



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

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Radicado número: 88001-23-31-000-2011-00015-01 (58992)
Demandantes: Órbita Arquitectura e Ingeniería S.A. y C&C Arquitectura e Ingeniería S.A.
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE)
Referencia: Acción de controversias contractuales

Tema: Liquidación judicial. **Subtema 1:** Objeto del recurso de apelación y competencia funcional del juez de segundo grado. **Subtema 2:** Naturaleza y régimen jurídico de los contratos celebrados por FONADE. **Subtema 3:** Reiteración jurisprudencial de los criterios de valoración del dictamen pericial **Subtema 4:** Dictamen pericial ineficaz. **Subtema 5:** Carga de la prueba.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por FONADE contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), en la que se liquidó judicialmente el contrato de obra 2080411, bajo la premisa de que existió incumplimiento contractual por parte de la unión temporal integrada por las sociedades demandantes.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El Fondo Financiero de Proyectos y Desarrollo (en adelante, "FONADE") celebró con la Unión Temporal C&C Órbita Béisbol (en adelante, "UT C&C Órbita Beisbol") un contrato de obra, cuyo objeto consistía en «*la construcción del estadio de béisbol para los "XVIII juegos deportivos nacionales" en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina*». Al cumplirse el plazo de ejecución contractual, que fue objeto de varias prórrogas y adiciones, la obra no fue entregada en las condiciones convenidas, pues de acuerdo con el informe de la interventoría se ejecutó el 66.70%. Ambas partes vienen a este proceso deprecando que se declare el incumplimiento contractual del extremo contrario y que se liquide el negocio jurídico. Pese a que el *a quo* estimó parcialmente las pretensiones de FONADE, este, en apelación, solicita que se incluyan en la liquidación judicial algunos gastos adicionales en los que habría incurrido con ocasión del incumplimiento del contratista, los cuales no habrían sido analizados en primera instancia y habrían sido acreditados con el dictamen pericial practicado en este proceso, atinentes a: (i) la reelaboración de la estructura metálica del campo deportivo (\$994.807.152); y (ii) la ejecución de los *ítems* no ejecutados por la unión temporal, necesarios para la terminación de la obra (\$2.172'284.636).

II. ANTECEDENTES



2.1. El dos (2) de marzo de dos mil once (2011)¹, **Órbita Arquitectura e Ingeniería S.A. y C&C Arquitectura e Ingeniería S.A.** (sociedades que conformaron la **UT C&C Órbita Beisbol**), en ejercicio de la **acción de controversias contractuales**, presentaron demanda contra **FONADE**, con la que, en síntesis, pretenden que: **(i)** se liquide judicialmente el contrato de obra núm. 2080411 de 2008; **(ii)** se declare el desequilibrio económico del contrato de obra referido, por *“el incremento de insumos significativos debido a la fuerte ola invernal que se presentó, por la demora en el suministro del concreto, y por las dificultades que se presentaron en el transporte de materiales y equipos”*; **(iii)** se declare que FONADE incumplió el contrato, por quebrantar el principio de planeación, que la llevó a ejecutar obras no previstas, y por planificar deficientemente actividades atinentes a la estructura metálica del estadio de béisbol, sin que reconociera sobrecostos por su ejecución; y **(iv)** que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a FONADE al pago de los perjuicios patrimoniales sufridos en ejecución del contrato, que tasó en dos mil quinientos cuarenta y siete millones trescientos cuatro mil doscientos quince pesos y treinta y cuatro centavos (\$2.547'304.215,34).

2.2. El 22 de marzo de 2011², el Tribunal **admitió** la demanda y, posteriormente, **notificó** el auto admisorio en debida forma³.

2.3. El 16 de mayo de 2011⁴, FONADE **contestó la demanda**, con oposición a las pretensiones en ella formuladas, excepto la concerniente a la liquidación judicial. En la misma fecha⁵, FONADE formuló **demandas de reconvención** en contra de Órbita Arquitectura e Ingeniería Ltda. y C&C Arquitectura e Ingeniería S.A. (integrantes de la UT C&C Órbita Beisbol), con la que, en síntesis, pretende que: **(i)** se declare que estos incumplieron el contrato núm. 2080411 de 2008; **(ii)** se les condene a pagar el monto correspondiente a la cláusula penal pecuniaria; **(iii)** se les condene a cancelar cinco mil seiscientos cuarenta millones doscientos veinte mil novecientos veintinueve pesos (\$5.640'220.929), indexados, *“por concepto de indemnización integral de perjuicios ocasionados con motivo del incumplimiento contractual imputable a los demandados”*; **(iv)** se les condene a pagar los intereses moratorios hasta cuando se verifique el cumplimiento de la obligación; **(v)** se liquide judicialmente el contrato, con inclusión de los montos relacionados, y que **(vi)** se declare y se ordene *“indemnizar cualquier otra clase de perjuicio padecido por FONADE con ocasión del incumplimiento del contrato [...] y se incluya el mismo en la liquidación”*.

2.3.1. Como **fundamentos jurídicos de las súplicas**, el actor en reconvención adujo que en el asunto bajo análisis se configuraron todos los elementos de la responsabilidad contractual del contratista, de la siguiente manera:

2.3.1.1. La infracción a la ley del contrato, pues al vencimiento del plazo previsto para su ejecución, el contratista no habría finalizado las actividades del plan de calidad propuesto para el recibo y pago de la estructura metálica del estadio,

¹ Folios 1 a 150 del cuaderno 1.

² Folios 165 a 166 del cuaderno 1.

³ Folio 170 del cuaderno 1.

⁴ Folios 173 a 250 del cuaderno 1.

⁵ Folios 1 a 103 del cuaderno de reconvención.



“dado que modificó de manera unilateral e inconsulta las especificaciones del acero con que debía construirse la estructura”. Además, como lo determinó la interventoría en el acta de terminación, no habrían sido ejecutados varios ítems del objeto contractual, pues la contratista “solo ejecutó el 66.70 % del objeto del contrato”.

2.3.1.2. El daño patrimonial causado a FONADE con motivo del incumplimiento contractual, originado en todos aquellos gastos en que tuvo que incurrir el fondo “y los que tendrá que efectuar para terminar el estadio de béisbol y entregarlo a entera satisfacción del Departamento”, los cuales enunció en el cuadro que, por su relevancia en esta instancia, la Sala transcribe:

DESCRIPCIÓN	VALOR
Ítem de estructura metálica incumplimiento por cambio unilateral de especificación de acero	\$1.637.106.156
Ítems incumplidos por la UT y contratados con el Consorcio H&C para su corrección y terminación del estadio (contrato 2103001)	\$1.788.081.900
Ítems no previstos necesarios para la terminación del estadio adicionales a los anteriores	\$543.039.690
Contratos varios suscritos por FONADE por el incumplimiento del contratista	\$211.346.144
Contratos pendientes por suscribir	\$244.000.000
Valor cláusula penal pecuniaria	\$875.996.851
Valor pendiente por amortizar	\$340.630.228
RESUMEN DE PERJUICIOS	\$5.640.220.969

En suma, manifestó que “el resumen de los perjuicios sufridos por FONADE se presenta [...], sin perjuicio de que mediante prueba pericial contable solicitada dichos valores puedan aumentar por otros conceptos que resulten probados o por la actualización de los señalados”.

2.3.1.3. El nexo de causalidad, que en el caso concreto está determinado por “la conducta imputada —incumplimiento del contratista— y el daño o perjuicio sufrido por FONADE”. Además, porque ambas partes se encuentran ligadas jurídicamente por virtud de la celebración y ejecución del contrato 2080411 de 2008, del cual emanan obligaciones recíprocas de imperioso cumplimiento.

2.4. El 26 de mayo de 2011⁶, el Tribunal **admitió** la demanda de reconvención y, luego, **notificó** el auto admisorio en debida forma⁷.

2.5. El 28 de marzo de 2012⁸, en escritos separados, pero con idéntico contenido, tanto Órbita Arquitectura e Ingeniería S.A., como C&C Arquitectura e Ingeniería S.A. **contestaron la demanda de reconvención**, con oposición a las pretensiones en ella formuladas, excepto la concerniente a la liquidación judicial, por tratarse de una súplica común. Como argumentos defensivos afirmaron, de forma general, que “la causa del incumplimiento del contrato de obra 2080411 de 2008 no es imputable al contratista constructor, sino tal cual se expuso en la demanda inicial, la causa del incumplimiento radica en la falta de planeación del contrato a cargo de la entidad contratante”.

⁶ Folios 117 a 118 del cuaderno de reconvención.

⁷ Folios 139 a 147 del cuaderno de reconvención.

⁸ Folios 148 a 181 y 182 a 205 del cuaderno de reconvención.



2.6. El 2 de mayo de 2012⁹, el juzgador de primer grado **abrió a pruebas el proceso**, y una vez concluida la etapa probatoria, **corrió traslado** a las partes y al Ministerio Público para que aquellas alegaran de conclusión y este rindiera concepto de fondo¹⁰.

2.7. Dentro del término de traslado, tanto las sociedades que integraron la UT C&C Órbita Béisbol¹¹ como FONADE¹² **alegaron de conclusión**. Las primeras reiteraron lo argumentado en las oportunidades anteriores. El segundo insistió en que los medios de prueba aportados al plenario demuestran el grave incumplimiento contractual del contratista y, consecuentemente, se deben reconocer los perjuicios padecidos por FONADE, los cuales afirmó que, en atención al dictamen pericial contable rendido, ascienden a ocho mil quinientos ochenta y siete millones seiscientos veinticinco mil ochocientos treinta y nueve pesos (\$8.587'625.839). El Ministerio Público guardó silencio.

2.8. El 10 de noviembre de 2016¹³, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina dictó **fallo de primera instancia**, en el cual resolvió:

“PRIMERO: LIQUÍDESE JUDICIALMENTE el contrato de obra 2080411 de 2008 celebrado entre FONADE y la UT C&C ÓRBITA BEISBOL conformada por las sociedades ÓRBITA ARQUITECTURA E INGENIERÍA S.A. [...] y C&C ARQUITECTURA E INGENIERÍA S.A. [...], así:

Valor total del contrato	\$8.765.450.664
Valor total ejecutado	\$5.846.921.746
Saldo del anticipo sin amortizar	\$340.630.228
Valor cláusula penal pecuniaria	\$295.570.996,39
Valor vigilancia de obra	\$64.860.473
Valor interventoría para culminación de obras	\$283.217.128
Suma final a favor de FONADE	\$1.029.014.689
Suma indexada a la fecha de la sentencia	\$1.340.328.182

SEGUNDO: DECLÁRASE el incumplimiento contractual de las sociedades ÓRBITA ARQUITECTURA E INGENIERÍA S.A. [...] y C&C ARQUITECTURA E INGENIERÍA S.A. [...], integrantes de la UT C&C ÓRBITA BEISBOL, respecto del contrato de obra 2080411 de 2008 suscrito con FONADE.

TERCERO: CONDÉNASE solidariamente a las sociedades ÓRBITA ARQUITECTURA E INGENIERÍA S.A. [...] y C&C ARQUITECTURA E INGENIERÍA S.A. [...], integrantes de la UT C&C ÓRBITA BEISBOL a pagar a favor de FONADE el monto de \$1.340.328.182 [...].

CUARTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda de reconversión.

SEXTO: Sin condena en costas [...].”

2.8.1. Como **fundamento de lo resuelto**, el a *quo* consideró:

2.8.1.1. Que la parte actora no demostró que FONADE incumpliera sus obligaciones y que, como consecuencia de ello, imposibilitara la ejecución del objeto contractual en los términos pactados. Por el contrario, encontró acreditado que, como se adujo en la demanda de reconversión, “el

⁹ Folios 266 a 270 y 283 del cuaderno 1.

¹⁰ Folios 398 del cuaderno 1.

¹¹ Folios 416 y 508 del cuaderno 2.

¹² Folios 424 a 517 del cuaderno 2.

¹³ Folios 410 a 422 del cuaderno principal.



incumplimiento contractual fue de la UT C&C ÓRBITA BEISBOL, ya que, a la fecha final de ejecución del contrato, luego de surtidas las prórrogas, las obras estaban inconclusas o no fueron recibidas por parte de la interventoría”, por no cumplir con los estándares de calidad requeridos. Agregó que en el presente asunto no se configuraron los presupuestos necesarios para que pueda declararse el desequilibrio económico a favor del contratista, ni el enriquecimiento sin causa por parte del fondo.

2.8.1.2. Que, en razón al incumplimiento contractual de la UT C&C Órbita Beisbol, resulta procedente liquidar judicialmente el contrato bajo análisis, con la inclusión de los siguientes rubros referidos en el dictamen pericial contable: (i) la pena pecuniaria proporcional al porcentaje no ejecutado del negocio jurídico, equivalente al 33.72%, calculada en doscientos noventa y cinco millones cuatrocientos cincuenta y un mil doscientos treinta y cuatro pesos con cuarenta y cuatro centavos (\$295'451.234,44); (ii) el anticipo no amortizado en trescientos cuarenta millones seiscientos treinta mil doscientos veintiocho pesos (\$340'630.228); (iii) el pago de los contratos suscritos para la vigilancia de la obra, que ascendieron a sesenta y cuatro millones ochocientos sesenta mil cuatrocientos setenta y tres pesos (\$64'860.473); (iv) el pago del concepto técnico por impacto del cambio de materiales estructurales, por el monto de cuarenta y cuatro millones setecientos treinta y cinco mil setecientos treinta y cinco pesos (\$44'735.864); y (v) los gastos sufragados por la interventoría para la culminación de la obra, por doscientos ochenta y tres millones doscientos diecisiete mil ciento veintiocho pesos (\$283.217,128).

2.9. El 31 de enero de 2017¹⁴, **FONADE** presentó **recurso de apelación** parcial contra la decisión antedicha, el cual —afirmó— no *“tiene como objetivo controvertir la decisión mediante la cual se le denegaron las pretensiones a la parte demandante, ni aquella que declaró el incumplimiento del contratista y que lo obligó a pagar la suma de \$1.340.328.182”*, sino que su finalidad se circunscribe a que el juzgador de segunda instancia se pronuncie sobre algunas de las pretensiones formuladas por ese Fondo y que no habrían sido analizadas en el fallo de primer grado¹⁵. Al punto, adujo que en la demanda de reconvención desagregó los conceptos sobre los cuales solicitó condena en contra del contratista¹⁶, con motivo de su incumplimiento contractual, el cual fue declarado y no reprocha. Sin embargo, el *a quo* solo habría tomado en consideración algunos puntos de reclamación¹⁷, desconociendo lo dictaminado por el perito contable, quien habría determinado que, con ocasión del incumplimiento contractual del contratista, FONADE tuvo que incurrir, entre otros gastos, en: (i) novecientos noventa y cuatro millones ochocientos siete mil ciento cincuenta y dos pesos (\$994'807.152), correspondientes a la reelaboración de la estructura metálica del escenario deportivo; y (ii) dos mil ciento setenta y dos millones doscientos ochenta y cuatro mil seiscientos treinta y seis pesos (\$2.172'284.636), por la ejecución de *ítems* no realizados ni previstos por el contratista, necesarios para la terminación de la obra.

¹⁴ Folios 674 a 679 del cuaderno principal.

¹⁵ Apartado 2.4 (numerales (iii, v y vi)

¹⁶ Apartado 2.4.1.2.

¹⁷ Numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia.



2.10. El 16 de enero de 2018¹⁸, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina **declaró fallida la audiencia de conciliación** y, en consecuencia, **concedió** el recurso de apelación.

2.11. El 24 de mayo de 2018¹⁹, esta Corporación **admitió** el recurso formulado y, posteriormente, **corrió traslado** a las partes y al Ministerio Público para que aquellas alegaran y este conceptuara en esta instancia²⁰. Dentro del término de traslado, tanto las sociedades que integraron la UT C&C Órbita Béisbol²¹ como FONADE²² **alegaron de conclusión en segunda instancia**. Aquellas argumentaron que *“no resulta procedente la solicitud incoada por FONADE por concepto de indemnización integral de perjuicios [...], en razón a que los ítems no previstos necesarios para la terminación del estadio, que posteriormente ejecutaron, no eran contractuales, razón por la cual no estaban a cargo del contratista”*. Además, refirieron varios argumentos tendientes a desacreditar lo establecido por el *a quo*, con el propósito de que se revocara integralmente el fallo de primer grado. FONADE reiteró, de manera exacta, los argumentos plasmados en el recurso interpuesto. El ministerio público guardó silencio.

III. PROBLEMA JURÍDICO

3.1. Aun cuando las integrantes de la UT C&C Órbita Béisbol propusieron, en los alegatos de conclusión de esta instancia, una serie de argumentos tendientes a rebatir las conclusiones a las que arribó el *a quo*²³, debe advertirse que estos no pueden ser abordados por la Sala, puesto que la etapa de alegaciones finales no constituye una oportunidad procesal para suplir la omisión de interposición del recurso de alzada²⁴, pues ello implicaría una transgresión al derecho de contradicción y defensa de la parte contraria.

3.2. Esclarecido lo anterior, se constata que en el *sub lite* el recurso de apelación fue interpuesto únicamente por FONADE. En consecuencia, la competencia funcional de esta Colegiatura se circunscribe a resolver exclusivamente los cargos de la alzada y, por lo tanto, deberá dar respuesta al siguiente interrogante:

¿Demostró FONADE los perjuicios que afirma le fueron causados, con ocasión del incumplimiento contractual en que incurrió la UT C&C Órbita Béisbol, atinentes a los gastos adicionales en los que tuvo que incurrir para reelaborar la estructura metálica del campo deportivo, y ejecutar los *ítems* no realizados necesarios para la terminación de la obra que tuvo por objeto el contrato núm. 2080411 de 2008?

IV. CONSIDERACIONES

¹⁸ Folios 717 del cuaderno principal.

¹⁹ Folio 723 del cuaderno principal.

²⁰ Folio 730 del cuaderno principal.

²¹ Folios 731 y 738 del cuaderno 2.

²² Folios 749 a 754 del cuaderno 2.

²³ Apartado 2.11.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 13 de agosto de 2020 y 27 de agosto de 2020, exp 55.178 y 39720, respectivamente



4.1. La Subsección resolverá el problema jurídico definido en precedencia, habida consideración de la **competencia** que le asiste para ello, en atención a lo dispuesto por los artículos 129²⁵ y 132.5²⁶ del Código Contencioso Administrativo (en lo sucesivo “CCA”)²⁷, y al **ejercicio oportuno que de la acción de controversias contractuales** realizaron los accionantes, de conformidad con lo establecido en el literal d) del artículo 136.10 del CCA²⁸⁻²⁹. De igual manera, debido a que tanto FONADE³⁰ como Órbita Arquitectura e Ingeniería S.A.³¹ y C&C Arquitectura e Ingeniería S.A.³² (quienes conformaron la UT &C Órbita Beisbol) se encuentran **legitimados en la causa por pasiva y por activa**, toda vez que son los extremos de la relación contractual que suscitó la controversia bajo análisis en esta sede judicial³³.

4.2. El problema jurídico será analizado bajo la consideración de que el contrato de obra núm. 2080411 de 2008 se rige por el Estatuto General de Contratación Pública, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007³⁴ y en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

²⁵ CCA. “Artículo 119. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos”.

²⁶ CCA. “Artículo 132. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes [...], cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales”.

²⁷ En el sub lite, se constata que la demanda fue presentada en el 2011, época para la cual el salario mínimo era de \$535.600, por lo tanto, los 500 salarios mínimos equivalían a \$267.800.000, lo cual supone que la cuantía estimada en dicho escrito, que ascendía a \$2.547.304.215,34, supera el monto legalmente exigido.

²⁸ CCA. “Artículo 136. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. // En los siguientes contratos el término de caducidad se contará así: [...] d) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de os dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la Ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación”.

²⁹ En el presente asunto, el plazo de ejecución del contrato bajo controversia concluyó el treinta (30) de marzo de dos mil nueve (2009), conforme lo pactado en la prorroga 5ª del contrato núm. 2080411 (folio 178 a 180 del cuaderno de las pruebas 1). En consecuencia, el plazo para efectuar la liquidación de común acuerdo corrió, por disposición legal, entre el treinta (30) de marzo de dos mil nueve (2009) y el treinta (30) de julio del mismo año, sin que se hubiera efectuado. De igual manera, se constata que el contrato tampoco fue liquidado unilateralmente durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo plasmado anteriormente, el cual vencía el primero (1º) de octubre de dos mil nueve (2009). Por ende, el término bienal para pretender de manera oportuna la liquidación judicial del contrato vencía el primero (1º) de octubre de dos mil once (2011) y, como la demanda fue presentada el dos (2) de marzo de dos mil once (2011), se concluye que la acción fue ejercida en el término previsto por la ley.

³⁰ FONADE fue creado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 3068 de 1968 como un establecimiento público adscrito al Departamento Nacional de Planeación. Posteriormente, el presidente de la Republica expidió el Decreto 2168 de 1992, en virtud del cual restructuró el fondo, que pasó a tener la naturaleza jurídica de “*empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación*”. Luego, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 663 de 1993, por el cual actualizó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y, particularmente, reiteró que el nombrado fondo mantendría la misma naturaleza jurídica. Finalmente, el presidente de la Republica expidió el Decreto 288 de 2004, a través del cual modificó la estructura interna de la entidad, pero conservó, en su artículo 1, su naturaleza jurídica de empresa industrial y comercial del Estado con carácter financiero. Así, con fundamento en las disposiciones normativas enunciadas, debe concluirse que FONADE se constituye como una entidad estatal, en los términos del artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

³¹ Folios 153 a 155 del cuaderno 1. Certificado de existencia y representación.

³² Folios 156 a 158 del cuaderno 1. Certificado de existencia y representación.

³³ Folios 67 a 92 del cuaderno de pruebas 1. Contrato núm. 2080411 suscrito entre FONADE y la UT C&C Órbita Beisbol, cuyo objeto consistía en «*la construcción del estadio de béisbol para los “XVIII juegos deportivos nacionales” en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina*», con un precio de \$6.771.512.516,48 y un plazo de ejecución de ocho (8) meses.

³⁴ LEY 1150 de 2007 —texto original— “Artículo 26. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, FONADE se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen”.



4.3. Con el recurso de alzada, FONADE busca la condena al pago de las sumas que debió cancelar con ocasión de *“la reelaboración de la estructura metálica del escenario deportivo y la ejecución de ítems no realizados ni previstos por el contratista y necesarios para la terminación de la obra”*. El recurso se dirige, de esta forma, al resarcimiento del daño emergente³⁵ ocasionado con el incumplimiento contractual de la UT &C Órbita Beisbol, cuyo reconocimiento, como lo ha precisado la Subsección³⁶, exige que, además de la imposibilidad de utilizar el bien —que está fuera de discusión, como lo está el incumplimiento contractual— se acredite la existencia de una relación de causalidad entre la conducta antijurídica del contratante incumplido, y el pago efectivo de los desembolsos a que haya menester o del medio sustitutivo.

4.4. Para acreditar los perjuicios referidos en precedencia, FONADE elaboró, en la demanda de reconvencción, un cuadro en el que incluyó varios conceptos con sus respectivos montos, que —a su juicio— constituían el daño patrimonial sufrido con ocasión del incumplimiento del contratista³⁷, los cuales —aseveró— se encontraban demostrados con los siguientes documentos: (i) *“certificación suscrita por el gerente unidad área de Estudios previos de FONADE, de fecha 13 de mayo de 2011”*; (ii) *“certificación expedida por el contador público de FONADE, de fecha 13 de mayo de 2011”*; (iii) *“certificaciones expedidas por la Subgerente de contratación de FONADE, de fecha 13 de mayo de 2011”*; y (iv) *“memorando de fecha 13 de mayo de 2011, que consolida la información de perjuicios reclamados en esta demanda”*. No obstante, al revisar el expediente, la Sala encuentra que los documentos referidos por el accionante en reconvencción, como fundamento del dictamen contable practicado³⁸, no fueron traídos al proceso como anexos, salvedad hecha de la certificación expedida por el contador público de FONADE, de fecha 13 de mayo de 2011”. La prueba pericial será analizada en esas condiciones.

³⁵ «La Corte, en sentencia, del 7 de mayo de 1968 (aún no publicada), dijo y ahora lo reitera, que “los dos capítulos básicos del daño patrimonial contemplados y definidos por el artículo 1614 del Código Civil” son el daño emergente y el lucro cesante. || “El daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad; en tanto que el lucro cesante, cual lo indica la expresión, está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho. Y la pretensión indemnizatoria ha de conformarse a esta clasificación y ubicar adecuadamente los varios capítulos de la lesión. || “La existencia de un perjuicio cierto es indispensable para su reconocimiento en juicio de responsabilidad... La imposibilidad de empleo de un bien útil, con el que se han venido satisfaciendo ciertas necesidades, permite conjeturar la presencia de un daño, que se establecerá, probando, además de ese antecedente, la suspensión de ganancias por la suspensión o la merma de la actividad productiva, o el desembolso que hubo de hacerse para procurar un medio sustitutivo del perdido temporal o definitivamente. En el primer caso se trata de lucro cesante, mientras que en el segundo, de daño emergente” (subrayado añadido). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de septiembre de 1978, Gaceta Judicial, tomo CLVIII, núm. 2399, pp. 235 a 249. En sentido análogo: «También se torna ilustrativo comentar, que en cuanto a los perjuicios patrimoniales, al tenor del artículo 1613 del Código Civil, “[l]a indemnización (...) comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”. || A su vez, con apoyo en el precepto 1614 ejusdem, cabe indicar, que el “daño emergente” abarca el monto de la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos hechos para enfrentar los efectos del incumplimiento, los pasivos originados en los hechos en que se funda la “responsabilidad civil” que se hubiere planteado; en tanto que el “lucro cesante”, lo integra la ganancia cierta o provecho que ha dejado de obtenerse o que se recibiría con posterioridad, y que se frustró ante el advenimiento de alguna de las reseñadas hipótesis de “incumplimiento de la obligación”» CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia SC-7220 del 9 de junio de 2015, rad. núm. 1101-31-03-034-2003-00512-01.

³⁶ Sentencia de 16 de diciembre de 2022, exp. 45793.

³⁷ Apartado 2.3.1.2.

³⁸ Folios 28 a 30.



4.5. Ahora bien, FONADE, tanto en la contestación de la demanda como en la demanda de reconvencción, solicitó la práctica de un *“dictamen pericial con intervención de perito contador público, para que con base en los documentos contables de la entidad, los documentos contractuales, las pruebas que se acompañan a esta demanda y todos los demás que sean necesarios, determine el valor total de los perjuicios materiales y de toda índole sufridos por FONADE como consecuencia del incumplimiento al contrato de obra, y realice las actualizaciones o indexaciones pertinentes”*³⁹.

El dictamen solicitado fue decretado por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina⁴⁰. Luego, FONADE aclaró y corrigió la demanda de reconvencción en lo atinente a la solicitud del dictamen pericial, en los siguientes términos: *“se decrete y practique dictamen pericial con intervención de perito contador público experto, para que con base en los documentos contables de FONADE y todos los demás que sean necesarios que obren en su archivos y en el expediente, determine el valor de los gastos en que ha debido incurrir por cuenta del estado en que quedaron las obras contratadas con los demandados al vencimiento del plazo de ejecución contractual. Gastos que sirvieron de fundamento para que esta parte procesal estimara bajo juramento el monto de los perjuicios que considera haber sufrido conforme las pretensiones formuladas”*. Para ello formuló diez preguntas, de las cuales únicamente serán enunciadas, en los párrafos siguientes, las que fueron cuestionadas en alzada.

4.5.1. El perito contable, Nicholson Carlson Cordell, rindió dictamen⁴¹ y posteriormente, a petición de FONADE⁴², lo complementó⁴³. Así las cosas, resulta procedente transcribir, en aras de una mayor transparencia, tanto lo referido en el dictamen inicial como en su aclaración:

“PRIMERA PREGUNTA: *Deberá establecer el perito, el valor en que ha incurrido FONADE para la ejecución de las obras y especificaciones técnicas no realizadas por el contratista, en lo referente a la estructura metálica del escenario deportivo cuya construcción se le contrató”*.

- Respuesta dictamen inicial: *“No se relacionan desembolsos por este concepto”*.

- Respuesta aclaración y complementación del dictamen: *“En el cuadro 1 se presenta el valor en que incurrió FONADE en lo referente a la estructura metálica del escenario deportivo”*.

³⁹ Folios 249 del cuaderno 1 y folios 101 a 102 del cuaderno de reconvencción.

⁴⁰ Folio 269 del cuaderno 1.

⁴¹ Cuaderno dictamen pericial contable.

⁴² Folios 329 a 330 del cuaderno 1. FONADE sustentó su solicitud de aclaración y complementación con base en los siguientes argumentos: *“1. De la revisión detallada del dictamen pericial contable, se advierte que el perito por error involuntario, respondió un cuestionario diferente del formulado por el suscrito apoderado. || En efecto, el 1 de febrero de 2012, esta parte procesal radicó ante el Tribunal, memorial por medio del cual se aclaró y/o corrigió la demanda de reconvencción presentada por FONADE, específicamente en el acápite de la prueba pericial contable, donde se formuló un cuestionario de 10 puntos que debía absolver el auxiliar de la justicia. || 2. Sin embargo, revisado el dictamen rendido, es claro que los puntos que fueron abordados por el auxiliar de la justicia, no se corresponden con los establecidos en el citado memorial [...], circunstancia que permite afirmar que el dictamen no cumple los requisitos para ser tenido como tal. || 3. De acuerdo con lo anterior, se solicita respetuosamente al Despacho que ordene al perito contable, aclarar y complementar el experticio, en el sentido de que deba abordar las cuestiones señaladas en el referido memorial [...], y excluyendo del mismo todas las consideraciones y cálculos presentados en el dictamen que se corrió traslado, por cuanto no guardan relación con la solicitud y decreto de la prueba [...]”*.

⁴³ Folios 354 a 382 del cuaderno 1.



Valor incurrido para la ejecución de las obras			
A	B	C	D
Descripción	Cantidad (KG)	Valor unitario	Valor monetario
Pórtico principal	75060,48	\$7.200	\$540.435.456
Cubiertas	29148,97	\$7.200	\$209.872.584
Cabinas	6047,6	\$7.200	\$43.542.720
Vigas de amarre	15983,11	\$7.200	\$115.078.392
Vigas escaleras	8227,5	\$7.200	\$59.238.000
Herrajes generales	3700	\$7.200	\$26.640.000
Valor total			\$994.807.152

“El valor total de la estructura metálica del escenario deportivo ascendió a la suma de \$994.807.152”.

“**SEGUNDA PREGUNTA:** Deberá establecer el perito, el valor en que ha incurrido FONADE para la ejecución de los ítems no realizados por la UT Órbita Fútbol”.

- Respuesta dictamen inicial: “No se relacionan desembolsos por este concepto”.

- Respuesta aclaración y complementación del dictamen: “En el cuadro 2 se presentan los pagos realizados por FONADE en lo concerniente a la construcción del estadio de beisbol en San Andrés Islas”.

Realización de pagos		
A	B	C
Fecha	Factura	Valor facturado
18/02/2009	3824	\$40.262.278
23/12/2009	4281	\$4.473.586
Valor total		\$44.735.864

“**TERCERA PREGUNTA:** Deberá establecer el perito, el valor en que ha incurrido FONADE para la ejecución de ítems no previstos necesarios para la terminación del estadio de beisbol, adicionales a los anteriores, como consecuencia de la forma en que fueron ejecutadas las obras”.

- Respuesta dictamen inicial: “No se relacionan desembolsos por este concepto”.

- Respuesta aclaración y complementación del dictamen: “En el cuadro 3 se representa los pagos realizados por FONADE en lo referente a la contratación de obra de terminación”.

Pagos realizados por FONADE				
A	B	C	D	E
Fecha	Concepto de pago	Valor facturado	Amortización anticipo	Valor total
14-feb-11	Anticipo	\$541.026.000	-----	\$541.026.000
14-feb-11	Acta parcial 1	\$676.703.040	\$203.010.912	\$473.692.128
14-feb-11	Acta parcial 2	\$930.505.484	\$279.151.645	\$651.353.839
14-feb-11	Acta parcial 3	\$486.232.447	\$58.863.443	\$427.369.004
14-feb-11	Acta de obra 4	\$34.107.801	-----	\$34.107.801
Valor total		\$2.668.574.772	\$541.026.000	\$2.127.548.772

[CUADRO QUE INCLUYE LOS GASTOS DE LAS PREGUNTAS DOS Y TRES]

Pagos realizados por FONADE	
A	B
Concepto técnico impacto estructural por cambio de especificaciones de materiales	\$44.735.864
Obras terminación del estadio de Beisbol	\$2.127.548.772
Valor total	\$2.172.284.636

“El valor total de los pagos realizados por FONADE ascendió a la suma de \$2.172.284.636”.



4.5.2. En punto a la eficacia probatoria del dictamen pericial, esta Subsección, en providencia reciente, precisó que⁴⁴:

“[...] el dictamen pericial, como toda prueba, debe ser valorado en conjunto y de forma razonada, de acuerdo con las reglas de la sana crítica⁴⁵, esto es, con arreglo a los principios de la lógica y a las máximas de la experiencia⁴⁶⁻⁴⁷. Aparte, en la valoración del peritaje debe tenerse en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, así como la idoneidad del perito y su comportamiento en el proceso⁴⁸.”

[i] Valorar la solidez y claridad de los fundamentos de las inferencias científicas implica, en primer lugar, verificar la existencia de un parámetro de comprobación intersubjetiva de lo afirmado. La comprobación empírica es la base del método experimental empleado en la ciencia moderna; comprobación que es también el fundamento del principio de la falsabilidad, conforme al cual la validez cognitiva depende de la posibilidad de refutar por la experiencia un sistema científico empírico⁴⁹.”

Idealmente, este parámetro de comprobación debe fundarse en el producto de la observación, o en los resultados de análisis de laboratorio, sin que ello, en todo caso, impida partir de una fuente indirecta. Cuando lo afirmado se base en constataciones empíricas directas, la solidez y calidad de la conclusión de este juicio inductivo se determinará en función de la precisión, diversidad y cantidad de muestras tomadas y pruebas realizadas. Mientras que la solidez de lo afirmado con fundamento en fuentes indirectas dependerá de la calidad de la fuente.

[ii] De manera análoga, la calidad de los juicios deductivos (en los que la conclusión se obtiene a partir de un principio general), se definirá en función de la solidez de tal principio, que, a su vez, depende de su fundamentación empírica y de su aceptación en la comunidad científica, la cual se determina indirectamente, como más adelante se expone. Puede ocurrir, sin embargo, que los juicios inductivos impliquen un razonamiento analógico, en cuyo caso la solidez de lo concluido dependerá de la identidad que se muestre entre los fenómenos confrontados, además de la calidad de la investigación cuyos resultados son extrapolados.

[iii] Otra cualidad de la que pende la fiabilidad del conocimiento científico es la existencia de un margen de error. Como consecuencia de la contrastabilidad empírica intersubjetiva y, particularmente, de la reconocida falsabilidad de las teorías en la ciencia actual, se han abandonado las concepciones dogmáticas y absolutistas, que no sean objeto de revisión científica, por lo que el margen de error de la teoría o el método empleado evidencia la fundamentación científica del conocimiento⁵⁰.”

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, auto del 14 de diciembre de 2022, exp. 68201.

⁴⁵ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. “Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. || El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 187. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. || El Juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 7 de septiembre de 2020, rad. núm. 11001-31-10-019-2011-00622-02, SC3249-2020».

⁴⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, tomo I, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1970 (reimpresión 2016), pp. 300-301».

⁴⁸ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. “Artículo 232. El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 241. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. [...]”.

⁴⁹ POPPER, Karl, La Lógica de la Investigación Científica, traducción de Víctor Sánchez De Zavala, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 50-53».

⁵⁰ “The methodology employed by creationists is another factor which is indicative that their work is not science. A scientific theory must be tentative and always subject to revision or abandonment in light of facts that are



[iv] Desde otra perspectiva, hay hechos indicadores de la científicidad del conocimiento, en cuanto reflejan la aparición de un patrón institucional, de la ciencia normal, en la que el trabajo científico está determinado por un paradigma, que es aplicado para la solución de problemas⁵¹. La publicación, previa revisión de pares, la visibilidad de la publicación en la comunidad científica (a través de la indexación) y la relevancia que una institución o las calidades del currículum del autor, entre otros, forman parte del conjunto de reglas pacíficamente aceptadas por la comunidad científica, para definir el rigor del conocimiento⁵².

[iv] Finalmente, deben tomarse en consideración las relaciones explicativas que se expongan entre las pruebas y las conclusiones alcanzadas a partir de ellas⁵³. Para determinar la solidez y calidad de la explicación, se debe tener en cuenta su exhaustividad y claridad, así como la ausencia de contradicciones y de asunciones insólitas, además de la aceptación de la teoría explicativa científica empleada, develada a partir de los indicios referidos previamente”.

4.5.3. Pues bien, aun cuando en la complementación del dictamen se mencionan unos gastos en los que habría incurrido FONADE como consecuencia del incumplimiento contractual de la UT C&C Órbita Béisbol, lo cierto es que los conceptos y los montos referidos en el dictamen no se fundan en documento alguno, ni en otro elemento que permita, de forma directa o indirecta, la comprobación intersubjetiva ni la refutación de lo afirmado, con lo cual las afirmaciones que contiene revestirían un carácter incondicionalmente cierto, impropio de las proposiciones científicas.

La Sala nota que, al elaborar el dictamen, el perito contable mencionó que había recibido los datos para su elaboración en una reunión que sostuvo con la contadora de FONADE, quien le habría hecho entrega de una “certificación contable [...] con la relación de pagos derivados del incumplimiento del contrato”. Dicha certificación, referida anteriormente⁵⁴, fue adjuntada al dictamen, anexa con los comprobantes contables y de egreso, y las cuentas de cobro correspondientes a la ejecución del contrato obra núm. 2080411 de 2008. Observa la Sala, por demás, que los rubros adicionales a los pagos realizados por FONADE en cumplimiento del contrato de obra núm. 2080411 de 2008, que fueron consignados en la mencionada certificación contable, se relacionan con la prestación del servicio de vigilancia, los costos de interventoría para la culminación de las obras y el pago del concepto técnico por el impacto del cambio de materiales estructurales, que fueron incluidos en la liquidación realizada por el a quo⁵⁵.

Luego, en la complementación del dictamen, el perito no hizo referencia alguna a la fuente de la cual tomó los datos relacionados en los cuadros exhibidos en esta providencia, sin que quepa concluir que los medios de convicción que contienen esos datos hubieran sido entregados en la reunión que sostuvo con la contadora de

inconsistent with, o falsify, the theory, absolutist and never subject to revision is not a scientific theory”. “[Una] teoría [como la de la creación] que por sus propios términos sea dogmática, absolutista y nunca sea objeto de revisión no es científica” (traducción libre). UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF ARKANSAS, McLean v. Arkansas Board of Education, F. Supp. 1255, 1258-1264 (ED Ark. 1982), aptdo. IV(C)».

«⁵¹ KUHN, Thomas S., *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, traducción de: Carlos Solís Santos, Tercera Edición, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2006, pp. 81 – 82».

«⁵² KUHN, Thomas S., *La Estructura...*, pp. 72-80, y 144-145; y GODFREY-SMITH, Peter, *Theory and Reality: an introduction to the philosophy of science*, The University of Chicago Press, Chicago & London, 2003, pp. 79-82».

«⁵³ PARDO, Michael S. “Estándares de la Prueba y Teoría de la Prueba”, en: *Estándares de prueba y de Prueba Científica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 99-116».

⁵⁴ Aptado. 4.4.

⁵⁵ Aptados. 2.8 a 2.8.1.2.



FONADE, pues, según lo narrado en el peritaje, los documentos entregados en esa reunión fueron anexados al dictamen, que no los relaciona.

Llama la atención, además, que el perito no explicó la manera en que cuantificó los costos correspondientes al pórtico principal, las cubiertas, las cabinas, las vigas de amarre, las vigas de las escaleras y los herrajes generales, en que habría incurrido FONADE para la culminación de la ejecución de las obras correspondientes a la estructura metálica no realizadas por la UT C&C Órbita Beisbol, a los que les asignó un precio unitario idéntico, de siete mil doscientos pesos (\$7.200) por kilogramo.

4.6. De acuerdo con los anteriores razonamientos, forzoso resulta concluir que en el *sub examine* FONADE, quien tenía la carga de la prueba⁵⁶, no demostró la causación de los perjuicios materiales solicitados y, consecuentemente, se impone una respuesta negativa al problema jurídico planteado en esta instancia. Por lo tanto, esta Subsección confirmará en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

5. No hay lugar a la imposición de costas debido a que en el presente asunto no se evidenció actuación temeraria de las partes⁵⁷, condición exigida por el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, para proceder de esta forma.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NICOLÁS YEPES CORRALES

Magistrado

Firmado electrónicamente

WILLIAM BARRERA MUÑOZ

Magistrado

Firmado electrónicamente

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

Firmado electrónicamente

VF

⁵⁶ Tanto en el artículo 177 del CPC como en el artículo 167 CGP se establece que “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 1999, exp 10775.