

CLÁUSULA DE CADUCIDAD – Inclusión obligatoria

En efecto, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 la cláusula de caducidad es de inclusión obligatoria, entre otros, en los contratos de obra y se entiende pactada aunque no se consigne expresamente en ellos. De acuerdo con esta norma, el acto administrativo que declara la caducidad del contrato estatal, además de generar la terminación del contrato debe disponer su liquidación.

CADUCIDAD DEL CONTRATO – Potestad de decretar la caducidad

“Finalísticamente la potestad de decretar la caducidad del contrato estatal se funda en la protección del interés público frente a un incumplimiento que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y amenace la parálisis del mismo; su propósito es abrir un camino expedito para que la Administración Pública pueda terminar de manera anticipada y unilateral el vínculo jurídico existente en procura de la realización del frustrado objeto contractual para la satisfacción del interés público.”

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN – Parte que la alega – Deber de demostrar – Existencia de la obligación

[...]de conformidad con el artículo 1757 del Código Civil, la parte que alega el incumplimiento de una obligación contractual debe identificar en primer lugar, la existencia de dicha obligación -salvo que tal obligación derive su existencia de una Ley que la consagre-, sobre lo cual debe estructurar el respectivo incumplimiento.

DERECHO A LA DEFENSA – Violación

[...] el municipio brindó oportunidad real a la contratista para que pudiera expresar sus explicaciones u opiniones y aportar pruebas acerca del incumplimiento y que la causa del requerimiento estaba totalmente identificada por la contratista para el momento en que rindió explicaciones, de tal manera que a juicio de la Sala, el municipio respetó el derecho de audiencia y de defensa antes de tomar válidamente una decisión que se encontró motivada y sustentada en las pruebas e informes disponibles.

[...]

[...] se precisa que en lo sustancial se respetaron los dictados del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo acerca de escuchar a los interesados en forma previa a la adopción de las decisiones y, aunque en las comunicaciones referidas no se invocaron las normas legales correspondientes al procedimiento administrativo, en el aspecto de fondo el municipio observó el objeto el procedimiento consistente en comunicar la existencia de la actuación (artículo 28 C.C.A.); responder a las peticiones formuladas (artículo 31 C.C.A.); respetar el derecho a pedir pruebas y allegar información, así como le permitió a la contratista explicación sobre las pruebas que ella misma aportó, lo cual obviamente hizo con el pleno conocimiento de las mismas y en ejercicio del derecho que le asistía a ser oída (artículo 34 C.C.A).

BATIMETRÍA – Concepto

“(...) la batimetría es el estudio de la profundidad marina, de la tercera dimensión de los fondos lacustres o marinos. Un mapa o carta batimétrica normalmente muestra el relieve del fondo o terreno como isogramas y puede también dar información adicional de navegación en superficie.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN (E)

Bogotá., D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 88001-23-31-000-2005-00061-02(37884)

Actor: CONSTRUCCIONES MARFIL S.A

Demandado: MUNICIPIO DE PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA ISLAS

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2009 por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina la cual, en su parte resolutive, dispuso:

“PRIMERO: Declárase no probada la excepción de ineptitud de la demanda propuesta por la parte demandada.

SEGUNDO: Declárase infundada la objeción por error grave formulada por la parte demandante.

TERCERO: Niéganse las pretensiones de la demanda.”

I. ANTECEDENTES

1. Lo que se demanda

El día 17 de agosto de 2005 ante el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la sociedad Construcciones Marfil S.A., (antes Construcciones Marfil Ltda.), en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo —C.C.A.—, demandó al municipio de Providencia y Santa Catalina Islas y posteriormente, mediante escrito presentado el 27 de febrero de 2006 reformó su demanda, la cual quedó presentada con las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 061 de 26 febrero de 2004, proferida por el Alcalde del Municipio de Providencia y Santa Catalina Islas, mediante la cual se declaró la caducidad administrativa del Contrato No. 063 de 1º de septiembre de 2003, suscrito entre el Municipio de Providencia y Santa Catalina Islas y Construcciones Marfil Ltda., (hoy S.A.).

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 277 de 27 de septiembre de 2004, proferida por el Alcalde del Municipio de Providencia y Santa

Catalina Islas, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición y se confirmó la Resolución No. 061 de 2004.

TERCERA: Que, como consecuencia de las declaraciones de las pretensiones primera y segunda se condene al Municipio de Providencia y Santa Catalina Islas, a pagar a Construcciones Marfil S.A., la suma que se pruebe dentro del proceso, a título de restablecimiento del derecho.

CUARTA: Que se condene al pago de costas y agencias en derecho al Municipio de Providencia y Santa Catalina Islas.

QUINTA: Que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

(...)

SÉPTIMA¹: Que se declare que las mayores actividades que debió realizar la sociedad CONSTRUCCIONES MARFIL LTDA (HOY S.A.) fuera del alcance del contrato para poder cumplir con su objeto contractual, así como los saldos impagados, ocasionaron un grave desequilibrio económico del Contrato de Obra No. 063 de 2003, desequilibrio económico que no obedeció a acciones y omisiones imputables a CONSTRUCCIONES MARFIL LTDA (HOY S.A.) y que le ocasionó un incremento anormal en los precios, plazos y costos previstos para la ejecución de la obra.

OCTAVA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al MUNICIPIO DE PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA ISLAS a la compensación de los siguientes perjuicios:

- *El valor de los mayores costos en que debió incurrir Construcciones Marfil Ltda. (hoy S.A.) como consecuencia de la realización de actividades adicionales pactadas tales como la batimetría, estudios topográficos, y diseños y construcción de piscinas para el almacenamiento del material de fondo de la represa.*
- *El valor de los mayores costos en que debió incurrir Construcciones Marfil Ltda. (Hoy S.A.) como consecuencia de los daños ocasionados al equipo de dragado por no tener el Municipio un estudio previo sobre la clase de material sedimentado en el fondo de la represa.*
- *El valor de los mayores costos en que debió incurrir como consecuencia de la mayor estadía en obra durante 5 meses adicionales a los previstos en el pliego de condiciones y el contrato.*
- *El valor de las facturas presentadas por Construcciones Marfil Ltda. (Hoy S.A.) y que aún no han sido pagadas por el municipio de Providencia y Santa Catalina Islas.*

¹ De conformidad con la reforma a la demanda presentada el 27 de febrero de 2006, folios 98 a 108, cuaderno 8.

- *El valor de los mayores costos en que debió incurrir Construcciones Marfil Ltda. (Hoy S.A.) como consecuencia del desequilibrio en el flujo de caja ocasionado por las demoras sufridas en el desarrollo del contrato y por los mayores gastos incurridos en la ejecución de la obra.*

NOVENA. Que se ordene el pago de los anteriores valores debidamente actualizados y el reconocimiento de los intereses moratorios, de acuerdo con las normas legales vigentes aplicables en la materia.”²

2. Los hechos

2.1. Previo el procedimiento de licitación pública, el municipio de Providencia y Santa Catalina Islas adjudicó y suscribió con Construcciones Marfil Ltda., (hoy S.A.) el Contrato de Obra 063 de 2003 que tuvo por objeto realizar “LA RECUPERACIÓN AMBIENTAL DE LA CUENCA DE LA REPRESA FRESH WATER BAY”, por valor de \$885'481.754, con plazo de tres meses contados a partir del acta de inicio.

2.2. Mediante Resolución 403 de 15 de septiembre de 2003, el municipio aprobó las pólizas de seguro otorgadas con arreglo al contrato, se dio apertura a la cuenta conjunta para el manejo del anticipo y se fijó la programación de actividades con la aprobación de la interventoría.

2.3. Con fecha 28 de noviembre de 2003 las partes suscribieron un otrosí al contrato de obra.

2.4. El 2 de diciembre de 2003 se suscribió entre las partes el acta de inicio del contrato.

2.5. El 12 de diciembre de 2003 se entregó a la contratista un anticipo por la suma de \$237'751.851.

2.6. En atención a la comunicación CMB-395-4 de 19 de enero de 2004 emitida por la contratista, la Corporación para el Desarrollo Ambiental Sostenible CORALINA indicó que el proyecto no requería licencia alguna, por considerarse acogido al ordenamiento territorial del municipio.

² Folio 98 y 99 cuaderno 8.

2.7. En comunicación CMB-396-04 de 16 de enero de 2004, la sociedad contratista explicó a la interventoría las razones por las cuales se retrasaron los trabajos de dragado y solicitó una reunión con las autoridades municipales, realizada la cual la contratista debió armar nuevamente el proyecto por cuanto no existían planos record ni diseños para el mismo. Según indicó la demandante, en esa reunión se discutió el tema de *“donde se iban a disponer los residuos sólidos provenientes de la actividad del dragado y cómo iba a ser la forma de su contención en las laderas de la represa”*.

2.8. El 29 de enero de 2004, la Corporación para el Desarrollo Ambiental Sostenible CORALINA observó que aunque el proyecto no requería de licencia, estaba sujeto a control de la autoridad ambiental y a la posibilidad de establecer medidas de mitigación ambiental, motivo por el cual solicitó conocer en su totalidad el proyecto, *“es decir, el diseño, planos y especificaciones de que trata el pliego de condiciones.”*³

2.9 El 4 de febrero de 2004, mediante oficio DM-057, el Alcalde del municipio se dirigió a la contratista, le requirió el cumplimiento de la programación definida, solicitó explicaciones por los retrasos y requirió la ampliación de la garantía otorgada.

2.10. El 16 de febrero de 2004, el interventor, obrando en respuesta al requerimiento del DM-053, explicó al Alcalde que la contratista debió tomar una nueva batimetría ya que al iniciar el contrato no se contaba con los planos para establecer con exactitud la condición inicial de la represa e indicó que la contratista había contratado un nueva draga y que se encontraba adelantando trabajos de mantenimiento.

2.11. Mediante escrito CM 064-04 de 18 de febrero de 2004, en atención a las observaciones de la administración municipal, la contratista explicó las razones del retardo y detalló las dificultades del proyecto, se refirió al levantamiento batimétrico de la represa, las secciones transversales de la misma, el levantamiento topográfico del sitio de botadero y las secciones longitudinales y transversales del sitio de botadero, todo ello con base en los planos elaborados al respecto, los cuales adjuntó a esa comunicación.

³ Folio 10, cuaderno 8.

2.12. El 23 de febrero de 2004, por medio del oficio CMB-406-04, la firma contratista hizo llegar a la interventoría del contrato, la información relativa al plan de inversión del anticipo con el registro de gastos y soportes contables, así como el cronograma de ejecución de obra y el análisis de precios unitarios.

2.13. El 26 de febrero de 2004, con fundamento en consideraciones de orden técnico y legal, la sociedad contratista solicitó una prórroga de 60 días.

2.14. En cumplimiento del compromiso adquirido en acta de visita de obra de 17 de febrero de 2004, el ingeniero residente de obra allegó el documento descriptivo de la metodología del dragado.

2.15. Mediante Resolución 061 de 26 de febrero de 2004 confirmada mediante Resolución 277 de 27 de septiembre de 2004, el Alcalde del municipio de Providencia y Santa Catalina Islas declaró la caducidad administrativa del Contrato de Obra 063 de 2003, el siniestro de incumplimiento y de manejo del anticipo, impuso el pago de la cláusula penal y ordenó compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para verificar el manejo dado por la contratista y el interventor a los dineros del anticipo. En igual forma ordenó enviar copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio para los fines pertinentes.

2.16. El 27 de febrero de 2004, mediante oficio SI Y SP EXT-020 la Alcaldía negó la solicitud de prórroga del contrato.

2.17. No obstante la declaración de caducidad del contrato, la contratista continuó cumpliendo con sus compromisos hasta el punto que superó el 70% del objeto del contrato, según afirmó en la demanda.

3. Normas violadas y concepto de violación

La demandante invocó la violación al derecho fundamental del debido proceso con apoyo en los artículos 6, 29, 121 y 209 de la Constitución Política, la transgresión de los artículos 3, 4, 27, 28 y 77 de la Ley 80 de 1993, en cuanto a los principios de la actuación administrativa que no se tuvieron en cuenta para comunicar la iniciación de la actuación que se presentó de oficio y para permitirle a la contratista hacer valer sus derechos antes de imponerle la sanción de caducidad.

En forma concreta indicó que no se presentaron los supuestos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en cuanto a la gravedad del incumplimiento, la afectación del contrato y la amenaza de parálisis, exigidos para la legalidad del acto mediante el cual se impone en la caducidad del contrato. Además afirmó que la caducidad apareció de súbito cuando se estaba tramitando una prórroga, no hubo lugar al agotamiento previo de sanciones y no procedía declararla por cuanto se configuraban los elementos de la excepción de contrato no cumplido debido a la no entrega de planos y especificaciones del proyecto por parte del municipio.

En relación con las pretensiones de la reforma a la demanda, la sociedad demandante invocó el desconocimiento del carácter conmutativo del contrato estatal, el derecho al equilibrio económico, la presencia de un álea extraordinaria o anormal que generó la ruptura de la ecuación contractual, la ausencia de responsabilidad de la contratista en las causas del desequilibrio económico y la imputación del mismo al municipio. Se apoyó en el derecho a mantener las condiciones económicas de la contratación y a generar una utilidad con arreglo a los artículos 5 y 28 de la Ley 80 de 1993.

4. Trámite de la primera instancia

4.1. La demanda fue admitida mediante auto de 21 de noviembre de 2005, en el cual se negó la solicitud de suspensión provisional de las resoluciones demandadas, decisión que fue confirmada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 11 de octubre de 2006⁴.

4.2. Previa contestación de la demanda y de la reforma a la demanda, el proceso se abrió a pruebas mediante auto de 18 de enero de 2007 en el cual se decretaron las documentales, los dictámenes periciales y los testimonios solicitados por las partes⁵. Mediante auto de 13 de marzo de 2007 se aclaró el auto de pruebas, en el sentido de concretar las pruebas testimoniales⁶.

4.3. El 16 de diciembre de 2008 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se declaró fallida por ausencia de acuerdo sobre las fórmulas propuestas⁷.

⁴ Folios 25 a 29, cuaderno 5.

⁵ Folios 201 a 204, cuaderno 8.

⁶ Folio 209, cuaderno 8.

⁷ Folio 434 y 435, cuaderno 8.

4.4. Contestación a la demanda

El municipio de Providencia y Santa Catalina Islas dio oportuna contestación a la demanda y a la reforma de la misma, se opuso a la totalidad de las pretensiones elevadas por la parte actora y solicitó que se prueben los hechos referidos a la supuesta redefinición del proyecto y del plan de inversiones del anticipo a partir de una reunión que fue realizada el 23 de enero de 2004⁸.

Acerca del debido proceso en el trámite administrativo, indicó que la demandante presentó una acción de tutela invocando la violación del debido proceso, la cual fue fallada denegando el amparo constitucional impetrado. Agregó que la contratista, ahora demandante, sí fue advertida de la situación y tuvo el derecho a defenderse, tal como lo acreditan las explicaciones que rindió ante los requerimientos de la administración, por no haber dado inicio efectivo a la ejecución de actividades objeto del contrato de acuerdo con el pliego de condiciones y con la programación de obras. Hizo notar que la contratista fue citada a rendir los descargos en forma personal, a más tardar el 13 de febrero de 2004, a lo cual no se presentó.

En relación con el ejercicio de las facultades excepcionales, especificó que el operador jurídico debe apreciar la imposibilidad de ejecutar las prestaciones y la amenaza de paralización que exige el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, de cara al inminente vencimiento del plazo de ejecución del contrato; relacionó las actividades contractuales que debió seguir la contratista y advirtió que faltando menos de 15 días para el vencimiento del plazo del contrato, no había adelantado la obras. Según observó el municipio, la contratista inició una serie de labores no pactadas en el contrato y solo cuando se venció el plazo del contrato dio inicio a la primera etapa que ha debido ejecutar de conformidad con el cronograma presentado por ella misma. Por lo tanto, el porcentaje de ejecución del contrato al momento de los requerimientos era de cero (0%), toda vez que la contratista enfiló su capacidad operativa a otros asuntos.

Argumentó que si la contratista no conocía el alcance de la labor – porque la Alcaldía no se la suministró- no se explica cómo pudo determinar el tipo de maquinaria, personal y elementos que debía utilizar y si no sabía cuál era el fondo

⁸ Hecho 17 de la demanda, folio 9, cuaderno 19, y folio 110 cuaderno 10.

de la bahía, cómo pudo llegar posteriormente a realizar el dragado, cómo supo en dónde y en qué condiciones depositar el sedimento.

Finalmente, indicó que no se adecuó este caso concreto a la excepción de contrato no cumplido, toda vez que fue la contratista la que destinó el anticipo a asuntos que no se reflejaron en la ejecución del contrato, que no llegaba al 1% de avance de obra, cuando se decretó la caducidad. Recordó que el proyecto estaba incluido en el Plan de Ordenamiento Territorial y no se requirió nunca de licencias ambientales para llevarlo a cabo. Finalmente observó que el requisito de entregar planos, diseños y especificaciones se cumplió por el municipio con el Proyecto FNR 23906 presentado en forma previa al Ministerio de Medio Ambiente y a la Comisión Nacional de Regalías, donde obtuvo de esas entidades la viabilidad técnica y económica para llevarlo a cabo, las cuales se tomaron como punto de partida de las detalladas especificaciones contenidas en el pliego de condiciones y con base en todo ello la contratista definió el cronograma de obra así como detalló el documento de enfoque y metodología de la rehabilitación de la cuenca hidrográfica.

En relación con la reforma a la demanda, el municipio contestó que la contratista pretendió cobrar por las actividades referidas en comunicación de 18 de febrero de 2004 que no hacían parte del objeto del contrato y no eran conexas o requeridas para el cumplimiento del mismo. Desatacó que la contratista no obró de buena fe por cuanto se apartó de la ejecución ofrecida, a sabiendas de que no tenía autorización de la contratante y en momento alguno planteó la necesidad de tales actividades. Afirmó que las supuestas obras adicionales se plantearon como excusa por el evidente incumplimiento de las actividades contratadas.

Por último, en relación con la ruptura del equilibrio económico pretendida en la reforma a la demanda, el municipio observó que a su juicio se configuró la ineptitud sustantiva de la demanda por cuanto se solicitó el reconocimiento de prestaciones en orden al equilibrio contractual, a la vez que el contrato se encontró caducado por decisión administrativa y debidamente liquidado conforme a ella, sin lugar a prestaciones adicionales. En este punto, el municipio demandado pidió que se decretara como prueba el acta de liquidación unilateral del Contrato de Obra 063. De acuerdo con lo expuesto, el municipio solicitó que el Tribunal *a quo* se

declarara inhibido de emitir pronunciamiento alguno respecto de la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato de Obra 063 de 2003⁹.

Por considerar que desde el punto de vista metodológico los diversos argumentos de defensa constituyeron excepciones, la parte demandante se pronunció sobre los mismos, mediante escrito radicado el 10 de julio de 2006. En relación con la ineptitud de la demanda observó que no se demostró la liquidación unilateral, “*ya que ni siquiera se señala el número y fecha del acto de liquidación ni tampoco aduce la manera en que éste fue notificado*” y advirtió que tal acto no fue aportado por el municipio ni se encontró probado¹⁰.

4.4. Concepto del Ministerio Público en la primera instancia

Con fundamento en la presunción de legalidad del acto administrativo, el Ministerio Público estimó que no debía proceder la nulidad solicitada por la parte actora, teniendo en cuenta que no logró demostrar en forma clara y concreta la procedencia de la causal en la cual pretendió apoyarse.

5. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, declaró no probadas la excepción de ineptitud de la demanda y la objeción del dictamen por error grave, al paso que con fundamento en el análisis de las pruebas, denegó todas las pretensiones de la demanda.

En relación con las excepciones, el Tribunal *a quo* advirtió la falta de prueba de la notificación del acto administrativo contenido en la Resolución No. 209 de 2005, mediante la cual se adoptó la liquidación del Contrato 063, razón por la cual el Tribunal consideró la ineficacia del acto respectivo y estimó improcedente la excepción basada en el referido acto de liquidación.

Acerca del objeto de la controversia, transcribió la motivación contenida en la Resolución 061 y encontró acreditado el incumplimiento del contrato y no desvirtuados los supuestos requeridos para la declaratoria de caducidad, todo ello

⁹ Folio 176, cuaderno 8.

¹⁰ Folio 191, cuaderno 8

con fundamento en el análisis del dictamen pericial y las demás pruebas del proceso.

En el análisis de la objeción presentada sobre el dictamen pericial observó

“Las conclusiones a las que llegó el perito sobre el porcentaje de ejecución [0%] de las actividades contractuales en nada contradicen lo que afirmó acerca de la necesidad de diseños, planos, especificaciones técnicas, batimetría etc., pues como se dijo en precedencia, aun cuando las obras previstas eran necesarias, éstas son explicativas más no justificativas del incumplimiento contractual en que incurrió la demandante.

(...)

(...) No obstante, según lo afirmado por el representante legal de la sociedad Edgar Nule Amín en Oficio Cm 064-04, dirigido al Alcalde de Providencia y Santa Catalina de fecha 18 de febrero de 2004, (...) las actividades referentes al levantamiento batimétrico de la represa se habían realizado durante el mes de diciembre de 2003, lo cual significa entonces que no había ninguna razón ni obstáculo para que se pudiera dar inicio a las obras objeto el contrato, es decir la ‘RECUPERACIÓN AMBIENTAL DE LA CUENCA DE LA REPRESA FRESH WATER BAY, MUNICIPIO DE PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA’ y especialmente el dragado de la misma.

(...)

El contratista tampoco demostró diligencia (...) no se trataba de obras imprevisibles sino de todo lo contrario, de situaciones ampliamente conocidas por él, por el tipo de obra y por la experiencia específica que manejaba y de ahí la adjudicación de que fue objeto.”¹¹

En relación con la excepción de contrato no cumplido, el Tribunal *a quo* la estimó no probada, con fundamento en lo siguiente:

“En efecto, llama la atención del Tribunal lo alegado por la demandante, en el sentido de que, la causa del incumplimiento se debió a que la Administración no le hizo entrega de los diseños y los planos, en virtud de que, si ello fuera así, cómo se explica que el contratista hubiese podido entregar la parte técnica de la propuesta, el cronograma de actividades de la obra, así como determinar en qué era necesario gastarse el anticipo para contratar la realización de la batimetría antes mencionada, y menos aún, hubiese firmado el acta de inicio del contrato sin hacer ninguna salvedad y sólo hasta el 19 de enero de 2004 requirió al Municipio la entrega de lo que consideraba fundamental para dar inicio a los trabajos para los cuales fue contratado el 01 de septiembre de 2003.”¹²

Acerca de la reclamación por obras adicionales, el Tribunal *a quo* expuso:

¹¹ Folios 504 y 505, cuaderno principal, segunda instancia.

¹² Folio 507, cuaderno principal, segunda instancia.

“Ahora bien, la Corporación considera que las obras que supuestamente fueron ejecutadas por Construcciones Marfil Ltda., después de haberse declarado la caducidad del contrato, corren por su cuenta y riesgo, en virtud de que los efectos de la declaratoria de caducidad no son otros que los de dar por terminado el vínculo contractual existente entre las partes, y proceder a su liquidación, de ahí que no es procedente hacer reconocimientos y pagos por ese concepto por parte de la demandada.// (...) máxime si el Municipio no recibió a satisfacción dichas obras.”¹³

En relación con el correcto manejo del anticipo, el Tribunal a quo consideró que la demandante no lo explicó y observó lo siguiente:

“(...) por el contrario todo conduce a afirmar, que los dineros recibidos se utilizaron indiscriminadamente sin haber hecho al menos 1m3 de dragado y habiéndose vencido el plazo del contrato.”¹⁴

6. La segunda instancia

6.1. El recurso de apelación

La **parte demandante presentó recurso de apelación** el 14 de octubre de 2009 y lo sustentó ante el Consejo de Estado el 23 de enero de 2010.

En su oportunidad se apoyó en la siguiente argumentación que expuso en relación con cada uno de los cargos indicados en la demanda:

i) Violación al debido proceso

La comunicación de la Alcaldía que se estimó como requerimiento a la contratista contiene una afirmación genérica acerca de un supuesto retraso al cronograma de obra, el cual fue explicado por la contratista; no basta la garantía puramente formal del debido proceso y el plenario carece de un documento que demuestre un requerimiento real de cara a la imposición de la caducidad.

ii) Los presupuestos de la caducidad

La sentencia de primera instancia no valoró adecuadamente los requisitos de la caducidad. Aunque la decisión de caducidad tiene un aspecto discrecional, no es obligatoria; de acuerdo con el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, debe ser proporcionada, toda vez que reviste el alcance de una potestad

¹³ Folio 508, cuaderno principal, segunda instancia.

¹⁴ Folio 505, cuaderno principal segunda instancia.

sancionatoria. Las razones que explicó la contratista no fueron simplemente justificaciones, se encontró probado que las tareas preparatorias eran indispensables para iniciar las obras. El perito técnico fue claro en que la administración debió entregar los planos diseños y justificaciones. Igualmente se probó que la información del pliego de condiciones no era suficiente para definir el proceso constructivo idóneo, asunto que fue corroborado por las distintas declaraciones de los testigos.

A juicio de la parte actora, sí existió una evidente contradicción entre las declaraciones que dio el perito Federico Peterson Manuel en la inspección judicial y el contenido de su dictamen. A diferencia de lo que estimó la sentencia de primera instancia, el cuestionario que absolvió el perito en la inspección judicial, hace parte de su dictamen.

Por lo tanto las pruebas demuestran que el incumplimiento grave en realidad no se tipificó.

Por otra parte, la apelante advirtió que tuvo lugar una falsa motivación en el acto administrativo acusado por cuanto se encontró demostrado que la contratista tuvo que cambiar las dragas y que alcanzó un cumplimiento del 70% de lo contratado, al momento en que se le confirmó la caducidad, por manera que no se puede decir que existiera una afectación grave y directa sobre el objeto contractual.

Indicó la inexistencia de un incumplimiento determinante, respecto de lo cual expuso que contrario a lo que afirmó la sentencia, las actividades que tuvo que asumir la contratista si eran imprevisibles, toda vez que la contratista podía esperar que el municipio suministrara la información completa que se requería para facilitar la correcta ejecución.

Según la apelante, tampoco se configuró amenaza de parálisis de la obra, puesto que para el momento en que se decretó la caducidad, la contratista estaba ejecutando la obra y había solicitado un plazo adicional.

Destacó que la caducidad no puede aparecer de súbito y que ello sucedió así, toda vez que la contratista había presentado un documento descriptivo de la metodología del dragado, el cual no se tuvo en cuenta, incurriendo la administración, también por este aspecto, en falsa motivación.

Insistió en que debió tener lugar el agotamiento de las sanciones menores.

iii) Excepción de contrato no cumplido

Destacó la jurisprudencia del Consejo de Estado en la cual se ha establecido que el incumplimiento de la entidad estatal desvirtúa la potestad de declarar la caducidad del contrato. En este sentido consideró evidente que el incumplimiento en la entrega de los planos, diseños y especificaciones -concretas reales y actuales- llevó a la contratista a incurrir en unas actividades adicionales no previstas lo cual le ocasionó actividades previas y un mayor tiempo en las labores contratadas.

iv) Pretensión de ruptura del equilibrio económico del contrato

La parte actora indicó que el cargo no fue realmente estudiado en la sentencia de primera instancia, pues lo cierto es que el Tribunal *a quo* asumió que la ejecución se produjo después de la declaratoria de caducidad y no analizó las fechas reales en las cuales se adelantaron las actividades ni tuvo en cuenta las circunstancias imputables a la entidad contratante por incumplimiento en la planeación del contrato que correspondía al municipio. En consecuencia, solicitó el reconocimiento de los perjuicios por este concepto, de acuerdo con los valores identificados en el informe elaborado por Luis Mariano Salcedo Mora, presentado al plenario.

6.2. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La parte actora reiteró los argumentos contenidos en la apelación, solicitó tener en cuenta de una parte, las falencias en los requerimientos en que se fundó la caducidad y por otra parte, las pruebas acerca de la necesidad de los estudios en que tuvo que incurrir para establecer la cantidad y ubicación de sedimento y finalmente, el porcentaje de cumplimiento en el dragado que logró la contratista.

En relación con el manejo del anticipo, la apelante observó lo siguiente:

“Además, tampoco es posible aceptar el argumento del a quo en el sentido de que hubo un defectuoso manejo del anticipo, toda vez que dicha conclusión carece de respaldo probatorio. Por el contrario de las pruebas que obran en el expediente se

concluye claramente que los dineros del anticipo fueron gastados todos ellos correctamente, en la ejecución del contrato.”

Igualmente alegó que el Tribunal *a quo* omitió analizar el dictamen pericial rendido por Rafael Ceballos Calvo, el cual no fue materia de objeción en el proceso y estimó que su contenido permite una conclusión diametralmente opuesta a la que adoptó el *a quo*. En consecuencia, solicitó tener en cuenta como base de los perjuicios, el dictamen del referido perito.

El municipio demandado guardó silencio en su oportunidad.

6.3. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

Con fundamento en el análisis de las pruebas, el Ministerio Público solicitó confirmar la sentencia denegatoria de las pretensiones. En su concepto observó:

“Si bien no fue entregado por parte del municipio un estudio topográfico de las condiciones en que se encontraba la represa, también lo es que en parte alguna de los pliegos se especificó que era una obligación a cargo de éste. Tan cierto resulta lo anterior, que el contratista por iniciativa propia y actuando por su cuenta decidió realizar los estudios y que según lo afirmado se encontraban listos en un 100% (fl 192, c 10) desde el mes de diciembre de 2003.

*Si en gracia de discusión se aceptara un supuesto incumplimiento a cargo de la entidad contratante, lo cierto es que no revestía las condiciones de gravedad que pretende la parte demandante, pues no se constituyó en un factor determinante para la imposibilidad de cumplir el objeto contractual por parte del contratista (...)*¹⁵

Expuestos los antecedentes procede la Sala a proferir sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes

II. CONSIDERACIONES

1 Lo que se debate, el planteamiento del problema jurídico y el orden de razonamiento que seguirá la Sala

(i) Se debate en este proceso la legalidad de la decisión de decretar la caducidad administrativa del Contrato de Obra 063 de 2003, desde el ángulo del debido proceso, los supuestos para el ejercicio de la potestad excepcional y la excepción de contrato no cumplido.

¹⁵ Folios 564 a 583, cuaderno principal.

(ii) Igualmente se plantea el desequilibrio económico del Contrato de Obra 063 de 2003 y los daños causados a la contratista.

(iii) Finalmente se pretende el restablecimiento del derecho vulnerado por razón de la decisión de caducidad que habría sido impuesta ilegalmente y por las condiciones de desequilibrio económico.

El recurso de apelación se fundó en que el Tribunal *a quo* llegó a desconocer las pruebas obrantes en el plenario acerca de la violación del debido proceso, los presupuestos sobre los cuales se debe imponer la caducidad del contrato, el incumplimiento municipio contratante, la ruptura del equilibrio contractual y los daños causados a la contratista, en todo lo cual se apoyó para solicitar la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

Para resolver el recurso de apelación se identifican los siguientes problemas jurídicos, en congruencia con el orden de los cargos propuesto por la apelante:

i) Debido Proceso: ¿la actuación previa a la imposición de la caducidad se basó en cargos generales y se impuso súbitamente, por lo cual se violó el debido proceso, en su momento regulado por el Código Contencioso Administrativo (C.C.A.)?

ii) Supuestos de la Caducidad: ¿la sanción de caducidad del contrato se produjo con fundamento en los supuestos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, o por el contrario no existió una inejecución grave y con inminencia de parálisis del contrato, por manera que la sanción fue ilegal y desproporcionada?

iii) Excepción de Contrato no Cumplido: ¿existió incumplimiento de la obligación del municipio por razón de la no entrega de planos o estudios? En caso afirmativo: ¿justificó ello la demora de la contratista?

iv) Ruptura del equilibrio económico del contrato: ¿Se presentó un desequilibrio económico por el tiempo de inactividad de maquinaria de dragado, los daños causados en la misma y el no pago de actividades adicionales?

Para resolver la cuestión, la Sala seguirá el siguiente orden de razonamiento: **i)** descripción de las pruebas obrantes en el plenario, lo cual se hará con el fin de

ubicar los hechos y precisar la construcción del acervo probatorio; **ii)** consideraciones generales sobre el marco legal de la caducidad administrativa del contrato estatal y el debido proceso a la luz de la Ley 80 de 1993 –vigente para la época de los hechos y aplicable en la actuación administrativa previa a la sanción de caducidad del contrato- y **iii)** finalmente, se abordará el análisis de los cargos y las pruebas en el caso concreto.

2. Competencia del Consejo de Estado

La Sala verifica la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto, teniendo en cuenta que la acción contractual se presentó en relación con el Contrato de Obra 063 suscrito el 1º de septiembre de 2003, en vigencia de la Ley 80 de 1993, siendo una de sus partes el municipio de Providencia y Santa Catalina Islas, entidad estatal para efectos del referido estatuto de contratación, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, además de que el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 asignó la competencia para conocer de las controversias de los contratos estatales a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Igualmente se observa que la parte demandante estimó la cuantía en la suma de \$1.115'998.059, cifra superior a 500 SMLMV exigida para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia, de acuerdo con el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, tal como se estableció en este proceso mediante el auto de 22 de octubre de 2009 emitido por el Tribunal *a quo*, en el cual se admitió el recurso de apelación presentado el 14 de octubre de 2009.

En relación con la caducidad de la acción, la Sala verifica que la demanda se presentó oportunamente, el 17 de agosto de 2005, en los dos años siguientes al 7 de octubre de 2004, fecha en que se notificó la Resolución 277 de 27 de septiembre de 2004, mediante la cual se confirmó la Resolución 061 de 26 de febrero de 2004 contentiva del acto administrativo de declaración de caducidad del Contrato 063, es decir dentro del término legal que estableció el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

3. El caudal probatorio obrante en el expediente

Los siguientes documentos fueron aportados debidamente, en original o copias autorizadas y serán valorados como pruebas:

3.1. Documentos contentivos del Proyecto de Recuperación Ambiental de la Cuenca de la Represa Fresh Water ubicada en la isla de Providencia: ficha EBI (estadística básica del proyecto de inversión), solicitud de recursos de inversión presentada por el municipio de Providencia y Santa Catalina Islas a la Unidad Administrativa Especial del Fondo Nacional de Regalías el 4 diciembre de 2001 y Convenio Interadministrativo suscrito entre el municipio de Providencia y Santa Catalina Islas y la Unidad Administrativa Especial de la Comisión Nacional de Regalías, celebrado para el correcto manejo de los recursos destinados a financiar el proyecto¹⁶.

3.2. Resolución 218 de junio 16 de 2003, mediante la cual se ordenó la apertura de la Licitación Pública 004 de 2003¹⁷.

3.3. Pliego de condiciones de la Licitación Pública 004 de 2003¹⁸.

3.4. Comunicaciones de los distintos interesados en la licitación en relación con solicitudes de aclaración y complementación del pliego de condiciones¹⁹.

3.5. Documento contentivo de la propuesta presentada por Construcciones Marfil Ltda., en la Licitación Pública 004 de 2003²⁰.

3.6. Acta de cierre y apertura de la urna en la Licitación Pública No. 004 de 2003, con fecha julio 21 de 2003²¹.

3.7. Anexos 7A y 7B, correspondientes a hojas de vida y experiencia específica de los profesionales presentados por Construcciones Marfil Ltda., cada uno suscrito por el respectivo ingeniero²².

¹⁶ Folio 410 a 469 AZ 2 Pruebas.

¹⁷ Folios 137 y 138, cuaderno 7.

¹⁸ Folios 46 a 83, cuaderno 7.

¹⁹ Folios 106 a 112, cuaderno 7.

²⁰ Folios 441 a 489, cuaderno 7.

²¹ Folios 117 y 118, cuaderno 3.

²² Folios 84 a 97 y folio 147, cuaderno 7.

3.8. Cuadros contentivos del resumen de evaluación realizada por los funcionarios del municipio, en relación con los tres proponentes en la Licitación Pública 004-2003²³. En ellos se observa que la única propuesta admisible fue la presentada por Construcciones Marfil Ltda., por razón de la experiencia específica no demostrada por las otras proponentes.

3.9. Resolución 357 de 29 de agosto de 2003, expedida por el Alcalde de Providencia y Santa Catalina Islas, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública 004 de 2003 al proponente Construcciones Marfil Ltda.,²⁴.

3.10. Contrato de Obra 063 de fecha primero (1º) de septiembre de 2003, suscrito entre el municipio de Providencia y Santa Catalina Islas y la sociedad Construcciones Marfil Ltda., con el objeto de “*realizar la ‘RECUPERACIÓN AMBIENTAL DE LA CUENCA DE LA REPRESA FRESH WATER BAY, EN EL MUNICIPIO DE PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA ISLAS’, de conformidad con el pliego de condiciones*”, en el cual se pactó un plazo de tres meses contados a partir del acta de inicio²⁵.

3.11. Póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales número 7799309 y de responsabilidad extracontractual número 151337, expedidas por Cándor S.A. Compañía de Seguros Generales, con fecha primero (1º) de septiembre de 2003²⁶.

3.12. Comunicación CMB -351-03 de 30 de octubre de 2003, dirigida a la alcaldía municipal, mediante la cual el representante legal de Construcciones Marfil Ltda., solicitó la cesión del 50% del Contrato de Obra 63 de 2003 a la firma MNV S.A.²⁷.

3.13. Comunicación de noviembre 11 de 2003, suscrita por el coordinador de interventoría del Consorcio Interventoría de la Costa Norte, en el cual comunicó al Alcalde del municipio el aval de esa interventoría para prorrogar el Convenio 305, dentro del Proyecto FNR 23906 suscrito con la Comisión Nacional de Regalías, correspondiente al manejo de recursos asignados al Proyecto “*RECUPERACIÓN*

²³ Folios 36 a 44, cuaderno 7.

²⁴ Folio 10, cuaderno 7.

²⁵ Folios 3 a 7, cuaderno 7.

²⁶ Folio 8 y 9, cuaderno 7.

²⁷ Folio 144, cuaderno 7.

*AMBIENTAL DE LA CUENCA DE LA REPRESA FRESH WATER BAY, MUNICIPIO DE PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA ISLAS.*²⁸

3.14. Comunicaciones CMB 369 y 370 -03 de noviembre 20 de 2003, mediante la cual Construcciones Marfil Ltda., solicitó el desembolso del anticipo con destino a la cuenta corriente 0360-01026-4 del Banco Agrario de Colombia²⁹.

3.15. Comunicación CMB 380 -03, suscrita por el representante legal de Construcciones Marfil Ltda., en la cual indicó:

*“Adjuntamos el cronograma de obra referente al Dragado y Recuperación Ambiental de la Cuenca de la Represa Fresh Water Bay en la Isla de Providencia, debidamente aprobado por la interventoría.”*³⁰

3.16. Comunicación de noviembre 27 de 2003, suscrita por el secretario de infraestructura y servicios públicos del municipio, mediante la cual citó para el 2 de diciembre de 2003, con el fin de a dar inicio al contrato y especificó algunos anexos pendientes de corrección para el visto bueno de la interventoría³¹.

3.17. Otrosí al Contrato de Obra 63, suscrito el 28 de noviembre de 2003, mediante el cual se modificó la cláusula cuarta relacionada con el manejo de la cuenta de anticipo³².

3.18. Resolución 403 de 2003, mediante la cual la alcaldía municipal, aprobó las pólizas de seguro 7799309 y 15137, presentadas por Construcciones Marfil Ltda., expedidas por Seguros Cóndor S.A.³³

3.19. Acta de inicio del Contrato de Obra 63 de 2003, suscrita el 2 de diciembre de 2003 por el representante de la contratista, la residente de interventoría y el secretario de infraestructura y servicios públicos del municipio³⁴. De acuerdo con este documento se hizo constar como fecha estipulada para la terminación del contrato, el 2 de marzo de 2004.

²⁸ Folio 32, cuaderno 7.

²⁹ Folio 148, cuaderno 7.

³⁰ Folio 151, cuaderno 7.

³¹ Folio 152, cuaderno 7.

³² Folio 13, cuaderno 7.

³³ Folios 397 y 398, cuaderno 1, anexo 10

³⁴ Folio 2, cuaderno 7.

3.20. Certificación de apertura de la cuenta corriente 0360010261-4 expedida por el Banco Agrario de Colombia, en la cual especificó las firmas registradas. En el mismo folio, aparece copia de la consignación a la referida cuenta, de un cheque por la suma de \$237'751.851 elaborada con fecha 3 de diciembre de 2012³⁵. En igual sentido se encuentran tres folios de registros contables, aportados con la siguiente identificación: “8118-000603-0 RECUPERACION AMBIENTAL DE LA CUENCA DE LA REPRESA FRESHWATER BAY BANCO AGRARIO – contabilidad”, en la cual se destaca, el siguiente movimiento, en la columna de débitos a la referida cuenta: “Dic 12/03 Const, MARFIL /PIERRE. N. 5470802: \$237'751.851.”³⁶

3.21. Comprobante de egreso No 2001503, correspondiente al pago del 30% de anticipo del Contrato de Obra 63 de 2003, entregado con fecha 12 de diciembre de 2003, correspondiente al cheque 5470802 girado a Construcciones Marfil/Pierre Nule³⁷.

3.22. Comunicación CMB- 395 de enero 16 de 2004, mediante la cual Construcciones Marfil Ltda., solicitó a la oficina jurídica de la Corporación para el Desarrollo Ambiental Sostenible CORALINA, documentos referidos a: legislación ambiental, licencia ambiental, plan de manejo ambiental y reglamento técnico del sector agua potable y saneamiento básico, los cuales indicó como correspondientes a aquellos documentos que la Alcaldía le debía entregar según el pliego de condiciones³⁸.

3.23. Comunicación CMB-396 de enero 19 de 2004, suscrita por el representante legal de Construcciones Marfil Ltda., dirigida al director de interventoría, en la cual expuso “*las razones de peso por las cuales los trabajos de dragado se encuentran en un relativo retraso con respecto al cronograma inicial enviado a la Secretaría de Infraestructura de Providencia en diciembre del 2003*”.³⁹ En el texto de esta comunicación explicó:

“1. Al no haber un estudio topográfico de las condiciones actuales del fondo de la represa, nos comprometimos con la alcaldía a realizar por nuestra cuenta la batimetría de la misma para saber las condiciones del fondo, la cual se encuentra realizada en un 100%.”

³⁵ Folio 165, cuaderno 7.

³⁶ Folio 438, cuaderno 10 anexo.

³⁷ Folio 109, AZ 1.

³⁸ Folio 166 y 167, cuaderno 7.

³⁹ Folio 170 y 171, cuaderno 7.

Sin embargo, para iniciar correctamente los trabajos de dragado, es necesario saber cómo eran las profundidades iniciales de la represa cuando esta fue construida, para lo cual se solicitó a la Secretaría de Infraestructura dicha información, la cual hasta el momento no ha sido suministrada. Lo anterior con el fin de poder planear y definir claramente la zona de la represa que se va a dragar.

2. Como ya lo hemos manifestado en nuestra carta CMB-395-04, según el contrato, debemos tener por parte de la Alcaldía el permiso ambiental para iniciar los trabajos, el cual tampoco ha sido remitido por ellos.”

3.24. Oficio SI y SP EXT 008 de enero 19 de 2004, suscrito por el secretario de infraestructura en el cual se refiere a los documentos requeridos en las comunicaciones CMB 395 y CMB 396 de 2004 de conformidad con lo previsto en el numeral 1.20 del pliego de condiciones. En esta comunicación informó que el proyecto se determinó en el marco del servicio público de acueducto y las acciones *“prioritarias para la recuperación de las zona degradadas ambientalmente”*, de conformidad con el plan de ordenamiento territorial contenido en el Acuerdo No. 015 de 2000 y manifestó que era *“insensato condicionar la puesta en las islas de las maquinarias requeridas para la ejecución del contrato en mención (...)”*⁴⁰.

3.25. Comunicación de enero 20 de 2004, mediante la cual el interventor se dirigió a la contratista y solicitó su *“presencia en el menor tiempo posible en las oficinas de la Secretaría de Infraestructura y Servicios Públicos para tratar asuntos técnicos relacionados con la ejecución del contrato de la referencia.”*⁴¹

3.26. Comunicación COR/GJ emitido por la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina – CORALINA-, con fecha 29 de enero de 2004, en el cual indicó:

*“Aun cuando el proyecto no requiere de la tramitación de Licencia Ambiental al tratarse de una obra existente y que se enmarca dentro del régimen de transición previsto en el Decreto 1180 de 2003 si se encuentra sujeto a control y la autoridad ambiental para establecer medidas de mitigación ambiental”*⁴².

3.27. Informe No. 1 de interventoría de fecha enero 28 de 2004⁴³.

⁴⁰ Folio 168 y 169, cuaderno 7.

⁴¹ Folio 177, cuaderno 7.

⁴² Folio 202, cuaderno 1.

⁴³ Folio 116 a 126, cuaderno AZ 1 pruebas

3.28. Oficio de 29 de enero de 2004, mediante el cual la Contraloría General de la República requirió al Alcalde del Municipio de Providencia, en atención a la visita de auditoría de ejecución de proyectos financiados con recursos del Fondo Nacional de Regalías, para verificar los términos y la correcta inversión de los recursos correspondientes a diversos proyectos, entre ellos el proyecto FNR 23906 para la recuperación ambiental de la represa Fresh Water, respecto del cual reportó: *“fallas al principio de transparencia en la contratación, además de no contar con el permiso ambiental respectivo, ni con el plan de mitigación ambiental.”*⁴⁴

3.29. Comunicación DM-053 de febrero 4 de 2004, mediante la cual el Alcalde del municipio de Providencia y Santa Catalina solicitó al interventor del Contrato de Obra 063, un informe detallado de la programación de obras y estado de ejecución.

3.30. Oficio DM-057 de febrero 4 de 2004, suscrito por el Alcalde del municipio de Providencia y Santa Catalina, dirigido a Construcciones Marfil Ltda., en el cual le exigió en forma urgente adelantar las obras y le advirtió que la desatención *“estaría afectando de manera grave y directa la ejecución del contrato, evidenciando así una paralización de los trabajos en perjuicio del interés público.”*⁴⁵

3.31. Comunicación de febrero 9 de 2004, con sello de recibido para estudio en Construcciones Marfil Ltda., mediante la cual el interventor del contrato requirió a Construcciones Marfil Ltda., para presentar la programación de obras y el estado de avance⁴⁶.

3.32. Comunicación de febrero 10 de 2004, mediante la cual el Alcalde solicitó a Seguros Cóndor S.A., *“los buenos oficios para que el contrato de obra número 063 de 2003, se ejecute a cabalidad”*⁴⁷.

3.33. Comunicación CMB 405 de febrero 10 de 2004, suscrita por el representante legal de Construcciones Marfil Ltda., dirigida al director de

⁴⁴ Folio 134, cuaderno AZ 1 pruebas. -

⁴⁵ Folio 187, cuaderno 7.

⁴⁶ Folio 225, cuaderno 7.

⁴⁷ Folio 227, cuaderno 7.

interventoría en la cual afirmó que rindió las explicaciones por vía telefónica y que los asuntos fueron debatidos en reunión de 23 de enero de 2004⁴⁸.

3.34. Comunicación de febrero 16 de 2004, mediante la cual el representante de la interventoría en respuesta al oficio DM 053, explicó al municipio que se presentó una variación al sistema de trabajo y *“en el cronograma de actividades”* ya que el *“volumen del agua actual está casi al tope del volumen de almacenamiento.”* Indicó que se realizó una batimetría inicial y que *“no se ha podido establecer con exactitud qué tipo de materiales se van a encontrar al fondo de la represa”*. Finalizó informando que se contrató una draga en la ciudad de Barranquilla y que *“debe estar en un tiempo no mayor de 10 días.”*⁴⁹

3.35. Acta de Obra 1 de 17 de febrero de 2004, suscrita por los representantes de las partes y el interventor, en la cual consta se reunieron en la represa *Fresh Water Bay* con el *“propósito de aclarar puntos sobre la metodología para la extracción del material de la represa y a su vez el sistema constructivo que se llevará a cabo para el almacenamiento de éste en las laderas de la misma.”*⁵⁰

3.36. Informe contentivo de la descripción metodológica para el proceso de dragado, presentado por el ingeniero residente de la contratista, de acuerdo con el compromiso establecido en la reunión de 17 de febrero de 2004⁵¹.

3.37. Comunicación Cm 064-04 de febrero 18 de 2004, mediante la cual Construcciones Marfil Ltda., dio respuesta al oficio DM-057 e informó al Alcalde del municipio, las actividades realizadas desde el día de la firma del acta de inicio⁵².

3.38. Documento de observaciones a la ejecución del Contrato de Obra 63 de 2003, suscrito por el secretario de infraestructura y servicios públicos del municipio con fecha 18 de febrero de 2004, en el cual relacionó el informe de la contratista, el informe presentado por el interventor, la visita de obra de 17 de febrero de 2004 y la presentación de descargos. En este informe se lee:

⁴⁸ Folio 127, AZ 1 cuaderno de pruebas

⁴⁹ Folios 137 y 138, AZ 1

⁵⁰ Folio 185, cuaderno 7.

⁵¹ Folio 180 a 184, cuaderno 7.

⁵² Folios 228 y 229, cuaderno 7.

“En conclusión hasta la fecha la empresa CONSTRUCCIONES MARFIL LTDA. No ha dado inicio a las obras físicas del contrato de obra No. 063 de 2003, y a pesar de que se le solicito mediante oficio fechado febrero 10 de 2004 a la interventoría ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, TÉCNICA Y AMBIENTAL el SEÑOR ANTONIO JOSE RAMIREZ GALLON la presentación del cronograma de ejecución actualizado y estado financiero detallado de la cuenta.”⁵³

3.39. Comunicación de febrero 20 de 2004, con referencia al contrato de interventoría 087 de 2003, suscrita por el ingeniero a cargo de la interventoría, dirigida a la Alcaldía municipal, en la cual el interventor dio respuesta a la comunicación DM 09 de febrero 18 de 2004⁵⁴.

3.40. Comunicación CMB- 408-04 de febrero 23 de 2004, suscrita por el representante legal de Construcciones Marfil Ltda., en la cual atendió el requerimiento de la interventoría y remitió la copia del plan de inversiones del anticipo, los extractos de la cuenta corriente de manejo del anticipo, el registro de gastos de anticipo, los soportes contables correspondientes y diagrama de barras con el cronograma del proyecto.

En esta comunicación indicó:

“Con respecto a la ejecución de los ítems del contrato es del conocimiento tanto de usted como de La Alcaldía de Providencia, que estos no han podido empezarse debido al retraso por parte de la Alcaldía de la entrega del diseño, planos y especificaciones del proyecto que debió entregarnos la Secretaría de Infraestructura y Servicios, tal y como lo indican los pliegos de condiciones en su numeral 1.19.”⁵⁵

3.41. Oficio SI y SP EXT 015 de fecha 23 de febrero de 2004, suscrito por el secretario de infraestructura de servicios públicos con destino al Banco Agrario de Colombia, contentivo de la solicitud de certificación del estado y saldo actual de la cuenta corriente 0360010261-4, abierta a nombre de Construcciones Marfil, con firmas registradas de Antonio José Ramírez Gallón y Pierre de Bedout Nule, “esto con el objetivo de poder dar buen seguimiento al manejo del anticipo girado (...)”⁵⁶.

3.42. Resolución 061 de febrero 26 de 2004, expedida por el Alcalde de Providencia y Santa Catalina Islas, mediante la cual se declaró la caducidad administrativa del Contrato de Obra 063 de 2003, se declaró ocurrido el siniestro

⁵³ Folio 176, cuaderno 7.

⁵⁴ Folio 11, cuaderno 7.

⁵⁵ Folios 142 a 214, AZ 1-

⁵⁶ Folio 16, Cuaderno 7.

por incumplimiento, se hizo efectiva la cláusula penal, se dispuso la terminación y se ordenó la liquidación del contrato en el estado en que se encontró⁵⁷.

3.43. Acta de visita de inspección al proyecto de recuperación ambiental de la cuenca de la represa Fresh Water, realizada el 26 de febrero de 2004, suscrita por el Consorcio Interventoría de la Costa Norte, la Interventoría Técnica y el representante del municipio de Providencia, como entidad ejecutora, en la cual se lee:

“FNR 23906. Se verificó lo siguiente: No existe avance físico de las obras, se han ejecutado las actividades de topografía y batimetría. El contratista de obra cuenta con una draga para la ejecución de los trabajos de dragado”⁵⁸

3.44. Comunicación CMB-411 de febrero 28 de 2004, dirigida al director de interventoría, mediante la cual Construcciones Marfil Ltda., solicitó una prórroga del contrato por 60 días más⁵⁹.

3.45. Informe FNR 23906 de Octubre 7 de 2004, suscrito por el profesional universitario y el secretario de infraestructura del municipio, en el cual se indicó la situación de caducidad administrativa del Contrato de Obra 63 de 2003 y del Contrato de Interventoría 87 de 2003. En este informe se especificaron las actividades desarrolladas antes y después de la caducidad⁶⁰.

3.46. Citación para notificación de la Resolución 061 de 2004, remitida el 1º de marzo de 2004, por la secretaría general de la Alcaldía, al representante legal de Construcciones Marfil Ltda.,⁶¹.

3.47. Acta de la inspección adelantada el 2 de marzo de 2004, en la secretaría de infraestructura del municipio, por parte de la policía judicial – puesto operativo del DAS-, en cumplimiento de oficio de la Fiscalía General de la Nación. De acuerdo con el contenido del acta, en la citada diligencia se le entregó a la referida autoridad, copia de la documentación relacionada con el Contrato de Obra 63 de 2003⁶².

⁵⁷ Folios 235 a 239, cuaderno 7.

⁵⁸ Folio 52, cuaderno 6.

⁵⁹ Folio 233 y 234, cuaderno 7.

⁶⁰ Folio 18, cuaderno 7.

⁶¹ Folio 422, cuaderno 1, anexo 10.

⁶² Folios 241 y 242. Cuaderno 7.

3.48. Comunicación de marzo 5 de 2004, mediante la cual Construcciones Marfil Ltda., solicitó respuesta o comentarios al documento contentivo de la metodología del dragado⁶³.

3.49.- Oficio SI y SP EXT-029 de marzo 6 de 2004, mediante la cual el secretario de infraestructura del municipio informó a Construcciones Marfil Ltda., que en atención a la Resolución 061 de 2004, la administración se abstenía de hacer comentarios a los procesos de ejecución de la obra⁶⁴.

3.50. Comunicación de 23 de marzo de 2003 (sic) con sello de recibo marzo de 2004, referencia: *“Inversión de anticipo contrato 063”*, suscrita por el interventor, mediante la cual informó que los *“cheques fueron pagados a CONSTRUCCIONES MARFIL LTDA.”*⁶⁵

3.51. Extractos de la cuenta bancaria 0360-010261-4 a nombre de Construcciones Marfil Ltda., correspondientes a los movimientos de diciembre de 2003 y enero a abril de 2004, allegados al proceso por el Banco Agrario de Colombia de acuerdo con requerimiento del Tribunal *a quo*⁶⁶. En el extracto del mes de diciembre de 2003, aparece consignación de 12 de diciembre de 2003, por la suma de \$237'751.851 y dos cheques pagados por la suma de \$30'000.0000 y \$175'000.000 los días 16 y 19 de diciembre de 2003 respectivamente.

3.52. Documento contentivo del recurso de reposición presentado contra la Resolución 061 de 2003, por Construcciones Marfil Ltda., con fecha el 13 de abril de 2004⁶⁷.

3.53. Oficio 309 de 20 de abril de 2004, mediante el cual la Fiscalía General de la Nación, Unidad CTI, solicitó informar si fue declarada la caducidad al contratista en el contrato de limpieza de la represa de providencia y el nombre del interventor⁶⁸.

⁶³ Folio 243, cuaderno 7.

⁶⁴ Folio 244, cuaderno 7.

⁶⁵ Folio 427, cuaderno 1, anexo10.

⁶⁶ Folios 8 a 13, cuaderno 3.

⁶⁷ folio 253 a 261, AZ 1.

⁶⁸ Folio 425, cuaderno 1, anexo 10.

3.54. Informe de Interventoría, presentado por Antonio Ramírez Gallón, con fecha mayo 31 de 2004⁶⁹.

3.55. Informe de medición batimétrica de julio de 2004, suscrito por los ingenieros de Construcciones Marfil Ltda., y un representante de interventoría⁷⁰.

3.56. Factura BG-64 de julio 23 de 2004, correspondiente a la liquidación de acta de obra No. 1, con firma de Construcciones Marfil Ltda., sin constancia de aceptación⁷¹.

3.57. Comunicación de julio 30 de 2004, suscrita por el ingeniero residente de Construcciones Marfil Ltda., mediante la cual informó que *“por motivos de tipo técnico y como consecuencia del material encontrado”* era necesario *“reemplazar el equipo de dragado”*, que saldría de la isla el 31 de julio de 2004⁷².

3.58. Comunicación CMB-476 de 10 de agosto de 2004, mediante la cual Construcciones Marfil Ltda., informó *las motivaciones para el retiro de la draga cortadora “LITTLE MONSTER MD 150”* y expuso la alternativa para bajar los niveles de la represa, en orden a *“nivelar las irregularidades de los fondos actuales y mover o arrastrar los materiales de granulometría diversa.”*⁷³.

3.59. Acta de recibo parcial de obra número 2, de fecha 27 de septiembre de 2004, suscrita por el interventor y el representante legal de Construcciones Marfil Ltda., sin firma del secretario de infraestructura del municipio. En este documento se indicó la entrega a satisfacción de la obra correspondiente al *“volumen de material removido desde la primera batimetría hasta agosto de 2004, por valor de \$189'664.029”*⁷⁴.

3.60. Resolución 277 de septiembre 27 de 2004, emitida por el Alcalde del municipio, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición y confirmó la Resolución 061 de 2004. El documento obra con constancia de notificación personal al representante legal de Construcciones Marfil Ltda., de fecha 7 de octubre de 2004.

⁶⁹ Folios 253 a 261, AZ 1-

⁷⁰ Folios 269 a 273, cuaderno 7.

⁷¹ Folio 275, cuaderno 7.

⁷² Folio 423, cuaderno 1 anexo 10.

⁷³ Folio 268 y 269, cuaderno 1.

⁷⁴ Folio 415, cuaderno 1 anexo 10.

3.61. Acta de liquidación unilateral del Contrato No. 063 de 2003, suscrita por el secretario de infraestructura del municipio, con fecha 16 de agosto de 2005, en la cual se hizo constar que “no hubo obra ejecutada”, y se liquidó un saldo a cargo de la contratista por la suma de \$885'481.754. En el acta se indicó que la contratista y el interventor fueron citados pero no se presentaron a efectuar la liquidación⁷⁵.

3.62. Resolución 209 de agosto 29 de 2005⁷⁶, la cual contiene el acto administrativo de la liquidación unilateral del Contrato de Obra No. 063 de 2003. En los considerandos de esta Resolución se hizo constar que la contratista y el interventor fueron citados pero no se presentaron.

4. Otras pruebas.

4.1. El 6 de junio de 2007 se presentó el dictamen elaborado por el ingeniero civil Federico Peterson Manuel, en relación con el porcentaje de avance de obra a 26 de febrero de 2004 –que según el dictamen fue del 0% - y la no inclusión de las actividades referidas en comunicación CM 064 de febrero 18 de 2004 dentro del objeto contractual⁷⁷.

El dictamen elaborado por el referido perito, dio lugar a la presentación de **objeción grave** por parte de la demandante, con fundamento en las respuestas entregadas por el perito en diligencia de inspección judicial realizada el 27 de mayo de 2007⁷⁸, en las cuales se apoyó la demandante para indicar la evidencia de errores que le restaban eficacia probatoria al dictamen, así:

“En resumen son dos los aspectos que deben resaltarse de las respuesta del señor perito; a) que para realizar los cálculos necesarios para dar respuesta de las preguntas de las partes, era necesario realizar una nueva batimetría, y b) que en la actualidad no es posible realizar técnicamente una medición precisa de los trabajos realizados por el Contratista Marfil .S.A.// (.....) es decir, cerca de 3 años después de ejecutados los trabajos no es posible establecer con certeza la manera en que ellos fueron ejecutados; pero a renglón seguido el perito de contradice y da un dato preciso sobre la forma de ejecución del contrato.”⁷⁹

En relación con el dictamen presentado por el perito Federico Peterson Manuel, el apoderado del municipio demandado advirtió que no se dieron las condiciones para la prosperidad de una objeción grave e indicó que si el Tribunal lo

⁷⁵ Folios 416 y 417, cuaderno 1, anexo 10.

⁷⁶ Folio 135 a 138 AZ 2 – carpeta contentiva de los documentos de celebración y ejecución del contrato.

⁷⁷ Cuaderno 5, anexo 3, dictamen pericial.

⁷⁸ Folios 33 a 35, cuaderno 3.

⁷⁹ Folios 237 a 243, cuaderno 8.

consideraba necesario debía decretar una prueba de batimetría a cargo del IDEAM⁸⁰.

4.2. El 26 de febrero de 2008, el perito ingeniero civil Rafael Ceballos Calvo, presentó el dictamen ordenado dentro de las pruebas solicitadas por la parte demandante, acerca de las condiciones de ejecución del contrato, siguiendo el cuestionario formulado por dicha parte en relación con la necesidad de los estudios previos, el tiempo requerido para los mismos y el impacto económico de las denominadas obras adicionales⁸¹. El mencionado perito atendió las aclaraciones solicitadas, mediante adición al dictamen presentada el 15 de mayo de 2008⁸².

4.3. Por otra parte, el dictamen que fue ordenado por auto de enero 18 de 2007 a realizarse por peritos contadores para cuantificar el daño sufrido, fue objeto de desistimiento por la parte demandante al no conseguir la posesión de los respectivos peritos. Una vez aceptado el desistimiento⁸³, en su oportunidad solicitó tener en cuenta para el efecto, el informe adjunto a la demanda, según consta en la actuación obrante en los Folios 140 a 145, cuaderno 1 – anexo 10. Dicho informe corresponde al “*Análisis Técnico y Económico del Contrato 063 de 2003*, elaborado por el ingeniero civil Luis Mariano Salcedo Lora con fecha 29 de julio de 2005 con fundamento en la documentación entregada por Construcciones Marfil Ltda.⁸⁴. El profesional de la ingeniería relacionó las condiciones del contrato y de su ejecución, presentó sus conclusiones sobre los hechos y liquidó la cuantía total por concepto de daños causados por incumplimientos contractuales, en la suma de \$1.115'.998.059 a precios de junio 30 de 2005.

5. Inspección Judicial

El 25 de mayo de 2007 se realizó la inspección judicial, con asistencia del perito Federico Peterson Manuel y el Ingeniero Pierre de Bedout Nule, representante legal de Construcciones Marfil Ltda., quienes fueron escuchados dentro de la respectiva diligencia⁸⁵.

6. Pruebas testimoniales

⁸⁰ Folio 247 y 248, cuaderno 8.

⁸¹ Cuaderno 11, dictamen pericial

⁸² Folios 68 a 74, cuaderno 6.

⁸³ Folio 272, cuaderno 8.

⁸⁴ Folios 311 a 367, AZ 1 Pruebas

⁸⁵ Folio 33 a 35, cuaderno 3.

Obran el expediente los testimonios de: Albron Helbron Corpus Robinson, secretario de infraestructura para la época que se celebró el Contrato de obra 063, Victor Macea Vuelba, coordinador general del consorcio de interventoría Costa Norte, encargado de llevar el control sobre la correcta inversión de los recursos del Fondo Nacional de Regalías⁸⁶, Pedro Antonio Gutierrez Visbal representante legal de INGECO, firma contratada para las mediciones de batimetría⁸⁷; Geofredo de León Burgos, residente de interventoría⁸⁸ y Ricardo Chow Maya, ingeniero residente de la obra⁸⁹. Igualmente se recibió declaración del ingeniero Luis Mariano Salcedo Lora, en orden a reconocer los documentos relacionados con el informe técnico y económico del contrato⁹⁰.

7. De la potestad excepcional de imponer la caducidad del contrato y el debido proceso en la actuación correspondiente

Para la época en que fueron expedidos los actos administrativos contractuales cuya validez se examina en este proceso, uno de los supuestos de la cláusula de caducidad y sus efectos se encontraba incorporado en la Ley 80 de 1993 -Estatuto de Contratación Pública- dentro de la cual se reguló la caducidad como una de las cláusulas excepcionales al derecho común y se estableció en forma específica como una sanción al incumplimiento contractual, según las voces del artículo 18 a cuyo tenor:

Artículo 18. De la caducidad y sus efectos. *“La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

⁸⁶ Folios 46 a 50, cuaderno 6.

⁸⁷ Folios 39 a 43, cuaderno 6.

⁸⁸ Folios 24 a 27, cuaderno 6

⁸⁹ Folios 10 a 13, cuaderno 6.

⁹⁰ Folio 43, cuaderno 6.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.”

La misma Ley 80 de 1993 consagró la potestad de la entidad estatal contratante para declarar la caducidad del contrato como sanción a los contratistas que accedan a pactos ilegales, causal independiente de los eventos de incumplimiento contractual.⁹¹

Históricamente las distintas leyes de contratación estatal en Colombia han exigido reiteradamente la presencia obligada de la potestad propia de la cláusula de caducidad en los contratos obra, al punto de haber incorporado la presunción de la citada cláusula en este tipo de contratos, de pleno derecho –*ope legis*- limitando la libertad de negociación, por tratarse de una facultad no modificable mediante el pacto entre las partes.

En efecto, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 la cláusula de caducidad es de inclusión obligatoria, entre otros, en los contratos de obra y se entiende pactada aunque no se consigne expresamente en ellos. De acuerdo con esta norma, el acto administrativo que declara la caducidad del contrato estatal, además de generar la terminación del contrato debe disponer su liquidación.

Se ha destacado que la caducidad es la sanción máxima que se puede imponer ante el incumplimiento del contratista, siendo por lo tanto la decisión más drástica y la que acarrea las sanciones más graves⁹².

“Finalísticamente la potestad de decretar la caducidad del contrato estatal se funda en la protección del interés público frente a un incumplimiento que afecte de

⁹¹ La Ley 610 de 2000 y la Ley 828 de 2003 consagraron otras causales de caducidad, cuando el contratista es declarado como responsable fiscal y para aquel contratista que persiste por más de cuatro (4) meses en el no pago de las obligaciones parafiscales.

⁹² Se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias del Consejo de Estado: **1.** Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente. Ruth Stella Correa Palacio, 20 de noviembre de 2008, radicado: 50422-23-31-000-1369-01 (17.031), actor: Empresa Colombiana de Ingeniería, demandado: municipio de Sabaneta (Antioquia); **2.** Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, junio 23 de 2010, radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01 (16367), actor: Jaime Hernández Torres, demandado: Ferrovías- hoy Ministerio de Transporte; **3.** Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, 10 de marzo de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1991-07182-01 (16856), actor: Sociedad Aljor S.A. demandado: Instituto Colombiano Agropecuario ICA.; **4.** Sección Tercera, Subsección C, 13 de abril de 2011, Consejera Ponente: Olga Mérida Valle de De La Hoz, radicación número: 25000-23-26-000-998-03040-01(18878), actor: Constructora Camarán, demandado: Gobernación de Cundinamarca; **5.** Sección Tercera, Subsección C octubre. 22 de 2.012, Consejero Ponente. Enrique Gil Botero, radicación 0500123240001996068001 (20738); Sección Tercera Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, 17 de abril de 2013, radicación: 25000232600019970485701 (20618), actor Gerardo Palacios Osma, demandado; Corporación La Candelaria.

*manera grave y directa la ejecución del contrato y amenace la parálisis del mismo; su propósito es abrir un camino expedito para que la Administración Pública pueda terminar de manera anticipada y unilateral el vínculo jurídico existente en procura de la realización del frustrado objeto contractual para la satisfacción del interés público.*⁹³

En ese contexto la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado el supuesto de legalidad consistente en la aplicación y respeto a la garantía del Debido Proceso en las actuaciones administrativas de índole contractual, como es el caso de las referidas al ejercicio de la facultad excepcional de decretar la caducidad administrativa del contrato.

Por regla general la caducidad debe fundarse en un incumplimiento contractual⁹⁴ que presente las características exigidas en la Ley, y por lo tanto, la Administración debe ejercer la potestad exorbitante dentro de los supuestos que la ley fija⁹⁵, incluyendo en ellos el respeto al debido proceso⁹⁶.

⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, 17 de abril de 2013, radicación: 25000232600019970485701 (20618), actor Gerardo Palacios Osma, demandado; Corporación La Candelaria.

⁹⁴ Se exceptúan las normas especiales como el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, en el cual se ha contemplado una causal puntual de caducidad que puede ser impuesta como sanción al contratista que viola el deber de no acceder a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley para realizar actos o hechos ilegales o no informa de su ocurrencia a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes, e igualmente se impone la caducidad por la celebración de los respectivos pactos o acuerdos prohibidos.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 20 de noviembre de 2008, radicado: 50422-23-31-000-1369-01 (17.031), actor: Empresa Colombiana de Ingeniería, demandado: Municipio de Sabaneta (Antioquia). En lo pertinente se transcribe el siguiente aparte:

“En síntesis, dentro de los límites materiales para el ejercicio de la potestad de declarar la caducidad de un contrato estatal se encuentran: i) el incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del contratista (lo cual excluye el incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes); ii) que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato (esto es, no basta el sólo incumplimiento sino que éste debe ser de tal magnitud que haga nugatorio el cumplimiento de las prestaciones del contrato); iii) que evidencie que puede conducir a su paralización (es decir, que tenga la virtualidad de impedir el cumplimiento del objeto contractual); iv) que no medie un incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública o ésta no haya puesto al contratista en situación de incumplimiento, y v) que se haya agotado el debido proceso, esto es, que su ejercicio esté precedido de audiencia del contratista.”

⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, junio 23 de 2010 radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367), actor: Jaime Hernández Torres, demandado: Ferrovías- hoy Ministerio de Transporte. En lo pertinente se transcribe el siguiente aparte:

“En este escenario, la Sala estima indispensable que se realice un debido proceso jurídico integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, que imputa cargos al contratista, donde también indique qué hechos lo originan, qué sanción podría imponerse – de las tantas que puede contener el contrato-, y qué pruebas de ello tiene la administración –art. 28 CCA.-, para que él pueda, a su vez, definir a qué se atiene en este aspecto y de qué manera asumirá su defensa frente a los hechos que le imputan.”

En consecuencia, con anterioridad a la expedición de la regulación del procedimiento sancionatorio –hoy incorporado en la Ley 1474 de 2011-, siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado se integran los principios del debido proceso a las actuaciones y procedimientos administrativos de naturaleza contractual, con fundamento en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo y por ello se determina la obligatoriedad de su aplicación bajo las reglas generales de la actuación administrativa previstas en el Código Contencioso Administrativo.

Por lo tanto, para el caso concreto se tiene por norma que el respeto al debido proceso como derecho fundamental se debió aplicar necesariamente en el procedimiento administrativo y particularmente en la actuación administrativa que precedió la expedición de los actos mediante los cuales se declaró la caducidad del Contrato de Obra 063 de 2003.

A título ilustrativo se agrega que en los últimos años se han expedido normas específicas –que no existían para la época en que ocurrieron los hechos del contrato que ocupa la atención de la Sala- acerca de las facultades de la Administración Pública en materia de caducidad del contrato y se ha regulado el procedimiento para la aplicación de las sanciones contractuales, en la siguiente forma: **i)** la Ley 1150 de 2007 reguló expresamente el derecho al debido proceso en materia sancionatoria de las acciones contractuales⁹⁷ norma que se refirió específicamente a la imposición de las multas y la cláusula penal y, por otra parte, estableció la potestad de adjudicación al segundo proponente, en caso de la declaratoria de caducidad del contrato cuya ejecución se encuentre pendiente en un porcentaje igual o superior al 50%.⁹⁸; y **ii)** en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se reguló el procedimiento sancionatorio para la imposición de sanciones y

⁹⁷ “Artículo 17. *Del Derecho al Debido Proceso.* El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.”

⁹⁸ “Artículo 9°. *De la adjudicación.*”

(...)

“Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar.”

declaratoria de incumplimiento aplicable para las entidades sometidas al estatuto general de contratación estatal⁹⁹.

8. Análisis del caso concreto

8.1. Cargo por violación al Debido Proceso

Teniendo en cuenta que el debido proceso para imponer la sanción de caducidad del contrato no se encontraba reglamentado mediante un procedimiento específico –como lo está ahora en la Ley 1474 de 2011- el municipio de Providencia y Santa Catalina Islas estaba sometido a los principios y reglas previstos de manera general en el artículo 35 y siguientes del Código Contencioso Administrativo,

⁹⁹ “*Artículo 86. Imposición de Multas, Sanciones y Declaratorias de Incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”

contentivos de las disposiciones comunes a los procedimientos y las actuaciones administrativas, con fundamento en los cuales se establece que el citado municipio debía brindar oportunidad real a la contratista para permitir que pudiera expresar sus explicaciones u opiniones, aportar pruebas, cuestionar o contradecir las que se pretendían hacer valer en su contra, de tal manera que sólo después de haber garantizado en forma efectiva sus derechos de audiencia y de defensa, procedía tomar válidamente una decisión motivada y sustentada en las pruebas e informes disponibles.

Ahora bien, enfocando la apreciación de las pruebas en el problema jurídico que se identificó en esta causa, la Sala estima que la citación a rendir explicaciones, para los efectos de imponer la caducidad del Contrato de Obra 063 fue suficientemente clara y concreta, de acuerdo con el contenido de las siguientes comunicaciones:

➤ Oficio DM-057 de febrero 4 de 2004, suscrito por el Alcalde del municipio de Providencia y Santa Catalina, dirigido a Construcciones Marfil Ltda., en el cual se lee:

*“Con relación al contrato de la referencia me permito manifestarle que esta Administración exige **URGENTEMENTE**, como en otras ocasiones que a la mayor brevedad posible se adelanten las obras de conformidad con la programación respectiva. En caso de desatención a lo manifestado se estaría afectando de manera grave y directa la ejecución del contrato, evidenciando así una paralización de los trabajos en perjuicio del interés público.*

Así mismo le solicito que se amplíe la garantía única de manera tal que cubra íntegramente el plazo del contrato y el adicional según la modalidad. El contratista deberá explicar los atrasos mediante rendición presencial de descargos ante esta alcaldía a más tardar el día 13 de febrero del año en curso.

*De igual manera le anexo copia del oficio de fecha enero 29 de 2004, emanado del Contralor Delegado para el Sector de Minas y Energía, **JULIAN PERTUZ BARRERA**, en el cual se hacen observaciones de auditoría a la ejecución de los proyectos financiados con recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías.*

Cordialmente
CESAR AUGUSTO JAMES BRYAN (firmado)
Alcalde de Providencia y Santa Catalina

CC: Aseguradora.”

➤ Comunicación de febrero 9 de 2004, con sello de recibido para estudio en Construcciones Marfil Ltda., mediante la cual el interventor requirió a Construcciones Marfil Ltda., para presentar la programación de obras y el estado de avance y le indicó:

“El contratista deberá explicar las razones de los atrasos rindiendo descargos en forma presencial ante esta alcaldía a más tardar el 13 de febrero del año en curso. Igualmente se solicita que cumpla con sus funciones en torno al objeto del contrato y de manera inmediata modificar la garantía única constituida por ustedes, con respecto a la fecha de inicio del contrato.”¹⁰⁰

Se refuerza la anterior apreciación teniendo en cuenta que la contratista estaba plenamente consciente del objeto concreto del requerimiento, puesto que días antes la Alcaldía le había expresado su desacuerdo con la invocación de documentos pendientes para efectos de justificar la no iniciación de actividades de dragado y que por otra parte, el interventor la había requerido sobre el particular, según se observa en las siguientes comunicaciones:

➤ Oficio SI y SP EXT 008 de enero 19 de 2004, suscrito por el secretario de infraestructura en el cual se refirió a que el proyecto se determinó de conformidad con el plan de ordenamiento territorial contenido en el Acuerdo No. 015 de 2000 y estimó insensata la postura de la contratista consistente en requerir documentos o licencias para justificar la no iniciación del dragado:

*“(…) teniendo en claro estas inquietudes me permito manifestarle que es insensato condicionar la puesta en las islas de las maquinarias requeridas para la ejecución del contrato en mención, mucho más teniendo en cuenta que desde el día dos (2) de diciembre el representante de la obra el señor **RICARDO CHOW MAYA** firmó con nosotros acta de inicio y hasta la fecha en lo transcurrido del presente año no ha tenido contacto alguno con esta dependencia lo cual nos parece preocupante para el buen desarrollo de las obras contratadas.”¹⁰¹*

También se debe tener en cuenta que la citación del municipio se produjo previo requerimiento del interventor sobre la inejecución del contrato, de acuerdo con lo que se observa de la comunicación de enero 20 de 2004, mediante la cual el interventor – a su vez requerido por el municipio-, se dirigió a la contratista en los siguientes términos:

“Con la presente nos permitimos solicitarle hacer presencia en el menor tiempo posible en las oficinas de la Secretaría de Infraestructura y Servicios Públicos para tratar asuntos técnicos relacionados con la ejecución del contrato de la referencia.”¹⁰²

Por otra parte, es de la mayor importancia advertir que la contratista hizo uso de su derecho a ser escuchada dentro de la respectiva actuación administrativa, que la Sala considera abierta formalmente con la comunicación DM 057 de febrero 4 de 2004, toda vez que rindió explicaciones concisas sobre el estado de avance del

¹⁰⁰ Folio 225, cuaderno 7.

¹⁰¹ Folio 168 y 169, cuaderno 7.

¹⁰² Folio 177, cuaderno 7.

contrato, verbalmente y por escrito, de acuerdo con lo que se acreditó con las siguientes comunicaciones obrantes en el plenario:

➤ Comunicación CMB 405 de febrero 10 de 2004, suscrita por el representante legal de Construcciones Marfil Ltda., dirigida al director de interventoría en la cual afirmó que rindió las explicaciones por vía telefónica y que los asuntos ya habían sido debatidos en reunión de 23 de enero de 2004¹⁰³.

“En conversación telefónica sostenida con el Ing. Edgar Nule (Director de la Obra) y el señor Secretario de Infraestructura y Servicios Públicos de Providencia se explicaron los atrasos ya debatidos en la reunión del 23 de enero de 2004 en el despacho de la Alcaldía y demás relacionados en la comunicaciones CMB-395-04 y CMB-396-04, llegando a la conclusión de que no era necesario rendir descargos en forma presencial ante dicha Alcaldía.

En cuanto al cumplimiento del objeto del contrato, es bien sabido por ustedes y la Alcaldía que los retrasos obedecen a aspectos técnicos y a la no entrega por parte de la alcaldía de los planos iniciales del nivel del fondo de la Represa lo cual corresponde a los Planos y Diseños de los cuales habla el Pliego de Condiciones en el numeral 1.19.”

➤ Comunicación Cm 064-04 de febrero 18 de 2004, mediante la cual Construcciones Marfil Ltda., dio respuesta al oficio DM-057, admitió que no se había procedido al envío de los equipos de dragado e informó a la Alcaldía las actividades que había realizado hasta esa fecha. Indicó como realizadas en diciembre de 2003: actividades del levantamiento batimétrico (plano 1), la identificación de secciones transversales de la represa (planos 2, 3 y 4) y las secciones transversales con sección de diseño (planos 5, 6 y 7); igualmente relacionó como realizadas en enero de 2004: el levantamiento topográfico del sitio de botadero (plano 1) y las secciones longitudinales del sitio de botadero (plano 8). Todo ello se aprecia como orientado a acreditar trabajos de carácter pre operativo. Al final de la comunicación, la contratista identificó su justificación al requerimiento, de la siguiente manera:

“Señor Alcalde, con todo respeto queremos recordarle, que en reunión realizada en su Despacho el día 23 de enero del presente año le informamos que las condiciones físicas de la represa habían cambiado sustancialmente de Octubre de 2003 a la fecha establecida en el acta de inicio de las obras por lo que fue necesario replantear todo el esquema operativo que se había diseñado para poder adelantar de manera eficiente el objeto del contrato, igualmente en dicha reunión nos comprometimos que una vez tuviera toda la información requerida para poder iniciar trabajos, procederíamos a enviar los equipos.

Dando alcance a lo expuesto nos permitimos informarle que los equipos estarán embarcando entre los días 20 y 21 de Febrero.”¹⁰⁴

¹⁰³ Folio 127, AZ 1 cuaderno de pruebas

¹⁰⁴ Folios 228 y 229, cuaderno 7.

Por otra parte, también fue conocido por la contratista que la Alcaldía requería la presentación de “descargos”, alusión que la Sala considera clara con relación al objeto de la solicitud en orden a definir la sanción por incumplimiento y que constituyó un llamado a explicar la programación y estado de avance de la gestión contractual, tal como consta en la comunicación DM 057 suscrita por el Alcalde del municipio el 4 de febrero de 2004 -ya citada- y que también se lo reiteró la interventoría en comunicación de 9 de febrero de 2004, prueba aportada con sello de recibido para estudio en Construcciones Marfil Ltda., de la misma fecha, -no siendo entonces la primera vez que se la citaba sobre el particular-. En esa comunicación se lee con claridad la naturaleza de la citación:

“El contratista deberá explicar las razones de los atrasos rindiendo descargos en forma presencial ante esta alcaldía a más tardar el 13 de febrero del año en curso. Igualmente se solicita que cumpla con sus funciones en torno al objeto del contrato y de manera inmediata modificar la garantía única constituida por ustedes, con respecto a la fecha de inicio del contrato.”¹⁰⁵

Pierre de Bedout Nule, anterior representante legal de la sociedad contratista, declaró como testigo en este proceso que existieron reuniones iniciales entre las partes –lo cual coincide con la correspondencia, al menos en la realizada el 23 de enero de 2003-, antes de la segunda citación a descargos, en las cuales se le pidieron explicaciones y –según estimó - se había llegado a un acuerdo para solucionar las dificultades derivadas de las condiciones físicas de la represa. En la declaración corroboró su entendimiento sobre las actividades que correspondían al alcance del contrato, el conocimiento que la contratista tenía sobre el contenido de los requerimientos que le estaba haciendo el municipio por la inejecución de la obra y el imperativo de solucionar los inconvenientes metodológicos que ella aducía para iniciar el dragado.

Lo anterior, según declaró dicho testigo, de acuerdo con la siguiente descripción de la evolución contractual:

“El objeto del contrato era la recuperación ambiental de la cuenca de la represa Fresh Water Bay y habían varias actividades entre ellas la principal era la extracción de sedimentos sólidos de fondo de la represa mediante dragado. Otras actividades incluidas dentro del alcance del contrato era la construcción de mallas perimetrales y había otra actividad que era secado y disposición de los materiales extraídos de la represa. Técnicamente lo que al principio se hizo fue el estudio batimétrico de la represa, luego se hizo un levantamiento topográfico en los taludes de la represa fuera del lente de agua para poder definir donde se iba a

¹⁰⁵ Folio 225, cuaderno 7.

disponer el material, eso sucedió luego de varias reuniones donde se presentaron varias alternativas, luego mediante un acta se definió la solución.”

En relación con la citada declaración debe observarse que de la reunión de 23 de enero de 2004 no se conoció acta, pero se tiene por acreditado que se convocó por razón de la no iniciación de labores, según la correspondencia aportada como prueba. Sin embargo, no se probó que la contratista se hubiera visto compelida a volver a estructurar el enfoque metodológico como resultado de esa reunión, puesto que para esa época no había cumplido con presentar la metodología que ella debió definir.

De esta manera se concluye que la citación a descargos contenida en la comunicación DM 057 de 4 de febrero de 2004 no se emitió en forma sorpresiva, sino, por el contrario, trascurrido el primer mes de vigencia hubo una citación que dio lugar a la reunión del 23 de enero de 2004, no obstante lo cual el retraso en la iniciación de las labores de dragado continuó y por lo tanto, para la fecha en que fue citada a rendir descargos, la contratista ya se encontraba en conocimiento del incumplimiento que se le reclamaba.

Por otra parte, debe tenerse presente que dentro de la respectiva actuación, la contratista también tuvo oportunidad de explicar y entregar al municipio, como prueba, todos los soportes acerca del manejo que dio a la suma recibida como anticipo, a lo cual se refirió la preocupación de la auditoría realizada por la Contraloría General de la República que se le transmitió a la contratista en la comunicación DM 057 con la entrega de la correspondencia recibida de la Contraloría.

También se corrobora el conocimiento del requerimiento acerca del manejo del anticipo, con la siguiente respuesta que la contratista remitió a la Alcaldía entregando los soportes de la utilización del anticipo:

➤ Comunicación CMB- 408-04 de febrero 23 de 2004, suscrita por el representante legal de Construcciones Marfil Ltda., en la cual atendió el requerimiento de la interventoría y remitió la copia del plan de inversiones del anticipo suscrita por su representante legal, los extractos de la cuenta corriente de manejo del anticipo, el registro contable de gastos de anticipo con firma de representante legal y contador, los soportes contables correspondientes a diversos

contratos y facturas de gastos y el diagrama de barras con el cronograma del proyecto.

Por todo lo anterior, no proceden los argumentos de la parte apelante acerca de la generalidad de las causales en que se apoyó el procedimiento previo a la declaratoria de caducidad del Contrato de Obra 063 de 2003, por el contrario, la Sala encuentra acertada la apreciación del Tribunal *a quo* en la sentencia de primera instancia, en cuanto no encontró violación del debido proceso y concluyó que la caducidad del contrato no se impuso de manera súbita ni por causas desconocidas por la contratista.

Cosa diferente es que en el procedimiento previo a la imposición de la caducidad del contrato no hubo un acuerdo de solución como afirmó el testigo, por el contrario la administración municipal corroboró el incumplimiento del contrato previa visita a la represa con la presencia de la contratista según acta de 17 de febrero de 2004 y requirió el informe contentivo de la metodología del procedimiento que sólo radicó el ingeniero residente días después, de acuerdo con lo exigido en la visita al sitio de la obra, el cual como se verá más adelante correspondía a una obligación contractual que se habría debido adelantar desde el inicio del contrato y en todo caso antes de cumplir con la intervención del dragado. Se agrega que la contratista se comprometió a iniciar el dragado el 27 de diciembre de 2003 según cronograma entregado por ella.

Por lo tanto, el municipio contratante solicitó y recibió las explicaciones sobre el retraso en la iniciación de actividades y, por su parte, la contratista fue escuchada y aportó pruebas acerca del gasto del anticipo que se apreciaba como contradictorio con el estado de avance de la obra.

Desde la perspectiva que otorga el acervo probatorio que se acaba de relacionar, la Sala concluye que fue como resultado de ese procedimiento que el municipio pudo considerar los informes, explicaciones y pruebas y decidió no aceptar las justificaciones presentadas por la contratista, según se expuso en los considerandos de los actos administrativos mediante los cuales impuso la caducidad del Contrato de Obra No. 063 de 2003, así:

➤ Resolución 061 de febrero 26 de 2004, expedida por el Alcalde de Providencia y Santa Catalina Islas, mediante la cual se declaró la caducidad

administrativa del Contrato de Obra 063 de 2003¹⁰⁶. En esta resolución se identificó la causa del incumplimiento así:

16. Que el contratista ha incumplido sistemáticamente con sus obligaciones contractuales contenidas en la cláusula segunda y en los parágrafos 1º y 2º de la cláusula cuarta del Contrato de Obra 063 de 2003, puesto que:

No ha cumplido con el plazo contractual: *Por cuanto solo restan escasos 5 días para vencer el término y el contratista no ha dado inicio a la ejecución de ningún ítem,*

No ha relacionado en forma clara la inversión del anticipo: *Por cuanto ha hecho caso omiso a los requerimientos hechos, además el interventor también ha sido negligente en extremo, especialmente si se analiza que la cuenta de anticipo es de manejo compartido según el contrato y el Decreto 2170 de 2002.*¹⁰⁷

➤ Resolución 277 de septiembre 27 de 2004, emitida por el Alcalde Municipal, mediante la cual consideró las incongruencias de la justificación expuesta por la contratista y resolvió el recurso de reposición en el sentido de confirmar la declaratoria de caducidad del contrato dispuesta en la Resolución 061 de 2004:

“Las condiciones físicas de la represa era información ampliamente conocida por el contratista, especialmente si se tienen en cuenta lo establecido en el punto 1.8. del pliego de condiciones. (...). // Resultan entonces, sin sustento claro las excusas de falta de información alegadas por el contratista, en especial si se considera además, que el contratista suscribió el día 02 de diciembre de 2003, el acta de inicio sin salvedades de ningún tipo, con lo cual se reafirma que disponía de la información necesaria para ejecutar el proyecto, con el evidente perjuicio a la comunidad del municipio de Providencia y Santa Catalina, por no ejecutar dichas obras, // (...) De otro lado, la Alcaldía con desconcierto observa, según lo manifestado en el recurso, que solo a partir de los días concomitantes con la fecha de entrega de los dineros del anticipo es que el contratista empieza a detectar las dificultades para ejecutar el objeto contractual, lo cual atenta contra la lealtad y la buena fe con que deben actuar los contratistas según el artículo 5º de la Ley 80 de 1993.”

Se agrega que las pruebas aportadas por la contratista en la actuación administrativa previa fueron analizadas por el municipio, empero las estimó incongruentes frente a la utilización que se dio a la cuenta de anticipo, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de la Resolución No. 277 de 2004:

*“Si en realidad, para el contratista, habían cambiado las condiciones de la obra sustancialmente, no debió suscribir el acta de inicio de obra sin haber informado esta situación a la Administración Municipal. De igual manera si es cierto que no podía ejecutar ningún tipo de labor dentro del presente contrato, por qué gastó la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30'000.000) del anticipo el día 16 de diciembre de 2003; y la suma de CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$175'000.000) el día 19 de diciembre del 2003.
(...)”*

¹⁰⁶ Folios 235 a 239, cuaderno 7.

¹⁰⁷ Folios 226 a 230, AZ 1.

No puede dejar esta administración de pronunciarse acerca de las evidentes contradicciones en que incurre el contratista al tratar de justificar el manejo del anticipo dentro del presente contrato. En efecto, al folio sexto de su memorial de reposición, en el numeral 16 del acápite de respuesta a los considerandos de la Resolución expresa textualmente: "... tal es que con el anticipo se pagó la cuenta inicial del contrato de draga, se paró el contrato de ingeniería ambiental, pólizas. Salarios etc.? Según esta manifestación del contratista, parte de los gastos del mes de diciembre de 2003, se invirtieron en el contrato de la draga. Sin embargo el mismo contratista admite lo contrario en el numeral 12 del acápite de la respuesta a los considerandos de la Resolución atacada, visible al folio 5 de su memorial de reposición, en el cual afirma lo siguiente: '... el día 23 de enero del presente año el contratista se encontraba aún evaluando el tipo de equipo más apropiado para la zona donde se ejecutarían las actividades descritas en la cláusula primera del contrato 063 de 2003...'

(...)

Así las cosas, si no había claridad en el mes de enero de 2004, acerca del equipo a emplear en la ejecución de las obras, cómo pretende el contratista que la Administración acepte como válida una supuesta inversión del anticipo en un contrato de draga ocurrido durante el mes de diciembre del 2003, al respecto es oportuno reiterar que esta administración ha compulsado las copias a los organismos de control, a fin de que investiguen a fondo las anomalías en el manejo de los dineros que debían beneficiar al Municipio de Providencia y Santa Catalina Islas."¹⁰⁸

En conclusión, se encuentra probado que el municipio brindó oportunidad real a la contratista para que pudiera expresar sus explicaciones u opiniones y aportar pruebas acerca del incumplimiento y que la causa del requerimiento estaba totalmente identificada por la contratista para el momento en que rindió explicaciones, de tal manera que a juicio de la Sala, el municipio respetó el derecho de audiencia y de defensa antes de tomar válidamente una decisión que se encontró motivada y sustentada en las pruebas e informes disponibles.

En el mismo orden de ideas se precisa que en lo sustancial se respetaron los dictados del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo acerca de escuchar a los interesados en forma previa a la adopción de las decisiones y, aunque en las comunicaciones referidas no se invocaron las normas legales correspondientes al procedimiento administrativo, en el aspecto de fondo el municipio observó el objeto el procedimiento consistente en comunicar la existencia de la actuación (artículo 28 C.C.A.); responder a las peticiones formuladas (artículo 31 C.C.A.); respetar el derecho a pedir pruebas y allegar información, así como le permitió a la contratista explicación sobre las pruebas que ella misma aportó, lo cual obviamente hizo con el pleno conocimiento de las mismas y en ejercicio del derecho que le asistía a ser oída (artículo 34 C.C.A).

¹⁰⁸ Folios 317 a 320. AZ 1.

8.2. Análisis de los supuestos legales de la caducidad del contrato

La entidad apelante indicó que el incumplimiento relacionado con el retraso en las actividades de dragado estaba justificado y no reunía las condiciones de gravedad e inminencia de paralización que exige el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, por lo tanto a su juicio se probó que no existieron los supuestos legales del acto administrativo mediante el cual se impuso la caducidad del contrato.

Sin embargo, la Sala observa que no se desvirtuaron las pruebas, ni se atacaron todos los supuestos que fueron invocados en los actos acusados como fundamento de la sanción, según se expone a continuación:

8.2.1. Porcentaje de ejecución del contrato

La apelante se soportó en que -a su juicio- antes de confirmarse la caducidad del contrato mediante la Resolución 277, la contratista había logrado cumplir con el 70% de avance en la ejecución del contrato.

Es importante observar que la contratista adjuntó dos actas de recibo parcial de obra, de fecha posterior a la declaratoria de caducidad del contrato, sin firma del municipio, esto es no aprobadas por el mismo. Por lo tanto dichas actas no constituyen prueba de la entrega de la obra.

En relación con la cifra referida a la ejecución, resulta útil precisar que el porcentaje que invocó la demandante sólo correspondió, según el acta número 1 de 15 de julio de 2004 a la ejecución del primer ítem del contrato, el de limpieza – dragado y secado- y en el mismo sentido, según el acta número 2, se indicó la referencia al “*volumen de material removido*” entre marzo y agosto de 2004¹⁰⁹. La demandante pasó por alto que de acuerdo con esas mismas pruebas, la ejecución del contrato en lo correspondiente a los ítems de cerramiento e instalación de taludes, necesarios para la recuperación ambiental de la represa, permaneció en un 0%, aun después de la declaratoria de caducidad¹¹⁰.

¹⁰⁹ Folio 276, AZ 1

¹¹⁰ Acta de recibo parcial No. 01 de 2 de julio de 2004, obrante al folio 265 AZ 1.

De esta manera, es inexacto estimar un 70% de ejecución del Contrato de Obra 063, incluso a septiembre de 2004 cuando se confirmó la caducidad, con base en la información referida solamente a una sola de las actividades del contrato.

Se observa que el informe elaborado por la firma INGECO de fecha septiembre de 2004, aportado por la parte demandante, se refiere al volumen total removido, establecido entre la medición de diciembre de 2003 y la de agosto de 2004 por la cantidad de 15.463 M3, lo cual no da cuenta de una ejecución contractual del 70% como estimó la demandante, sino en la actividad de remoción, tomando como base la estimación de 21.000 M3 cifra incluida en el pliego de condiciones.

Dicho informe no constituyó prueba completa de la ejecución, en este caso post contractual, toda vez que no se refirió a las actividades de secado de la sedimentación, cerramiento y aislamiento de la cuenca, que hacían parte fundamental de la recuperación ambiental de la represa, objeto del Contrato de Obra 063 y no puede establecerse si se realizaron. Lo cierto es – como lo concluyó el Tribunal *a quo*- que no se probó la entrega de la obra materia del contrato ni su grado de avance.

Por lo tanto, se repite, el plenario carece de prueba o referencia que permita llegar a una certeza acerca de la ejecución contractual a septiembre de 2004, establecida en los términos en que debía medirse de acuerdo con el objeto del Contrato de Obra 063 y en consecuencia se debe desechar el cargo planteado contra la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, la ejecución de cero (0) % en todos los ítems objeto de medición del avance de obra para el mes de febrero de 2004, fue aceptada por la contratista en las explicaciones o descargos rendidos en forma previa a la imposición de la caducidad del contrato, en la medida que indicó que no había iniciado las actividades de dragado, amén de lo evidenciado en el acta de obra No. 1 que dio cuenta de la reunión realizada en la represa el 17 de febrero de 2004 donde se le exigió al ingeniero residente el compromiso de entregar el documento contentivo de la metodología del dragado, sin registrar en esa acta actividad en curso en el lugar de la obra.

En el mismo sentido la apreciación sobre la ejecución del contrato en 0% se encontró respaldada por el informe del interventor de enero 28 de 2004, que dio

cuenta de los estudios preliminares e informó que la draga estaría llegando a las islas en un “*tiempo no mayor de 15 días*”¹¹¹ con lo cual se confirmó que las labores de limpieza (dragado y secado) no habían comenzado. También se probó esa circunstancia con el acta de visita que levantó el Consorcio Costa Norte el 26 de febrero de 2004, como encargado de la interventoría en el manejo de los fondos del proyecto.

De acuerdo con el informe de Análisis Técnico y Económico del Contrato 063 de 2003, suscrito por el ingeniero Luis Mariano Salcedo Lora, la draga ingresó a la isla el 26 de febrero de 2004 y se utilizó en las tareas realizadas entre el 1º de abril y el 31 de julio de 2004¹¹², lo cual corresponde a la apreciación realizada por el Tribunal *a quo*, en el sentido de que el porcentaje de ejecución del Contrato de Obra No. 063 de 2003, medido de acuerdo con los ítems pactados, era del 0% para el 26 de febrero de 2004, fecha en la cual el municipio expidió la Resolución 061 de 2004 mediante la cual declaró la caducidad del contrato.

De acuerdo con el citado informe técnico, resulta claro que las actividades relacionadas con el dragado se realizaron por fuera del término de ejecución del Contrato de Obra 063 y habiéndose decretado la caducidad y terminación del mismo. De conformidad con las pruebas aportadas, con base en dichas actividades de dragado la contratista no llegó a lograr la entrega de un avance de obra al municipio.

En consecuencia, sin desconocer el informe técnico que da cuenta de la realización de actividades de dragado de abril a julio de 2004, lo cierto es que no se probó que éstas determinaron un porcentaje de ejecución del contrato y que por lo tanto es válida la conclusión del Tribunal *a quo* que el incumplimiento contractual se encontró debidamente sustentado para imponer la caducidad. En otras palabras, el movimiento de material no puede tomarse como prueba fehaciente para establecer un porcentaje específico sobre la ejecución total del contrato y la prueba resulta insuficiente para medir el porcentaje de ejecución, el cual en todo caso se desplegó por fuera del término del contrato.

8.2.2 Modificación de los requerimientos de la maquinaria de dragado.

¹¹¹ Folio 125, AZ 1.

¹¹² Folios 363 y 364 AZ 1-

En la apelación se afirmó que la contratista *“tuvo que modificar las dragas que ya había adquirido”*, asunto que no se demostró, por el contrario dentro de los documentos soportes de la contabilidad de la contratista se encontró un contrato mediante el cual Construcciones Marfil Ltda., subcontrató la actividad de dragado con la firma IJG Ingeniería Limitada con fecha 29 de enero de 2004, y no se demostró contrato o disponibilidad anterior respecto del equipo el cual solo ingresó a la isla el 26 de febrero de 2004 como ya se indicó.

Tampoco en forma posterior a la declaratoria de caducidad se acreditó cambio del proveedor ni del equipo, pues las dificultades técnicas reportadas en el informe de Luis Mariano Saucedo Mora se refirieron a una ejecución post contractual, a la altura del mes de julio de 2004, relacionadas -según el informe- con la condición del fondo de la represa *para la época en que se retiró la maquinaria*, además de que la maquinaria se retiró del sitio de la obra pero –según la pruebas- no se sustituyó por ninguna otra.

Hasta donde se infiere de todo lo anterior la contratista sólo puso en funcionamiento la maquinaria de dragado después de que se le declaró la caducidad y en ningún caso demostró que tuvo que sustituir un equipo inicialmente considerado por otro.

Nótese que el cambio de las condiciones en la represa se reportó a la altura del mes de julio de 2004 en etapa post contractual y que en todo caso la dificultad de la labor no podía justificarse en la ausencia de estudios toda vez que para esa época la contratista contaba con los mediciones de batimetría y planos realizados en diciembre y enero de 2004, además de la observación topográfica que explicó haber realizado al determinar la metodología de dragado, según el informe de su ingeniero residente.

Se tiene claro que la contratista afirmó -cuando fue requerida- la falta de estudios como razón para no iniciar el dragado, pero igualmente se advierte que a la par sostuvo que realizó los estudios en diciembre de 2003, por lo cual la justificación para incumplir el cronograma de actividades no era aceptable, tal como lo consideró el municipio demandado en el acto administrativo contenido en la Resolución 061 de 2003.

8.2.3. Falla de la carga de la prueba para desvirtuar los supuestos de la caducidad del contrato

Los supuestos legales del acto administrativo de caducidad del contrato, consistentes en la gravedad del incumplimiento y la inminencia de la paralización del contrato, en cuanto fueron considerados en el acto administrativo atacado se presumen. En consecuencia, en este proceso judicial le correspondió a la sociedad contratista desvirtuar los referidos supuestos legales, toda vez que el acto administrativo impugnado se encontró amparado por la presunción de legalidad.

Se advierte que la carga de la prueba de la inexistencia de los supuestos de legalidad del acto administrativo de caducidad, estaba en cabeza de la demandante, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil¹¹³.

Desde esa perspectiva, se aprecia que en el debate probatorio *sub judice* la gravedad del incumplimiento establecida en los actos administrativos demandados quedó por fuera de discusión en el aspecto referido a la finalidad frustrada, teniendo en cuenta que de acuerdo con los estudios previos del municipio y los informes del interventor, de este proyecto dependió la recuperación del suministro de agua potable proveniente de la represa Fresh Water Bay, ubicada en la cuenca de la quebrada Agua Dulce, encargada de surtir agua al acueducto municipal de la Isla de Providencia. Por lo tanto, se da por cierto que el incumplimiento del contrato tenía un efecto inmediato para la comunidad de las islas como lo hizo notar el municipio en el acto administrativo acusado al referirse en sus considerandos al evidente perjuicio a la comunidad.

Se agrega que en el acto administrativo acusado el municipio evidenció que faltaban tan solo 5 días para el término del contrato y que no se registraba iniciación de la actividad de dragado, lo cual equivalía a determinar un porcentaje de avance del 0%, sobre lo cual no aceptó las justificaciones de la contratista.

¹¹³ **Artículo 177 C.P.C. Carga de la prueba.** “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

De lo anterior se tiene probado que durante el plazo pactado se evidenció la parálisis respecto de las actividades que eran indicativas de avance de la gestión objeto del contrato, lo cual se aprecia de acuerdo con las pruebas acerca de la total inejecución de los ítems que han sido referidas en esta providencia.

Por otra parte, la apelante no atacó el incumplimiento en el manejo de anticipo, ni la gravedad que tenía el hecho evidenciado de haber cobrado directamente los cheques girados contra la cuenta de anticipo en el mes de diciembre de 2003, según se expuso en los considerandos de las resoluciones atacadas en este proceso.

A juicio de la Sala el incumplimiento en materia del manejo del anticipo, era grave si se tiene en cuenta que el municipio evidenció el retiro de importantes sumas en violación de los requisitos legales y contractuales fijados para el manejo de anticipo y que los dineros correspondientes provenían del Fondo Nacional de Regalías, sometidos a la destinación especial de recuperación ambiental, línea bajo la cual había accedido a dichos recursos.

La contratista presentó en la vía gubernativa una serie de soportes contables por el valor total equivalente, pero no justificó el hecho de haber cobrado directamente los cheques girados contra la cuenta del Banco Agrario, lo cual –también– dio pie a la caducidad. Tampoco en este proceso se pronunció sobre ese particular: La conciliación de los retiros bancarios con los soportes contables mostró valores totales equivalentes a través de una relación entregada por la contratista, pero si se va al fondo del asunto, los referidos soportes no son totalmente consistentes con los movimientos bancarios, ni en su contenido ni en las fechas, de manera que la parte actora debió ocuparse de esa evidencia fáctica para desvirtuar el supuesto de la caducidad, asunto específico al cual no se refirió.

Por lo anterior no prospera el cargo correspondiente a la inexistencia de los supuestos de la caducidad.

8.2.4. Prueba de la debida inversión del anticipo

De acuerdo con lo que sostuvo la apelante, debe entenderse probado que la inversión del anticipo fue ajustada al contrato.

No obstante –como ya se ha expuesto en este proveído- es importante observar que en este proceso la parte demandante –ahora apelante- no se ocupó de demostrar la debida inversión del anticipo, frente a lo cual permanecen incólumes las consideraciones que realizó el municipio en los actos administrativos acusados, en cuanto evidenció que en el manejo del anticipo la contratista no había obrado de conformidad con el contrato, sobre lo cual solicitó la investigación penal correspondiente.

Brilla por su ausencia la prueba de la conciliación bancaria debidamente realizada que habría sido llamada a soportar el movimiento bancario cuestionado. De la revisión de los soportes la Sala encuentra que los movimientos bancarios evidencian el cobro de cheques en el mes de diciembre de 2003, con anterioridad a la causación contable soportada luego -ante los requerimientos del municipio-, por manera que fue evidente que la contratista no respetó las reglas de manejo del anticipo pactado con la destinación exclusiva a cubrir los gastos del plan de inversión que debió acreditar como aprobado, de acuerdo con el Otrosí al Contrato de Obra 063, suscrito el 28 de noviembre de 2003.

Se agrega además que el documento aportado como plan de inversiones no contó con el visto bueno de aprobación por parte del interventor o del municipio¹¹⁴ .

➤ Se destacan en este grupo de soportes: **i)** el contrato de fecha 16 de diciembre de 2003, celebrado con la Sociedad Empresarial de Servicios Públicos y Ambiente S.A. SEPSA S.A., con el objeto de *“la reconstrucción de taludes, trazado y localización en la represa Fresh Water Bay”*, por valor total de \$58'000.000, en el cual se pactó un anticipo de \$29'000.000, no obstante lo cual aparece relacionado bajo el rubro *asesoría ambiental* y pago a favor de esa sociedad por la suma de \$50'000.000, de acuerdo con el reporte contable acreditado por la contratista con corte a febrero de 2004. La obra objeto de este contrato –reconstrucción de taludes- no se encontró acreditada como ejecutada, en prueba alguna; **ii)** en orden a citar otro rubro de mayor valor se observa que la contratista dispuso en el mes de diciembre de 2003, de un retiro por la suma de \$175'000.000 antes de realizar el contrato con la firma IGJ Ingeniería Ltda., el cual aparece firmado con fecha 29 de enero de 2004, con el que se pretendió posteriormente la legalización del gasto correspondiente al dragado por \$130'000.000.

¹¹⁴ Folio 144 AZ 1.

A la luz del acervo probatorio en este proceso se indica que la contratista demandante ha debido justificar la trazabilidad de los recursos del anticipo, toda vez que se le estaba imputando un manejo irregular y que al menos habría dispuesto temporalmente de los dineros girados, utilizando un procedimiento distinto del obligatorio por virtud del contrato ¹¹⁵ y en violación de la destinación específica de los fondos que tenían -sin discusión- carácter público por su procedencia del Fondo Nacional de Regalías y por la finalidad asignada a la recuperación ambiental de la fuente generadora del agua potable en el municipio de Providencia y Santa Catalina Islas.

Se agrega a la gravedad del asunto que en la cláusula cuarta del contrato y aun en la modificación incorporada en el otrosí de 28 de noviembre de 2003, se pactó expresamente que *“el anticipo no es pago”*, distinción que ciertamente no es de fondo¹¹⁶, pero que en este caso corrobora el conocimiento que la contratista tenía acerca de la naturaleza del recurso y de la obligatoriedad de las reglas de manejo que el contrato y la ley le imponían.

8. 3. Excepción de contrato no cumplido

8.3.1 Obligación de suministrar el estudio de batimetría predragado

En este punto corresponde evaluar el supuesto de incumplimiento en la entrega de los estudios previos, –planos, diseños y especificaciones- que la demandante invocó como base de la excepción de contrato no cumplido.

Para resolver el problema jurídico concreto, es necesario determinar en primer lugar, a cuál de las partes correspondió la obligación de realizar la batimetría necesaria para iniciar las actividades de dragado en el Contrato de Obra 063 de 2003, en la medida en que la falta de esa medición, fue la primera justificación que expuso la contratista luego de que fue requerida por no haber situado oportunamente la draga en la islas.

¹¹⁵ No se puede afirmar en forma definitiva, puesto que la demandante no profundizó en este aspecto, el cual le correspondía desvirtuar.

¹¹⁶ En materia del anticipo del contrato estatal, la distinción entre la naturaleza de “pago” o “préstamo” es sutil. Lo trascendente en materia de responsabilidad contractual por el manejo del anticipo no es un aspecto que se defina con el criterio de la propiedad del recurso – en términos del Código Civil o de las normas de contabilidad,- sino que estriba en la afectación a un fin público, de manera que se debe establecer el incumplimiento con base en la violación a la destinación específica prevista en el contrato o en la Ley, como sucedió de manera importante en este caso.

Para resolver la cuestión, en forma previa debe tenerse en cuenta que tratándose de la demanda encaminada a obtener la indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación contractual, de conformidad con el artículo 1757 del Código Civil¹¹⁷, la parte que alega el incumplimiento de una obligación contractual debe identificar en primer lugar, la existencia de dicha obligación -salvo que tal obligación derive su existencia de una Ley que la consagre¹¹⁸-, sobre lo cual debe estructurar el respectivo incumplimiento.

En este caso particular la demandante invocó el punto 1.19 del pliego de condiciones, de acuerdo con el cual tiene probado que

“(...) en general el alcance de las obras, será el definido en el diseño, planos y especificaciones del proyecto que el (sic) efecto entregue la Secretaria de Infraestructura y Servicios de la Alcaldía Municipal de Providencia y Santa Catalina Islas”¹¹⁹

Por su parte, el municipio indicó que los diseños, planos y especificaciones referidos en el pliego de condiciones, correspondieron a los contenidos en el proyecto denominado recuperación ambiental de la cuenca de la represa “*Fresh Water Bay*”, presentado al Director de la Unidad Administrativa Especial Comisión Nacional de Regalías, aprobado por esa entidad, el cual dio lugar al convenio interadministrativo para la asignación de recursos del Fondo Nacional de Regalías, con destino al contrato *sub judice*.

Con soporte en los documentos aportados se encuentra acreditado, en efecto, el mapa de estudio semidetallado de suelos de las islas elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y los de ubicación y localización del proyecto, la ficha EBI (Estadísticas Básicas de Inversión), contentiva de las especificación de actividades y cuantificación del proyecto.

Igualmente, en las especificaciones contenidas en los estudios previos que aportó el municipio se contempló la existencia de una batimetría realizada en el año 2001, lo cual corrobora que el municipio contó con una estimación general para

¹¹⁷ “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas.”

¹¹⁸ Las obligaciones establecidas en la ley no requieren prueba toda vez que Ley de alcance nacional no requiere prueba de acuerdo con el régimen del estatuto procesal civil (art. 188 del C.P.C.)

¹¹⁹ Folio 299 AZ 1.

definir y cuantificar las actividades de limpieza, las cuales de acuerdo con los estudios se desglosaron en dragado y secado de sedimentos.

En lo que tiene relación con el caso *sub lite* se lee, en la ficha EBI:

“Actividad 2.

LIMPIEZA DE LA REPRESA

El volumen de construcción de la represa es de 210.000 M3 de acuerdo con la batimetría realizada en el año 2001, se encontró que la profundidad promedio de la represa actualmente es de 185.700 m3, lo que significa que será necesario extraer 24.300 m3

Se requiere realizar una limpieza de la represa extrayendo cerca de 24.300 m3 con el fin de recuperar su capacidad original que es la que garantiza la continuidad y permanencia del servicio de acueducto.

El material extraído será secado y dispuesto nuevamente en el terreno, en las labores de reforestación del proyecto.”¹²⁰,

De conformidad con el numeral 2.2.10 del pliego de condiciones, el valor de cantidades estimadas para la presentación de la propuesta en el ítem de limpieza de la represa fue de 21.000 M3, cantidad que se fijó dentro de una estimación de dragado requerido en el mismo pliego de 23.000 M3, de acuerdo con lo indicado en el punto 1.19 del pliego de condiciones, cifras que eran variables por razón de las condiciones dinámicas de la represa, pero que se encontraron dentro del margen establecido en el estudio de factibilidad del proyecto¹²¹.

Ahora bien, se debe destacar que la Sala encuentra elementos de juicio suficientes para estimar indispensable la batimetría inicial para la ejecución del Contrato de Obra 063, lo cual no significa que su elaboración era una obligación a cargo del municipio, o que debía ser un anexo del pliego de condiciones, de acuerdo con lo que se expone a continuación.

A diferencia de lo que indicó la demandante, la necesidad de realizar una batimetría a diciembre de 2003 y otras mediciones de comparación en el curso del proceso constructivo, no surgió después del acta de inicio, sino que era indiscutible que se requería como parte del procedimiento técnico que debía seguirse antes de iniciar el dragado y durante la ejecución del mismo para medir el volumen removido, todo ello de acuerdo con las obligaciones del Contrato de Obra

¹²⁰ Folio 239, AZ 2.

¹²¹ Folio 20 AZ 2

063, el procedimiento de dragado definido por la propia contratista y el sistema de medición requerido para establecer el avance de obra y el pago del precio del contrato.

Para soportar esta apreciación, en primer lugar se destaca la obligación de la contratista contenida en el literal e) de la cláusula segunda del Contrato de Obra 063, en materia de entrega de reportes de material removido y planos record de la obra:

“e) Obligaciones en materia de documentos: 1) Presentar al momento de la iniciación del contrato los documentos señalados en el numeral 2.4 del Pliego de Condiciones [entre otros. el documento referido en el punto 2.4.2. **“enfoque y metodología de la rehabilitación”**]. 2) Presentar mensualmente a la interventoría un reporte o planilla sobre los escombros generados o depositados, así como una **certificación original del material recibido durante el mes expedida por el responsable de la escombrera o nivelación topográfica**. El CONTRATISTA deberá cubrir los costos de acarreo a las escombreras autorizadas. 3) Presentar informes sobre su gestión ambiental y social con la periodicidad que lo exija la Interventoría. 4) Efectuar **entregas parciales de planos record de obra, los cuales deben ser aprobados por el Interventor, como requisito para las actas mensuales de pago (...)**. PARAGRAFO SEGUNDO: Presentar para la suscripción del acta de iniciación un cronograma de actividades a ejecutar programadas por fecha de manera tal que permita su seguimiento.”

En segundo lugar se aprecia la forma como la contratista asumió la batimetría inicial, reconociéndola como parte de la ejecución del contrato, de acuerdo con el testimonio de Pedro Antonio Gutiérrez Visbal, representante de la firma que realizó las mediciones, quien destacó que la contratista conocía la importancia y oportunidad de la batimetría, en la siguiente forma:

*“Nuestra empresa está especializada en trabajos de tipo hidráulico en los cuales las labores de batimetría tiene un significado importante, la empresa Construcciones Marfil conocía nuestra experiencia y **nos encomendó la tarea de ejecutar las mediciones batimétricas previas** y posteriores a los trabajos que ejecutaba para el Municipio de Providencia, Esos trabajos los realizamos en diciembre de 2003, enero de 2004 y agosto de 2004, fuimos contratados específicamente para ese trabajo sin tener ninguna injerencia en la ejecución de los mismos, los honorarios correspondientes fueron cancelados por Construcciones Marfil.”// **En esas tareas la comisión empleó aproximadamente una semana en cada una de ellas**, especialmente en la primera, de las mediciones es particularmente más larga por cuanto es allí donde se fijan los puntos de referencia, situación que no es necesario repetir en las mediciones posteriores, **las mediciones practicadas por INGECO se realizaron en diciembre de 2003 antes del inicio de los trabajos** de dragado propiamente dichos, en enero de 2004 y posteriormente en agosto de 2004, (...).// Los trabajos de batimetría son realizados por una comisión integrada por dos ingenieros y un cadenero, con un equipo consistente en un GPS que sirve para identificar exactamente las coordenadas del sitio en que se hace la medición y una ecosonda*

que nos determina las profundidades (...) la prebatimetría es indispensable desde el punto de vista técnico para poder identificar los sitios donde hay que ejecutar el trabajo, es decir el dragado, dónde voy a posicionar mi equipo, dónde voy a depositar los materiales que voy a dragar, consecuentemente, las características de la tubería que se está dragando, todo lo cual constituye la fase previa al dragado propiamente dicha, adicionalmente estas mediciones dependiendo del tipo de contrato, son indispensables para compararlas contra la batimetría de postdragado calculando las diferencias de volúmenes que dan lugar a los reconocimientos contractuales¹²²" (La negrilla no es del texto).

La metodología de medición descrita por el testigo se puede apreciar en el informe aportado por la demandante, correspondiente al material removido a agosto de 2004, realizado por INGECO – Ingeniería de Construcciones Ltda.,¹²³ en el cual se observa que la cantidad removida se determina a partir de la columna de volumen de predragado (cantidad en metros cuadrados) discriminada por secciones de la represa, con base en la diferencia entre la medición de volumen inicial en ese caso diciembre de 2003 y la realizada después del dragado del respectivo mes, agosto de 2004.

La Sala concluye que la batimetría inicial constituyó una medición predragado sin la cual no era posible planear, definir y medir la labor de dragado de manera que puede establecer válidamente que en el contrato *sub judice* hizo parte de la obligación inicial de someter a consideración del municipio el enfoque metodológico de la rehabilitación ambiental de la represa a cargo de la contratista y, por lo tanto, el estudio batimétrico de inicio del contrato no constituyó una obligación a cargo del municipio.

En consecuencia, los estudios generales propios del pliego de condiciones debían ser actualizados en fecha cercana a la iniciación del contrato y de acuerdo con el enfoque particular del proceso constructivo a cargo de la contratista y como elemento indispensable del mismo.

Para arribar a esta conclusión la Sala se apoya precisamente en el dictamen del perito ingeniero Rafael Ceballos Calvo que la apelante solicitó valorar, teniendo en cuenta las siguientes respuestas que se encuentran coincidentes con el concepto del testigo Pedro Antonio Gutiérrez Visbal, representante de la firma que realizó las mediciones batimétricas:

¹²² Folio 39, cuaderno 6.

¹²³ Folio 292, cuaderno 7.

“(...) la batimetría es el estudio de la profundidad marina, de la tercera dimensión de los fondos lacustres o marinos. Un mapa o carta batimétrica normalmente muestra el relieve del fondo o terreno como isogramas y puede también dar información adicional de navegación en superficie.

(...)

Los datos usados hoy en día para la confección de mapas batimétricos provienen normalmente de un sonar montado bajo la quilla o en el lateral de un buque, lanzando una onda de sonido hacia el fondo marino. La cantidad de tiempo que tarda el sonido en ir a través del agua, rebotar en el fondo y volver, informa al equipo la profundidad real. (...) // Adicionalmente un sistema GPS puede especificar en forma exacta la posición del buque. Se emplean también mediciones exactas de la velocidad del sonido en el agua (...). Un sistema informático procesa todos los datos, corrigiendo cada uno de los factores, así como por el ángulo del rayo individual. Al final, mediante este conjunto masivo se datos se consigue generar un mapa de forma casi automática.”¹²⁴

(...)

“Es absolutamente necesario contar con los diseños de las obras a ejecutar como en todo proyecto serio y éstos a su vez debían incluir planos batimétricos, secciones de diseño, estudio de suelo, sitio de disposición de desechos sólidos, localización topográfica en donde se iba a instalar la malla perimetral, localización de las áreas en donde se iban a conformar los taludes de la represa con suelocemento, (...) Los planos y diseños son la carta de navegación de los proyectos, sin ellos no podrían los profesionales constructores llevar a cabo una legítima labor, la interventoría técnica tampoco podría hacer el control técnico de las obras a ejecutar, la interventoría financiera no podría hacer los avances de obra sin tener planos, diseños y especificaciones, con qué relacionarlos.”¹²⁵

Acerca del tiempo requerido para realizar el estudio expresó el perito:

“Los estudios previos tal como lo expresó el ingeniero Pedro Antonio Gutiérrez Visbal con gran experiencia en esta área y de sobrados méritos (...) se puedo (sic) hacer la batimetría en una semana, entregando planos con secciones transversales y trabajando en la oficina con un software especializado, (...) esta parte puede demorar de 10 a 12 días, esto en términos de trabajos en el continente donde se tienen todas las posibilidades, En providencia llevando los estudios del continente se podría demorar 40 días calendario.”¹²⁶

En relación con el alcance de la batimetría indicó el perito Rafael Ceballos Calvo en la aclaración al dictamen presentada el 15 de mayo de 2008, lo siguiente:

*“(...) en aras de ampliar o aclarar, repito, para hacer un proceso constructivo idóneo se debe contar con todos los estudios, diseños, planos, licencias necesarias, **todo esto forma parte integral en la ejecución de un cronograma o plan de trabajo, también es determinante para la escogencia del equipo área de trabajo etc**”¹²⁷ (La negrilla no es del texto).*

Por su parte el perito Federico Peterson Manuel indicó:

¹²⁴ Folios 31 y 32, cuaderno 11 dictamen.

¹²⁵ Folio 29, cuaderno 11, dictamen pericial.

¹²⁶ Folio 30, cuaderno 11, dictamen pericial

¹²⁷ Folio 70, cuaderno 6.

“Es de aclarar que no se debe construir sin diseños o planos ya que esto no hace de la sana práctica de la ingeniería”¹²⁸.

De todo lo observado la Sala concluye: **i)** existió un batimetría base para la definición del pliego de condiciones referida en la ficha EBI, es decir el municipio contó con estudios preliminares los cuales no estaban transcritos en el pliego de condiciones, empero se puede observar que se utilizaron como marco de referencia, por la vía de la identificación y cuantificación de las actividades específicas que fueron incorporadas en el pliego de condiciones; **ii)** aunque en el pliego de condiciones no se desglosó una actividad referida a la actualización de la batimetría a la fecha de iniciación del contrato, a juicio de la Sala se entendió incorporada en las obligaciones de la contratista de presentar un enfoque metodológico y realizar una medición mensual, a partir de la definición de un programa del proceso constructivo que era obligación de la contratista; **iii)** desde la perspectiva de la ejecución del contrato es un hecho cierto que la contratista adelantó las labores correspondientes a la batimetría inicial en el mes de diciembre de 2003, según indicó el informe de interventoría No. 1 de enero 28 de 2004¹²⁹,

En el mismo sentido se encuentra la declaración del arquitecto Albron Hebron Corpus Robinson, quien fuera secretario de infraestructura del municipio para la época en que se celebró el contrato:

“[en] la primera parte del contrato se debía realizar el replanteo de las actividades de las obras, es decir, hacer las medidas, batimetrías para compararlas con la información suministrada por el Municipio con su grupo de topógrafos. No recuerdo la duración de esas actividades de la comisión topográfica, no sé exactamente cuántos días, y esa fue la única actividad que desarrolló el contratista mientras yo estuve como secretario de infraestructura. Terminada la batimetría se sobrevino mi renuncia al cargo debido al cambio de administración.”¹³⁰.

Se agrega al análisis la comunicación CMB-396 de enero 19 de 2004, suscrita por el representante legal de Construcciones Marfil Ltda., dirigida al director de interventoría, contentiva de la exposición de *“las razones de peso por las cuales los trabajos de dragado se encuentran en un relativo retraso”*, dentro de la cual, se destaca su entendimiento acerca de un acuerdo en virtud del cual le correspondió

¹²⁸ Folio 6. Cuaderno 5.

¹²⁹ Folio 37, cuaderno 6

¹³⁰ Folios 16 y 17, cuaderno 3.

a la contratista realizar por su cuenta la batimetría (inicial) en el mes de diciembre de 2003, así:

*“1. Al no haber un estudio topográfico de las condiciones actuales del fondo de la represa, **nos comprometimos con la alcaldía a realizar por nuestra cuenta la batimetría de la misma para saber las condiciones del fondo, la cual se encuentra realizada en un 100%**¹³¹. (La negrilla no es del texto).*

Ahora bien, ni en el pliego de condiciones ni en la programación de obra inicialmente entregada por la contratista con comunicación de 25 de noviembre de 2003, se discriminó la labor de batimetría, ni se exigió estimar un tiempo para realizar los estudios iniciales requeridos para su actualización, no obstante lo cual en el diagrama de barras correspondiente al cronograma presentado por la contratista se mostró un plazo de 20 días para la movilización de los equipos, graficado entre el 30 de noviembre de 2003 y el 27 de diciembre de 2003, a la vez que la etapa de limpieza estaba prevista en 72 días, contados a partir de 27 de diciembre de 2003 y según la gráfica se adelantaría en forma concomitante con actividades de cerramiento a iniciarse partir de la semana que iniciaba el 04 de enero de 2004. De lo anterior se infiere que la actualización de los estudios iniciales de batimetría, siendo indispensable como afirmó la contratista en forma coincidente con todos los profesionales de la ingeniería que declararon en el proceso, estaba dispuesta para ser realizada dentro del plazo de 20 días, en el que a la par se debía hacer la movilización de equipos de dragado, contado a partir del 30 de noviembre de 2003 y debió estar lista el 27 de diciembre de 2003, fecha inicial que resulta consistente con la firma del Otrosí del Contrato 063, que fue el 28 de noviembre de 2003 y fecha final que aparece coherente con los tiempos estimados por el representante de la firma que realizó las mediciones. Esto es así por cuanto, según quedó demostrado, para iniciar las labores de dragado se requería de la batimetría actualizada.

Por otra parte, el plenario carece de prueba acerca de que el resultado de la batimetría arrojará cambios en los requerimientos de la draga, o del proceso constructivo, luego no puede suponerse nada al respecto.

De acuerdo con las pruebas anteriores, no se demostró una obligación a cargo del municipio consistente en entregar la batimetría inicial, distinta de aquella preliminar contenida en los estudios previos, en este caso la del año 2001. Por el contrario se da credibilidad a la circunstancia de que siendo la actualización una medición

¹³¹ Folio 170 y 171, cuaderno 7.

necesaria para definir la forma concreta cómo habría de iniciarse la labor de limpieza de la represa en ejecución del contrato, le correspondió a la contratista adelantar esta nueva batimetría, como tarea para iniciar la ejecución del proceso constructivo de rehabilitación de la represa, a cargo de la contratista, como en efecto lo asumió.

Por lo tanto, no se acepta la excepción de contrato no cumplido invocada por la no entrega de la batimetría actualizada a la fecha de inicio del contrato.

Finalmente –aunque no por último- la Sala hace notar que adopta una interpretación diferente de la que expuso la parte actora acerca de la respuesta número seis (6) del dictamen presentado por el perito Rafael Ceballos Calvo, toda vez que se le preguntó:

¿La información del proyecto entregada en el pliego de condiciones era suficiente para determinar el proceso constructivo idóneo que debía emplearse?

A lo anterior, el perito contestó:

“Son condiciones generales (...) y con esta información se pueden hacer ofertas, ya que estas se estandarizan dentro de los trabajos específicos como es el dragado de lodos a ciertas profundidades y con un volumen determinado, pero en ningún momento estas apreciaciones del pliego de condiciones permitirían hacer un proceso constructivo idóneo, para tal efecto se necesitan todas las herramientas que nos brindan los estudios preliminares, tales como batimetría, estratigrafía del fondo de la represa, diseños secciones transversales y planos definitivos.”¹³² (La negrilla no es del texto).

A juicio de la Sala, la anterior respuesta del dictamen permite concluir que la información del pliego de condiciones fue suficiente y que encontrándose el proceso constructivo a cargo de la contratista, era a ella a la que correspondía adelantar las actividades preparatorias para iniciar la labor de dragado, así como las labores subsiguientes para realizar las mediciones que hacían parte de la medición para presentar las actas de obra.

Nótese que la parte apelante plantea su argumento sobre la base de asimilar la obligación de ejecutar el proceso constructivo con la de determinar mediante estudios previos las condiciones de la contratación, con lo cual concluye en forma equivocada que se incumplió una obligación del municipio. No se acompaña el razonamiento de la demandante, toda vez que se trata de obligaciones diferentes

¹³² Folio 34, cuadernio11 dictamen pericial

y en lo que se refiere a las cargas del municipio, la definición de estudios y planos previos se encontró cumplida, según se ha expuesto en este proveído.

Por último, la Sala acoge el concepto emitido por el Ministerio Público, según el cual, en el supuesto de que la batimetría requerida hubiera sido una obligación del municipio, su presunto incumplimiento no había sido determinante para que la contratista incumpliera su vez con la ejecución del contrato, toda vez que para el mes de diciembre de 2003 esa labor ya había terminado.

8.3.2. Otros estudios requeridos

La contratista trató de justificar su retraso en la ejecución del contrato en el supuesto incumplimiento del municipio en la entrega de otros estudios topográficos, planos o diseños y de licencias ambientales, no obstante lo cual en este proceso dejó de probar a cuáles planos se refirió ni cuáles fueron las licencias faltantes y tampoco se identificó que la ausencia de los mismos fuera la causa de la no ejecución del contrato o tuviera en realidad alguna relación con la no ejecución oportuna de las actividades objeto del contrato.

Se observa que de conformidad con las pruebas, en respuesta al requerimiento de la contratista, la Corporación para el Desarrollo Ambiental Sostenible CORALINA indicó que en términos generales el proyecto de construcción no requería licencia ambiental.

Por lo tanto, en el aspecto de otros permisos o licencias, la Sala estima que de haberse requerido la licencia específica -por razón del uso de la maquinaria, los taludes o el cerramiento propio de la metodología del proceso constructivo, habría tenido aplicación la obligación a cargo de la contratista, contenida en el numeral 1.26 del Pliego de Condiciones, de acuerdo con el cual:

“La Alcaldía será responsable del trámite y obtención de las licencia y permisos ambientales directamente relacionados con la ejecución de las obra, el resto de los permisos serán responsabilidad del contratista.

*Como requisitos para la ejecución del contrato, el contratista deberá garantizar que sus subcontratistas y proveedores de materiales y servicio cuentan con todas las licencias y permisos exigidos según la normatividad vigente. (...)*¹³³

¹³³ Folio 52, cuaderno 7.

No sobra reiterar que de conformidad con las pruebas de la etapa precontractual, Construcciones Marfil Ltda., clasificó como la única proponente admitida por razón de la experiencia específica exigida en el pliego de condiciones y acreditada en contratos de dragado, por manera que se da credibilidad a la apreciación del municipio según la cual, era insensato tratar de excusar la inejecución con requerimientos de estudios o licencias pendientes y que si había lugar a licencias especiales, debían ser determinadas por ella misma de acuerdo con su proceso metodológico de dragado, secamiento y construcción del cerramiento a su cargo.

8.4. Análisis de la ruptura del equilibrio económico.

La demandante incorporó en la reforma a la demanda la pretensión por desequilibrio contractual atada al incumplimiento en la entrega de los estudios que habría predeterminado la avería de la draga y el consecuente daño o perjuicio causado por el tiempo de inactividad. Otro aspecto que trató de enmarcar en la ruptura del equilibrio económico se refirió a actividades adicionales no previstas en el precio del contrato

En la sustentación del recurso de apelación sostuvo su pretensión e indicó que la sentencia de primera instancia no estudió el cargo correspondiente al desequilibrio económico¹³⁴.

En relación con este cargo, la Sala observa que las pretensiones respectivas se plantearon en forma mezclada con los hechos materia del incumplimiento que dio lugar a la caducidad del contrato, sobre el cual ya se pronunció en este proveído.

Puede agregarse que la compensación demandada en las pretensiones octava y novena de la demanda corresponde a una discusión propia de la liquidación del contrato y por lo tanto se encontró por fuera del presente debate judicial. Igualmente se advierte que no puede discutirse indemnización a favor del contratista sobre los mismos hechos, toda vez que ellos dieron lugar a la caducidad del contrato.

8.5. Análisis de la objeción por error grave en el dictamen que determinó el 0% de ejecución.

¹³⁴ Véase el resumen del cargo en la página 17 de éste proveído.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, la jurisprudencia de esta Subsección ha observado:

“Se precisa que para que se configure el “error grave” en el dictamen pericial se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, vale decir una falla o dislate que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4º y 5º del artículo 238 del C. de P. C.”¹³⁵

La objeción por error grave debe ser ostensible y llevar a una conclusión equivocada sobre los asuntos objeto de la prueba, es decir que la gravedad del error de conducta del perito debe tener la identidad suficiente para llevar a una conclusión contraria a los hechos objeto de la prueba.

Con el propósito de resolver la objeción concreta que ahora se controvierte se debe tener en cuenta lo siguiente:

En la diligencia de inspección judicial llevada a cabo el 25 de mayo de 2007, el apoderado de la demandante preguntó al perito Federico Peterson Manuel acerca del procedimiento constructivo, así:

*“PREGUNTADO. Si hoy usted necesitara hacer el dragado de esta represa que necesitaría hacer: **cómo sería el procedimiento constructivo que llevaría a cabo** y en ese caso cual sería la información que le solicitaría al municipio.*

A lo anterior el perito contestó:

CONTESTADO: Inicialmente tocaría volver a hacer un estudio de batimetría, de acuerdo con los niveles, como ya se había hecho una batimetría anterior tocaría sacar la diferencia de batimetría para ver si es posible lograr la cantidad extraída. Solicitaría al municipio que me facilitara los planos de la represa y las nuevas especificaciones técnicas, porque sería reiniciar la obra”¹³⁶. (La negrilla no es del texto)

A juicio de la Sala no existió inconsistencia entre las precitadas declaraciones realizadas por el perito Federico Peterson Manuel en la inspección judicial y las conclusiones presentadas por el mismo profesional en el dictamen de 6 de junio

¹³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente 250002326000199802814 01 (26939), 27 de marzo de 2014, actor Productora de Carnes Ubaté PCU Ltda., demandada Municipio de Ubaté, acción contractual. Auto de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia calendarado del 25 de septiembre de 1939. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de octubre de 2007, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; radicación No.: 250002326000199901954 01; expediente No. 25.177; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de marzo 26 de 2009; Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; radicación: 250002326000198402089 – 01 (31.748).

¹³⁶ Folio 34, cuaderno 3.

de 2007, toda vez que las preguntas realizadas en la inspección judicial se refirieron a la información que se requeriría para ejecutar las labores de dragado-respecto de lo cual estimó la necesidad de una nueva batimetría y por otra parte, en el dictamen la pregunta respectiva se refirió al porcentaje de ejecución respecto de lo cual el perito evidenció un 0%, *“según el cronograma de seguimiento de ejecución de la obra Anexo al expediente pág 104”*.

De acuerdo con esta precisión, la cual surge de la lectura de las preguntas que absolvió el perito en uno y otro caso, no hay lugar a desestimar el dictamen, toda vez que se observa el diferente contenido de la respuesta de conformidad con los hechos consultados en cada caso.

Además, la respuesta acerca de una ejecución del cero por ciento (0%) se encuentra correcta de acuerdo con la fuente indicada por el perito y no se contradice con la imposibilidad de realizar una estimación fáctica de ejecución del dragado en el estado que tenía la represa a la fecha de la inspección judicial –ante la falta de una nueva batimetría para medir el estado de la misma, en el momento de esa diligencia.

Finalmente, las conclusiones del dictamen acerca de las actividades no incluidas se encuentran claras, en cuanto los estudios de batimetría y los otros referidos, no eran actividades mencionadas en el contrato como hitos identificados para marcar el avance de obra.

La Sala ya se ha pronunciado sobre este aspecto, en el análisis de la excepción de contrato no cumplido.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia en todas sus partes, en el sentido de declarar no probada la ineptitud de la demanda, negar la objeción grave al dictamen pericial y denegar todas las pretensiones de la demanda.

9. Costas.

No hay lugar a condena en costas, de acuerdo con la norma aplicable a este caso, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, toda vez que no se observó conducta temeraria en este proceso.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2009 por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

SEGUNDA: Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA