Ramírez a pagarle al FONDO ADAPTACIÓN la suma de **TREINTA Y NUEVE MILLONES CIENTO VEINTIDÓS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$39'122.866)**, por concepto de mayor valor de interventoría que fue cancelado por el Fondo a G.O.C. SUCURSAL COLOMBIA.

SEXTA: Que, conforme a las pretensiones primera y segunda, SE CONDENE a Carlos Mario Zapata Ramírez y a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS - CONFIANZA S.A. a pagar la suma de **SIETE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES CIENTO TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$7.365'133.855)**, por concepto del mayor valor de los perjuicios cuantificados que no fueron cubiertos por la cláusula penal pecuniaria, afectada en las resoluciones Nos. 300 y 466 de 2020 y la condena de la pretensión décima.

SÉPTIMA: Que, de la suma anterior, y consecuente con la pretensión tercera SE CONDENE la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS - CONFIANZA S.A. a pagar a favor del Fondo Adaptación la suma de **TRES MIL CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES SETENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCO PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$3.133'077.305,20)**.

OCTAVA: Que, conforme a las pretensiones primera y sexta, SE CONDENE a Carlos Mario Zapata Ramírez a pagar el valor restante, es decir, la suma de **CUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES CINCUENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA CENTAVOS (\$4.232'056.549,80)**, por concepto del mayor valor de los perjuicios cuantificados que no fueron cubiertos por la cláusula penal pecuniaria, afectada en las resoluciones Nos. 300 y 466 de 2020.

NOVENA: Que se CONSTITUYA EN MORA a CARLOS MARIO ZAPATA RAMÍREZ N.I.T. 10.131.889-9 y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS - CONFIANZA S.A. NIT. 860.070.374–9, conforme a los valores antes señalados.

DÉCIMA: Que el valor de las condenas aquí señaladas, sean actualizadas al ejecutoriarse la sentencia con base en la variación porcentual del I.P.C., la liquidación de los respectivos intereses moratorios y la fórmula establecida por la Jurisprudencia de la Sección 3ª del Honorable Consejo de Estado. Lo anterior, para efectos de compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda (Art. 187 del C.P.A.C.A.)

UNDÉCIMA: Que se condene a los demandados, al pago de las costas y agencias en derecho, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de proferirse sentencia que ponga fin al presente proceso.

Hechos

- En apoyo de las pretensiones se narraron los hechos que se sintetizan a continuación⁴:
- El 23 de diciembre de 2014, el Fondo y el demandado celebraron el contrato No. 225, cuyo objeto consistió en la construcción del puente vehicular

⁴ Índice 13 SAMAI, T.A.

Limones, ubicado en la vía La Virginia – Apía (departamento de Risaralda), por un valor de \$5.104'340.9253⁵. El plazo se fijó en 7 meses.

6. El 30 de diciembre de 2014, el demandante suscribió el contrato No. 262 con la sociedad G.O.C. Sucursal Colombia, cuyo objeto consistió en la interventoría integral del contrato No. 225.

7. Después de múltiples prórrogas y modificaciones⁶, el plazo de ejecución de ese negocio jurídico finalizó el 19 de septiembre de 2016, sin que el demandado entregara el puente vehicular.

8. La interventora le recomendó al Fondo iniciar el proceso en contra del demandado por el posible incumplimiento de sus obligaciones. En el marco de varias reuniones que sostuvieron las partes de cara a solucionar las divergencias derivadas del contrato No. 225, el 25 de julio de 2017, el contratista presentó ante el Fondo la “Propuesta de Transacción – Controversia Contractual incluye Componente Ambiental y Componente Social”.

9. El 3 de agosto de 2018, el Fondo y el demandado suscribieron un “contrato de transacción” para solucionar las diferencias surgidas en la ejecución del contrato No. 225 y precaver un eventual litigio entre las partes. El contratista se obligó a realizar la terminación y reparación y/o rehabilitación del puente vehicular Limones.

10. El 18 de agosto de 2018, el Fondo suscribió el contrato de interventoría No. FA-IC-I-S-193-2018 con la sociedad Estudios Técnicos y Asesorías S.A. – ETA S.A., cuyo objeto consistió en vigilar el desarrollo del “contrato de transacción”.

11. El acta de inicio para la rehabilitación del puente vehicular se firmó el 5 de septiembre de 2018. El plazo de ejecución pactado en el “acuerdo transaccional” fue de 4 meses y 7 días.

12. La interventoría del “contrato de transacción” le informó al demandado en múltiples ocasiones acerca de los atrasos e incumplimientos en los que incurrió respecto de los hitos del proyecto, entre ellos, destacó que no se presentó en el sitio de las obras desde el 19 de noviembre de 2018 hasta el 11 de enero de 2019, sin que mediara justificación.

13. El 19 de diciembre de 2018, el demandado solicitó la suspensión del “contrato de transacción” y pidió su prórroga. Aunque se adelantó el trámite respectivo para suscribir esos acuerdos, el contratista no se presentó a la firma de los documentos contractuales correspondientes y tampoco amplió las garantías en los términos exigidos para el efecto. El término de ejecución del negocio jurídico expiró el 11 de enero de 2019, sin que se cumpliera lo convenido.

⁵ El precio incluyó IVA, tributos, tasas y contribuciones, así como la utilidad del contratista, los costos y gastos en los que incurriera para ejecutar sus obligaciones

⁶ El contrato No. 225 se adicionó en \$117'454.585, motivo por el cual su valor total ascendió a \$5.221'795.508.

14. El 25 de febrero de 2019, la interventoría del “acuerdo transaccional” radicó el informe de incumplimiento. Surtido el procedimiento administrativo sancionatorio fijado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el Fondo declaró el incumplimiento total y definitivo del “contrato de transacción” a través de la Resolución No. 300 del 15 de octubre de 2020.

15. En el acto administrativo se cuantificaron los perjuicios en la suma de \$8.409'492.957 discriminados así: i) \$84'103.136, por concepto de las sumas pagadas a la interventoría del “contrato de transacción”; ii) \$49'644.643, por las sumas pagadas al supervisor de ese contrato de interventoría; iii) \$230'979.000 por la contratación de una consultoría para actualizar los estudios y diseños a nivel fase III; iv) \$126'141.731, por la contratación de la interventoría del contrato de consultoría para actualizar los estudios y diseños a nivel fase III y de un apoyo a la supervisión para el contrato de interventoría de dichos diseños; v) \$7.458'382.272 derivados de la contratación del desmonte y construcción del nuevo puente vehicular Limones; vi) \$424'542.175, por la contratación de la interventoría al nuevo contrato de obra y de un apoyo a la supervisión para el nuevo contrato de interventoría y vii) \$35'700.000, correspondientes a los pagos realizados al Consorcio Sierra & Duran Abogados (asesor externo), con fundamento en los productos presentados respecto del contrato No. 225 del 23 de diciembre de 2014.

16. En la misma resolución se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por valor de \$1.044'359.101, se declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y se advirtió que el Fondo acudiría a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios superiores al valor de la cláusula penal pecuniaria.

17. El contratista y la aseguradora presentaron recurso de reposición en contra de dicha determinación. Por medio de la Resolución No. 466 de 2020 se confirmó íntegramente la decisión impugnada.

18. El 26 de enero de 2021, Confianza realizó el pago de la cláusula penal pecuniaria pactada en la suma de \$1.044'359.101.

Fundamentos de derecho

19. Como fundamento de sus pretensiones indicó que tenía derecho a recurrir a las instancias judiciales para lograr la liquidación del contrato No. 225 del 23 de diciembre de 2014, previo pago de los mayores valores que no quedaron cubiertos por la cláusula penal pecuniaria afectada, de acuerdo con lo consignado en la Resolución No. 300 del 15 de octubre de 2020.

20. Precisó que la celebración del “contrato de transacción” tuvo por objeto precaver un litigio entre las partes respecto del incumplimiento del contrato No. 225 de 2014 en el que incurrió el demandado; sin embargo, la inobservancia prestacional no desapareció.

21. Afirmó que las resoluciones a través de las cuales se declaró el incumplimiento total y definitivo del “contrato de transacción” y se hizo efectiva la

cláusula penal pecuniaria pactada, son actos administrativos contractuales amparados por la presunción de legalidad.

Contestaciones de la demanda

22. En su contestación⁷, el contratista hizo alusión a la declaración de incumplimiento emitida por la entidad a través de las Resoluciones Nos. 300 y 466 de 2020 y a la tasación de los perjuicios reclamados en este juicio⁸.

23. En cuanto a lo primero, expresó que: i) el Fondo adelantó un proceso de incumplimiento en su contra, a pesar de que obró de buena fe y se ofreció en varias oportunidades a repotenciar el puente vehicular; ii) los diseños de la obra no cumplían con las normas del Código Colombiano de Diseño Sísmico de Puentes CCDSP-95, aspecto que corroboró la sociedad Bateman Ingeniería S.A. en el dictamen pericial que rindió en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio, lo que da cuenta de una falta de planeación imputable a la entidad; iii) estuvo dispuesto a firmar la prórroga del “acuerdo transaccional”; sin embargo, el Fondo se negó a ello.

24. En relación con los perjuicios reclamados indicó que: i) en la parte resolutive de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró el incumplimiento no se consignó la suma de \$7.365'133.855 que se pretende cobrar; ii) la tasación fijada en dichas decisiones no tuvo en cuenta que la obra contratada se ejecutó en su totalidad; iii) el Fondo no consideró que el puente vehicular no se demolió, puesto que el Instituto Nacional de Vías – Invías contrató su rehabilitación; iv) la entidad pretende enriquecerse sin justa causa, puesto que la intervención del Invías sobre el puente se apoyó en la obra que realizó el demandado⁹.

25. Indicó que no se oponía a la pretensión de liquidación judicial del contrato No. 225, bajo el entendido de que el Fondo le adeudaba la suma de \$692'822.238.

26. La aseguradora no contestó la demanda reformada¹⁰, pese a que se le notificó en debida forma su admisión¹¹.

⁷ Índice 20 SAMAI, T.A.

⁸ Formuló la excepción previa de pleito pendiente entre las mismas partes y por el mismo asunto, con fundamento en un proceso ordinario de responsabilidad fiscal que inició la Contraloría General de la República en contra del demandado y la aseguradora por el detrimento patrimonial derivado del contrato No. 225 de 2014. El Tribunal a quo desestimó este medio exceptivo a través del auto del 28 de julio de 2022, con fundamento en que el proceso de responsabilidad fiscal no comparte la misma naturaleza del medio de control de controversias contractuales. Esta determinación no fue recurrida (índice 23 SAMAI, T.A.).

⁹ Con apoyo en los anteriores argumentos, propuso la excepción que denominó “cobro de lo no debido o mala fe en el demandante quien pretende mediante este proceso obtener sentencia declarativa para cobrar a mi mandante una suma de dinero irreal”.

¹⁰ Confianza contestó la demanda antes de su reforma de forma extemporánea. El análisis sobre la extemporaneidad de la contestación que presentó la aseguradora quedó consignado en el auto del 9 de febrero de 2022. Esa decisión del Tribunal no fue objeto de recursos (índice 15 SAMAI, T.A.).

¹¹ El auto admisorio de la demanda reformada se dictó el 9 de febrero de 2022 y se notificó el 10 de febrero siguiente. La notificación se realizó en debida forma (por estado, tal y como lo establece el artículo 173 del CPACA) (índices 15 y 19 SAMAI, T.A.).

Alegatos de conclusión en primera instancia

27. Agotada la etapa probatoria¹², el Fondo alegó de conclusión para insistir en sus argumentos¹³.

28. El contratista¹⁴ intervino para señalar que: i) cursaba otro proceso judicial en contra del Fondo, en el que pretendió la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales se declaró el incumplimiento total y definitivo del “contrato de transacción” (identificado con la radicación No. 60012333000 202300010 00): ii) el incumplimiento del “acuerdo transaccional” solo se podía predicar respecto de su objeto y no frente a lo pactado en el contrato No. 225 de 2014, puesto que los inconvenientes que se presentaron en ese negocio jurídico debían entenderse saneados con el “contrato de transacción” celebrado; iii) el “contrato de transacción” debía valorarse conforme con su naturaleza jurídica particular y no como un contrato estatal propiamente dicho y iv) el Fondo no podía declarar el incumplimiento del “acuerdo transaccional” por la supuesta desatención de las obligaciones de carácter predial, en tanto esa actividad no fue objeto de este contrato.

29. Confianza y el Ministerio Público no se pronunciaron.

Fundamentos de la sentencia impugnada

30. El *a quo*¹⁵ concluyó que la pretensión de liquidación judicial del contrato No. 225 de 2014 fue extemporánea¹⁶, al igual que las demás súplicas “concordantes”. Sostuvo que la celebración del “contrato de transacción” no incidió en el término de caducidad, en tanto se trató de dos relaciones jurídicas autónomas.

31. Respecto del “contrato de transacción” mencionó que el Fondo estaba legalmente facultado para declarar el incumplimiento, pero únicamente con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal sin superar el valor pactado y para hacer efectiva la póliza en lo pertinente, por lo cual respecto de los mayores valores reclamados debía acreditarlos ante el juez. No obstante, las pruebas que obran en el proceso solo dan cuenta de la inobservancia de las obligaciones del

¹² Por medio del auto del 21 de febrero de 2023, el *a quo* decretó las pruebas documentales aportadas con la demanda –inicial y reformada– y sus contestaciones, así como el testimonio de Víctor Hugo Vargas Rivera (elemento de convicción solicitado por el demandado). Mediante proveído de la misma fecha, el Tribunal negó la solicitud de acumulación de este proceso con el identificado con la radicación No. 660012333000 202300010 00, comoquiera que el apoderado judicial de Carlos Mario Zapata Ramírez formuló la petición cuando ya se había programada la audiencia inicial en el presente juicio (numeral 3 del artículo 148 del CGP). Frente a esa determinación no se presentaron recursos. La declaración testimonial de Víctor Hugo Vargas Rivera se recibió en la audiencia de pruebas celebrada el 19 de septiembre de 2023, diligencia en la cual se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamientos y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, así como al Ministerio Público para que rindiera su concepto (índices 39 y 75 SAMAI, T.A.).

¹³ Índice 78 SAMAI, T.A.

¹⁴ Índice 79 SAMAI, T.A.

¹⁵ Índice 82 SAMAI, T.A.

¹⁶ El Tribunal indicó que el plazo de ejecución del contrato No. 225 del 23 de diciembre de 2014 finalizó el 25 de septiembre de 2016, mientras que el término de 6 meses para su liquidación bilateral concluyó el 26 de marzo de 2017, sin que los extremos negociales procedieran en tal sentido. No tuvo en cuenta el término de 2 meses para liquidarlo unilateralmente, puesto que el negocio jurídico en cuestión se regía por las prescripciones del derecho privado. Por lo anterior, concluyó que el plazo máximo de 2 años para acudir a la jurisdicción finalizó el 27 de marzo de 2018. Como la demanda inicial –sin reformar– se presentó el 3 de diciembre de 2020, el *a quo* concluyó que se configuró la caducidad del medio de control de controversias contractuales (índice 82 SAMAI, T.A.).

demandado, pero no de los perjuicios reclamados por encima del valor establecido en la cláusula penal.

32. Al respecto, expresó que el dictamen pericial elaborado por la sociedad Bateman Ingeniería S.A. en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio, los contratos de interventoría y los conceptos presentados por los asesores de la entidad pública demuestran el incumplimiento del “contrato de transacción”, pero no la causación de los mayores perjuicios que se reclaman. Advirtió que no se aportaron elementos de convicción que probaran la ejecución de los negocios jurídicos suscritos para desmontar la estructura y la construcción del nuevo puente vehicular.

33. No condenó en costas, porque no se acreditaron.

II. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

34. El Fondo¹⁷ interpuso recurso de apelación en contra del numeral 3¹⁸ de la sentencia de primera instancia. Como fundamento de su impugnación expresó que, a pesar de que en el fallo se declaró el incumplimiento del “contrato de transacción”, se omitió el reconocimiento de los perjuicios, conclusión a la que se arribó debido a que no se valoraron adecuadamente las pruebas que demuestran que los causados superaron el valor de la cláusula penal pactada.

35. Específicamente se refirió a la Resolución No. 300 del 15 de octubre de 2020. Señaló que se trata de un acto administrativo que está cobijado por la presunción de legalidad y que a través suyo el Fondo, además de declarar el incumplimiento del “contrato de transacción”, cuantificó los perjuicios en la suma de \$8.409’492.957, correspondiente a los conceptos que fueron desagregados en ese acto y que transcribió¹⁹.

36. Añadió que en la parte resolutive del mencionado acto se anunció que el Fondo acudiría a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para obtener el reconocimiento y restablecimiento definitivo de los perjuicios que llegaren a ser superiores a la cláusula penal, lo cual era concordante con lo pactado en la cláusula novena del “contrato de transacción”, en la que se estipuló que la cláusula penal no comportaba una renuncia de la entidad pública para perseguir la reparación integral de los perjuicios que causara el contratista en caso de incumplimiento.

37. Enlistó las pruebas que obran en el expediente²⁰ e indicó que acreditan que los pagos efectuados al contratista y a la interventoría constituyeron un perjuicio para la entidad, en tanto la obra contratada no fue funcional. Señaló que como se declaró el incumplimiento del “contrato de transacción”, los pagos realizados a los

¹⁷ Índice 86 SAMAI, T.A.

¹⁸ “3. **SE NIEGAN** las demás pretensiones de la demanda”. Los demás aspectos resueltos en el fallo de primera instancia no fueron cuestionados por el Fondo (índice 86 SAMAI, T.A.).

¹⁹ Se refiere a los mismos mencionados en la síntesis de la demanda.

²⁰ El Fondo textualmente consignó lo siguiente en su recurso de apelación: “[...] Contrario sensu a lo afirmado por el Honorable Despacho, en el plenario reposan las siguientes pruebas [...]”.

sujetos mencionados constituyeron perjuicios que debían ser reconocidos al Fondo.

38. El contratista²¹ formuló recurso de apelación en contra del fallo de primer grado, con el propósito de que se nieguen la totalidad de las pretensiones de la demanda.

39. En lo que concierne a la declaración de incumplimiento del “contrato de transacción” señaló que: i) era improcedente porque, debido a sus efectos extintivos, esa clase de acuerdos no crean obligaciones susceptibles de ser inobservadas; ii) las pruebas dan cuenta de que la imposibilidad de cumplir el objeto pactado fue atribuible al Fondo, en tanto se debió a errores en los diseños del proyecto que no estuvieron a cargo del contratista y iii) al momento en que se notificó la decisión de incumplimiento, el “contrato de transacción” estaba suspendido, por lo cual esa decisión fue prematura y arbitraria, puesto que no respetó el plazo de ejecución del “acuerdo transaccional”, ni tuvo en cuenta la solicitud de la interventoría tendiente a prorrogar el plazo en 70 días, por lo cual, por falta de cooperación de la demandante el contratista no pudo culminar el objeto convenido.

40. Respecto de los perjuicios expresó que: i) la sentencia es incongruente porque declaró el incumplimiento total del “contrato de transacción” y ordenó el pago de la totalidad de la cláusula penal pecuniaria, a pesar de que el fallo reconoció que la rehabilitación del puente vehicular se ejecutó en un 30%; ii) se incluyó la desatención de obligaciones relacionadas con pagos prediales, los cuales no eran carga del contratista; iii) los perjuicios adicionales reclamados por el Fondo no están justificados y no guardan relación causal con el supuesto incumplimiento del “contrato de transacción”; iv) la obra realizada por el demandado fue utilizada en la rehabilitación que se convino con otro contratista y v) el Fondo no cumplió con su deber de mitigar los perjuicios, dado que no buscó alternativas para culminar el proyecto constructivo con el demandado.

41. Finalmente, afirmó que existe un pleito judicial pendiente respecto de la validez de las resoluciones a través de las cuales el Fondo declaró el incumplimiento total y definitivo del “contrato de transacción”, por lo cual en este juicio no era posible presumir su legalidad, en tanto ello implicaría un prejuzgamiento sobre el resultado de ese otro proceso; a la vez que podría conducir a una contradicción entre decisiones judiciales en el evento en que en este litigio se asumiera su validez y en el otro se anularan tales actos.

Trámite en segunda instancia

42. A través del auto del 29 de octubre de 2024²², el Tribunal concedió los recursos de apelación interpuestos en el efecto suspensivo y esta Corporación los admitió mediante el proveído del 4 de diciembre de 2024²³.

²¹ Índice 87 SAMAI, T.A.

²² Índice 89 SAMAI, T.A.

²³ Índice 3 SAMAI, Consejo de Estado (en adelante, C.E.).

43. De conformidad con lo regulado en el artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, no se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, comoquiera que no se decretaron pruebas en segunda instancia²⁴.

44. El contratista se pronunció en segunda instancia²⁵ e insistió en los argumentos planteados en su impugnación. El Fondo y Confianza guardaron silencio en esta etapa procesal. El Ministerio Público no rindió concepto.

III. CONSIDERACIONES

Cuestiones previas

45. Con la finalidad de delimitar el objeto de la apelación del cual se debe ocupar la Sala, resulta necesario efectuar unas precisiones frente a los siguientes aspectos: i) la naturaleza jurídica del denominado “contrato de transacción” del 3 de agosto de 2018; ii) el interés del contratista para recurrir la sentencia de primera instancia y iii) el “pleito judicial pendiente” invocado en su recurso de apelación.

46. i) En la parte considerativa del acuerdo que las partes denominaron “transacción”, se consignó que el 23 de diciembre de 2014 ellas mismas suscribieron el contrato No. 225 para la construcción del puente vehicular Limones, para ser ejecutado en un plazo de 14 meses²⁶, por un valor de \$5.221’795.508²⁷. No obstante, al vencimiento del plazo pactado –19 de septiembre de 2016– la obra no fue recibida por la entidad porque presentaba fallas derivadas del proceso constructivo.

47. El 27 de julio de 2017, el contratista presentó una “propuesta de transacción” para la rehabilitación del puente, a través de una propuesta técnica elaborada por la firma SM Ingenieros S.A.S. que comprendía componentes técnicos, financieros, sociales y ambientales, la cual no fue aceptada inicialmente por la entidad, porque, si bien obtuvo concepto técnico favorable, el Fondo no aceptó pagar las actas de obra Nos. 13, 14 y 14^a del contrato No. 225 hasta tanto el puente fuera recibido a entera satisfacción. El 30 de enero de 2018, el contratista presentó una nueva propuesta en la que aceptó el pago de tales actas una vez la obra fuera recibida a satisfacción.

48. El 3 de agosto de 2018 se suscribió el acuerdo que las partes titularon²⁸ “**Transacción** para la solución de las diferencias surgidas en relación con la ejecución del contrato No. 225 de 2014 **con el fin de precaver un eventual litigio**

²⁴ A través del auto del 20 de junio de 2025, esta Corporación negó una “solicitud” probatoria en segunda instancia formulada por el demandado en su recurso de apelación, comoquiera que no cumplió con las exigencias argumentativas mínimas establecidas para tal efecto (índice 20 SAMAI, C.E.).

²⁵ Índice 9 SAMAI, C.E.

²⁶ Se referenció que el plazo inicial se pactó en 7 meses, pero que, a través de diferentes acuerdos modificatorios, se lo amplió en 7 meses más.

²⁷ Se indicó que el valor inicial ascendió a \$5.104’340.923, el cual se adicionó en \$117’454.585 a través de otrosí No. 5 del 16 de septiembre de 2016.

²⁸ Índice 13 SAMAI, T.A.

entre el Fondo de Adaptación y Carlos Mario Zapata Ramírez” (énfasis agregado). El objeto se estipuló en la cláusula primera²⁹, así:

OBJETO. La presente transacción tiene por objeto solucionar de manera directa las controversias surgidas entre **LAS PARTES** con ocasión del contrato No. 225 del 23 de diciembre de 2014 y de esa manera precaver un eventual litigio entre las mismas, originada en el incumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas del mencionado contrato por parte de **EL CONTRATISTA** [...].

49. En principio, el título y el objeto pactado son concordantes con la definición de transacción a la que se refiere el artículo 2469 del Código Civil³⁰; sin embargo, revisado integralmente el contenido del acuerdo se concluye que no reúne los elementos esenciales de esta clase de negocio jurídico, esto es: i) la existencia actual o futura de una divergencia entre las partes respecto de un derecho en particular; ii) las concesiones recíprocas que se realizan los suscribientes del acuerdo y iii) la voluntad de los extremos negociales tendiente a poner fin a la incertidumbre que se cierne en torno a sus aspiraciones sin la intervención del aparato jurisdiccional del Estado³¹.

50. Del texto del acuerdo no se observa que existiera una divergencia entre las partes en punto a la causa que lo motivó –el incumplimiento del contratista– y tampoco que el acuerdo se hubiese construido sobre la base de concesiones recíprocas entre ellas, puesto que el Fondo no renunció a ninguno de sus derechos, como tampoco lo hizo el contratista.

51. En efecto, en la cláusula segunda se consignó expresamente que “[l]a presente transacción se hace teniendo en cuenta que el objeto del contrato No. 225 de 2014 **fue incumplido por EL CONTRAITSTA** quien para dar cabal ejecución a sus obligaciones incumplidas” aceptó realizar la terminación y reparación y/o rehabilitación del puente vehicular Limones³², de conformidad con los elementos técnicos de la propuesta que presentó, sin ningún costo a cargo de la entidad³³ (énfasis agregado).

²⁹ Índice 13 SAMAI, T.A.

³⁰ Artículo 2469 del Código Civil: “**Definición de la transacción. La transacción es un contrato en que las partes** terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o **precaven un litigio eventual**. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa” (énfasis añadido).

³¹ La Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el contrato de transacción y sus elementos esenciales en los siguientes términos: “[...] [L]a doctrina de la Corte tiene sentado que **son tres los elementos estructurales de la transacción**, a saber: **a) la existencia actual o futura de discrepancia entre las partes acerca de un derecho; b) la reciprocidad de concesiones que se hacen las partes; y c) su voluntad e intención de ponerle fin a la incertidumbre sin la intervención de la justicia del Estado** (Casación Civil de 12 de diciembre de 1938, XLVII, 479 y 480; 6 de junio de 1939, XLVIII, 268; 22 de marzo de 1949, LXV, 634; 6 de mayo de 1966, CXVI, 97; 22 de febrero de 1971, CXXXVIII, 135). **Teniendo en cuenta estos elementos, se ha definido con mayor exactitud la transacción, expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual**» (CSJ SC, 29 oct. 1979, G. J. t. CLIX, pp. 301 a 305) [...]” (énfasis añadido) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Agraria y Rural, sentencia del 6 de junio de 2022 (SC1365-2022), radicación No. 11001-31-03-009-2013-00173-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

³² En la cláusula décima segunda del “contrato de transacción” del 3 de agosto de 2018 estableció lo siguiente: “**DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA TRANSACCIÓN:** La presente transacción se hace teniendo en cuenta que el objeto del contrato No. 225 del 23 de diciembre de 2014 fue incumplido por **EL CONTRATISTA**, quien para dar cabal ejecución de sus obligaciones incumplidas se obliga a realizar la terminación y reparación y/o rehabilitación del puente vehicular Limones [...]” (Índice 13 SAMAI, T.A.).

³³ Cláusula sexta del “contrato de transacción” del 3 de agosto de 2018: “**RECURSOS. EL CONTRATISTA** se compromete a realizar las actividades de obra para la terminación, rehabilitación y/o reconstrucción del Puente Limones, con recursos propios, según los términos establecidos en la propuesta de arreglo presentada

52. En estas condiciones, no es posible sostener que el hecho de que el contratista aceptara asumir los costos de la terminación y reparación y/o rehabilitación del puente vehicular constituyera una renuncia a sus derechos, pues lo que se dejó plasmado en el acuerdo fue que esa carga le correspondía por haber incumplido las obligaciones que asumió en el contrato No. 225.

53. El contratista tampoco renunció a recibir el pago del saldo insoluto del contrato No. 225, sino a que se realizara una vez se recibiera el puente a satisfacción³⁴.

54. Se añade a lo anterior que lo estipulado en la cláusula décima tercera³⁵ no comportó la renuncia de la entidad a declarar el incumplimiento del contrato No. 225 y a hacer efectivo el amparo de cumplimiento, lo que se acordó fue que no lo haría, siempre y cuando el contratista cumpliera con lo pactado en el *acuerdo* del 3 de agosto de 2018, pues si esto ocurría, se convalidaría todo incumplimiento previo. La cláusula es del siguiente tenor:

NO CONVALIDACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO PREVIO. El cumplimiento de lo pactado en la presente transacción por parte del contratista, así como el recibo a satisfacción por parte de la Entidad, convalidará todo incumplimiento previo. Por lo tanto, el **FONDO DE ADAPTACIÓN** no podrá declarar el incumplimiento y/o afectar el amparo de cumplimiento de la póliza del contrato con base en hechos o circunstancias anteriores a la suscripción del presente contrato (énfasis agregado).

55. Igualmente, en los términos del numeral 3 del artículo 1625 del Código Civil³⁶, la transacción es un modo de extinguir las obligaciones; sin embargo, de lo que da cuenta todo lo anterior es que la intención de las partes no fue extinguir las obligaciones derivadas del contrato No. 225, sino procurar su cumplimiento, aun cuando fuera de manera extemporánea. En este sentido, en el párrafo segundo de la cláusula décima tercera aclararon que “esta transacción no constituye en modo alguno novación de las obligaciones emanadas del contrato original”.

56. En ese contexto, concluye la Sala que, pese a la denominación que las partes le dieron, el acuerdo del 3 de agosto de 2018 no correspondió a una transacción, sino que se trató un acuerdo de voluntades por medio del cual el Fondo aceptó la propuesta del contratista de cumplir de manera extemporánea las obligaciones derivadas del contrato No. 225³⁷, bajos las estrictas condiciones técnicas necesarias para la terminación y reparación y/o rehabilitación del puente, de tiempo y económicas que fueron acordadas por las partes, con la previsión de que, en caso de incumplimiento de ese acuerdo, la entidad pública quedaría

por él. Por tanto, la presente transacción no implica la ejecución ni erogación de recursos públicos” (índice 13 SAMAI, T.A.).

³⁴ Párrafo primero de la cláusula sexta: “**PARÁGRAFO PRIMERO.** Una vez verificado el cumplimiento de las obligaciones emanadas de esta transacción, suscrita el acta de recibo a satisfacción y aprobada la actualización de las garantías por parte del **EL FONDO**, éste cancelará el valor pendiente de pago del contrato No. 225 [...]” (índice 13 SAMAI, T.A.).

³⁵ Índice 13 SAMAI, T.A.

³⁶ Artículo 1625 del Código Civil: “**Modos de extinción.** Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. **Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte: [...] 3. Por la transacción [...]**” (énfasis añadido).

³⁷ Índice 13 SAMAI, T.A.

habilitada para declararlo a través de acto administrativo y de hacer efectiva la cláusula penal en él pactada.

57. Por lo anterior, en lo sucesivo, la Sala hará alusión al negocio jurídico como el acuerdo del 3 de agosto de 2018.

58. ii) De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 320 del CGP, la parte que puede interponer el recurso de apelación es aquella a la que le ha sido desfavorable la providencia de primera instancia.

59. Examinada la sentencia recurrida, encuentra la Sala que en este caso al contratista le asiste interés para recurrir la providencia en punto a la declaración de incumplimiento que quedó contenida en la parte resolutive del fallo; sin embargo, como pasa a verse, lo cierto es que a través de tal declaración el Tribunal no resolvió ninguno de los puntos de la litis que le fue planteada, en tanto esa pretensión no fue propuesta³⁸, lo que hizo fue reproducir la decisión administrativa que el Fondo adoptó previamente sobre esa materia y sobre la cual fundó los pedimentos de su demanda.

60. En efecto, aunque en la sentencia se hizo alusión al procedimiento administrativo que precedió a la expedición de las Resoluciones Nos. 300 y 466 de 2020 y a las pruebas recaudadas en él, lo cierto es que tales referencias no se hicieron con el objeto de resolver un punto del litigio que no fue planteado, sino para evidenciar que a través de tales actos administrativos el Fondo ya había decidido sobre esa cuestión, por lo cual señaló que el demandado estaba “legalmente facultado para declarar el incumplimiento” con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal.

61. Si bien, de manera imprecisa en la parte considerativa el Tribunal anunció que declararía el incumplimiento del contratista respecto del acuerdo del 3 de agosto de 2018 y así lo incluyó en la parte resolutive, al revisar de manera íntegra el contenido de la providencia la Sala concluye que se trató de un error formal que no puede sostenerse, por lo cual lo corregirá eliminando tal declaración de la parte resolutive.

62. Las razones expuestas conducen a que en el objeto de la apelación no se deban incluir los reparos del contratista en punto a la declaración de incumplimiento contenida en la parte resolutive del fallo.

63. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala estima necesario advertir que ni a través de los argumentos de su contestación ni con ocasión de la apelación, el contratista podía debatir acerca de las razones que sustentaron las referidas decisiones

³⁸ En las pretensiones 1, 2, 6, 7 y 8 de la demanda, el Fondo solicitó, respectivamente, que se declarara que los perjuicios causados por el contratista como consecuencia del incumplimiento del acuerdo del 3 de agosto de 2018 declarado a través de las Resoluciones Nos. 300 y 466 de 2020 superaron el valor de la cláusula penal pactada en \$7.365'133.855; consecuentemente, que se afectaran los amparos de cumplimiento y estabilidad y calidad de la obra, el primero por valor de \$1.044'359.101,60 y el segundo por valor de \$2.088'718.203,20 y la suma restante a cargo del contratista. En las pretensiones 3, 4 y 5 solicitó que se realizara la liquidación judicial del contrato No. 225 y que, como consecuencia de ese ejercicio, se liberaran unos recursos y se ordenara al contratista devolver otros. El Tribunal declaró la caducidad de este grupo de pretensiones, aspecto que no fue apelado por ninguna de las partes.

administrativas, porque no son los medios procesales idóneos para hacerlo, pues, dada la presunción de legalidad que los cubre, para ello se requería formular una pretensión de nulidad en su contra; sin embargo, pudiendo hacerlo, el demandado no propuso una demanda de reconvenimiento con ese propósito.

64. Se precisa que, aunque el régimen jurídico aplicable al acuerdo del 3 de agosto de 2018 era el derecho privado, la entidad estaba habilitada legalmente para declarar su incumplimiento a través de acto administrativo, como lo hizo.

65. De conformidad con lo previsto en el artículo 155 de la Ley 1753³⁹ de 2015⁴⁰, los contratos que celebrara el Fondo en vigencia de dicha normativa⁴¹ se regían por el derecho privado, “con plena observancia de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de la facultad de incluir las cláusulas excepcionales a que se refieren los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y **de aplicar lo dispuesto en los artículos 11 y 17 de la Ley 1150 de 2007**” (énfasis agregado).

66. El acuerdo se suscribió el 3 de agosto de 2018, es decir, en vigencia de la mencionada normativa, a la que se remitieron las partes en la cláusula novena en los siguientes términos⁴²:

NOVENO. – CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: De conformidad con lo establecido en los artículos 155 de la Ley 1753 de 2015, 17 de la Ley 1150 de 2007 y en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes acuerdan libre, expresa e irrevocablemente la causación y efectividad de la cláusula penal pecuniaria, en caso de incumplimiento parcial o definitivo en la ejecución oportuna del contrato de transacción, así como en caso de incumplimiento de obligaciones a cargo del CONTRATISTA después de terminado el plazo de ejecución. En esos eventos, **EL FONDO podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, a título de pena**, por un monto equivalente hasta por el veinte por ciento (20%) del valor total del contrato No. 225 de 2014, **a través del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011** [...] (énfasis añadido).

67. En estas condiciones se concluye que las resoluciones a través de las cuales el Fondo declaró el incumplimiento total y definitivo del “contrato de transacción” son actos administrativos, pues se expidieron en ejercicio de la

³⁹ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

⁴⁰ Artículo 155 de la Ley 1753 de 2015: “**Del Fondo de adaptación.** El Fondo Adaptación, creado mediante Decreto- Ley 4819 de 2010, hará parte del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres en los términos de la Ley 1523 de 2012. **Los contratos que celebre el Fondo Adaptación** para ejecutar los recursos destinados al programa de reducción de la vulnerabilidad fiscal ante desastres y riesgos climáticos, **se regirán por el derecho privado. Lo anterior, con plena observancia de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de la facultad de incluir las cláusulas excepcionales a que se refieren los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y de aplicar lo dispuesto en los artículos 11 y 17 de la Ley 1150 de 2007**, a partir del 1 de enero de 2020 los procesos contractuales que adelante el Fondo Adaptación se regirán por lo previsto por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 [...]” (énfasis añadido).

⁴¹ Artículo 267 de la Ley 1753 de 2015: “La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias [...]”.

⁴² Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007: “**Del derecho al debido proceso.** El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. **Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato** [...]” (énfasis añadido).

prerrogativa pública consagrada en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2011, que, en virtud de la habilitación establecida en el artículo 155 de la Ley 1753 de 2015, podía ser incorporada a sus contratos.

68. Con apego en las reflexiones que se acaban de plasmar, se concluye que el demandado no podía utilizar el recurso de apelación para intentar restarle efecto a la declaración de incumplimiento total y definitiva que realizó el Fondo en los actos administrativos mencionados, porque la presunción de legalidad de dichas determinaciones se lo impide, de suerte que todas las alegaciones del contratista tendientes a señalar que fue el demandante quien desatendió el acuerdo del 3 de agosto de 2018, no podrían prosperar.

69. Ahora, en relación con los reparos que formuló el contratista respecto del monto por el que el Fondo hizo efectiva la cláusula penal y el monto de los perjuicios que alega el demandante que superaron ese valor, la Sala concluye que el demandado no tenía interés para impugnar la decisión de primera instancia. En relación con el primer aspecto, porque el fallo no se pronunció sobre eso y, respecto del segundo, porque esa pretensión se negó.

70. Lo dicho en relación con los motivos de disenso que presentó el contratista respecto del incumplimiento del acuerdo del 3 de agosto de 2016, resulta igualmente aplicable frente a los motivos de disenso que formuló sobre el monto por el que se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria en los referidos actos administrativos, en la medida que este aspecto también quedó cobijado por la presunción de legalidad que los acompaña, además de que, se reitera, en la sentencia recurrida no se hizo alusión a ello.

71. En consecuencia, en el objeto de la apelación tampoco se incluirán estos aspectos.

72. ii) Respecto del “pleito judicial pendiente” invocado por el contratista en su impugnación, con fundamento en que la validez de las Resoluciones Nos. 300 y 466 es materia de debate en el juicio identificado con la radicación No. 660012333000 202300010 00⁴³, la Sala advierte que se trata de la formulación inoportuna de una excepción previa, construida sobre sucesos acontecidos con posterioridad a la fecha en que podía presentarse y que, en cualquier caso, no reúne los elementos sustantivos para configurarla.

73. De conformidad con lo dispuesto en artículo 101 del CGP⁴⁴, la formulación de las excepciones previas está limitada al término de traslado de la demanda⁴⁵, lo

⁴³ Proceso judicial que también se adelanta ante el Tribunal Administrativo de Risaralda.

⁴⁴ En virtud de lo previsto en el parágrafo 2° del artículo 175 del CPACA (modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021), las excepciones previas se formulan y se deciden de conformidad con lo señalado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP. La referida remisión normativa es del siguiente tenor: “**Contestación de la demanda.** Durante el término de traslado, el demandado tendrá la facultad de contestar la demanda mediante escrito, que contendrá: [...] **Parágrafo 2°.** [modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021] [...] **Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso.** Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión [...]” (énfasis y aclaración añadida).

que supone que para ese momento estén reunidos los elementos sustantivos en los que se soporta.

74. En este caso, se encuentra que al momento en que venció el término en el que el demandado podía proponer la excepción⁴⁶, el contratista no había presentado demanda en contra del Fondo para solicitar la nulidad de las Resoluciones Nos. 300 y 466 de 2020, lo que tuvo lugar con posterioridad⁴⁷. No le está dado al demandado, formular una “excepción previa” sobre actuaciones que él mismo surtió con posterioridad al momento en que podía proponerla.

75. Además, no están configurados los requisitos en los que se funda tal excepción, puesto que no existe identidad entre las pretensiones formuladas en este juicio y las planteadas en el proceso identificado con la radicación No. 660012333000 202300010 00. La anulación de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró el incumplimiento total y definitivo del “acuerdo transaccional” no fue petitionada en este asunto⁴⁸, ni siquiera por la vía de una demanda de reconvención⁴⁹, herramienta procesal a la cual pudo recurrir el contratista en este juicio, pero de la que no hizo uso.

76. En virtud de lo anterior, incluso si se interpretara que lo quiso el apelante fue formular una solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad, lo cierto es que no estaría llamada a prosperar, en la medida que, en los términos del numeral 1º del artículo 161 del CGP⁵⁰, para que ello ocurriera, debía ser imposible en este mismo proceso pretender la nulidad de los actos administrativos, a través de una demanda de reconvención.

⁴⁵ Artículo 101 del CGP: “**Oportunidad y trámite de las excepciones previas. Las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda** en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan. Al escrito deberán acompañarse todas las pruebas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandado. El juez se abstendrá de decretar pruebas de otra clase, salvo cuando se alegue la falta de competencia por el domicilio de persona natural o por el lugar donde ocurrieron hechos, o la falta de integración del litisconsorcio necesario, casos en los cuales se podrán practicar hasta dos testimonios. Las excepciones previas se tramitarán y decidirán de la siguiente manera: 1. Del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante por el término de tres (3) días conforme al artículo 110, para que se pronuncie sobre ellas y, si fuere el caso, subsane los defectos anotados. **2. El juez decidirá sobre las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas, antes de la audiencia inicial**, y si prospera alguna que impida continuar el trámite del proceso y que no pueda ser subsanada o no lo haya sido oportunamente, declarará terminada la actuación y ordenará devolver la demanda al demandante. **Cuando se requiera la práctica de pruebas, el juez citará a la audiencia inicial y en ella las practicará y resolverá las excepciones [...]**” (énfasis agregado).

⁴⁶ El auto admisorio de la demanda reformada se profirió el 9 de febrero de 2022 y se notificó el 10 de febrero siguiente. La notificación se realizó en debida forma (por estado, tal y como lo establece el artículo 173 del CPACA). El término de 15 días hábiles para contestar dicho acto procesal vencía el **3 de marzo de 2022**, fecha en la cual el contratista radicó su contestación (índices 15, 19 y 20 SAMAI, T.A.).

⁴⁷ El contratista presentó la demanda en la que pretende la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales se declaró el incumplimiento total y definitivo del “contrato de transacción” el **18 de enero de 2023** (proceso judicial identificado con la radicación No. 660012333000 **202300010 00**), es decir, con posterioridad a la contestación de la demanda reformada en este juicio (**3 de marzo de 2022**).

⁴⁸ Circunstancia apenas lógica, en la medida en que el demandante en este juicio es el Fondo.

⁴⁹ De conformidad con lo regulado en el artículo 177 del CPACA, la demanda de reconvención puede presentarse dentro del término de traslado de la admisión de la demanda principal o de su reforma. El contratista pudo demandar en reconvención hasta el **3 de marzo de 2022**, toda vez que en dicha fecha culminó el término de traslado de la reforma de la demanda presentada por el Fondo (ver pie de página No. 46); sin embargo, el demandado no hizo uso de dicho mecanismo procesal.

⁵⁰ Artículo 161 del CGP: “Suspensión del proceso. El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos:

1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvención ...”

77. Por lo anterior, este aspecto del recurso de apelación del demandado tampoco se incluirá en el objeto de la apelación.

78. Finalmente, se precisa que la Sala no ahondará en la caducidad que en primera instancia se declaró respecto de las pretensiones 3, 4 y 5, toda vez que no fue objeto de apelación por ninguna de las partes⁵¹.

El objeto de la apelación

79. Corresponde a la Sala establecer si el Tribunal valoró inadecuadamente las pruebas aportadas al proceso y si éstas dan cuenta de que los perjuicios originados en el incumplimiento del demandado respecto del acuerdo del 3 de agosto de 2018 superaron el valor de la cláusula penal que se hizo efectiva a través de las Resoluciones Nos. 300 y 466 de 2020.

80. Se anticipa que el recurso de apelación no tiene vocación de prosperidad. A esta conclusión se arriba con fundamento en las siguientes consideraciones:

81. i) Los actos administrativos a través de los cuales el Fondo declaró el incumplimiento del acuerdo del 3 de agosto de 2018 no constituyen prueba de que los perjuicios causados hubieran superado el monto de la cláusula penal pactada en ese negocio jurídico.

82. Consta en el proceso que a través de la Resolución No. 300 del 15 de octubre de 2020, confirmada a través de la Resolución No. 466 del 28 de diciembre del mismo año, el Fondo declaró el incumplimiento total y definitivo del acuerdo del 3 de agosto de 2018, en tanto, vencido el plazo convenido para realizar la terminación y reparación y/o rehabilitación del puente vehicular Limones, el demandado no cumplió esa obligación.

83. Como consecuencia de la anterior declaración, la entidad hizo efectiva la cláusula penal pactada en la cláusula novena del acuerdo del 3 de agosto de 2018 en un monto equivalente al 20% del valor total del contrato No. 225 –que ascendió \$5.221’795.508⁵²–, esto es, en \$1.044’359.101,60. Asimismo, declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento cubierto por la póliza de seguros No. 23 GU041392 expedida por Confianza para amparar el cumplimiento de ese negocio jurídico. Afectó el monto del amparo –establecido en un 40% del valor total del contrato No. 225– en la misma cuantía de la cláusula penal.

⁵¹ Sin perjuicio de ello, se precisa que el acuerdo del 3 de agosto de 2018 se suscribió cuando ya había empezado a computarse el término de caducidad para presentar demanda con ocasión de las controversias que se originaran en el contrato No. 225. Este contrato terminó por vencimiento del plazo el 19 de septiembre de 2016, las partes acordaron un plazo para liquidarlo de 6 meses que feneció el 20 de marzo de 2017. El acuerdo al que llegaron las partes el 3 de agosto de 2018 no tenía la virtualidad de interrumpir o suspender el plazo de caducidad que ya había empezado a computarse y que para el momento de presentación de la demanda sin reformar –3 de diciembre de 2020– ya había fenecido, puesto que no encuadra en ninguna de las causales legales que la ley prevé para ello y que son las únicas que pueden operar con esos efectos por tratarse el término de caducidad de una norma de orden público sobre la cual no pueden disponer las partes.

⁵² El valor del contrato No. 225 se estipuló inicialmente en \$5.104’340.923. A través de otrosí No. 5 del 16 de septiembre de 2016, se adicionó en \$117’454.585 (información tomada del hecho 5 del acuerdo del 3 de agosto de 2018) (índice 13 SAMAI, T.A.).

84. En relación con los mencionados aspectos, la entidad pública ejerció la facultad establecida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, puesto que, previo agotamiento del procedimiento administrativo respectivo, adoptó unilateralmente la decisión de declarar el incumplimiento del contratista respecto de las obligaciones derivadas del acuerdo de 3 de agosto de 2018 y determinó, consecuentemente, la efectividad la cláusula penal pactada y la declaratoria de ocurrencia del siniestro de incumplimiento amparado por la aseguradora Confianza.

85. No cabe duda en cuanto a que las referidas decisiones constituyen un acto administrativo definitivo⁵³, en la medida que, en ejercicio de función administrativa, la entidad decidió de fondo acerca de los incumplimientos de su contratista y determinó las consecuencias derivadas de tal inobservancia en lo relativo a la efectividad de la cláusula penal y la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, por tanto, al estar en firme⁵⁴ y no haber sido suspendidas, están cobijadas por la presunción de legalidad⁵⁵ y gozan del carácter ejecutorio al que se refiere el artículo 88 del CPACA⁵⁶. Se trata de manifestaciones unilaterales de la administración capaces de producir efectos en el mundo jurídico.

86. En las mismas resoluciones, la entidad anunció que, en caso de ser procedente, acudiría a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para lograr el “*reconocimiento y establecimiento definitivo*” de los perjuicios que habrían superado el valor estipulado en la cláusula penal. Así quedó expresamente consignado en la parte resolutive de la Resolución No. 300 de 2020:

ARTÍCULO QUINTO: Sin perjuicio del cobro de la CLAUSULA PENAL PECUNIARIA a través de la garantía única de cumplimiento, el **FONDO ADAPTACION**, en caso de ser procedente solicitará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el reconocimiento y establecimiento definitivo de los perjuicios a cargo de **CARLOS MARIO ZAPATA RAMÍREZ y/o COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA**, que llegaren a ser superiores al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato 225 de 2014, esto es, toda suma superior a **MIL CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO UN PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$1.044.359.101.60)**, según la tasación de perjuicios realizada en el presente acto administrativo o la actualización que para el efecto se realice (subrayas fuera de texto).

87. En lo concerniente a esta manifestación, no es posible concluir que la administración hubiere decidido de fondo y de forma concluyente el asunto, por lo mismo, tampoco es posible predicar respecto de ella los efectos vinculantes

⁵³ Ley 1437 de 2011: “Artículo 43. Actos definitivos. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”.

⁵⁴ Como los recursos de reposición interpuestos por el contratista y la aseguradora en contra de la Resolución No. 300 del 15 de octubre de 2020 fueron desestimados a través de la Resolución No. 466 del 28 de diciembre de la misma anualidad, determinación que se notificó en estrados, se concluye que el acto administrativo primigenio adquirió firmeza el 29 de diciembre de 2020, según lo consignado en el artículo 87-3 del CPACA (índice 13 SAMAI, T.A.).

⁵⁵ Ley 1437 de 2011: “Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”.

⁵⁶ Ley 1437 de 2011: “Artículo 89. Carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional”.

propios de los actos administrativos definitivos, la presunción de legalidad ni el carácter ejecutivo y ejecutorio de aquéllos, pues, como se observa, la entidad se limitó a informar que, de estimarlo procedente, acudiría al juez del contrato para que fuera éste el que reconociera la existencia de perjuicios mayores a los cubiertos por la cláusula penal y su cuantía definitiva.

88. En efecto, en la parte considerativa de la Resolución No. 300 de 2020, el Fondo expresó que desde la citación a la audiencia que dio inicio a la actuación administrativa advirtió “claramente” que “se reservaba la facultad para hacer el cobro ante la autoridad judicial correspondiente, de todos los demás perjuicios causados por el incumplimiento definitivo de dicho contrato y que se encuentren por encima del monto de la cláusula penal, por cuanto no se encontraba facultado en sede administrativa para tasar e imponer el pago de perjuicios adicionales a los que de común acuerdo fueron acordados en la precitada cláusula novena del contrato⁵⁷”.

89. Esa advertencia se reiteró en la Resolución No. 466 de 2020⁵⁸, en la que, además, la entidad pública señaló que, si bien estimaba que los perjuicios causados eran superiores a los establecidos en la cláusula penal y aunque el valor asegurado en el amparo de cumplimiento correspondía al 40% del valor total del contrato No. 225, únicamente afectaría la garantía en el monto equivalente a dicha cláusula, en tanto sus facultades legales no le permitían ir más allá, por lo que en lo relativo a los mayores perjuicios acudiría el juez de lo contencioso administrativo⁵⁹ para que lo definiera. En línea con ello, manifestó que no se pronunciaría sobre los reparos que formuló la aseguradora en punto a esos mayores perjuicios.

90. Lo anterior muestra que, si bien la entidad pública realizó unas estimaciones que la llevaron a concluir que los perjuicios causados con ocasión del incumplimiento del acuerdo del 3 de agosto de 2018 fueron superiores al monto fijado en la cláusula penal pactada, lo cierto es que, por estimar que carecía de competencia para ello, no tomó una decisión en relación con ese aspecto, sino que difirió ese asunto para que fuera resuelto en sede judicial, para lo cual presentó la demanda que es objeto de este pronunciamiento.

91. Ahora, no se discute que el Fondo podía pedir al juez que declarara que los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento del contratista no quedaron totalmente cubiertos por la cláusula penal; sin embargo, como lo dispone el artículo 167 del CGP, para obtener esa declaración le correspondía acreditar el supuesto fáctico de sus pretensiones.

92. Las manifestaciones que en ese sentido hizo el Fondo en las Resoluciones Nos. 300 y 466 de 2020 no constituyen prueba de ello, pues, además de que, por las razones previamente mencionadas, no tienen carácter vinculante, lo único que revelan es la posición de la entidad pública construida a partir de sus propias apreciaciones, consideraciones y conclusiones. La veracidad de sus afirmaciones

⁵⁷ Índice 13 SAMAI, T.A.

⁵⁸ Índice 13 SAMAI, T.A.

⁵⁹ Índice 13 SAMAI, T.A.

debía ser respaldada con medios demostrativos tangibles y verificables de la existencia de su dicho; no obstante, no cumplió con esa carga.

93. Advierte la Sala que las consideraciones que enseguida realizará se circunscriben al valor de los perjuicios que no quedaron cubiertos por la cláusula penal pecuniaria pactada, dado que, como ya se dijo, la efectividad de dicha cláusula, así como la declaración de incumplimiento, quedaron cobijados por la presunción de legalidad de las Resoluciones Nos. 300 y 466 de 2020, cuya validez no es objeto de debate en este juicio.

94. Según lo consignado en la parte considerativa de la Resolución No. 300 de 2020, en el acápite titulado “PRIMER CARGO DE PRESUNTO INCUMPLIMIENTO: NO ENTREGA Y RECIBO A SATISFACCIÓN DEL PUENTE VEHICULAR LIMONES EN EL PLAZO ESTABLECIDO EN EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN, SUSCRITO EL 3 DE AGOSTO DE 2018”⁶⁰, el incumplimiento del contratista se declaró porque al vencimiento el plazo pactado⁶¹ “no se realizó la terminación ni reparación y/o rehabilitación del Puente Vehicular Limones siguiendo los elementos técnicos de la propuesta de transacción”, dado que a esa fecha la obra solo presentaba un avance del 30%⁶² por causas imputables al contratista, quien, a pesar de los múltiples requerimientos que se le hicieron para el cumplimiento del cronograma de obra y de sus obligaciones socio ambientales, nunca se puso al día en el desarrollo y cumplimiento de las mismas⁶³.

95. En línea con lo anterior, en la Resolución No. 466 de 2020 se indicó que en la actuación administrativa se demostró la poca diligencia del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales “dado el bajo rendimiento en la ejecución de la obra, durante los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2018” y que el incumplimiento endilgado “se circunscribió a la no entrega y recibo a satisfacción del Puente Vehicular Limones en el plazo establecido en el CONTRATO DE TRANSACCIÓN, de cara a lo allí acordado por el CONTRATISTA de manera autónoma y libre, esto es: la terminación y reparación y/o rehabilitación del Puente Vehicular Limones por parte de EL CONTRATISTA, siguiendo los elementos técnicos de la propuesta de transacción presentada por él mismo al FONDO, bajo su propia cuenta y riesgo, y en el plazo allí previsto de cuatro (4) meses y siete (7) días⁶⁴”.

⁶⁰ La imputación de incumplimiento se hizo por dos cargos. El segundo correspondió a “PRESUNTO INCUMPLIMIENTO EN LA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE CARÁCTER PREDIAL”. Respecto de este no se declaró la responsabilidad del contratista, con fundamento en que “el FONDO llegó a un acuerdo conciliatorio con la parte afectada, por medio de la cual se subsanó el motivo de controversia relacionada con la gestión predial. Acuerdo que fue debidamente aprobado por la autoridad judicial, otorgándole efectos de cosa juzgada [...]” (índice 13 SAMAI, T.A.).

⁶¹ El plazo del acuerdo del 3 de agosto de 2018 finalizó el 11 de enero de 2019 (información precisada en la Resolución No. 300 del 15 de octubre de 2020) (índice 13 SAMAI, T.A.).

⁶² “[...] En efecto, el porcentaje de avance total del proyecto con corte a 11 de enero de 2019, fue de tan solo el 30%, fecha para la cual, no se había dado siquiera inicio a las actividades relacionadas con el gateo, juntas de dilatación, cambio de juntas pernadas por soldadas, reparación de juntas de tablero, retiro de apoyos temporales, colocación de refuerzos adicionales, topografía y construcción del tablero con pavimento, así como se presentaban atrasos considerables en las actividades relacionadas con el capítulo ‘Apoyo del Puente’ que comprendían la adecuación y nivelación del piso, instalación de bases soporte temporales, instalación de soportes temporales e instalación de obra falsa de apoyo [...]” (índice 13 SAMAI, T.A.).

⁶³ Las causas por las que se declaró el incumplimiento son consonantes con las imputaciones que se hicieron al contratista en la citación de “audiencia de incumplimiento definitivo, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de la garantía del contrato de transacción” (índice 13 SAMAI, T.A.).

⁶⁴ Índice 13 SAMAI, T.A.

96. Las razones del incumplimiento no son las mismas en las que la entidad se apoyó para justificar la existencia de los perjuicios que habrían superado el monto de la cláusula penal pecuniaria, las cuales, por los motivos ya expresados, no quedaron amparadas por la presunción de legalidad; por tanto, las bases fácticas de tales argumentos debían ser acreditadas en juicio como presupuesto necesario para el reconocimiento de las pretensiones que formuló.

97. Con el objeto de cuantificar los perjuicios, en las Resoluciones Nos. 300 y 466 de 2020 la entidad afirmó que las obras ejecutadas no eran útiles para el cumplimiento de la finalidad perseguida con el acuerdo del 3 de agosto de 2018, lo que impedía descontar del valor de los perjuicios la estimación económica de las obras adelantadas por el contratista, a la vez que daba cuenta de que el valor de los mismos superaba el monto de la cláusula penal, dadas las erogaciones que se habían realizado o se debían realizar en virtud de los siguientes aspectos y cuya sumatoria total ascendía al monto de \$8.409'492.957:

98. a) Los valores pagados a la interventoría del acuerdo del 3 de agosto de 2018 (\$84'103.136), al apoyo a la supervisión de esa interventoría (\$49'644.643) y al asesor externo por la elaboración del diagnóstico jurídico y del texto del negocio jurídico (\$35'700.000). Señaló que estos rubros constituyeron un perjuicio real, cierto y directo, en tanto no se logró satisfacer el objeto contratado que justificó esas erogaciones⁶⁵.

99. b) La necesidad de contratar una nueva consultoría para la realización de los estudios y diseños a nivel fase III, para el contrato de *la nueva construcción completa* del puente vehicular (\$230'979.000), así como para la interventoría y el apoyo a la supervisión de esos dos contratos –consultoría y construcción– (\$126'141.731 y \$424'542.175, respectivamente). El valor del contrato de desmonte y nueva construcción lo estimó en \$7.458'382.272.

100. La entidad basó sus consideraciones en el dictamen pericial del 1.º de abril de 2020⁶⁶ que se practicó en el procedimiento administrativo sancionatorio que precedió la expedición de las Resoluciones Nos. 300 y 466 de 2020 y que fue aportado a este proceso como prueba documental⁶⁷, en el que se indicó que el régimen de cargas de la estructura considerado en el diseño original no se ajustaba a lo dispuesto en el Código Colombiano de Diseño Sísmico de Puentes –CCDSP-95 ni en la Norma Colombiana de Diseño de Puentes LRFD – CCP-14, por lo que se requería su actualización, además de que recomendó “descartar la superestructura ejecutada y adelantar la gestión necesaria para su desmonte y reposición”.

101. Con base en lo anterior, el Fondo infirió que las obras ejecutadas por el contratista no podían ser utilizadas “ni podrán ser siquiera rehabilitadas o

⁶⁵ La entidad señaló que “Tal como quedó evidenciado, la finalidad de la suscripción del CONTRATO DE TRANSACCIÓN era lograr la terminación, entrega a satisfacción y puesta en funcionamiento del Puente Limones, con el fin de solucionar precisamente la controversia surgida por el incumplimiento del Contrato 225 de 2014 por parte del CONTRATISTA [...]” (índice 13 SAMAI, T.A.).

⁶⁶ Índice 20 SAMAI, T.A.

⁶⁷ Se aportó con la contestación de la demanda como prueba documental y se declaró como tal en el proceso, por tanto, no se surtió el trámite previsto en el CGP para los dictámenes periciales (índice 39 SAMAI, T.A.).

reparadas, requiriéndose de su demolición y desmonte, dado que no cumplen con las condiciones de estabilidad ni requerimientos técnicos establecidos en la nueva norma⁶⁸. En relación con la actualización de los diseños a la norma CCP-14, afirmó que no se debía a que los iniciales no cumplieran con los criterios definidos en el CCDSP-95, sino al hecho de que el puente no fue terminado ni entregado a satisfacción en los plazos inicialmente previstos.

102. A pesar de las referidas consideraciones de la entidad, obra en el expediente el oficio SMC-GGP1 3 del 1° de enero de 2022⁶⁹ a través del cual el Invías informó que “recibió del fondo de adaptación mediante acta de entrega del 15 de junio de 2021, el puente vehicular Limones. Sobre la estructura recibida se adelantan actividades de **rehabilitación y repotenciación** para la puesta al servicio del puente Limones, que hace parte del corredor vial Quibdó – Pereira”, con un presupuesto estimado **para la repotenciación** de \$3.270'000.000 fijado a precios unitarios, obra que se incluyó en el alcance del contrato No. 1757 de 2020 (énfasis agregado).

103. Lo expresado por el Invías impide tener por cierto lo afirmado por el Fondo en cuanto a que los mayores perjuicios que reclama se hubieren originado por las causas previamente referidas, que fueron las mismas en las que fundamentó y circunscribió sus pretensiones, pues lo cierto es que el puente vehicular no tuvo que ser demolido y reconstruido en su totalidad, sino que fue objeto de obras de repotenciación⁷⁰.

104. Considera la Sala importante resaltar que, por sí mismos, los costos estimados de la repotenciación –\$3.270'000.000– podrían dar cuenta de que el monto fijado en la cláusula penal –\$1.044'359.101.60– resultó insuficiente para cubrir la totalidad de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones de acuerdo del 3 de agosto de 2018, lo cierto es que no se podría acceder al reconocimiento de la diferencia por las razones que pasan a expresarse:

105. a) La información que obra en el proceso no permite establecer con certeza que los costos de la repotenciación hubiesen sido asumidos con recursos del patrimonio del Fondo y no con los del patrimonio del Invías, lo que impide determinar que el primero hubiese sufrido un detrimento patrimonial por este concepto y, por tanto, reconocer a su favor la reparación⁷¹.

106. b) Las pretensiones de la demanda se circunscribieron a solicitar el reconocimiento de los mayores perjuicios en función, exclusivamente, de “los perjuicios tasados en el proceso sancionatorio, que conllevó a la expedición de las resoluciones 300 y 466 de 2020 [...] los mayores perjuicios cuantificados que no fueron cubiertos por la cláusula penal pecuniaria ascienden a la suma de **SIETE**

⁶⁸ Índice 13 SAMAI, T.A.

⁶⁹ Índice 20 SAMAI, T.A.

⁷⁰ Se precisa que no hay prueba en el expediente que permita determinar cuándo el Fondo se enteró de que el puente no sería demolido, sino repotenciado.

⁷¹ Consta en el proceso que en contra del contratista se surtió un proceso ordinario de responsabilidad fiscal por hechos asociados a esta demanda, en el que se identificaron como entidades afectadas al Fondo y al Invías (índice 20 SAMAI, T.A.).

MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES CIENTO TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$7.365'133.855)", dentro de este valor no se incluyó y, por lo mismo, no se pretendió un costo por concepto de la repotenciación.

107. En concordancia con ello, en los fundamentos fácticos de la demanda se incluyó un cuadro en el que se relacionaron los mismos perjuicios mencionados en las Resoluciones Nos. 300 y 466 de 2020 y que soportan el valor reclamado en la pretensión transcrita:

Concepto del perjuicio	Cuantía
Perjuicios derivados de las sumas pagadas a la interventoría del “contrato de transacción”	\$84'103.136
Perjuicios ocasionados por las sumas pagadas al supervisor del contrato de interventoría del “acuerdo transaccional”	\$49'644.643
Perjuicios derivados de la contratación de una consultoría para actualizar los estudios y diseños a nivel fase III	\$230'979.000
Perjuicios ocasionados por la contratación de la interventoría del contrato de consultoría para actualizar los estudios y diseños a nivel fase III y de un apoyo a la supervisión para el contrato de interventoría de dichos diseños	\$126'141.731
Perjuicios derivados de la nueva contratación del desmonte y construcción del nuevo puente vehicular Limones	\$7.458'382.272
Perjuicios ocasionados por la contratación de la interventoría al nuevo contrato de obra y de un apoyo a la supervisión para el nuevo contrato de interventoría	\$424'542.175
Perjuicios derivados de los pagos realizados al Consorcio Sierra & Duran Abogados (asesor externo), con fundamento en los productos presentados respecto del contrato No. 225 del 23 de diciembre de 2014	\$35'700.000
Total	\$8.409'492.957 ⁷²

108. Este mismo cuadro se replicó en la apelación, al hacer alusión al contenido de las Resoluciones Nos. 300 y 466 del 2020.

109. En estas condiciones, reconocer a título de mayores perjuicios el valor de la repotenciación implicaría vulnerar la regla técnica de la congruencia consagrada en el artículo 281 del CGP que señala que la sentencia debe estar en consonancia con “los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley” y que “[n]o podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta”.

⁷² Al restar a este valor la suma cubierta por la cláusula penal, se obtiene como resultado el valor de la pretensión primera de la demanda.

110. c) Según lo informado por el Invías, el valor de la repotenciación era estimado, porque el contrato dentro del cual se incluyó la obra se pactó a precios unitarios, lo que significa que su costo definitivo podría ser menor o mayor en consideración a las cantidades de obra efectivamente ejecutadas.

111. ii) Las razones previamente expresadas son suficientes para concluir que la lista de pruebas transcrita en el recurso de apelación, acompañada de la afirmación del demandante de que acreditan “lo pagado por el Fondo al entonces contratista Carlos Mario Zapata, así como el valor pagado y cancelado a la interventoría”, tampoco podrían demostrar el mayor valor de los perjuicios reclamados en la demanda.

112. Al respecto, resulta pertinente mencionar que, al parecer⁷³, en este punto el recurso se refiere a los pagos que se realizaron en el marco del contrato No. 225 y el de su interventoría, los cuales no fueron reclamados en este proceso, a lo que se añade que no es posible determinar qué porcentaje de esos pagos estaría justificado, pues se reitera que de lo que da cuenta el proceso es que el puente no tuvo que ser demolido y reconstruido en su totalidad, sino repotenciado.

113. Finalmente, la Sala advierte que lo analizado y concluido en este proceso no significa, de ninguna manera, que el incumplimiento del contratista no hubiese generado perjuicios al Fondo, sino, exclusivamente, que no acreditó que su cuantía superara el valor estimado en la cláusula penal pactada.

114. Por las razones expresadas, la Sala confirmará la decisión del Tribunal de negar las pretensiones de la demanda sentencia recurrida, sin perjuicio de la corrección que hará en punto a la declaración de incumplimiento que quedó contenida en la parte resolutive, por las razones previamente expresadas.

Costas

115. De conformidad con lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, la liquidación y ejecución de la condena en costas se sujetará a las reglas previstas en el CGP, normativa que en el artículo 365-1 dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja o súplica que haya propuesto⁷⁴.

116. Como en este caso ninguno de los cargos expuestos por cada una de las partes recurrentes, la demandante y la demandada, tuvo vocación de prosperidad,

⁷³ La redacción del recurso de apelación no es clara en cuanto a si se refiere a pagos realizados al demandado en vigencia del contrato No. 225 y a la interventoría de este negocio jurídico, o si se refiere a pagos realizados en el marco del acuerdo del 3 de agosto de 2018. Sin embargo, se infiere que se refiere a lo primero, puesto que en el marco de este último acuerdo no se hicieron pagos al contratista, en tanto lo que se convino fue que este negocio jurídico no generaría ningún costo a cargo de la entidad. Con todo, si se refiriera a los pagos que se realizaron a la interventoría y al apoyo a la interventoría del acuerdo del 3 de agosto de 2018, esta pretensión no está llamada a prosperar por las razones previamente expresadas en esta sentencia, esto es, porque no se acreditó que la obra hubiese tenido que ser demolida y reconstruida en su totalidad.

⁷⁴ “En los procesos y en las actuaciones posteriores aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código [...]”.

Radicación	660012333000 202000553 01 (72.167)
Demandante:	Fondo de Adaptación
Demandados:	Carlos Mario Zapata Ramírez y Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza – Confianza S.A.
Referencia:	Sentencia de segunda instancia

no habrá lugar a condenar en costas a favor ni en contra de ninguno de los extremos procesales.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2024, por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia, la cual quedará así:

1°. DECLARAR probada de oficio la excepción de caducidad únicamente frente a la pretensión de la demanda referida al incumplimiento y liquidación judicial del contrato No. 225 de 2014.

2° NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERA: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema SAMAI.

