



RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO JUZGADO CATORCE CIVIL DEL CIRCUITO

BOGOTÁ, D.C., 12 DE JULIO DE 2021.

RAD. 110013103014-2017-00663-00. ORDINARIO

SENTENCIA.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

DEMANDANTES: (1) DISEÑOS, INTERVENTORIAS Y SERVICIOS SAS (DIS SAS)

(2) DESSAU CEI S.A.S

AMBOS COMO INTEGRANTES DEL CONSORCIO DIS-CEI.

DEMANDADO: FONADE.

ASUNTO

Entra el despacho a decidir el presente proceso, sin avistar causal de nulidad que invalide lo actuado.

ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

1. La empresa DIS SAS a través de apoderada, quien a su vez actúa como apoderada de DESSAU CEI S.A.S. (hoy Parsons Brinckerhoff), miembros del consorcio DIS-CEI formularon demanda contra el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO -FONADE, hoy EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DE DESARROLLO TERRITORIAL ENTERRITORIO, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones principales- que así se resumen:
 - a) Que se declare que DISEÑOS, INTERVENTORÍAS Y SERVICIOS S.A.S. y DESSAU CEI S.A.S., sociedades que conformaron el CONSORCIO DIS-CEI, cumplieron oportunamente el contrato N°. 2092649 suscrito el 15 de octubre de 2009 con FONADE.
 - b) Que se declare que FONADE incumplió el contrato N°. 2092649 de 2009.
 - c) Que como consecuencia de lo anterior, se condene a FONADE a pagar a las demandantes, la suma de MIL SEISCIENTOS VEINTISIETE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA PESOS M/CTE (\$1.627.273.930), que corresponden a:
 - d) QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y

CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS M/CTE, (\$583.694.824) al saldo a amortizar del anticipo, y

- e) MIL CUARENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE Mil CIENTO SEIS PESOS (\$1.043.579.106) PESOS M/CTE, como contraprestación por el cumplimiento del contrato N° 2092649 suscrito el 15 de octubre de 2009.
 - f) Se condene a FONADE a pagar a las demandantes, la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS Mil CIENTO SETENTA Y DOS (\$475.452.172) INCLUYENDO IVA por CONCEPTO DE RECURSOS Y PERSONAL NO INCLUIDOS EN LA PROPUESTA (HECHO 3.12), empleados en la ejecución del contrato N°. 2092649 suscrito entre el CONSORCIO DIS-CEI y el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE el 15 de octubre de 2009.
 - g) Se condene a FONADE a pagar a las demandantes la suma de MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN Mil NOVECIENTOS OCHO PESOS CON NOVENTA CÉNTIMOS (\$1.954.651.908,90) IVA INCLUIDO por concepto de MAYOR PERMANENCIA (HECHO 3.14) en la ejecución del contrato N°. 2092649 suscrito entre el CONSORCIO DIS-CEI y el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE el 15 de octubre de 2009.
 - h) A las sumas mencionadas se adicionen intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida, desde el momento en que debieron ser pagadas hasta el día de su pago efectivo.
 - i) Se liquide judicialmente el Contrato N°. 2092649 suscrito el 15 de octubre de 2009 suscrito entre el CONSORCIO DIS-CEI y el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE.
2. Y como subsidiarias pidió:
- a) PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN SEXTA.- Que a las sumas mencionadas se adicionen intereses corrientes a la máxima tasa legal permitida, desde el momento en que debieron ser pagadas hasta el día de su pago.
 - b) SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN SEXTA.- Que a las sumas mencionadas sean indexadas.
3. Como hechos sustentatorios de estas peticiones expuso -en resumen- los siguientes:
4. Para cumplir el Programa de “Corredores Arteriales Complementarios de Competitividad”, los Ministerios de Defensa, Transportes, el INVIAS y el antiguo FONADE, Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, hoy Enterritorio, celebraron un contrato interadministrativo de Gerencia Integral de Proyectos Nro. 200925, el 23 de abril de 2009, cuyo objeto

es “promocionar, ejecutar y financiar varios proyectos, entre ellos el de la “CARRETERA DE LA SOBERANÍA”.

5. Ello dio origen, entre otros, al Contrato de Interventoría Número 2093022 del 12 de noviembre de 2009, con el consorcio CORREDORES VIALES 2009, que lo componen las empresas APPLUS NORCONTROL COLOMBIA LTDA y ARM INGENIERÍA LTDA, quienes participaron en dicha calidad (interventores) en el contrato base de este proceso.

Contrato entre las partes

6. Ahora; en desarrollo de dicho programa institucional, FONADE llevó a cabo el concurso de méritos 047 2009, para el mejoramiento de las vías, GRUPO 1: Carretera de la Soberanía, Tramo LA LEJÍA (Norte de Santander) - SARAVERA (Arauca).
7. Y como resultado de ese surgió el CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 2092649 del 15 de octubre de 2009, entre el consorcio acá demandante y el FONADE.
8. El objeto del contrato de Consultoría fue el siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA. – OBJETO. EL CONTRATISTA se compromete a realizar los ESTUDIOS Y DISEÑOS, GESTIÓN SOCIAL, PREDIAL Y AMBIENTAL, PARA EL MEJORAMIENTO DE LAS VIAS, GRUPO 1: “CARRETERA DE LA SOBERANÍA”, TRAMO LA LEJÍA (NORTE DE SANTANDER) – SARAVERA (ARAUCA)”; EN DESARROLLO DEL PROGRAMA DE CORREDORES ARTERIALES COMPLEMENTARIOS DE COMPETITIVIDAD”, de conformidad con el pliego de condiciones que rigió el correspondiente proceso de selección. PARÁGRAFO PRIMERO.- El pliego de condiciones a que hace referencia esta cláusula, y especialmente su capítulo, denominado CONDICIONES CONTRACTUALES GENERALES, se entiende incorporado al presente contrato, aún cuando en este no se reproduzca su contenido. En el evento en que se presente alguna contradicción entre, de una parte, el pliego de condiciones y este contrato, y de otra, la propuesta presentada por el CONTRATISTA, prevalecerá el contenido de aquellos documentos. PARÁGRAFO SEGUNDO.- Sin autorización previa y escrita de FONADE, previo concepto de la supervisión, el CONTRATISTA no podrá apartarse de las obligaciones que le resultan exigibles en virtud del presente contrato. En el evento en que lo haga, perderá el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de cualquier suma que resulte de su decisión y será responsable de los daños que, como consecuencia de ello, le cause a FONADE, y al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS, sin perjuicio de la que seguirá vigente su obligación de ejecutar el objeto contractual en su totalidad.”(Subrayado fuera del texto original).

9. A él, se entiende incorporado el pliego de condiciones anexo a la demanda.
10. El plazo acordado fue de 12 meses contados desde la suscripción del Acta de Inicio, que para este caso fue el 26 de noviembre de 2009, y

como precio se pactó por el sistema de PRECIO GLOBAL FIJO SIN FORMULA DE AJUSTE, para un total de:

"CUATRO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS DOS MIL CUATROCIENTOS PESOS M/L (\$4.883.702.400.00), incluido el valor del IVA y demás tributos que se causen por el hecho de su celebración, ejecución y liquidación, el cual corresponde a la totalidad de los costos relacionados por EL CONTRATISTA en su propuesta. (...)"

11. Señala que este contrato sufrió una Aclaración, el 22 de octubre de 2009.
12. Igualmente, se hicieron -con la anuencia de la Interventoría, las siguientes solicitudes de MODIFICACIONES, a saber:
13. MODIFICACIÓN 1:
 - a) Comunicaciones Nros.
 - i. 2006-2092649-228 del 5 de mayo de 2010.
 - ii. 2006-2092649-263 del 27 de mayo de 2010.
 - iii. 2006-2092649 del 10 de junio de 2010.
 - b) El objeto de la misma se refería a que los documentos precontractuales pues -en su criterio-
 - i. No cumple los criterios de Manual de Diseño Geométrico de Vías para vías de orden nacional.
 - ii. No cumple las especificaciones de seguridad, capacidad y nivel de servicio.
 - iii. No permite considerar el efecto Berma en el diseño de la estructura de pavimento.
 - iv. El área hidráulica de la cuneta podría ser insuficiente dadas las altas pendientes y las condiciones hidráulicas de la zona
14. El Consorcio Interventor, se tardó 2 meses en dar respuesta.
15. El 21 de abril de 2021, el demandante remitió carta Nro. 2006-2092649-2010 al Consorcio Interventor, sobre la necesidad de adelantar la sustracción de la reserva forestal antes de cualquier afectación.
16. Por ello radico el 5 de mayo (sic) la comunicación No. 2006-2092649-228 al Interventor, la propuesta de adición y prórroga con el fin de adelantar esa "sustracción de la reserva forestal".
17. En suma, la respuesta del FONADE, según la demanda se consagró en estos términos:

No obstante lo anterior, el INVIAS realizó las respectivas consultas ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, para definir la necesidad o no de realizar la sustracción de la reserva forestal. Es claro del contenido de la comunicación del MAVDT N°. 2400-2-77056 del 21 de junio de 2010 al INVIAS y del oficio INVIAS N°: SGT-GC-26110 del 28 de junio de 2010 al MAVDT, en el sentido que en el evento que se requiera modificar el trazado, el INVIAS deberá solicitar y presentar los estudios necesarios para la sustracción definitiva del área a intervenir. Dicho lineamiento fue enviado por FONADE al **CONSORCIO CONSULTOR** con su oficio radicado N°. 201023230155671 del 30 de junio de 2010, indicando que: *"(...) De acuerdo con lo expresado anteriormente, con lo ya reiterado en diferentes oportunidades, tanto en Comités Operativos del convenio, como en reuniones técnicas realizadas, con asistencia del INVIAS, del Ministerio de Transporte, del Ejército Nacional, la Interventoría y la Consultoría, y tal como se expresa en la comunicación relacionada; es necesario tener en cuenta que el diseño se ajustará al alineamiento del corredor existente. Agradecemos su inmediata atención y gestión al respecto (...)"*.

17. Pese a ello, dice la demandante, siguió insistiendo en la necesidad de

18. Pese a ello, dice la demandante, siguió insistiendo en la necesidad de modificar el trazado inicial para efectuar la reserva forestal; sin embargo, se recibió la siguiente respuesta:

Sólo hasta el 30 de agosto de 2010 FONADE indicó mediante carta Radicado N°. 20102320193461 que: *"(...) Así las cosas, la consultoría debe ajustarse al trazado actual de la vía, buscando el cumplimiento de los criterios de diseño y el equilibrio en lo técnico y lo económico, cumpliendo con la normativa y haciendo las recomendaciones pertinentes en los tramos que lo ameriten (...) Es responsabilidad del consultor la decisión de utilizar al 100% del corredor existente o no; diseños que deben ser previamente revisados y aprobados por la interventoría del proyecto."*

19. Dice la demanda que, en su criterio, demostró la imposibilidad de ejecutar los estudios y diseños por sectores, y en consecuencia entregar los estudios por kilómetros de tramos definidos, según la forma de pago, lo que dio origen a la MODIFICACIÓN 1 DEL 30 DE JULIO DE 2010, así:

"CLÁUSULA TERCERA.- FORMA DE PAGO. FONADE pagará a EL CONTRATISTA el valor del contrato, por el sistema de precio global fijo sin fórmula de reajuste, de la siguiente manera: a. Un pago correspondiente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, contra entrega y recibo a satisfacción por parte de la interventoría del cumplimiento del veinte por ciento (20%) del cronograma de actividades presentado por el contratista y aprobado por la interventoría y por FONADE. b. Un pago correspondiente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, contra entrega y recibo a satisfacción por parte de la interventoría del cumplimiento del cuarenta por ciento (40%) del cronograma de actividades presentado por el contratista y aprobado por la interventoría y por FONADE. c. Un pago correspondiente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, contra entrega y recibo a satisfacción por parte de la interventoría del cumplimiento del sesenta por ciento (60%) del cronograma de actividades presentado por el contratista y aprobado por la interventoría y por FONADE. d. Un pago correspondiente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, contra entrega y recibo a satisfacción por parte de la interventoría del cumplimiento del ochenta por ciento (80%) del cronograma de actividades presentado por el contratista y aprobado por la interventoría y por FONADE. e. Un pago correspondiente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, contra entrega y recibo a satisfacción por parte de la interventoría del cumplimiento del noventa por ciento (90%) del cronograma de actividades presentado por el contratista y aprobado por la interventoría y por FONADE. f. Un pago correspondiente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, contra la liquidación del contrato"

20. Igualmente, el contrato inicial, se modificó en cuanto a la duración, así:

"CLÁUSULA PRIMERA.- PRÓRROGA: Las partes acuerdan prorrogar el plazo de ejecución del contrato N°. 2092649 por el término de 120 días adicionales al término inicialmente previsto para la etapa de estudios y diseños. Es decir, que en virtud de la presente prórroga la etapa de estudios y diseños tendrá un plazo de ejecución de doce punto cinco (12.5) meses contados a partir del acta de inicio, y la Etapa de Avalúos y Procesos Judiciales conservará un plazo de tres punto cinco (3.5) meses. El plazo máximo previsto para la ejecución del contrato es de dieciséis (16) meses, contados a partir de la suscripción del Acta de inicio".

21. Dijo además que se dispuso la adición de la cláusula segunda, es decir del precio para incluir la suma de \$39'157.733=, y además la cláusula tercera que quedó así:

"CLÁUSULA TERCERA.- MODIFICACIÓN: Las partes acuerdan, de conformidad con la propuesta presentada por el consultor, la recomendación de la Interventoría y la aprobación hecha por el INVIAS, MODIFICAR LA SECCIÓN TRANSVERSAL PARA EL PROYECTO DENOMINADO "Ruta de la Soberanía", fijando los siguientes parámetros: Ancho de calzada: 7.30 metros, bermas de 0.50 metros en ambos lados, cuneta de 0.75 metros en donde se requiera (...)"

22. Igualmente, continúa, se presentaron inconvenientes frente a los sectores ALTO DE LA VIRGEN (PR 58 a 77) y PEÑAS DE TENCALÁ (PR 15), dadas las condiciones particulares de esos tramos, los cuales fueron puesto en conocimiento del INTERVENTOR y de FONADE, pero el plazo del contrato se venció sin que el CONSULTOR recibiera respuesta, y por ello, dijo haber consignado en el Informe final lo siguiente:

***"4. VOLUMEN II: ESTUDIO DE DISEÑO GEOMÉTRICO
4.12 Limitaciones***

Para los sectores comprendidos entre el PR 14 al PR 15 (Peñas de Tencalá) y entre el PR 58 al PR 77 (Alto de la Virgen) se presentó el diseño preliminar de corredor vial que incluye la construcción de variantes y túneles y cuyo eje de trazado nunca fue definido por la Interventoría, ni aceptada la propuesta de diseño. El tramo sujeto a estudio se caracteriza por estar en afirmado y requerir estudios y diseños a Fase III."

23. Considera que ante tal panorama no estaba obligado a entregar los diseños de esos sectores.
24. Sin embargo, antes del vencimiento del contrato, que para ellos lo es el 26 de marzo de 2011, presentaron solicitud de SEGUNDA PRORROGA, realizándose una reunión el 17 de enero de 2011, donde se acordaron unos compromisos y luego otra el 17 de febrero de 2011 (hecho 3.9.3. de la demanda) cumpliéndose los que le correspondía al DEMANDANTE (Consultor), pero dice no haber obtenido respuesta de FONADE,
25. Luego señala que con motivo de este contrato, utilizó recursos y personal no incluidos en la propuesta, lo cual puso en conocimiento del INTERVENTOR y de FONADE, sobre los cuales sustenta en parte sus reclamaciones, pues los empleó teniendo en cuenta que ya se había debatido sobre el tema de la adición contractual.
26. Como el plazo finalizó en tales términos, luego hubo una discusión entre el INTERVENTOR y los acá demandantes sobre el porcentaje de ejecución del contrato, pues para aquella era del 71% y para el

CONSULTOR del 91%, de acuerdo al cálculo de la metodología que explica.

27. El 30 de abril -dice- se efectuó una reunión convocada por FONADE, entidad que invitó a CONSULTOR E INTERVENTOR a definir las diferencias respecto del porcentaje del cumplimiento, situación que se dilató hasta 2013 debido a circunstancias como las observaciones del Ejército Nacional, cambios en el Consocio Interventor, entre otros.
28. Luego, el INTERVENTOR solicitó la liquidación unilateral del contrato, que los demandantes consideraron improcedente.
29. Respecto de las pretensiones elevadas en la demanda por MAYOR PERMANENCIA, expresan que el plazo de ejecución inicial era de DOCE (12) meses, el cual comprendía OCHO Y MEDIO (8.5) MESES para la ejecución de estudios y diseños, y TRES Y MEDIO (3.5) MESES para la gestión predial.
30. Y como el acta de inicio del contrato es del 26 de noviembre de 2009, el término para los estudios y diseños debía terminar el 10 de agosto de 2010, y el plazo destinado para la gestión predial terminaba el 26 de noviembre de 2010; pero con la prórroga que se hizo del mismo, el plazo final venció el 26 de marzo de 2011.
31. Entonces, considera que desde el 10 de agosto de 2010 -fecha inicial de terminación del contrato, y hasta la aprobación de los estudios de diseño por el INTERVENTOR, que aconteció el 19 de septiembre de 2011, transcurrieron trece meses y medio dentro del cual tuvo que disponer de recursos adicionales a los previstos contractualmente, y por eso hoy son objeto de reclamación.

Integración de la litis

32. Convocada a juicio y notificada debidamente la entidad demandada, contestó el libelo aceptando unos hechos y negando otros, pero oponiéndose a las pretensiones de la demanda, planteando como excepciones las de:
 - a) Desconocimiento de la autonomía de la voluntad, según la cual, explica así:

Parte de la base de que este contrato se rige por las normas del derecho privado y no del Contrato Estatal:

Previo a cualquier consideración sobre el fondo de la controversia, es preciso poner de presente que FONADE es una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero, como lo expresa el artículo 1º del Decreto 288 de 2004, y la consecuencia de esa naturaleza jurídica, a la luz del texto original del artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, consistía en que sus contratos no estarían sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino al régimen propio de las entidades financieras. Sin embargo, el artículo 26 de la misma Ley 1150 de 2007 sometió la contratación de FONADE al citado Estatuto y no al régimen propio de las entidades financieras, a pesar de que se tratara de una entidad estatal de carácter financiero.

No obstante lo anterior, posteriormente el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, publicada en el Diario Oficial 48.102 de 16 de julio de 2011, derogó el citado artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, lo cual se traduce en que a partir del 16 de julio de 2011, en virtud de la derogación del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, los contratos de FONADE no se encuentran sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino al régimen propio de las entidades financieras en los términos del artículo 15 de la Ley 1150 de 2007 ya explicado.

Entonces, señala que en virtud de dicho principio, las partes pueden acordar los términos en que se va a desarrollar una relación jurídica, y por tanto, están obligados a cumplir los contratos celebrados, en virtud de los artículos 1602 y 1603 Código Civil, y 871 del Código de Comercio.

b) NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS.

Señala que esta máxima del derecho es aplicable en cuanto que "no se escuchará a quien alegue su propia torpeza en su favor".

Entonces, señala, *"... todos los gastos en que incurrió el contratista y que aquí se alegan bajo una mayor permanencia en la ejecución y la contratación de personal no exigido expresamente en las condiciones de contratación del proyecto eran parte inherente de la ejecución del mismo ..."*

Así se advirtió en el proceso de contratación desde el pliego de condiciones, y además, por *"... haberse consentido plena y libremente en la modificación del contrato y haberse manifestado expresamente que la modificación de las condiciones iniciales no implicaba erogación adicional alguna para el proyecto; por lo tanto, no puede premiarse este obrar abusivo por parte del contratista, ya que anticipándose a situaciones que conocía desde el momento en que decidió participar en el proceso de selección adelantado por FONADE, incurrió en unos costos que esta entidad no debe asumir, por todas las consideraciones ya expuestas..."*

c) AUSENCIA DE MAYOR PERMANENCIA Y DE RESERVA SOBRE MAYORES COSTOS POR DICHA CIRCUNSTANCIAS.

Empieza definiendo la mayor permanencia como una “... *situación en la que el tiempo de ejecución de un contrato se ha prolongado más allá del término inicialmente previsto y acordado, como consecuencia de hechos imputables a la administración pública...*”

Expresa que para poder obtener su reconocimiento debe demostrarse el valor de los costos, pero además:

- a) “La prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato. En otras palabras, la mayor permanencia siempre debe sobrepasar el término inicialmente pactado para la ejecución del contrato.”
- b) “Acreditar que esa mayor extensión obedezca a hechos no imputables al contratista”.
- c) “Que el contratista haya cumplido con su débito contractual;
- d) “Que se acrediten los mayores extra costos generados por la mayor permanencia en la obra”

En este caso, concluye, que como en este caso fue el DEMANDANTE quien demoró la entrega de los productos, y además, si no presentó una propuesta viable y completa, pues debe acarrear sus consecuencias, más cuando en la modificación que se hizo al contrato, no se hizo ningún comentario o salvedad sobre los mayores costos derivados de dicha circunstancia.

d) COBRO DE LO NO DEBIDO.

Señala que, de acuerdo a lo expuesto en su escrito, no hay lugar a pagar ningún valor adicional al establecido por el INTERVENTOR, debido a que del contrato solo se cumplió en 72%.

ACTUACIÓN PROCESAL

- 33. Citadas las partes a audiencia del Artículo 372 Código General del Proceso, las partes conciliaron parcialmente las pretensiones en lo referente a las sumas debidas por la ejecución parcial del contrato, continuando frente a los demás temas propuestos.
- 34. Por esta razón el proceso continuó, se decretaron las pruebas, y se citó a alegatos de conclusión, que presentaron ambas partes, exponiendo a su favor argumentos similares a los de sus escritos iniciales, en búsqueda de una decisión favorable.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

PRESUPUESTOS PROCESALES

1. La naturaleza de la pretensión, así como el domicilio de las partes, dan la competencia a este despacho para decidir de fondo esta demanda, que fue presentada con los requisitos legales de forma que señala el estatuto ritual civil, remitida además por decisión de Consejo Superior de la Judicatura, al definir el conflicto de competencia surgido en este caso.

RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE

2. Sobre este tema vale la pena evocar la Sentencia SU-242 de 2015, donde la Corte Constitucional señaló:

“Régimen contractual del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE

1. *El régimen contractual de las entidades públicas está determinado por la ley. En sentencia C-388 de 1996¹, la Corte afirmó que:*

“... antes de la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -ley 80 de 1993-, ordenamiento del cual forma parte la norma parcialmente impugnada, los contratos que los órganos del Estado estaban autorizados a celebrar se clasificaban en: contratos administrativos; contratos privados con cláusula de caducidad, y contratos privados de la administración, cada uno de los cuales estaba sometido a una jurisdicción distinta, así: los dos primeros a la jurisdicción contencioso administrativa y los últimos a la jurisdicción ordinaria. A partir de la vigencia del estatuto citado, el legislador decidió abolir tal clasificación y reunir en una sola categoría los contratos de todo orden en los que intervenga una entidad del Estado, creando los que denominó contratos estatales, cuya definición aparece consignada en el artículo 32 ibídem, (...), esto es, los contratos de obra, de consultoría, de prestación de servicios, de concesión (...).”

Por su parte, el Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento reiteró que:

“... la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido ha dicho la Sala:

¹ M.P Carlos Gaviria Díaz.

“De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’ (...)”²³

El Estatuto General de la Contratación Pública en Colombia está contenido en la Ley 80 de 1993, además de otras disposiciones normativas. Esta ley tiene **vocación universal**⁴, derivada de su objetivo general de: “...disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.”⁵, lo que implica que se aplican a todas las entidades públicas que comprenden: organismos públicos con o sin personería jurídica, no solo de la rama ejecutiva, sino también de la administración en un sentido más amplio, que incluyen los demás órganos que ejercen funciones públicas como la legislativa y la judicial; organismos independientes, empresas industriales y comerciales del Estado, entre otras.

Todas estas entidades, enunciadas en el artículo 2º de la mencionada ley, desarrollan sus actividades bajo el concepto de **contrato estatal**, con el que se superó la antigua distinción entre contrato administrativo y contratos de derecho privado⁶.

En efecto, la noción de contrato estatal se encuentra definida por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de la siguiente manera:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...” (negrillas fuera de texto)

La misma norma establece, de forma enunciativa, las clases de contratos estatales, entre los que se encuentran los siguientes: i) de obra⁷; ii) consultoría⁸; iii) prestación de servicios⁹; y iv) consultoría¹⁰.

² Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2014, radicado 760012331000200001885-01, expediente 26.765, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra, demandante Gloria Lyda Rengifo Alarcón acción de controversias contractuales.

⁴ Benavides José Luís. El contrato estatal, entre lo público y lo privado. Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, 2005, Bogotá. Pág. 50.

⁵ Artículo 1º Ley 80 de 1993.

⁶ Benavides José Luís, Ob cit. Ibídem.

⁷ Definido por la ley como aquel que celebran las entidades estatales “... para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.”

⁸ Definido por la ley como aquel que celebran las entidades estatales “... referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.”

⁹ Entendidos como aquellos celebrados por las entidades estatales “... para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”

¹⁰ Son aquellos celebrados por las entidades estatales con el objeto de “... otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas,

2. Sin embargo, el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, establece un régimen contractual especial para aquellas entidades públicas que tienen carácter financiero, en el que no están sujetas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación, pues sus actividades se regirán por las normas jurídicas aplicables a las actividades que desarrollan. Así quedó establecido:

“Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.”

De otra parte, el artículo 93 de la Ley 489 de 1998¹¹, establece que:

“Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado.”

3. En consecuencia, la especial naturaleza jurídica del FONADE, puesto que se trata de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, con carácter financiero, hace que su régimen contractual se encuentre regido, en lo sustancial, por el derecho privado. En efecto, en los considerandos del Acuerdo número 002 del 25 de febrero de 2003, a través del cual se adoptó el manual de contratación de esa entidad, se estipuló que:

“... la actividad contractual de FONADE se desarrolla mediante la aplicación de dos regímenes jurídicos: la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios para las actividades propias de su funcionamiento y el derecho privado para el cumplimiento del giro ordinario de sus negocios.”

En este orden de ideas, esa entidad se encuentra dentro de las excepciones contenidas en el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por lo que no se rige en materia contractual, en lo sustancial, por estas disposiciones, sino que en desarrollo del giro ordinario de sus negocios, se regirá por el derecho privado y en especial por las disposiciones del Estatuto Orgánico Financiero (artículos 286-289).

Esta situación no implica que por la aplicación de normas exógenas al Estatuto General de Contratación, la naturaleza contractual de esta entidad haya mutado hacia el derecho privado, por el contrario, los contratos que celebre FONADE son **estatales**, puesto que la aplicación sustantiva de normas de derecho privado o financiero, no desvirtúa su naturaleza de **contrato estatal**.

4. En conclusión, el régimen de contratación de las entidades públicas se encuentra consignado en la Ley 80 de 1993, que estableció la genérica categoría de contratos estatales, a todos aquellos que celebren las entidades públicas enunciadas en el artículo 2 de ese estatuto. Algunas entidades públicas, como el FONADE, se encuentran exceptuadas del régimen contenido en la Ley 80 de 1993, en razón a su naturaleza de Empresa Industrial y Comercial del Estado y su

valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

¹¹ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

carácter financiero, por lo que sus negocios se rigen por las normas del derecho privado.

Esa condición especial en material contractual, no desvirtúa la naturaleza de contrato estatal, puesto que el régimen sustancial aplicable a los mismos, no hace mutar su condición de contrato público.

Solución judicial de las controversias contractuales del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE entre los años 2005 y 2010

5. Establecida la naturaleza jurídica de contrato estatal, de los actos celebrados por FONADE en desarrollo ordinario de sus negocios, corresponde a la Sala determinar la forma en que se solucionaban judicialmente las controversias contractuales entre los años 2005 y 2010. Para estos efectos, se explicarán brevemente aspectos generales como la jurisdicción, competencia y su relación con el principio de juez natural, los conceptos de prescripción y caducidad. Posteriormente se analizarán los regímenes procesales vigentes antes y después de la vigencia de la Ley 1107 de 2006, en especial, la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de las controversias contractuales de FONADE.

3. Entonces no hay duda que se trata de un contrato de naturaleza estatal, que se rigen en lo sustancial por el derecho privado aunque como lo señaló el Juez que dirimió el conflicto, deba ser conocido por la jurisdicción civil.

4. Por ello, concluye la Corte en la sentencia referida lo siguiente:

“Conclusiones

La Sala ha dado respuesta a los problemas jurídicos formulados de la siguiente manera:

El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, se encuentra vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia Financiera.

Los contratos que celebra en desarrollo de su actividad tienen naturaleza estatal, pero se rigen en lo sustancial por el derecho privado. Sin embargo, esta situación no determina el régimen jurídico-procesal aplicable a la solución de sus controversias contractuales, puesto que, estos conflictos eran conocidos por la jurisdicción contenciosa administrativa, antes de la vigencia de la Ley 1107 de 2006, que tuvo como finalidad la modificación de factores de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, más no términos de prescripción o de caducidad.”

DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

5. El Estatuto Contractual Estatal, no contiene -en punto de los principios- unos requisitos generales de este tipo de negocios, que lo hagan distinto de los contratos de régimen privados, por lo que en este

tema particular, es viable acudir a estos, desarrollados por el derecho civil o comercial:

“Se precisa responder este interrogante a fin de determinar el cumplimiento, o el incumplimiento, del contrato por las partes involucradas, para efectos de establecer el sentido de las declaraciones y condenas que se profieran en el presente proceso.

Toda vez que el contenido del contrato no resulta suficiente para satisfacer el interrogante planteado y dado que el Estatuto de Contratación de la Administración Pública no contiene reglas especiales en materia de interpretación del contrato estatal, resulta necesario en este caso acudir a los criterios de interpretación previstos en el Código Civil Colombiano (13), incorporados al Estatuto General de Contratación en virtud de lo normado por el artículo 13 (14) de la Ley 80... de 1993 y también por remisión del Código de Comercio (15), en el evento de que el contrato se celebre con un comerciante, a la luz de lo dispuesto por el artículo 28 (16) de la misma Ley 80 respecto de los criterios de interpretación de los contratos estatales.

A las reglas de interpretación de los contratos estatales se ha referido la Jurisprudencia de esta Sección, entre otras, en la Sentencia que se cita a continuación:

“2. Las reglas de interpretación de los contratos (17)

“2.1 Con la interpretación del contrato se persigue constatar el convenio negocial, la determinación de sus efectos y la integración de estos, sin comprender en ella la calificación del acto pues esto es propio de una actividad diferente como es la valoración jurídica del acto celebrado.

“Sin embargo no debe perderse de vista que si las partes han señalado los efectos del contrato, la verificación de este señalamiento corresponde a una labor interpretativa mientras que lo atinente a las repercusiones jurídicas de lo fijado por los contratantes harán parte de la valoración.

“La interpretación del negocio jurídico, cuando de contratos se trata, no tiene como objeto primario el establecer el querer dispositivo de cada uno de los contratantes individualmente considerado sino la intención común de todos ellos toda vez que el contrato es en últimas el resultado de la convergencia de sus designios negociales.” (sentencia del 24 de mayo de 2012. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 3ª, Subsección A, C.P. Dr. Hernán Andrade. Radicación número: 76001-23-25-000-1999-00272-01(21181))

6. Dispone el Artículo 1602 Código Civil:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

7. También el Artículo 1546 del Código Civil:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”

8. Así mismo el Artículo 1613 Código Civil:

“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o

de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”

9. Y el Artículo 871 del Código de Comercio, expresa:

“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

10. Frente al tema del incumplimiento contractual, el Consejo de Estado, ha señalado:

“1. Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes” y que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.”

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.

Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento” (3) y esta situación, por regla general, (4) no da lugar a la responsabilidad civil. (5)

2. El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediamente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.

Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que “incumbe a las partes probar los supuestos de

hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.”

Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A.

Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediabilmente condenada al fracaso.

3. Si se tiene en cuenta que la responsabilidad derivada del contrato persigue la indemnización de los perjuicios causados, como ya se dijo, y que en la responsabilidad contractual el deudor debe estar en mora pues de lo contrario no puede reclamar la indemnización de perjuicios ni la cláusula penal en su caso, tal como lo pregonan los artículos 1594 y 1615 del Código Civil, es conclusión obligada que si alguno de los contratantes ha incumplido el otro no estará en mora, pues así lo dispone el artículo 1609 del Código Civil, y por consiguiente el incumplido no puede reclamar perjuicios o la pena.

No otra cosa puede deducirse de las normas antes mencionadas que a la letra expresan:

“Artículo 1594. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal...”

“Artículo 1615. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.”

“Artículo 1609. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.” (sentencia del 24 de julio de 2013. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 3ª, Subsección A, C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 73001-23-31-000-1997-14722-01(25131))

Caso concreto

11. Como bien se sabe para obtener una decisión favorable, cuando se invoca como fuente de las obligaciones incumplidas un negocio jurídico, hay que demostrar:

- a) La existencia de un negocio jurídico válido entre las partes;
- b) Existencia de una conducta, a título doloso o culposo, que implique el incumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio jurídico antecedente;
- c) La existencia y cuantificación del daño;

d) Un nexo causal entre conducta y daño atribuible al demandado.

12. De igual forma, debe determinarse si se trata de obligaciones de medio y de resultado, para poder escoger el régimen probatorio que impera en el trámite respectivo.

13. En el caso de autos, se trata de un contrato de consultoría, que se definen por el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 así:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. <Ver Notas del Editor> Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

...

“Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente.

Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.”

14. Pliego de condiciones:

/ s / s / s / s / s /

1.3. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL OBJETO A CONTRATAR

Se realizará los ESTUDIOS Y DISEÑOS, GESTIÓN SOCIAL, PREDIAL Y AMBIENTAL, PARA EL MEJORAMIENTO DE LAS VIAS, GRUPO 1: "CARRETERA DE LA SOBERANÍA", TRAMO LA LEJÍA (NORTE DE SANTANDER) - SARAVERA (ARAUCA)"; GRUPO 2: "TRANSVERSAL DE LA MACARENA", TRAMO SAN JUAN DE ARAMA (META) - BARAYA (HUILA); EN DESARROLLO DEL PROGRAMA DE CORREDORES ARTERIALES COMPLEMENTARIOS DE COMPETITIVIDAD.

A continuación se presentan las actividades principales que debe ejecutar la consultoría:

GRUPO No. 1

- ✓ Elaboración de los estudios y diseños fase III, desde el PR 05+000 hasta el PR 139+000 (no incluye el Paso Nacional por Cubará, ni los diseños de los

puentes sobre el río Cubugón (PR 108+000). quebrada El Oro (PR 40+000) y Río Zambrano (PR 33+000)).

Nota: La consultoría debe tener en cuenta en los diseños, el oleoducto construido por Ecopetrol entre el PR 100+000 y el PR 138+000 y la construcción del Gaseoducto el cual se va a ubicar paralelo al oleoducto que actualmente se encuentra construido.

...

- ✓ A partir de los estudios y diseños, presentar al INVIAS y a FONADE un plan de ejecución de obras con el propósito de garantizar la transitabilidad de los corredores, enmarcados dentro de las siguientes prioridades:

GRUPO No. 1

- Mejoramiento con pavimento en concreto hidráulico, entre las abscisas con PR 23+000 y PR 35+000 al igual que entre PR 36+000 y PR 62+000.
- Ampliación y mejoramiento de la calzada existente entre el PR 62+000 y el PR 72+000.
- Rehabilitación del tramo comprendido entre el PR 72+000 y el PR 139+000, incluyendo mantenimiento sobre el río Royota (PR 134+000)

15. Contrato 2002649:

"CLAUSULA PRIMERA. - OBJETO. EL CONTRATISTA se compromete a realizar los ESTUDIOS Y DISEÑOS, GESTIÓN SOCIAL., PREDIAL Y AMBIENTAL, PARA EL MEJORAMIENTO DE LAS VIAS, GRUPO 1: "CARRETERA DE LA SOBERANÍA", TRAMO LA LEJÍA (NORTE DE SANTANDER) - SARAVERA (ARAUCA)"; EN DESARROLLO DEL PROGRAMA DE CORREDORES ARTERIALES COMPLEMENTARIOS DE COMPETITIVIDAD", de conformidad con el pliego de condiciones que rigió el correspondiente proceso de selección. PARÁGRAFO PRIMERO.- El pliego de condiciones o que hace referencia esta cláusula, y especialmente su capítulo, denominado CONDICIONES

CONTRACTUALES GENERALES, se entiende incorporado al presente contrato, aún cuando en este no se reproduzca su contenido. En el evento en que se presente alguna contradicción entre, de una parte, el pliego de condiciones y este contrato, y de otra, la propuesta presentada por el CONTRATISTA, prevalecerá el contenido de aquellos documentos. PARÁGRAFO SEGUNDO.-Sin autorización previa y escrita de FONADE. previo concepto de la supervisión. el CONTRATISTA no podrá apartarse de las obligaciones que le resultan exigibles en virtud del presente contrato.

En el evento en que lo hago, perderá el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de cualquier suma que resulte de su decisión y será responsable de los daños que, como consecuencia de ella, le cause a FONADE, y al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS, sin perjuicio de lo que seguirá vigente su obligación de ejecutor el objeto contractual en su totalidad."(Subrayado fuera del texto original).

16. Sobre la validez y legalidad del contrato, ninguna controversia se planteó.
17. Ahora bien; si algo que es un hecho cierto y aceptado tanto por el Consorcio demandante como por la entidad demandada, es que aquel no dio cumplimiento cabal a todas las obligaciones derivadas del contrato estatal.
18. Si el porcentaje del cumplimiento fue del 75% o del 91%, se torna, en este punto y para estos efectos, en intrascendente, pues se trata de un tema diferente, y por el cual las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio en el curso de este proceso.
19. Lo cierto es que si el demandante no cumplió con lo suyo, el demandado no está en mora y por consiguiente aquel nada puede reclamar y mucho menos por concepto de perjuicios (mayor permanencia, recursos y personal no incluidos en la propuesta -como subtipo de éstos- tal como se desprende de lo preceptuado por los artículos 1609, 1594 y 1615 del Código Civil.
20. De otra parte, los demandantes pretenden demostrar que no cumplieron con el 100% del objeto contractual por causas atribuibles a la demandada y al Consorcio Interventor, quien no fue integrado a esta litis, señalando que pese a que se puso en conocimiento las dificultades que venían presentando -a su entender- para el cumplimiento del contrato, de lo cual fue conocedora la entidad interventora, sin haber recibido respuesta alguna del entonces FONADE.
21. Pero ello, en realidad, no es consecuente con las pruebas recaudadas al expediente.

22. En primer lugar, en la misma demanda se afirma, en el hecho 3.10.7:

3.10.7. Dada la falta de definición sobre este tema para el mes de febrero de 2011, es decir faltando sólo algunas semanas para la terminación del plazo de ejecución contractual, el **CONSORCIO CONSULTOR** envió a **FONADE** la carta N°. 2006-2092649-655 del 28 de febrero de 2011 en la cual reitera lo manifestado verbalmente en la reunión celebrada el 19 de febrero de 2011 y lo ya expresado

desde el año anterior con diversas comunicaciones en el sentido que había tres (3) alternativas de manejo de la situación presentada en los sectores Alto de la Virgen y Peñas de Tencalá, a saber:

A. EXCLUSIÓN DE SECTORES: Consiste en excluir los sectores del objeto contractual inicial, reduciendo el Alcance del Contrato en 19 Km, teniendo en cuenta que la evaluación del presupuesto para esta alternativa se llevó a cabo tomando como base la estructura y los precios contractuales disminuyendo dedicaciones de personal y recursos. Esto significaba una disminución del valor inicial del contrato en \$358.607.761 más IVA.

B. ALTERNATIVA DE DISEÑOS A FASE III CON VARIANTES, TÚNELES Y PUENTES: Ejecutar los diseños definitivos en los dos sectores, incluyendo variantes, túneles y puentes a fase III para cada sector, incluyendo actividades adicionales de topografía, geología, geotecnia, hidrogeología, hidráulica, diseños electromecánicos, así como la elaboración de estudios ambientales adicionales que incluyen el Diagnóstico Ambiental de Alternativas, Estudio de Impacto Ambiental y la Sustracción de la Reserva Forestal.

Se especificó que esta opción, significaba una disminución en la longitud del Sector Peñas de Tencalá de 0.395Km y un ahorro en tiempos de viaje del aproximadamente el 85%, disminuyendo considerablemente los costos de operación vehicular y garantizando la seguridad para los usuarios de la vía.

En relación con el Alto de la Virgen, esta alternativa representaba una disminución de longitud de 8.0Km y un ahorro en tiempos de viaje del aproximadamente el 87%, disminuyendo considerablemente los costos de operación vehicular y garantizando la seguridad para los usuarios de la vía.

Esta alternativa hacía necesaria una prórroga de ocho (8) meses contados a partir de la correspondiente orden de inicio de las actividades y una adición de \$3.550.245.725 más IVA.

C. ALTERNATIVA DE DISEÑOS A FASE III SIN VARIANTES NI TÚNELES Y CON PREDIMENSIONAMIENTO DE PUENTES: Esta alternativa consistía en diseñar los Tramos Alto de la Virgen y peñas de Tencalá, sin incluir el diseño de Túneles y puentes propuestos a fase III, con el diseño completo de las variantes en ambos sectores y la silueta, ubicación y predimensionamiento de los puentes para el cálculo preliminar de cantidades de obra. Para esto era necesario un plazo adicional de seis (6) meses contados a partir de la correspondiente orden de inicio de las actividades y una adición de \$1.490.494.990 más IVA.

23. Quiero esto decir, que sí había una viabilidad técnica de entregar el diseño encargado, y se resalta la palabra técnica, para indicar que sí se podían realizar tales trabajos, que no eran de ejecución sino de presentar el diseño de los mismos.
24. Ahora, por qué esos plazos que pedían adicionar, de 8 y 6 meses no se utilizaron para realizar ese trabajo?
25. Si desde la misma formulación de los pliegos de condiciones se sabían las características y referencias de los mismos, y no esperar a que, durante su ejecución, se forzara a la entidad contratante a realizar no solo la modificación del contrato inicialmente pactado y conocido, sino a incurrir en mayores costos, que debieron ser estudiados y planteados desde un inicio al presentar la propuesta como participante en el Concurso.
26. Y sobre el particular, señaló el testigo FERNANDO FERNÁNDEZ ORDOÑEZ (audiencia del 19 de noviembre de 2019), quien dijo ser ingeniero, haber trabajado en CORREDORES VIALES, y haber sido el director de interventoría, en resumen, que el consultor se había podido ajustar al corredor existente (1:08:05), y mostrar después los inconvenientes o dificultades porque igual eran estudios y no la obra. Habían casos en que la consultoría estimaba haber presentado el 100% del estudio pero eso no era lo que consideraba como entregado la interventoría, por ejemplo en el tema de evaluación de pavimentos el consultor entregó apiques del PR5 al KM. 58.500 y del 72 al 139 es decir, faltó DEL 56 al 72 y sin embargo el consultor dijo haberlo entregado el 100% y no fue así.
27. Por su parte, el testigo GUSTAVO ESCOBAR PEREZ (audiencia del 19 de febrero de 2020, en resumen, dijo ser ingeniero civil con especialización en vías terrestres, haber trabajado con FONADE desde 2003 a 2013, haber conocido el contrato que se suscribió y fue el gerente del convenio; dijo que recibió el contrato iniciado, y era para hacer los estudios y diseños para la carretera LA SOBERANÍA. El contrato de consultoría inicialmente era por 12 meses y se prorrogó por 4 meses, cuando se retiró no se habían recibido todos los diseños por la consultoría. Surgieron discrepancias porque consultoría decía que debía modificarse el trazado de la vía. Los términos de referencia eran claros, entonces no entiende como la consultoría no cumplió el contrato.

28. Igualmente, el testigo PABLO FELIPE ESTRADA , manifestó ser ingeniero civil, especialista en patología de la construcción. Señalando, en síntesis, que cuando recibió el proyecto la primera tarea fue conocerlo detalladamente físicamente lo recorrió por ambos extremos, por La Legía y Saravena, conocer los actores del proyecto, conocía el estado del avance de los estudios y diseños y apoyaba las gestiones de FONADE. Hasta el momento que estuvo en el contrato no se habían terminado los compromisos de la firma, faltaban diseños.
29. Expresó -en resumen- que el tramo ALTO DE LA VIRGEN y PEÑAS DE TENCALA son delicados, y se espera la experticia del diseñador para tener pleno conocimiento del tema antes de iniciar los diseños y gestiones del proyecto. Ese proyecto tenía todo el corredor en una reserva forestal por lo que el MINISTERIO DE VIVIENDA era el que debía dar permiso para la reserva forestal, y para eso se requerían los diseños para hacer los trámites al momento de hacer la obra para hacer la respectiva reserva. No era necesario la modificación del trazado para la entrega de los diseños porque simplemente se debía cumplir el contrato, una vez terminados los diseños ya se sabe que se debe hacer. Dentro del proyecto tenía el cargo de gerente de proyecto, es decir, gestor, coordinador o motivador de que el proyecto saliera adelante con todas las partes intervinientes. Los tramos TENCALÁ y ALTOS DE LA VIRGEN, se argumentaba presentar varias alternativas para sortear esos pasos complejos, no recuerda que se haya hecho alguna modificación, lo que si se dijo es que de pronto se habló de hacer otras cotizaciones con otros consultores. En esos sitios debían hacerse una serie de recomendaciones pero se debía cumplir el contrato.
30. Respecto del personal no contemplado dijo que era un proyecto complejo, y quien lo licita debe contemplar todo el equipo de trabajo requerido para ejecutar el contrato, y eso depende de la experticia del contratista. El interventor era A PLUS, y otro asociado era ARL. La interventoría tuvo momentos difíciles por cambios de directores pero la línea de la empresa fue defender el proyecto para que se hiciera el diseño como estaba en el proyecto.
31. El testigo GUSTAVO ADOLFO CROSBY LÓPEZ, dijo ser ingeniero en vías, dirige proyectos de interventoría en construcción de vías, especialista en gerencia de proyectos. Con la demandante dijo no haber tenido relación laboral, tampoco con FONADE.

32. Acerca del contrato, en resumen, dijo que fue invitado por CORREDORES VIALES para participar como director de la interventoría entre junio y diciembre de 2012 y regresó en agosto de 2013 hasta mediados de 2015. Cuando empezó en el proyecto ya se había iniciado la ejecución de las obras, los diseños estaban hechos pero tenían muchas observaciones, por ejemplo el diseño de una alcantarilla en la cresta de una curva que es ilógico, muchos detalles que después en el desarrollo de las obras se encontró que los diseños tenían bastantes falencias.
33. Expresa que el contratista no cumplió el contrato porque existían muchas falencias técnicas en los diseños. FONADE encontró áreas donde no se podían hacer los diseños según la normatividad existente como PEÑAS DE TENCALÁ, tramo de 400 mts. que bordea el río y eso no estaba contemplado dentro de los alcances del diseño original y en ALTOS DE LA VIRGEN por las pendientes no se podía dar cumplimiento al manual de diseño geométrico de carreteras vigente porque había que llevarse un montón de montaña, entonces se pidió por FONADE al consultor hacer un presupuesto para hacer el diseño con túneles y así lo hizo, lo que valía \$4.000'000.000,00, para solo el diseño de esos tramos pasaron un presupuesto por \$2.400'000.000,00 lo que hizo imposible económicamente el proyecto, por lo que se abrió el concurso para esos tramos y se lo ganó un consorcio español.
34. Resalto que se pueden hacer los diseños pero con salvedades. Si se presentan diseños que no cumplen el manual tenían que decirlo, puede volverse un problema a largo plazo, y lo que se hizo es que se solicitó se hicieran los diseños de otra manera pero no hubo acuerdo para que los hiciera el mismo contratista. Aparte de los tramos mencionados, hubo un tramo del sector del rollo se hizo un contrato independiente del INVIAS, cree que del fondo de adaptación. Sobre el personal adicional no recuerda.
35. En algunos tramos tuvo que hacerse nuevamente los diseños porque lo que en los iniciales se dijo había algo, al construir no estaba, los diseños no resultaron tan fieles o útiles, en el sentido que se debió hacer un diseño detallado sobre los mismos. FONADE hacia la gerencia del proyecto, INVÍAS una gerencia técnica, el EJERCITO poner la seguridad para los contratistas y los que fueran. Se debía contratar personal especializado pero por lo elevado del presupuesto que pasó el contratista FONADE decidió contratar con otra persona. Desde que se

revisan los pliegos se debe saber si el contrato es viable o no y para eso hay unas audiencias previas a la adjudicación en la que los oferentes tiene la oportunidad de decir si algo faltó, pero eso hace parte de la experiencia del contratista, lo que sí no estaba contemplado era la construcción de túneles. FONADE no estaba obligado a autorizar la contratación del personal adicional porque el contrato que se firmó fue por una cifra bastante menor, pero no puede aceptarse una propuesta a cualquier precio por la responsabilidad fiscal, no se podía aceptar el presupuesto que pasó el consorcio sólo porque ya estaba allí. Los diseños de los tramos TENCALÁ y ALTOS DE LA VIRGEN no se hicieron y la obra tampoco se ha ejecutado, los hizo un consorcio español. Para el resto de los tramos no se requería personal adicional.

36. Estos testimonios contrastan lo afirmado en la demanda, y lo señalado por la ingeniera CLAUDIA PATRICIA DÁVILA LAMAR, para quienes no era posible ni siquiera presentar los diseños de los sectores Alto de la Virgen y Peñas de Tencalá.
37. De otra parte, el hecho de que uno de los contratantes presente alternativas para la modificación contractual, pues para nada es obligatorio a que la otra parte tenga que aceptar, ya que precisamente, para eso se deben consignar las propuestas técnicas y económicas en las cuales, el oferente y aspirante a contratante, debe hacer los cálculos sobre el valor que cobrará por realizar la obra en caso de que resulte ganador.
38. Pero no esperar que los posibles errores o fallos en tales propuestas, tengan que sobrellevarlos la entidad contratante máxime cuando no se ha demostrado que los pliegos de condiciones o términos de referencia estuvieran errados, o no fueran claros.
39. Además para ello, también en la fase precontractual existen mecanismos que permiten a oferentes y a la entidad contratante ajustar esos aspectos, con miras a que el contrato se pueda desarrollar cabalmente para las partes.
40. Así las cosas, en conclusión, se negarán las pretensiones de la demanda pues. Como se insiste- si el demandante incumplió sus obligaciones, el demandado no está en mora y por consiguiente aquel es inane cualquier reclamación como la que se pretende en esta demanda, en aplicación de los artículos 1609, 1594 y 1615 del Código Civil
41. Finalmente, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 10 de mayo de 2013, se le condenará en costas a la parte actora,

incluyéndose como agencias en derecho la suma de \$75'000.000=, de conformidad con los parámetros del Acuerdo 1887 de 2003.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

NEGAR LAS PRETENSIONES de la demanda presentada por las sociedades DISEÑOS, INTERVENTORÍAS Y SERVICIOS SAS (DIS SAS) Y (2) DESSAU CEI S.A.S, Ambas como integrantes del consorcio DIS-CEI contra el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO -FONADE, hoy EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DE DESARROLLO TERRITORIAL -ENTERRITORIO, por las razones indicadas en la parte motiva de esta sentencia.

COSTAS A CARGO DE LA PARTE DEMANDANTE. TÁSENSE, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$75'000.000=.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO FRANCISCO LEAL ALVARADO

JUEZ

Firmado Por:

JAIRO FRANCISCO LEAL ALVARADO

JUEZ

JUZGADO 14 DE CIRCUITO CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

9c02c6dbdc80b327bf0b314e1d3c9da278398c3dd59a318c80c9e91e1c578911

Documento generado en 12/07/2021 03:51:20 PM

RAD. 110013103014-2017-00663-00. DISEÑOS, INTERVENTORÍAS Y SERVICIOS SAS (DIS SAS) Y (2) DESSAU CEI S.A.S, Ambas como integrantes del consorcio DIS-CEI contra el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO -FONADE, hoy EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DE DESARROLLO TERRITORIAL -ENTERRITORIO.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>