



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

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

Radicación número: 25000-23-36-000-2014-01353-01 (58329)

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL DEPORTE
LA RECREACIÓN LA ACTIVIDAD FÍSICA Y EL
APROVECHAMIENTO DEL TIEMPO LIBRE -
COLDEPORTES

Demandado: FONDO MIXTO PARA LA PROMOCIÓN DEL DEPORTE
Y GESTIÓN SOCIAL

Acción: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (Ley 1437 de
2011)

Temas: LIQUIDACIÓN JUDICIAL – reglas – eventos de aplicación de los precios de mercado / LITIS CONSORCIO EN EL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO - no se predica el litisconsorcio necesario respecto de los contratistas de una de las partes o subcontratistas / CONTRATACIÓN DERIVADA – los valores de la liquidación de los contratos derivados pueden diferir de los que aplican a la liquidación del convenio interadministrativo – CONVENIO INTERADMINISTRATIVO - naturaleza jurídica / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – contratación directa / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – concepto de unidad ejecutora / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONVENIO – improcedencia de la declaratoria oficiosa de la nulidad por cuanto no se violó la Ley 1150 de 2007, vigente para la época en que se celebró el convenio.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 6 de julio de 2016, mediante la cual se dispuso (se transcribe en forma literal):

“PRIMERO: DECLARAR de oficio la nulidad absoluta del convenio marco No. 0367 de 2009 y de cada uno de sus cinco (5) acuerdos específicos celebrado entre COLDEPORTES y el Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y Gestión Social, por haberse celebrado con vulneración de los principios de



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Transparencia, selección objetiva y planeación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"SEGUNDO: DECLARAR que parcialmente las obras desarrolladas por el Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y Gestión Social fueron útiles y beneficiosas para la entidad demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"TERCERO: CONDENAR al Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y Gestión Social a restituir a favor del Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre – COLDEPORTES- la suma de DOS MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES SETESCIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA PESOS CON CUARENTA Y TRES CENTAVOS (\$2.195'771.470,43).

"CUARTO: Para dar cumplimiento al fallo se deberá dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

"QUINTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación.

"SEXTO: Sin condena en costas de esta instancia.

"SÉPTIMO: Por secretaria, compulsar copias de la presente actuación a la Fiscalía General de la Nación, Contraloría General de la Nación (sic), Procuraduría General de la Nación, para que inicien las correspondientes investigaciones con fundamento en los hechos expuestos en esta sentencia en contra de los funcionarios que procedieron a suscribir el Convenio Marco No. 0387 y cada uno de los acuerdos específicos, con los cuales aparentemente se presentó un desfaldo al patrimonio público, en tanto se ejecutaron obras sobre precios superiores a los del mercado y se pagaron obras por doble ocasión.

"OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaria de la Sección, liquídense los gastos del proceso (...)"¹.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

Entre el Instituto Colombiano de Deportes – Coldeportes² y el Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y la Gestión Social³ se celebró el Convenio Marco No. 367 de 2009, el cual tuvo por objeto aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros a

¹ Texto final de la sentencia, aclarado en auto de 17 de agosto de 2016. Folio 616 del cuaderno principal de segunda instancia.

² En adelante se podrá denominar Coldeportes

³ En adelante se podrá denominar el Fondo, o el Fondo Mixto.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

fin de desarrollar y coadyuvar en el fortalecimiento del Centro de Alto Rendimiento en Altura (CAR). Las citadas entidades suscribieron cinco acuerdos específicos que hicieron parte del referido convenio marco.

Al término del convenio, Coldeportes evidenció que la obra no estaba en condiciones de funcionamiento y contrató la asesoría de la Universidad Nacional de Colombia, la que le sirvió como insumo para levantar un informe técnico con base en el cual proyectó el balance financiero de liquidación.

Las partes no lograron un acuerdo de liquidación bilateral, dadas las diferencias en los valores de ejecución y, por ello, Coldeportes presentó demanda para la liquidación judicial del convenio y sus cinco acuerdos específicos.

2. La demanda

Mediante demanda presentada el 11 de septiembre de 2014, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 del CPACA, Coldeportes formuló las siguientes pretensiones contra el Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y la Gestión Social (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

"PRIMERO: Que se liquide el Convenio Marco 0367 del 15 de diciembre de 2009, con sus cinco (5) acuerdos específicos suscrito entre el Departamento Administrativo del Deporte y Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre – COLDEPORTES y el Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y la Gestión Social, que tuvo por objeto el 'Aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros (...) a fin de desarrollar y coadyuvar en el fortalecimiento del Centro de Alto Rendimiento en Altura, encaminado a su consolidación como un complejo deportivo que permita la realización de eventos y campeonatos de talla nacional e internacional del deporte élite'.

"SEGUNDO: Que como consecuencia de la liquidación del Convenio Marco No. 0367 del 15 de diciembre de 2009, con sus cinco (5) acuerdos específicos suscrito entre el Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre – COLDEPORTES – y el Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y la Gestión Social se ordene al Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y la Gestión Social el reintegro a favor del Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre – COLDEPORTES [de] la suma de (...) \$1.649'967.300.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

"TERCERO: El reconocimiento y pago a cargo del Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y la Gestión Social y a favor de Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre – COLDEPORTES, de una indemnización de perjuicios materiales, por concepto del daño emergente, por la suma de (...) \$166'857.245 por concepto de las reparaciones y costos directos e indirectos, que se han generado por deficiente ejecución de las obras que se realizaron dentro del Convenio Marco No. 0367 del 15 de diciembre de 2009, con sus cinco (5) acuerdos específicos (...).

"TERCERA SUBSIDIARIA: En caso de que se demuestre dentro del proceso judicial que la indemnización de perjuicios materiales, por concepto de daño emergente, sea superior a (...) \$166'857.245, se solicita el reconocimiento y pago (...) por la suma superior que se llegue a demostrar en el proceso (...).

"CUARTO: Se condene al demandado al pago de la indexación de los valores previstos en los numerales precedentes del presente acápite.

"QUINTO: Se condene en costas judiciales al Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y la Gestión Social.

"SEXTO: Que se dé cumplimiento a las declaraciones anteriores conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"⁴.

3. Los hechos

Coldeportes narró en su demanda los siguientes hechos:

3.1. El Convenio Marco No. 0367 del 15 de diciembre de 2009, suscrito entre el Instituto Colombiano de Deportes – COLDEPORTES⁵ y el Fondo Mixto para la Promoción del Deporte, tuvo como objeto aunar esfuerzos técnicos administrativos y financieros a fin de *"desarrollar y coadyuvar en el fortalecimiento del Centro de Alto Rendimiento en Altura encaminado a su consolidación como un complejo deportivo"* ubicado en la ciudad de Bogotá.

3.2. De acuerdo con lo que indicó Coldeportes, con el Convenio Marco No. 0367 el Fondo Mixto se obligó a cumplir con sus compromisos de acuerdo con las condiciones técnicas convenidas, responder por la correcta ejecución de los recursos para cada proyecto específico, suscribir los contratos para facilitar la ejecución de las

⁴ Folio 12 del cuaderno 3.

⁵ Mediante el Decreto 4183 de 2011 se convirtió en el Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre y recientemente fue transformado en el Ministerio del Deporte, por virtud de la Ley 1967 de 2019.



861

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

obligaciones previstas en el convenio y reembolsar a Coldeportes los dineros que surgieran en la liquidación.

Por su parte, según la demanda, las obligaciones de Coldeportes consistieron en realizar los estudios de oportunidad de los acuerdos específicos y atender el giro de los recursos a favor del Fondo Mixto para cada uno de los referidos acuerdos específicos.

3.3. Para la ejecución del convenio marco se suscribieron entre las mismas partes cinco acuerdos específicos. En la demanda se detallaron el objeto, las obligaciones y el valor de cada acuerdo específico⁶.

3.4. Según la demanda, el Convenio Marco No. 0367 de 15 de diciembre de 2009 terminó el 14 de diciembre de 2011⁷.

3.5. Terminado el convenio marco, Coldeportes celebró el contrato interadministrativo 404 de 2012 con la Universidad Nacional de Colombia⁸, con el objeto de obtener la asesoría técnica y financiera para la liquidación del Convenio Marco No. 0367 de 2009 y del contrato 390 de 2011, este último también referido al mismo centro de alto rendimiento.

3.6. A pesar de que Coldeportes notificó el proyecto de acta de liquidación bilateral al Fondo Mixto, este fue renuente a aceptarlo, razón por la cual la entidad tuvo que acudir a la demanda para pedir la liquidación judicial del convenio.

3.7. El proyecto de acta de liquidación bilateral elaborado por Coldeportes en relación con el Convenio Marco No. 0367 de 2009 y sus cinco acuerdos específicos, cuantificó lo siguiente:

Total de obras ejecutadas	\$9.627'284.362,24
Saldo a favor del contratista	\$0,00
Saldo en contra del contratista	\$1.649'967.300,76

⁶ Los detalles se indican más adelante en esta providencia.

⁷ Nota fuera del texto: la fecha correcta es 15 de diciembre de 2011.

⁸ En adelante se podrá denominar la Universidad Nacional o simplemente la universidad.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

3.8. Según lo anterior, en criterio de Coldeportes, el Fondo Mixto debe reintegrarle la suma de \$1.649'967.300,76.

3.9. Además, de acuerdo con la información levantada por Coldeportes, en los acuerdos específicos 1, 2 y 5 se deben realizar reparaciones derivadas de una inadecuada e ineficiente ejecución de las obras, por valor de \$166'857.245.

4. Fundamentos de derecho

Coldeportes invocó los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 acerca de la liquidación bilateral y unilateral del contrato y el derecho del interesado a acudir a la liquidación en sede judicial en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 164 del CPACA.

5. Conciliación extrajudicial

Coldeportes formuló solicitud de conciliación extrajudicial el 15 de julio de 2014, la cual resultó fallida⁹.

6. Contestación de la demanda

El Fondo Mixto, al contestar la demanda, aceptó algunos hechos como ciertos, pero se opuso a las pretensiones y, concretamente, rechazó el proyecto de acta de liquidación bilateral por cuanto consideró no reflejaba el valor total de obras ejecutadas, como *–según afirmó–* lo demostraría en el proceso.

El Fondo demandado coadyuvó la prueba documental solicitada en la demanda y la petición del dictamen pericial.

Por otra parte, solicitó en la contestación de la demanda varias pruebas testimoniales y allegó la prueba documental consistente en los acuerdos específicos 1 a 5, los contratos derivados o subcontratos que suscribió en desarrollo de los distintos acuerdos, las actas de entrega de las obras contratadas y las actas de liquidación de

⁹ Folios 287 a 292, cuaderno 2.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre - Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

algunos de los subcontratos adelantados para el desarrollo de los acuerdos específicos¹⁰.

7. Actuación en la primera instancia

7.1. La audiencia inicial se abrió el 7 de septiembre de 2015¹¹, en ella se realizó la fijación del litigio¹² y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

Teniendo en cuenta el alcance de la prueba pericial ordenada, fueron denegados los testimonios del arquitecto William Bastidas, diseñador del proyecto¹³, de los ingenieros Luis Guillermo y Roberto Aycardi, integrantes de la firma Proyectistas Civiles asociados, encargados del proyecto estructural y de Óscar Ramírez, subdirector técnico del Fondo¹⁴.

7.2. La audiencia de pruebas ante el Tribunal *a quo* se inició el 17 de marzo de 2016, en la cual se incorporaron las pruebas documentales, se practicaron algunos de los testimonios decretados, al paso que otros testigos rindieron su declaración ante los jueces administrativos de oralidad, en cumplimiento de los despachos comisorios.

7.3. Dictamen pericial

Mediante dictamen de 16 de febrero de 2016, el perito ingeniero civil, Luis Miguel Contreras Herrera, designado dentro del proceso, presentó las respuestas a los cuestionarios formulados por las partes y por el Despacho conductor del proceso y allegó los anexos correspondientes¹⁵.

¹⁰ Prueba documental relacionada en los folios 35 a 37, cuaderno 3, y cuaderno 7 contentivo de las pruebas del demandado.

¹¹ Folios 87 a 99, cuaderno 3.

¹² El magistrado conductor del proceso reseñó los hechos sobre los que versó el desacuerdo entre las partes, relacionados con la liquidación del convenio marco, la suma de dinero que según Coldeportes se debía reintegrar por parte del Fondo Mixto por concepto de dicha liquidación y por reparaciones a las obras ejecutadas.

¹³ Sin perjuicio de que el arquitecto William Bastidas absolvió un cuestionario escrito que le remitió el perito y se adjuntaron al proyecto los planos del proyecto arquitectónico, cuaderno 10 y el presupuesto y la programación de obra elaborada por el arquitecto Hugo Cardoso C en febrero de 2010, cuaderno 8.

¹⁴ Folios 38 a 51, cuaderno 3.

¹⁵ Folios 194 a 362 del cuaderno 1.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

En escrito de 28 de abril de 2016, el mencionado perito entregó las respuestas a las solicitudes de aclaraciones y adiciones requeridas por las partes¹⁶.

7.4. La audiencia de pruebas concluyó el 13 de mayo de 2016, fecha en la que se recibió el testimonio de Jesús Javier Moreno, representante legal de Limor Construcciones S.A., uno de los contratistas que manifestó haber desarrollado varias de las obras de la fase I y fase II y, por otra parte, en dicha audiencia se recibió el dictamen final del perito¹⁷.

7.5. Las partes presentaron sus alegatos de conclusión el 24 y el 27 de mayo de 2016.

8. Concepto del Ministerio Público

En la primera instancia, el Ministerio Público presentó concepto el 1º de junio de 2016, en el cual solicitó liquidar el Convenio Marco No. 367, con fundamento en la siguiente consideración (se transcribe de forma literal):

"El Ministerio Público estima que se debe ordenar la liquidación del contrato y negar las demás pretensiones de la demanda por cuanto no están presentes los elementos de la responsabilidad de que trata el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, por lo que resulta improcedente imputar la responsabilidad administrativa al Fondo Mixto de Promoción del Deporte y la Gestión Social y se sirve solicitar a la H. Corporación que liquide el Convenio Marco No. 0367 del 16 de diciembre de 2009"¹⁸,

9. La sentencia impugnada

En la sentencia de primera instancia, antes de entrar a estudiar la liquidación del Convenio Marco No. 0367 de 2009, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca advirtió que, en ejercicio del control oficioso de legalidad de los contratos, debía declarar la nulidad absoluta del referido convenio y de los cinco (5) acuerdos específicos identificados en la demanda.

¹⁶ Folios 409 a 453 del cuaderno 1.

¹⁷ Folio 517 y 518 del cuaderno 1.

¹⁸ Folios 563 y 564 del cuaderno 1.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Para ello, en primer lugar, invocó los principios de transparencia, economía y responsabilidad que rigen la función administrativa, consagrados en los artículos 3 y 23 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 209 de la Constitución Política.

En segundo lugar, pasando al caso concreto, el Tribunal *a quo* observó que el artículo 77 del Decreto 066 de 2008¹⁹, vigente para la fecha de suscripción del Convenio Marco No. 0367 de 2009²⁰, únicamente tenía prevista la celebración del convenio interadministrativo por la vía de la contratación directa, siempre y cuando *“las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora”*.

En la sentencia de primera instancia se destacó el contenido de la cláusula segunda del convenio marco en la que se acordó la celebración de acuerdos específicos *-que harían parte del convenio marco-* a través de los cuales se definirían las especificaciones de carácter técnico.

El Tribunal *a quo* se detuvo en relacionar el objeto de cada uno de los cinco acuerdos específicos, que consideró materia de la anulación, reseñando que consistieron en: la construcción de la primera etapa del proyecto de alojamiento para deportistas en el centro de alto rendimiento en altura (proyecto específico 1); construcción de la segunda etapa del mismo proyecto (proyecto específico 2); elaboración de planos, mantenimiento y adecuación (proyecto específico 3); el mantenimiento y adecuación del sistema hidráulico, área de caldera, redes hidrosanitarias, camerinos y áreas adyacentes (proyecto específico 4) y la construcción de la tercera etapa del proyecto y áreas adyacentes (proyecto específico 5).

¹⁹ *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva y se dictan otras disposiciones”*.

²⁰ El Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en un error al citar el artículo 77 del Decreto 066 de 2008 como aplicable al presente caso, toda vez que esa norma fue derogada por el Decreto 2474 expedido el 7 de julio de 2008; sin embargo, se resalta que este último decreto consagró en su artículo 78 una disposición similar a la que contenía el artículo 77 del Decreto 066 de 2008, sobre la viabilidad de la contratación directa en el caso de los convenios interadministrativos, a cuyo tenor:

*“Artículo 78. Contratos interadministrativos. Las entidades señaladas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 **celebrarán directamente contratos entre ellas, siempre que las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora.** Cuando fuere del caso y de conformidad con lo dispuesto por las normas orgánicas de presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal”* (se destaca).



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

El Tribunal *a quo* agregó que el Convenio Marco 0367 de 2009 se apoyó en la supuesta experiencia técnica y administrativa con la que contaba el Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y Gestión, pero observó que en el proceso no obra prueba alguna que acreditara la existencia de estudios previos que hubieran soportado esa afirmación, ni existió un proceso previo que permitiera la comparación de ofrecimientos para determinar que el convenio interadministrativo resultaba más favorable que una licitación pública para desarrollar la construcción de un hotel o edificio de alojamiento para los deportistas.

El Tribunal *a quo* concluyó que la suscripción del Convenio Marco No. 0367 y *“especialmente cada uno de sus acuerdos específicos vulnera claramente el principio de transparencia consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993”*²¹.

La sentencia de primera instancia observó que el Convenio Marco No. 0367 de 2009 fue desarrollado de manera fraccionada, toda vez que cada fase se adelantó a través de un acuerdo específico que se desarrolló con distintas sociedades y o personas naturales, lo que llevó a que se presentaran *“sobre costos, dobles pagos y defectos en la construcción de la obra”*, según se acreditó con fundamento en el informe de la Universidad Nacional allegado al plenario, lo que se agravó en cuanto algunas de sus etapas eran condición para la fase IV que se efectuaba en virtud del contrato 390 de 2009.

Por lo anterior, el Tribunal *a quo* encontró evidente la vulneración del principio de planeación en la contratación estatal y reprochó la conducta de Coldeportes por cuanto *“claramente para la ejecución de las obras esta ha debido proceder mejor a realizar una licitación pública”*²².

Finalmente, transcribió los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 1.740 a 1.742 del Código Civil, contentivos del régimen legal de la nulidad absoluta del contrato y citó algunos apartes de las sentencias de la subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado²³, todo ello para concluir acerca de la flagrante violación de los principios de transparencia, selección objetiva y planeación

²¹ Folio 589 del cuaderno principal segunda instancia.

²² Folio 588 del cuaderno principal segunda instancia.

²³ El Tribunal *a quo* citó las siguientes sentencias de la Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa: expediente 22471, sentencia de 28 de marzo de 2012; expediente 26637, sentencia de junio 13 de 2013.



864

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

en los que se soportó el Tribunal *a quo* para declarar de manera oficiosa la nulidad absoluta del Convenio Marco No. 0367 y de sus cinco acuerdos específicos.

En ese escenario, el Tribunal *a quo* entró a cuantificar las prestaciones a reconocer por las “sumas de dinero en que incurrió el Fondo Mixto”, pero “solo en el monto que hubiere obtenido beneficio” para la comunidad.

Detalló el contenido del informe de la Universidad Nacional acerca de las irregularidades y obras no ejecutadas y se fundó en el informe técnico suscrito por la arquitecta Carolina Aguilera López, perteneciente al grupo interno de infraestructura de Coldeportes, sobre los valores no ejecutados, el cual reseñó como elaborado, partiendo de las actas finales que fueron entregadas por el Fondo Mixto sobre cada uno de los contratos.

Con fundamento en el análisis de esas pruebas, el Tribunal *a quo* estableció:

“Por tanto, habrá de tenerse como cierto los valores reclamados por la entidad demandante, en tanto realizada la comparación de cada una de las obras ejecutadas por el Fondo Mixto para la promoción del Deporte y la Gestión Social, encontró las irregularidades que se pusieron de presente y que ascienden a la suma de \$1.649'667.300”²⁴.

Luego, el Tribunal *a quo* procedió a actualizar la suma citada hasta diciembre de 2011 y arribó al valor de \$2.195'771.470,43, por el que impuso la condena a la parte demandada, es decir al Fondo Mixto.

Por último, teniendo en cuenta el “*inadecuado control sobre la ejecución del convenio marco 0367 de 2009*” por los funcionarios de ambas partes, el Tribunal *a quo* ordenó remitir copias a la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación.

10. El recurso de apelación

El Fondo Mixto presentó recurso de apelación en el que se opuso a la declaratoria de nulidad absoluta del Convenio Marco No. 0367 de 2009 y a la condena que le fue impuesta en la sentencia de primera instancia.

²⁴ Folio 592 del cuaderno principal segunda instancia.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Explicó que en el expediente obra el contrato de consultoría 0149 de 2009 suscrito entre Coldeportes y el arquitecto William Armando Bastidas Russi, en el que consta que el referido arquitecto fue el ganador del concurso nacional de arquitectura, conforme al cual se desarrolló el proyecto para la construcción del edificio del Centro de Alto Rendimiento de Altura (CAR), ubicado en Bogotá, etapa en la cual, según destacó el apelante, el Fondo Mixto no tuvo injerencia alguna.

Agregó que el Fondo Mixto presentó a Coldeportes una propuesta para contratar el "servicio de gerencia", requerido para la edificación destinada al alojamiento de los deportistas, que se encontraba pendiente de desarrollar, de conformidad con el proyecto de construcción aprobado por Coldeportes.

Alegó que el régimen jurídico del citado Fondo es el de una asociación sin ánimo de lucro de carácter mixto y destacó que, por ello, se rigió por el derecho privado para efectos de su contratación.

Afirmó que el convenio marco se desarrolló al amparo del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 que permitió el convenio interadministrativo "*siempre que las obligaciones derivadas del convenio tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalada en la ley o en sus reglamentos*".

Invocó el artículo 4 de sus estatutos, de acuerdo con el cual tiene dentro de los objetos permitidos "*ejecutar, desarrollar, fomentar o financiar programas, proyectos de obras civiles de beneficio social y/o obras para el desarrollo del deporte*".

Reiteró que el Convenio Marco No. 0367 de 2009 se correspondió con un contrato de gerencia técnica.

Reseñó que la celebración del citado convenio se fundó en estudios de necesidad y conveniencia que no fueron objeto de debate procesal, aspecto que el Tribunal *a quo* pasó por alto al declarar la nulidad absoluta de manera oficiosa.

Por ello, solicitó al Consejo de Estado decretar las pruebas específicas relacionadas con los estudios previos, en orden a demostrar el cumplimiento de los principios de planeación, legalidad y selección objetiva que el Tribunal *a quo* imputó como vulnerados.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

De la misma forma, pidió decretar como prueba el registro Único de Proponentes del Fondo Mixto Para la Promoción del Deporte y la Gestión Social²⁵, en orden a demostrar su idoneidad y capacidad para la contratación.

Igualmente, allegó un cuadro contentivo del "resumen de liquidación financiera" en el que calculó como resultante de la ejecución del Convenio Marco No. 0367 y de sus cinco acuerdos específicos, un saldo a favor del Fondo por la suma de \$135'239.100²⁶.

Argumentó que el Tribunal *a quo* no realizó el análisis de la ejecución de los acuerdos específicos desarrollados al amparo del convenio marco, ni de los informes de liquidación que suscribieron conjuntamente las firmas constructoras y los interventores, que fueron contratados por el Fondo.

Advirtió que "transcribir no es analizar"²⁷ y que el Tribunal *a quo* ha debido considerar cada uno de los documentos entregados por el Fondo y recibidos por Coldeportes, respecto de los cuales destacó que esa entidad no presentó objeción o salvedad alguna.

Reiteró que el informe de la Universidad Nacional de Colombia no fue objeto de contradicción dentro de la etapa de liquidación *-en violación del artículo 29 de la Constitución Política-* y que solo le fue remitido el 19 de mayo de 2014, al paso que, según afirmó, el Fondo había presentado el proyecto de acta de liquidación bilateral desde el 4 de abril de 2014.

Igualmente, argumentó que se omitió analizar la prueba testimonial solicitada por la parte demandada, particularmente, lo declarado por la arquitecta Carolina Aguilera, quien aceptó que la Universidad Nacional solo realizó un trabajo aleatorio.

Se refirió en detalle al informe que obtuvo Coldeportes a través del contrato interadministrativo 404 de 2012 celebrado con la Universidad Nacional.

En cuanto al análisis de la evaluación técnica, reseñó los apartes en que la Universidad Nacional expuso las dificultades que tuvo para evaluar ese convenio,

²⁵ Folio 668 del cuaderno de segunda instancia.

²⁶ Folio 738 del cuaderno de segunda instancia.

²⁷ Folio 640 del cuaderno de segunda instancia.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

dado que Coldeportes no le suministró memorias completas de cada una de las fases y destacó las restricciones y defectos del presupuesto base que levantó Coldeportes para el desarrollo del proyecto y las dificultades para analizar la ejecución de cada uno de los ítems de obra, según lo advirtió la referida universidad.

El apelante se preguntó ¿cómo pudo el Tribunal *a quo* concluir que se presentaron sobre costos, dobles pagos y defectos de construcción, con base en un informe que se fundó en datos aleatorios?

Resaltó que el perito advirtió que en el informe de la Universidad Nacional solo “*hay certeza parcial de los hallazgos*”.

Por todo lo anterior, se opuso a la condena impuesta al Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y Gestión.

Finalmente, concluyó que el Tribunal *a quo* faltó a su deber de apreciación integral de las pruebas y violó los artículos 164 y 176 del CGP.

11. Otras actuaciones

El Fondo Mixto presentó solicitudes de aclaración y adición de la sentencia de primera instancia, las cuales le fueron negadas a través del auto de 17 de agosto de 2016²⁸.

El 25 de octubre de 2016 se adelantó la audiencia de conciliación judicial que se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio²⁹.

Mediante auto de 6 de febrero de 2017, el Consejo de Estado admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante³⁰. El procurador delegado se notificó del citado auto, en forma personal, el 23 de marzo de 2017.

En auto de 22 de mayo de 2017 se denegó la “*solicitud probatoria*”³¹ elevada por la parte demandante para incorporar al proceso el certificado del registro único de

²⁸ Folio 613 a 616 del cuaderno de segunda instancia.

²⁹ Folio 750 y 751 del cuaderno principal segunda instancia.

³⁰ Folio 764 del cuaderno 1.

³¹ Folios 774 y 775 del cuaderno 1.



866

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

proponentes, algunos antecedentes de los convenios específicos 2 y 3 y el proyecto de liquidación financiera del convenio marco elaborado por el Fondo Mixto.

Una vez se surtió el traslado, las partes presentaron sus alegatos.

En auto de 7 de noviembre de 2017 se declaró fundado el impedimento del procurador cuarto delegado ante el Consejo de Estado³² y, según consta en el expediente, la Procuraduría asignó el asunto a la procuradora quinta delegada.

El Ministerio Público no emitió concepto en segunda instancia.

12. Alegatos en segunda instancia

12.1. Coldeportes argumentó que las pretensiones del apelante resultaban contradictorias, dado que *“la liquidación judicial, no es una actuación judicial definitiva de la Litis”, sino “meramente instrumento para la definición de una relación comercial”,* amén de que no puede ser rogada a través del recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia.

Por otra parte, se opuso a las pruebas solicitadas por el Fondo Mixto en su apelación y manifestó que al haber sido rechazadas en la providencia que negó la adición de la sentencia, era inviable que se consideraran como argumentos del recurso de apelación.

Sobre los motivos de inconformidad expuestos contra la decisión judicial, Coldeportes afirmó que el Fondo Mixto, en su apelación, no identificó las pruebas que habrían demostrado sus afirmaciones y solo realizó una argumentación general.

Agregó que, aunque el apelante afirmó que las actas de entrega no fueron tenidas en cuenta, omitió realizar la identificación y valoración de los documentos que soportaban el recurso. En cuanto al cargo respecto del artículo 286 del CGP, rechazó que el Tribunal *a quo* se hubiera *“hecho la vista gorda ante esos documentos”*³³.

Aclaró que la nulidad oficiosa no guardó relación con los documentos posteriores a la celebración del convenio y que los contratos y actas que se suscribieron en la

³² Folios 837 a 839 del cuaderno 1.

³³ Folio 786 del cuaderno principal segunda instancia.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

ejecución del convenio no fueron elementos para juzgar la nulidad absoluta del convenio interadministrativo.

Se opuso a las imputaciones sobre el informe de la Universidad Nacional y advirtió que dentro del recurso de apelación no puede juzgarse el trámite seguido para definir el alcance del convenio celebrado con esa universidad.

Como conclusión, Coldeportes resaltó que el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia no debe prosperar.

12.2. El Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y la Gestión Social, al presentar su alegato de conclusión, reiteró los argumentos de su recurso de apelación y enumeró las pruebas que, en su criterio, no fueron analizadas respecto de cada uno de los cinco convenios específicos, se refirió a las actas de entrega y de liquidación de los subcontratos de obra de los distintos acuerdos.

Insistió en que se revoque la sentencia de primera instancia y se liquiden el convenio marco y los convenios específicos.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** oportunidad en la presentación de la demanda; **3)** legitimación pasiva – no es necesaria la integración de los subcontratistas en el extremo demandado; **4)** análisis de las pruebas requeridas para la liquidación judicial del convenio; **5)** el caso concreto; **6)** actualización de la condena y **7)** remisión de copias y **8)** costas.

En el caso concreto se analizarán: **5.1)** la naturaleza jurídica del Convenio Marco No. 00367 de 2009 y la improcedencia de la declaración oficiosa de su nulidad absoluta; **5.2)** las reglas de liquidación del convenio y **5.3)** la pretensión de pago de reparaciones de obra pendientes.

1. Jurisdicción y competencia

1.1. Jurisdicción



867

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

La demanda se presentó el 11 de septiembre de 2014 de acuerdo con el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, referido a la competencia de esta jurisdicción para conocer de "las controversias y litigios originados en (...) contratos (...) en los que estén involucrados las entidades públicas".

De conformidad con la norma citada, teniendo en cuenta que en este caso Coldeportes es una entidad pública³⁴, se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para resolver el presente litigio.

1.2. Competencia por razón de la cuantía

El Consejo de Estado es competente para conocer de este asunto en razón de la cuantía, según lo dispuesto en los artículos 150, 152 y 157 del CPACA, dado que la pretensión mayor ascendió a la suma de \$1.649'967.300³⁵, valor que excede la cuantía de 500 SMMLV³⁶ fijada en el numeral 5 del artículo 152 del CPACA³⁷, para que un proceso contractual tenga vocación de doble instancia.

³⁴ El Instituto Colombiano del Deporte – Coldeportes era un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Cultura, según el artículo 24 del Decreto 1746 de 2003, creado mediante Decreto 2743 de 1968, organizado de conformidad con la Ley 181 de 1995. Mediante el Decreto 215 de 2000 "Por el cual se modifica la estructura del Instituto Colombiano del Deporte, Coldeportes, y se dictan otras disposiciones" se le asignó a la subdirección técnica del Sistema Nacional y de Proyectos Especiales, la función de: Artículo 6. (...) 8. Promover y coordinar los Centros de Alto Rendimiento Deportivo en compañía de los institutos departamentales, distritales y organismos privados y ejercer sobre éstos el control de gestión pertinente" (información tomada del folio 11, cuaderno 13). Mediante el Decreto 4831 de 2011, se transformó el establecimiento público Instituto Colombiano del Deporte, COLDEPORTES, en Departamento Administrativo, "el cual se denominará Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre, COLDEPORTES, como organismo principal de la administración pública, del nivel central, rector del sector y del Sistema Nacional del Deporte".

³⁵ Folio 12 vuelto del cuaderno 3.

³⁶ El salario mínimo a la fecha de presentación de la demanda (año 2014) era \$616.027, de manera que la cuantía de 500 SMMLV aplicable en este proceso se fijó en \$308'013.500.

³⁷ "Artículo 150 CPACA. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. 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 (...). // Artículo 152 CPACA. Competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia. los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.// Artículo 157 CPACA. Competencia por razón de la cuantía. Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ello pueda considerarse la



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

2. Oportunidad en la presentación de la demanda

Teniendo en cuenta que para la *fecha en que empezó a correr el término* para la caducidad de la acción orientada a definir la liquidación del Convenio Marco No. 0367 de 2009³⁸ no estaba vigente la Ley 1437 de 2011, contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–, que empezó a regir el 2 de julio de 2012, se tiene presente que, en este caso, para establecer la oportunidad de la demanda aplica el artículo 136 del CCA, norma que al igual que el artículo 164 del CPACA, determina la caducidad de la acción respecto de las controversias originadas en contratos sometidos a liquidación en un plazo de dos años contado a partir del vencimiento de los términos para liquidarlo³⁹.

Para efectos del cómputo, se tiene en cuenta que en la cláusula cuarta del convenio marco 367 suscrito el 15 de diciembre de 2009 se estableció una duración de dos años y en su cláusula décima cuarta se acordó un plazo de seis meses “*siguientes a la terminación*” para realizar la liquidación⁴⁰.

En el citado convenio no se hizo referencia a la liquidación unilateral, no obstante lo cual se tiene en cuenta que el término de dos meses para la liquidación unilateral se incluye para los efectos del cómputo de la caducidad, en tanto el convenio se rigió por la Ley 80 de 1993, en atención a la naturaleza pública de Coldeportes.

estimación de los perjuicios morales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen. (...) Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor. (...) La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella (...)”.

³⁸ El plazo de ejecución del convenio terminó el 15 de agosto de 2011, el plazo para realizar la liquidación bilateral fue de 6 meses, hasta el 16 de febrero de 2012, siguiendo lo previsto en la cláusula cuarta del convenio, y el plazo para la liquidación unilateral corrió por dos meses, es decir, hasta el 18 de abril de 2012, lo cual indica que el término de caducidad empezó a correr en vigencia del artículo 136 del CCA.

³⁹ Artículo 136 del CCA (...) “d) *En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los 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 de liquidar*”.

⁴⁰ Folios 23 a 27 del cuaderno de pruebas.



868

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

De esta forma, se establece que el Convenio Marco No. 367 de 2009 terminó el 15 de diciembre de 2011⁴¹, los seis meses para la liquidación bilateral vencieron el 16 de junio de 2012⁴², los dos meses para la liquidación unilateral transcurrieron hasta el 17 de agosto de 2012 y, a partir de esa fecha, se cuentan los dos años fijados para la ocurrencia de la caducidad, que corrió hasta el 18 de agosto de 2014.

Sin embargo, faltando 33 días para la ocurrencia de la caducidad, Coldeportes presentó la solicitud de conciliación extrajudicial el 15 de julio de 2014 y, según se acreditó en el proceso, dicha diligencia se llevó a cabo el 9 de septiembre de 2014⁴³, de conformidad con el acta que obra en el expediente. Con fundamento en lo anterior se establece que el término de caducidad estuvo suspendido⁴⁴ durante el lapso transcurrido entre las fechas citadas y volvió a correr el 10 de septiembre de 2014, hasta el 13 de octubre de 2014.

Toda vez que la demanda se presentó, en forma oportuna, el 11 de septiembre de 2014, se corrobora que en el presente caso no ocurrió la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

Finalmente, se indica que la postura se corresponde con la providencia de unificación⁴⁵ acerca del término para interponer la demanda⁴⁶, teniendo en cuenta

⁴¹ En la demanda se dice que el convenio 0367 terminó el 14 de diciembre de 2011; no obstante, el plazo cuenta desde el día de la firma del contrato a falta de otro acuerdo.

⁴² En la sentencia de primera instancia se establece el 14 de junio, no obstante, en esta providencia se tiene en cuenta que los plazos fijados en para el cómputo de la caducidad no se traslapan.

⁴³ Folios 287 a 292, cuaderno 2.

⁴⁴ Ley 640 de 2001. "Artículo 21. *Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 20. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.*"

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas, auto de 1º de agosto de 2019, referencia: controversias contractuales, radicación: 05001-23-33-000-2018-00342-01 (62009), demandante: Consorcio Estación 2013, demandado: Metroplus S.A.

⁴⁶ "La Sala unifica el criterio que ha de ser observado para el **conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales en tales casos, para indicar que éste debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta o de la ejecutoria del acto de liquidación del contrato, conforme al ap. iii del literal j. del numeral 2 del artículo 164 del CPACA; y de precisar que, en consecuencia, el apartado v) del literal j del mismo numeral solo se deberá aplicar cuando al momento de interponerse la demanda, el operador judicial encuentre que no hubo liquidación contractual alguna**" (la negrilla no es del texto).



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

que el litigio se ubica en el supuesto de ausencia de liquidación contractual del Convenio Marco No. 367 de 2009, aunque la norma aplicable al presente caso es el artículo 136 del CCA, que fue sustituida con contenido similar en el artículo 164 del CPACA.

3. Legitimación pasiva – no es necesaria la integración de los subcontratistas en el extremo demandado

La figura del litisconsorcio necesario se encuentra prevista en el primer párrafo del artículo 61 del Código General del Proceso, en los siguientes términos:

“Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado. (...)”.

De acuerdo con la disposición citada, el litisconsorcio necesario hace referencia a *“la existencia de uno o varios sujetos que tienen un vínculo inescindible con la relación de derecho sustancial que es objeto de debate en el proceso, al punto que su comparecencia resulta necesaria para que pueda proferirse decisión de fondo”*⁴⁷.

En el caso del convenio interadministrativo en el que una de las partes realiza de manera independiente la contratación derivada, no resulta imperativo vincular a los contratistas de esa parte *-que genéricamente se pueden denominar subcontratistas-* en cuanto se trate de un proceso a través del cual se ventilen las diferencias entre las partes del convenio, sin perjuicio de advertir que las pruebas de los subcontratos o la declaración de los subcontratistas pueden resultar idóneas para solucionar el conflicto.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera Ponente: María Adriana Marín, auto de 3 de septiembre de 2019, radicación: 50001-23-33-000-2015-00042-01(61975), actor: Instituto Nacional de Vías – Invias, demandado: departamento del Guaviare, referencia: medio de control de controversias contractuales (auto).



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Por ello, se verifica que en el presente caso se encuentra debidamente integrado el extremo pasivo del litigio, teniendo en cuenta que la cuestión objeto de la demanda versa sobre la liquidación del Convenio Marco No. 367 celebrado entre Coldeportes y el Fondo Mixto y, se reafirma lo anterior, dado que Coldeportes no estableció una relación jurídica con los contratistas del Fondo Mixto.

4. Análisis de las pruebas requeridas para la liquidación judicial del convenio

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación se fundó en las supuestas falencias de la valoración de las pruebas, a continuación, se relacionan y analizan las allegadas al plenario:

4.1. En los documentos allegados al proceso se acreditaron los estatutos y el certificado de existencia y representación del Fondo Mixto para la Promoción del Deporte⁴⁸, de acuerdo con los cuales se establece que fue constituido entre la Gobernación del Valle del Cauca y otros aportantes⁴⁹, el 17 de junio de 1993, con personería jurídica otorgada por la Gobernación del Valle del Cauca mediante Resolución 282 de 28 de junio de 1993, inscrito en la Cámara de Comercio de Cali el 25 de agosto de 1997, como una asociación de naturaleza civil⁵⁰.

De conformidad con los estatutos allegados al proceso, según la reforma discutida en asamblea ordinaria de febrero de 2009⁵¹ y el certificado expedido por la Cámara de Comercio, el Fondo es una asociación de carácter mixto⁵² que se constituyó como entidad sin ánimo de lucro para hacer parte del Sistema Nacional del Deporte, de acuerdo con el artículo 50 de la Ley 181 de 1995⁵³. El objeto del Fondo Mixto es el siguiente (se transcribe de forma literal):

⁴⁸ Mediante acta del 27 de octubre de 2009, cambió su nombre a: *Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y la Gestión Social*, según consta en el certificado obrante en los folios 3 a 7 del cuaderno 2.

⁴⁹ En el acta de 17 de junio de 1993 figuran como fundadores; además de la Gobernación del Valle del Cauca, la Fundación Sarmiento Palau, Holguines S.A, Corporación para la Recreación Popular y varias personas naturales.

⁵⁰ Certificado expedido el 18 de junio de 2014, folios 3 a 7 del cuaderno 2.

⁵¹ Según el documento obrante en el proceso; sin embargo, en el Certificado de la Cámara de Comercio se registró la reforma aprobada en asamblea el 27 de octubre de 2009.

⁵² De acuerdo con los estudios de oportunidad y conveniencia de los acuerdos específicos, se reseñó que el Fondo Mixto para la Promoción del Deporte, era una "entidad oficial de segundo orden, descentralizada e indirecta por servicios, destinada a la promoción y financiación del deporte". Folio 198 del cuaderno 13.

⁵³ "Artículo 50. *Hacen parte del Sistema Nacional del Deporte, el Ministerio de Educación Nacional, el Instituto Colombiano del Deporte, Coldeportes, los entes departamentales, municipales y*



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

"El objeto principal es ejecutar, desarrollar, fomentar o financiar programas, proyectos de obras civiles en beneficio social y obras para el desarrollo del deporte, las artes, la recreación, la educación física y otras áreas de promoción del bienestar, físico y mental de los ciudadanos (...).

"En desarrollo de lo anterior podrá realizar entre otras las siguientes actividades:

"a. Facilitar la contratación estatal para programas deportivos y obras de infraestructura vinculadas o que contengan áreas deportivas (...).

"b. Celebrar convenios interadministrativos y contratos para la adquisición de todo tipo de dotaciones relacionadas con el beneficio especial de la juventud y la niñez.

"c. Celebrar todo tipo de convenios interadministrativos y contratos para efectuar interventorías, **auditorías, supervisiones, inspecciones y servicios de asistencia técnica integral** en asuntos relacionados con el objeto social del Fondo Mixto (...)" (la negrilla no es del texto)⁵⁴.

4.2. Igualmente, se allegó al proceso el Convenio Marco No. 0367, suscrito el 15 de diciembre de 2009 entre el Instituto Colombiano del Deporte – Coldeportes- y el Fondo Mixto para la Promoción del Deporte⁵⁵, en el cual se acordó el siguiente objeto (se transcribe de forma literal):

"CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO. Aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros entre el Instituto Colombiano del Deporte – COLDEPORTES y el FONDO MIXTO PARA LA PROMOCIÓN DEL DEPORTE, a fin de desarrollar y coadyuvar el fortalecimiento del Centro de Alto Rendimiento en Altura, encaminado a su consolidación como un complejo deportivo que permita la realización de eventos y campeonatos de talla nacional e internacional del deporte élite.

"CLÁUSULA SEGUNDA. CONVENIOS ESPECÍFICOS. Las partes aceptan que este convenio de asociación corresponde a un acuerdo marco, en el cual se plasmarán, entre otros los parámetros y condiciones generales del objeto cuyos requerimientos se concretarán en cada uno de los convenios específicos para atender las expectativas y los propósitos de COLDEPORTES, de conformidad con los estudios de oportunidad que en su momento formule COLDEPORTES y lo ofrecido por el FONDO MIXTO,

distritales que ejerzan las funciones de fomento, desarrollo y práctica del deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, los organismos privados, las entidades mixtas, así como todas aquellas entidades públicas y privadas de otros sectores sociales y económicos en los aspectos que se relacionen directamente con estas actividades".

⁵⁴ Las actividades destacadas en negrilla no se encuentran en los estatutos allegados al proceso, pero aparecen en el certificado de la Cámara del Comercio, al parecer, tomadas de la reforma de estatutos aprobada el 27 de octubre de 2009. Folio 3 del cuaderno 2.

⁵⁵ Aunque para la fecha de firma del Convenio 0367 se había modificado el nombre al del Fondo Mixto para la Promoción Social y el Deporte mediante la reforma estatutaria registrada el 4 de noviembre de 2009, tal modificación no se tuvo en cuenta al citar el nombre de la entidad en el texto del Convenio Marco No. 0367.



870

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

convenios que deberán ser suscritos por las partes, **y formarán parte integral del presente convenio marco**. Cada convenio específico deberá contener las especificaciones técnicas, detalles e ilustraciones, valor, forma de pago, anexos que incorporen las condiciones técnicas y de ejecución de garantías en caso de ser necesario, certificado de disponibilidad presupuestal que ampare la respectiva contratación” (la negrilla no es del texto).

En la cláusula tercera del mismo documento se indicó que, por tratarse de un convenio marco, se suscribía sin cuantía, sin perjuicio de advertir que en los convenios específicos se indicarían las disponibilidades presupuestales, “para lo cual COLDEPORTES realizará el giro de los recursos directamente al FONDO MIXTO PARA LA PROMOCIÓN Y EL DEPORTE, quien se responsabiliza de su correcta ejecución”⁵⁶.

Acerca del procedimiento de liquidación, de acuerdo con la cláusula décima cuarta del Convenio Marco No. 0367 de 2009 se dispuso (se transcribe de forma literal):

“CLAUSULA DÉCIMA CUARTA – LIQUIDACIÓN: Una vez terminado el presente convenio marco, las partes llevarán a cabo la liquidación del mismo, mediante acta firmada por los representantes legales de las partes que lo suscriben, dentro de los seis meses siguientes a su terminación”.⁵⁷

En el análisis del caso concreto, la Sala se pronunciará sobre la naturaleza jurídica del Convenio Marco No. 0367 de 2009 y la ley aplicable a su celebración y ejecución

4.3. El clausulado de los acuerdos específicos

Se encuentran probados en el expediente los siguientes acuerdos específicos suscritos entre Coldeportes y el Fondo Mixto, los cuales hicieron parte integrante del Convenio Marco No. 0367 de 2009:

4.3.1. “ACUERDO ESPECÍFICO No. 001 DEL CONVENIO MARCO No. 0367”, suscrito el 21 de diciembre de 2009, por valor de \$3.608'427.663, para el proyecto denominado “Primera Etapa de alojamiento para deportistas en el Centro de Alto rendimiento y Altura, de conformidad con los diseños y estudios previos, la

⁵⁶ Folio 28 vuelto del cuaderno 2.

⁵⁷ Folio 26 del cuaderno 2.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

propuesta presentada por el FONDO MIXTO (...). Obra en el expediente la adición de valor a la suma de \$5.159'778.996.

El alcance del acuerdo No. 001 fue: 1. La "construcción de la primera etapa" de acuerdo con los "ítems, cantidades y especificaciones técnicas de las obras a ejecutar" y 2. La "interventoría técnica, administrativa y financiera de las obras de construcción"⁵⁸.

Dentro de las obligaciones del Fondo se pueden destacar las siguientes (se transcribe de forma literal):

"(...) 4) Coordinar y gestionar todo el proceso de ejecución del proyecto que soporte el objeto del presente estudio en todas sus etapas, incluida la interventoría, una vez haya sido expedida la licencia de construcción (...), 7) Ejecutar los recursos en el desarrollo del proyecto objeto de estudio, 8) Desarrollar el proyecto con sujeción a las normas técnicas de construcción vigentes, de conformidad con los diseños arquitectónicos, diseños técnicos, especificaciones técnicas de construcción, programación y presupuestos entregados por Coldeportes (...), 13) Constituir a favor del Instituto Colombiano del Deporte COLDEPORTES una garantía única para asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas (...) 18) Exigir a los contratistas tanto de obra como de interventoría, en el contrato que se suscriba para cumplir el objeto, las garantías inherentes al mismo (...), 20) Suscribir , conjuntamente, con Coldeportes las actas de inicio y liquidación del acuerdo (...)"⁵⁹.

4.3.2. "ACUERDO ESPECÍFICO No. 002 DEL CONVENIO MARCO No. 0367", suscrito el 30 de julio de 2010, por valor de \$1.500'000.000 para el proyecto denominado "Segunda Etapa de alojamiento para deportistas en el en el Centro de Alto Rendimiento de Altura, de conformidad con los diseños y estudios previos, la propuesta presentada por el FONDO MIXTO (...)".

De conformidad con el acuerdo 2, el alcance del proyecto fue: 1. La "construcción de la segunda etapa" de acuerdo con documento anexo en el cual se relacionan los "ítems, cantidades y especificaciones técnicas de las obras a ejecutar" y 2. La "interventoría técnica, administrativa y financiera de las obras de construcción"⁶⁰.

⁵⁸ Folio 79, del cuaderno 2.

⁵⁹ Folio 81 del cuaderno 2.

⁶⁰ Folio 79 del cuaderno de anexos.



871

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Las obligaciones del Fondo se pactaron en forma similar a lo ya indicado para el acuerdo específico No. 1, pero sin referirse a la licencia de construcción.

4.3.3. "ACUERDO ESPECÍFICO No. 003 DEL CONVENIO MARCO No. 0367", suscrito el 2 de agosto de 2010, por valor de \$853'300.000 para el proyecto denominado *"implementación, mantenimiento y adecuación del Centro de Alto Rendimiento en Altura, de conformidad con la propuesta presentada por el FONDO MIXTO (...)"*.

Este proyecto tuvo por objeto 1. La *"implementación, mantenimiento y adecuación del Centro de Alto Rendimiento en Altura"* de acuerdo con los *"ítems, cantidades y especificaciones técnicas de las obras y actividades a ejecutar"* y 2. La *"interventoría técnica, administrativa y financiera de las actividades relacionadas anteriormente"*⁶¹.

Dentro de las obligaciones del Fondo en el acuerdo específico No. 3, se pueden destacar las siguientes (se transcribe de forma literal):

*"(...) 4) Coordinar y gestionar todo el proceso de ejecución de las actividades de mantenimiento e implementación que soporta el objeto del presente acuerdo, incluida la interventoría (...), 7) Ejecutar los recursos en el desarrollo de las actividades de mantenimiento e implementación del objeto del Acuerdo, 8) Desarrollar las diferentes actividades con sujeción a las normas técnicas vigentes, (...), 13) Constituir a favor del Instituto Colombiano del Deporte COLDEPORTES una garantía única para asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas (...) 18) Exigir a los contratistas de mantenimientos, de obras y de interventoría, en el contrato que se suscriba para cumplir el objeto, las garantías inherentes al mismo (...), 20) Suscribir, conjuntamente, con COLDEPORTES las actas de iniciación y liquidación del acuerdo (...)"*⁶².

4.3.4. "ACUERDO ESPECÍFICO No. 004 DEL CONVENIO MARCO No. 0367", suscrito el 23 de diciembre de 2010, por valor de \$1.045'000.000 para el proyecto denominado *"ejecución de la segunda fase de actividades de actualización, mantenimiento, adecuación y desarrollo de la infraestructura física y tecnológica del Centro de Alto Rendimiento en Altura, de conformidad con la propuesta presentada por el FONDO MIXTO (...)"*⁶³.

⁶¹ Folio 53 del cuaderno de anexos.

⁶² Folio 54 del cuaderno de anexos.

⁶³ Folio 62 del cuaderno 2.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

El alcance del acuerdo específico No. 4 consistió en: **1. a)** mantenimiento y adecuación del sistema hidráulico y área de caldera; **b)** construcción y adecuación de las redes hidrosanitarias; **c)** mantenimiento y adecuación de las unidades sanitarias, camerinos y áreas adyacentes del CAR; **d)** suministro y actualización de los escenarios deportivos (...); **e)** instalación e implementación del sistema tecnológico y de comunicaciones; **f)** diagnóstico, mantenimiento y adecuación del sistema de piscinas del CAR; **g)** diagnóstico y mantenimiento preventivo del CAR; **h)** mantenimiento y adecuación de las instalaciones del centro de servicios biomédicos; **i)** diseño y construcción de bodegas de almacenamiento; **j)** mantenimiento y conservación de las zonas verdes, campos deportivos y áreas de jardín. **2.** La *"interventoría técnica, administrativa y financiera de las actividades relacionadas anteriormente"*⁶⁴.

Las obligaciones del Fondo se pactaron en forma similar a lo previsto en el acuerdo específico 3.

4.3.5. *"ACUERDO ESPECÍFICO No. 005 DEL CONVENIO MARCO No. 0367"*, suscrito el 1º de abril de 2011, por valor de \$2.100'000.000 para el proyecto denominado *"Tercera etapa del alojamiento para deportistas en el centro de Alto Rendimiento en Altura, de conformidad con los diseños, estudios previos y la propuesta presentada por el FONDO MIXTO (...)"*⁶⁵.

El alcance de este proyecto consistió en: **1.** *"Construcción de la tercera etapa"* del proyecto de alojamiento, la cual contempló las actividades de: terminación de las obras del sótano del edificio, cerramiento total de la mampostería costado norte y costado sur, instalación parcial del sistema hidrosanitario (costado norte y complemento del costado sur), instalación parcial del sistema eléctrico y telefónico ("ductería" del costado norte y complemento del costado sur), terminación de la instalación de las redes de gas costado norte, impermeabilización y aislamiento de cubierta costado norte sur y **2.** La *"interventoría técnica, administrativa y financiera de las obras en construcción de la tercera etapa del proyecto de alojamiento"*⁶⁶.

⁶⁴ Folio 62 vuelto del cuaderno 2.

⁶⁵ Folio 68 del cuaderno 2.

⁶⁶ Folio 68 del cuaderno de anexos.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Dentro de las obligaciones del Fondo se pueden destacar las siguientes (se transcribe de forma literal):

"(...) 4) Coordinar y gestionar todo el proceso de ejecución del proyecto que soporta el objeto del presente acuerdo, incluida la interventoría (...), 7) Ejecutar los recursos para el desarrollo del proyecto objeto del Acuerdo, 8) Desarrollar el proyecto con sujeción a las normas técnicas vigentes, (...), 13) Constituir a favor del Instituto Colombiano del Deporte COLDEPORTES una garantía única para asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas (...) 18) Exigir a los contratistas tanto de obras como de interventoría, en el contrato que se suscriba para cumplir el objeto, las garantías inherentes al mismo (...), 20) Suscribir, conjuntamente, con COLDEPORTES las actas de iniciación y liquidación del acuerdo (...)"⁶⁷.

4.4. Contratos derivados o subcontratos

Obran en el expediente los contratos de interventoría de obra pública, contratos civiles de obra, contratos de prestación de servicios y otros, celebrados por el Fondo Mixto con diferentes personas naturales y jurídicas, dentro de los distintos acuerdos específicos.

En este acápite de la relación de pruebas es importante observar que Coldeportes no hizo parte de los contratos derivados, aunque existió un supervisor designado por la entidad que aparece suscribiendo algunos documentos de los distintos subcontratos.

Los subcontratos allegados contenían una cláusula que fijaba el valor global, pero no se acompañaron de los presupuestos *"Ítems, cantidades y especificaciones técnicas de las obras a ejecutar"* en cada caso, de manera que no se conoció el análisis de precios unitarios ni el alcance concreto de la obra o adecuación subcontratada⁶⁸.

Se agrega que el Fondo acompañó algunas actas de entrega de los subcontratos o contratos derivados, con las firmas del *"Supervisor del Convenio - Coldeportes"* y los supervisores de cada contrato.

⁶⁷ Folio 70 del cuaderno 2.

⁶⁸ Folios 113 a 189 del cuaderno 2.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre - Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Debe hacerse notar que dichas actas de entrega o recibo de obra no contienen la liquidación de cuentas del respectivo subcontrato y en ellas se hizo constar que (se transcribe de forma literal):

"El recibo de los trabajos terminados, no releva al Contratista de sus responsabilidades y obligaciones, a las cuales hace referencia el Contrato y las normas legales vigentes"⁶⁹.

4.5. Acta de entrega y recibo parcial de obras ejecutadas en el contrato interadministrativo 390 de 2011, celebrado entre Coldeportes y el Fondo Mixto para la Promoción del Deporte. Este documento, suscrito el 16 de octubre de 2012, corresponde a la gerencia de la cuarta fase del Centro de Alto Rendimiento en Altura⁷⁰.

Se hace notar que la demanda no versó sobre la ejecución del contrato 390, aunque en el proceso, a través de los documentos anexos al dictamen, se allegaron la Resolución 1148 de 2012 por la que se declaró el incumplimiento parcial de dicho contrato, la Resolución 347 de 2014 que confirmó la anterior y la Resolución 2224 de 2013, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato 390 y se ordenó el reintegro de la suma de \$232'339.745 a cargo del Fondo Mixto para la Promoción del Deporte⁷¹.

4.6. Comunicación interna 640- 011 de mayo 15 de 2013, a la cual se anexa el informe técnico para liquidar el Convenio Marco No. 367 de 2009, suscrito por la arquitecta Carolina Aguilera López, contratista del grupo interno de interventoría de Coldeportes⁷².

En el citado informe técnico se consolidaron las cifras de ejecución del convenio, así:

Total convenio	Valor ejecutado según información del Fondo	Valor ejecutado según revisión en cantidades y valores unitarios
\$11.276'951.663	\$11.006'030.515,62	\$9.627'284.362,24

⁶⁹ Folio 76 del cuaderno 12, folio 155 del cuaderno 5, folio 255 del cuaderno 7, folio 258 del cuaderno 7, folios 273 del cuaderno 7, folio 405 del cuaderno 7.

⁷⁰ Folios 213 a 225 del cuaderno 2.

⁷¹ Folios 158 a 191 del cuaderno 3.

⁷² Folios 231 a 265 del cuaderno 2.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Puede observarse que la diferencia entre el valor total del convenio y el valor ejecutado asciende a la suma \$1.649'667.300, que corresponde al monto a restituir en discusión y por el cual se presentó la pretensión segunda de la demanda, la que fue acogida en la sentencia de primera instancia.

El informe técnico detalla el origen de las diferencias que soportan el valor no ejecutado del Convenio Marco No. 0367, por distintos conceptos, como: ejecución sin cumplimiento de especificaciones, canaletas, acabados (acuerdo 1); falta de aprobación de mayores cantidades de obra (contrato de construcción acuerdo 1), desarrollo sin sujeción a normas técnicas y a los diseños (acuerdo 2), menores cantidades de obra (acuerdo 2), menor plazo de ejecución de la interventoría (acuerdo 2), varios pagos adicionales que se rechazaron por corresponder a instalaciones realizadas al amparo de otros contratos (luminarias) y pagos por encima del precio normal del mercado vigente para la época de la construcción (acuerdo 5), entre otros.

Igualmente, obra en el expediente el memorando de junio 9 de 2014 en el que la arquitecta Carolina Aguilera López, contratista del grupo interno de interventoría de Coldeportes, valoró las obras ejecutadas y pagadas de los acuerdos 001, 002 y 005 que requerían reparaciones por valor total de \$166'857.245⁷³, suma que se corresponde con la pretensión tercera de la demanda, la cual no fue objeto de pronunciamiento específico en la sentencia de primera instancia y Coldeportes no interpuso recurso de apelación sobre ese ítem..

4.7. Proyecto del "acta de liquidación / terminación del convenio marco 367 de 2009".

Este documento aparece firmado el 3 de abril de 2014 por el representante legal de Coldeportes, sin firma del representante legal del Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y la Gestión Social.

De acuerdo con ese proyecto de acta de liquidación, el referido Fondo quedaba obligado a devolver a Coldeportes la suma de \$1.649'967.300,76 que resultaba de la diferencia entre el valor total desembolsado por Coldeportes (consignado a favor del Fondo) y el valor de las obras ejecutadas. Esta cifra se soportó en el

⁷³ Folio 267 del cuaderno 2.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

informe técnico para liquidar el Convenio Marco No. 367 de 2009, presentado por la arquitecta Carolina Aguilera López, ya relacionado en las pruebas obrantes en el proceso.

El proyecto de liquidación elaborado por Coldeportes detalló el valor de cada acuerdo específico, el monto ejecutado y el no ejecutado en cada acuerdo; igualmente, relacionó cada uno de los desembolsos y los informes de ejecución y/o supervisión en cada caso⁷⁴.

4.8. Certificaciones expedidas por Coldeportes sobre los dineros girados al Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y la Gestión Social⁷⁵, por concepto del Convenio Marco No. 367 de 2009.

4.9. Documentos relacionados con los subcontratos

Las siguientes pruebas corresponden a las relacionadas con la contratación derivada, algunas de las cuales fueron reseñadas en la apelación como no valoradas en la sentencia de primera instancia:

4.9.1. Acuerdo específico No. 1

Informes de avance de obra suscritos por Iván Mauricio Guevara, director de interventoría de Guevara Álvarez ingenieros Ltda⁷⁶, con carta remisoría dirigida a la gerente del proyecto y a la auditora del contrato de interventoría, de 5 de agosto de 2010.

Informes de auditoría sobre el subcontrato de obra celebrado con Proyectos Integrales Planeación y Desarrollo – Informe No. 1 de junio 02 de 2010, informe No. 1 de julio 2 de 2010, suscrito por Carina Smith Mora, auditora del contrato de interventoría, en el que se reportó un porcentaje de avance de 61.78% sobre la base del contrato inicial⁷⁷; informe de auditoría y visita técnica No. 3, de agosto 2

⁷⁴ Folios 199 a 208 del cuaderno 2.

⁷⁵ Folios 278 a 383 del cuaderno 2.

⁷⁶ Folios 500 a 832 del cuaderno 17.

⁷⁷ Folio 496 del cuaderno 18.



874

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

de 2010, en el que se reportó un porcentaje de avance de 55%, incluyendo la adición al contrato inicial⁷⁸.

Acta final de obra de Proyectos Integrales Planeación y Desarrollo por valor de \$3.447'321.655. Este documento solo contiene un folio sin firma y se encuentra inconcluso.

Acta final de obra 10 por valor de \$198'201.000, en cuyo encabezado se refiere un total de obra ejecutada acumulada de \$5.159'178.996⁷⁹. Este documento aparece mezclado en los folios finales, con los que contienen un cuadro de cálculo suscrito únicamente por el arquitecto Luis Roberto Martínez, director de obra, por la suma total de \$198'201.090⁸⁰; sin embargo, se tiene en cuenta que a continuación aparece un folio del cuadro de cálculo de obra ejecutada, que inicia con información de los ítems No.15 (cubiertas), No. 26 (obras exteriores) y No. 27 (aseo y limpieza), cuadro en cuya parte final constan las cifras acumuladas por la suma de \$5.159'778.996 con la sola firma del ingeniero Iván Guevara Rodríguez, director de interventoría⁸¹.

Contrario a lo que argumenta el Fondo en su apelación, los documentos antes relacionados no pueden ser leídos como un acta de estado financiero de liquidación final del acuerdo específico 1, por cuanto no guardan continuidad y están firmados por profesionales que no estaban facultados para suscribir las actas de liquidación según el Convenio Marco No. 0367 de 2009.

Por otra parte, según explicó el perito en el informe de aclaración al dictamen⁸², se presentaron tres cifras sobre obra ejecutada en la liquidación del contrato FM-COL-CO-01-367/09, a saber:

⁷⁸ Folio 481 del cuaderno 18.

⁷⁹ Folio 43 del cuaderno 5.

⁸⁰ Folios 63 del cuaderno 5.

⁸¹ Folio 64 del cuaderno 5.

⁸² Folio 418 del cuaderno 1.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Acta de obra presentada por el Fondo Mixto	Ejecución de obra según informe de la Universidad Nacional	Ejecución de obra según informe técnico final de Coldeportes
\$5.159'778.996	\$4.631'696.807,56	\$4.528'631.880

El perito no concluyó sobre la cifra cierta para efecto de la liquidación que se debate en este proceso –*dado que no se le pidió elaborar una cuenta final de liquidación*–; no obstante, la Sala analizará el contenido de los distintos soportes para llegar a la solución del caso concreto.

4.9.2. Acuerdo específico No. 02

Estudio de oportunidad y conveniencia, sin fecha, suscrito por Leonardo F. Ochoa, coordinador del grupo de infraestructura⁸³, en el que se discrimina como valor total del convenio la suma de \$1.500'000.000 (acuerdo 002), compuesto por los siguientes ítems: valor de operación del 6% del convenio \$90'000.000, disponible de obra \$1.330'1888.679,25 y disponible de interventoría \$79'811.320.75⁸⁴.

Bitácora de obra: Contratista Limor Construcciones S.A., fecha de apertura: febrero 3 de 2011⁸⁵.

Informe de visita técnica de abril 28 de 2011, presentado por ACH Ingeniería e Hidráulica Ltda el 4 de mayo de 2011, en el cual se lee (se transcribe de forma literal):

"El edificio de alojamiento del Centro del Alto rendimiento de COLDEPORTES corresponde a una estructura de 4 pisos y un sótano, construido en el sistema de pórticos de concreto reforzado resistente a momentos.

"En la actualidad se encuentra con la estructura finalizada y se ha iniciado la construcción de los muros de cerramiento y demás obras de acabados e instalaciones finales.

⁸³ Folios 1879 a 1900 del cuaderno 15.

⁸⁴ Folio 1891 del cuaderno 15.

⁸⁵ Folios 1843 a 1848 del cuaderno 15.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
 Actor: Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre - Coldeportes.
 Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y Gestión Social
 Referencia: Controversias Contractuales

"Debe mencionarse que la actual fase de construcción está siendo desarrollada por un nuevo grupo de interventores y contratistas, es decir, las obras de estructura correspondientes a la fase inicial fueron realizadas por otras firmas.

*"Desde el punto de vista del actual contratista, LIMOR CONSTRUCCIONES S.A. han manifestado su preocupación por la aparición de agrietamiento y fisuras en diferentes sectores de la estructura.
 (...)*

"Conclusiones y recomendaciones

"(...) El tipo de grietas observadas no están asociadas con un proceso de falla de los elementos estructurales (...). Más bien, las grietas corresponden a daños estéticos (...). No obstante deben corregirse con celeridad (...).

"Se propone la ejecución del plan de monitoreo por un período inicial de 3 meses (...)"⁸⁶.

Informes quincenales con corte a 30 de abril de 2011, suscritos por Carolina Manrique Hoyos, interventora técnica⁸⁷.

Es importante observar que las cifras de ejecución del subcontrato de obra del acuerdo específico 2 no coinciden con las que contiene el proyecto de acta de liquidación, por cuanto fueron ajustadas por los errores reportados por la Universidad Nacional, de acuerdo con lo que se indicó en el informe técnico de evaluación⁸⁸.

Según explicó el perito en el informe de aclaración al dictamen⁸⁹, se presentaron tres cifras sobre obra ejecutada en la liquidación del contrato FM-COL-CO-02-2010, a saber:

Acta de liquidación del contrato de obra	Ejecución de obra según informe de la Universidad Nacional	Ejecución de obra según informe técnico final de Coldeportes
\$1.329'246.545	\$634'991.273	\$1.118'179.177

⁸⁶ Folio 1914 del cuaderno 15.

⁸⁷ Cuaderno 14.

⁸⁸ Folios 240 y 241 del cuaderno 2.

⁸⁹ Folio 421 del cuaderno 1.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

El perito no concluyó sobre la cifra cierta para efecto de la liquidación que se debate en este proceso, aspecto sobre el cual volverá la Sala al resolver el caso concreto.

4.9.3. Acuerdo específico No. 3

Acta de liquidación final de los servicios de la interventoría técnica por la suma de \$51'034.144, suscrita por Andrés Crovo Jiménez, con fecha 3 de junio de 2011, la cual contiene constancia de paz y salvo en favor del Fondo⁹⁰.

Acta de liquidación final de los servicios de mantenimiento y conservación de zonas verdes, por valor de \$54'000.000, suscrita por José Efraín Quintana Valderrama con fecha 21 de febrero de 2011, la cual contiene una constancia de ejecución y cumplimiento a satisfacción⁹¹.

Acta de liquidación final de obra civil por instalación y configuración de la red de telefonía, por valor de \$26'3323.000, suscrita por Kuarto Comunicaciones Ltda, con fecha 14 de marzo de 2011, la cual contiene constancia de ejecución y entrega a satisfacción⁹².

Acta suscrita el 28 de febrero de 2011 por el contratista Alberto Enciso Arias, correspondiente al mantenimiento de calderas y cambio de tuberías⁹³.

Puede hacerse notar que las anteriores contrataciones sí se tuvieron en cuenta dentro del informe técnico para la cuenta final de liquidación, varias de las cifras de ejecución no presentaron observación en el informe técnico de Coldeportes, pero otras fueron objeto de ajustes con apoyo en el informe de la Universidad Nacional.

4.9.4. Acuerdo específico No. 4

Acta final de obra –*construcción de alcantarillado*– con la firma del interventor del Fondo y del supervisor del contrato y acta de liquidación final de la misma obra, suscrita el 16 de diciembre de 2011, correspondiente a la contratista Constructora

⁹⁰ Folios 153 y 154 del cuaderno 5.

⁹¹ Folios 159 a 161 del cuaderno 5

⁹² Folios 242 a 246 del cuaderno 5.

⁹³ Folios 74 a 76 del cuaderno 12.



876

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Joya SAS por la suma de \$345'712.675, con la firma del contratista, el representante legal del Fondo y el interventor del Fondo⁹⁴.

Acta de liquidación final de la residencia de interventoría técnica, por la suma de \$18'000.000, suscrita el 2 de noviembre de 2011, por el contratista William Armando Cristancho García, el director del Fondo y la auditora técnica⁹⁵.

Acta de recibo final de obras de mantenimiento de baños⁹⁶ y acta de liquidación final de esta, suscrita el 6 de agosto de 2011, correspondiente al contratista Hernán Góngora Segura, por la suma final de \$230'225.445 con la firma del contratista, el representante legal del Fondo, la auditora y el interventor del Fondo⁹⁷.

Acta de recibo final de obras complementarias de adecuación de zonas húmedas⁹⁸ y acta de liquidación final de estas, suscrita el 9 de agosto de 2011, correspondiente al contratista Hernán Góngora Segura, por la suma final de \$9'735.000.000, con la firma del contratista, el representante legal del Fondo, la auditora y el interventor del Fondo⁹⁹.

Acta de recibo final de suministro e instalación de dispositivos de seguridad para piscinas y acta de liquidación final del mismo subcontrato, suscrita el 19 de julio de 2011, correspondiente al contratista Pool Security Solution Ltda, por la suma de \$50'260.960,00, con la firma del contratista, el representante legal del Fondo, la auditora y el interventor del Fondo¹⁰⁰.

Acta de recibo final del subcontrato de remodelación de baños del segundo piso y acta de liquidación final del mismo, suscrita el 10 de octubre de 2011, correspondiente a la contratista Limor Construcciones S.A., por la suma de \$24'901.230, con la firma de la contratista, el representante legal del Fondo, la auditora y el interventor técnico del Fondo¹⁰¹.

⁹⁴ Folios 249 a 254 del cuaderno 5.

⁹⁵ Folios 255 y 256 del cuaderno 5.

⁹⁶ Contrato FM-COL-CM 367-004-02-2011 de 25 de marzo de 2011, folio 260 del cuaderno 5.

⁹⁷ Folios 260 a 265 del cuaderno 5.

⁹⁸ Contrato FM-COL-CM 367-004-08 de 2011 de 1º de julio de 2011, folio 313 del cuaderno 5.

⁹⁹ Folios 307 a 315 del cuaderno 5.

¹⁰⁰ Folios 266 a 270 del cuaderno 5.

¹⁰¹ Folios 274 a 284 del cuaderno 5.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Acta de recibo final del subcontrato de consultoría para exploraciones de campo y acta de liquidación final del mismo, suscrita el 1 de septiembre de 2011, correspondiente al contratista ACH Ingeniería e Hidráulica Ltda, por la suma de \$11'470.080, con la firma de la contratista, el representante legal del Fondo, el supervisor del contrato y la auditora técnica del Fondo¹⁰².

Puede hacerse notar que las anteriores contrataciones sí se tuvieron en cuenta dentro del informe técnico para la cuenta final de liquidación que se allegó al proceso. Nuevamente se advierte que las actas de liquidación de los subcontratos no fueron aceptadas como fuente de la elaboración del proyecto de acta de liquidación, por cuanto, aunque el recurso se reportaba como ejecutado al 100%, Coldeportes encontró que la obra no se encontraba terminada, lo que llevó a la revisión, los ajustes y el proyecto de acta bilateral que se debate en este proceso.

4.9.5. Acuerdo Específico No. 5

Estudio de oportunidad y conveniencia suscrito por el Subdirector de Planeación y Apoyo Tecnológico de Coldeportes y la coordinadora del grupo de infraestructura, con fecha 28 de marzo de 2011¹⁰³, con un costo total de \$2.100'000.000, dentro del que se asignaron costos operacionales por gerencia del convenio en el 3% de los costos, por la suma de \$61'165.048,54¹⁰⁴.

Acta de recibo final de obras de la tercera etapa de construcción de alojamiento para deportistas y acta de liquidación final de la misma, suscrita el 8 de mayo de 2012, correspondiente a la subcontratista Limor Construcciones S.A., por la suma final de \$1.876'671.648, sobre un total contratado de \$1.901'886.792, con la firma de la contratista, el representante legal del Fondo y el interventor del Fondo¹⁰⁵.

Puede observarse que en el informe técnico de Coldeportes se advirtieron las diferencias en las cantidades de obra ejecutadas, por cuanto aparecían reportadas en otros contratos, como fue el caso de las luminarias y salidas eléctricas para exteriores¹⁰⁶. Igualmente, en dicho informe se reseñó que la

¹⁰² Folios 298 a 306 del cuaderno 5.

¹⁰³ Folios 2935 a 2944 del cuaderno 11.

¹⁰⁴ Folios 2939 y 2940 del cuaderno 11.

¹⁰⁵ Folios 337 a 346 del cuaderno 5.

¹⁰⁶ Folio 262 vuelto del cuaderno 2.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Universidad Nacional encontró que varios de los ítems del punto 4.2, como los balcones y muros divisorios, *“tenían un valor por encima del precio normal del mercado vigente para la época de la construcción”*¹⁰⁷.

Las anteriores contrataciones sí se tuvieron en cuenta dentro del informe técnico utilizado para soportar el proyecto del balance financiero de liquidación que se allegó al plenario, aunque se realizaron los ajustes de conformidad con lo detallado en el informe técnico.

4.10. Dictamen pericial

Luis Miguel Contreras Herrera, perito designado en el proceso, presentó un dictamen pericial en el que absolvió tres cuestionarios, uno de cada parte y el tercero, formulado por el despacho conductor del proceso.

Con fundamento en la lectura del dictamen, la Sala considera importante destacar los siguientes aspectos:

4.10.1. Cuestionario del demandado

El demandado, en la pregunta E.1.1, solicitó determinar si el valor final de la obra ejecutada bajo el acuerdo específico 1 correspondía al valor de la obra construida y aprobada por la interventoría por la suma de \$5.159'778.996.

Al responder, el perito observó que existían dos documentos del acta 10 por concepto de recibo final de obra y advirtió que el documento idóneo para calificar el valor final de la obra *“debió ser el ACTA DE LIQUIDACION FINAL, documento trascendental en el que se hubieran reflejado todos los valores de la obra ejecutada así: (...)”*, sobre el cual indicó que no obraba en el proceso¹⁰⁸.

El perito conceptuó (se transcribe de forma literal):

“Por lo tanto, el hecho de que el valor ejecutado [según el acta 10] correspondió numéricamente con el valor final de la obra construida resulta irrelevante porque a ciencia cierta era mediante la elaboración del ACTA DE LIQUIDACIÓN FINAL donde debió haber quedado plasmada toda la realidad contractual (...)”.

¹⁰⁷ Folio 263 del cuaderno 2.

¹⁰⁸ Folio 239 del cuaderno 3.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Además, resaltó que “el contrato FM-COL-CO-01-0367/09 [subcontrato de obra del acuerdo 1] estableció sin hesitación algunas el procedimiento a seguir y que tendría por actores al Director de Interventoría, el FONDO MIXTO y EL CONTRATISTA Y COLDEPORTES”¹⁰⁹.

El perito dio una respuesta similar sobre el contrato FM-CO-02-367 de 2010, suscrito por la suma de \$1.329'246.545 con la empresa LIMOR CONSTRUCCIONES S.A. en el marco del acuerdo específico 2¹¹⁰.

Tal como se indicó en el acápite anterior, el dictamen evidenció que existían tres cifras de liquidación de los contratos de obra y que las contenidas en las actas de los subcontratos no fueron aceptadas por Coldeportes, en razón del informe de la Universidad Nacional de Colombia y de los ajustes que realizó la arquitecta Carolina Aguilera López.

Al responder la pregunta E.1.3. el perito relacionó algunos aspectos que no tuvieron “*ún cabal cumplimiento*” y que originaban las diferencias en la liquidación (se transcribe de forma literal):

“El sistema de impermeabilización (ítem 15.2.1.) a nivel de cubierta porque no se garantizó con el método constructivo las pendientes adecuadas en la superficie de la placa, para que el drenaje fluyera a los sumideros y no se presentaran zonas muertas con acumulación de agua (...).”

“No se cumplió con la adecuada instalación de la válvula siamesa (ítem 7.5.1. – Capítulo 7.5 conexión para bomberos) (...).”

“No se cumplió con la entrega de los manuales de funcionamiento (...).”

“Otro sinnúmero de detalles fueron indicados por el Director de Obra (...) de la empresa LIMOR CONSTRUCCIONES S.A. (...) cuando en correspondencia de 10 de marzo de 2011, se dirigió a la arquitecta Carolina Manrique (Interventora de la Segunda Etapa) para hacerle conocer la situación real de las obras (...) respecto de instalaciones hidrosanitarias, instalaciones eléctricas en sótano, primer y segundo piso, y diseño arquitectónico en sótano, primer piso y cubierta”¹¹¹.

¹⁰⁹ Folio 240 del cuaderno 3.

¹¹⁰ Pregunta E.2.1., folio 258 del cuaderno 3.

¹¹¹ Folio 244 del cuaderno 3.



879

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Al responder la pregunta E.1.7, acerca de la prueba de entrega del informe de la Universidad Nacional, el perito afirmó (se transcribe de forma literal):

"Se encontró prueba documental y cruce de correspondencia entre la demandante y la demandada respecto del Informe final de la Universidad Nacional de Colombia Sede Bogotá D.C."¹¹² (la subraya es del texto).

Al responder la pregunta E.3.1, sobre el acuerdo específico 3, el perito indicó:

"Queda perfectamente claro que las obras no se adelantaron en la edificación del alojamiento de deportistas de alto rendimiento"¹¹³.

Al ser preguntado acerca de si los acuerdos 1 y 2 se desarrollaron a precios de mercado, el perito presentó unos cuadros comparativos y concluyó que se contrataron algunas actividades de construcción superiores al presupuesto base¹¹⁴.

En las respuestas sobre los acuerdos específicos 3 y 4, el perito indicó que en el proceso no disponía de información sobre la fuente u origen de los precios con los que se fijaron incluso toques máximos para algunos contratos¹¹⁵.

En las respuestas relacionadas con el acuerdo específico 5, el perito indicó que la contratación no tenía sustento en el análisis de precios de mercado mediante un procedimiento regular de "cotizaciones, consulta de bases especializadas o precios históricos; la tendencia es a presentarse disparidades que se resolverían con un ejercicio de fondo donde se compararan uno a uno todos los componentes de equipos, materiales, mano de obra, rendimientos y sobre todo a partir de las especificación general de la construcción y la especificación técnica"¹¹⁶.

4.10.2. Cuestionario de la parte actora

Al responder la pregunta 1 el perito destacó que los acuerdos 1, 2 y 5 "guardaron relación directa con la construcción de la obra nueva para edificación de cuatro pisos de alojamiento" y los acuerdos 3 y 4 tuvieron por finalidad "múltiples

¹¹² Folio 253 del cuaderno 3.

¹¹³ Folio 267 del cuaderno 3.

¹¹⁴ E.2.2., folio 260 del cuaderno 3.

¹¹⁵ Folio 270 del cuaderno 3.

¹¹⁶ Folio 277 del cuaderno 3.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

*adecuaciones, actividades de mantenimiento y obras en sectores distantes y diferentes al del alojamiento*¹¹⁷.

Al responder la pregunta 3 sobre la estructuración del proyecto, el perito estimó que no contó con estudios de factibilidad *“para avanzar en aspectos técnicos, económicos y ambientales, o mejor elaborar un anteproyecto definitivo para mejorar el grado de exactitud de las cuantificaciones al menos al 80%”*.

Al responder la pregunta 7, el perito conceptuó que en principio era *“procedente realizar reparaciones a las obras que adelantó el Fondo Mixto por intermedio de sus contratistas de obra”*¹¹⁸ y, por otra parte, estimó que en su concepto no era necesario un reforzamiento estructural de la construcción.

En las preguntas 7.4. y 7.7. de la parte actora, relacionadas con las que fueron decretadas de oficio por el Despacho conductor del proceso, acerca de la *“veracidad”* del informe de la Universidad Nacional respecto de los costos asociados al listado de actividades de reparación, explicó que no encontró los documentos anexos a los informes, por lo cual no pudo responder de fondo esa cuestión¹¹⁹.

Sobre este último asunto es importante establecer que en el proceso se identificó el informe final de la Universidad Nacional de Colombia y se allegó por esa universidad, según se indicará más adelante.

4.11. Testimonios

A continuación, se relacionan y analizan las pruebas testimoniales:

4.11.1. Iván Mauricio Guevara Rodríguez declaró en la audiencia del 17 de marzo de 2016 e indicó que fue el interventor del contrato 01-367 de 2009 – *correspondiente al acuerdo específico 1*¹²⁰–; manifestó que participó en la elaboración de las actas de obra y en el recibo de las obras que se adelantaron bajo ese contrato. Afirmó que las inconsistencias que presentaron las obras

¹¹⁷ Folios 293 y 294 del cuaderno 3.

¹¹⁸ Folio 309 del cuaderno 3.

¹¹⁹ Folio 310 del cuaderno 3.

¹²⁰ Iván Mauricio Guevara fue director de Interventoría de Guevara Álvarez Ingenieros Ltda, contratista del Fondo Mixto.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

fueron arregladas en virtud de la garantía de estabilidad. Indicó que no tuvo conocimiento del informe de la Universidad Nacional.

El dicho del testigo se correspondió con los documentos allegados al proceso, aunque se hace notar que estos no se refieren específicamente a las diferencias que se presentaron en la liquidación del convenio.

4.11.2. Jesús Javier Moreno, representante legal de Limor Construcciones S.A., informó que había suscrito varios contratos con el Fondo Mixto para las obras de las fases I y II y para otras adecuaciones dentro del mismo proyecto; afirmó que no tuvo conocimiento del informe de la Universidad Nacional. Ese testigo indicó que había cumplido con todas las obras contratadas.

El dicho del testigo se corresponde con las pruebas que acreditan las obras entregadas por esa empresa, pero no hizo referencia a los ítems concretos que fueron objeto de debate para la liquidación judicial del Convenio No. 0367, dado que no tuvo conocimiento de esos hechos.

4.11.3. En audiencia de 4 de diciembre de 2015¹²¹, dando cumplimiento al despacho comisorio remitido por el Tribunal *a quo*, el Juzgado Tercero Administrativo oral de Cali recibió el testimonio de Andrés Crovo Jiménez, quien se desempeñó como director de interventoría en algunos de los contratos celebrados por el Fondo¹²².

Al inicio de la diligencia Coldeportes presentó tacha de sospecha al testigo, con fundamento en que fue contratista del Fondo para efectos de la interventoría y que ese mismo fondo le pagó por sus servicios. El apoderado del Fondo destacó que de la misma forma en que se llamó al proceso a los ingenieros, debía admitirse la declaración del arquitecto que fungió como interventor, dado que eran ellos y no otros terceros los que conocían la ejecución del proyecto.

En relación con la tacha, la Sala estima que no procede, en tanto el testigo, -como todos los contratistas del Fondo Mixto- fueron pagados con los recursos del proyecto, circunstancia que no se aprecia como sesgo en favor del demandado

¹²¹ Cd, folio 46, despacho comisorio, cuaderno 6. Testimonio recibido a Andrés Crovo Jiménez en la ciudad de Cali.

¹²² Folios 106 y 107 del cuaderno 6.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

toda vez que los hechos que narró no versaban sobre el pago a su favor ni fue cuestionado sobre su propia actividad.

En la declaración el testigo manifestó que entró a prestar servicios en la etapa de liquidación de la fase dos, explicó que las obras fueron pagadas de conformidad con las actas y con las memorias de obra y que esos documentos servían como sustento para que el Fondo Mixto los enviara a Coldeportes, con el fin de obtener el aval del supervisor del contrato designado por Coldeportes.

Indicó que el supervisor de Coldeportes fue el arquitecto Baudilio Moreno y que, una vez se retiró, transcurrieron dos o tres meses sin que Coldeportes asignara a otra persona.

Explicó que los estudios y diseños iniciales los realizó Coldeportes a través de un arquitecto cuyo nombre no recordó, agregó que los presupuestos iniciales fueron revisados por los interventores, que algunos precios fueron corregidos por las observaciones que hicieron los interventores, de acuerdo con los precios del mercado, las cuales se obtenían con base en revistas de construcción que suministraban la información de precios.

Indicó que nunca fue citado ni informado del estudio de la Universidad Nacional, agregó que, según su conocimiento, el informe no tenía anexos técnicos, por lo cual no era posible que la Universidad Nacional emitiera un concepto sobre si un contrato se ejecutó o no adecuadamente.

Se le preguntó si las fases dos y tres tenían por objeto poner la obra en estado funcional, el testigo explicó que las contrataciones que se realizaron eran básicamente para llevar el proyecto a estado de obra gris. Agregó que, en estos proyectos, si los recursos se recibían "a cuenta gotas" era muy difícil llevarlos a feliz término.

El testimonio antes citado aportó información sobre los ajustes de precios que realizaron los interventores del Fondo para adecuar los presupuestos a los requerimientos de los distintos acuerdos y a los respectivos subcontratos.



881

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre - Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

La falta de conocimiento de este testigo sobre el contenido completo del informe presentado por la Universidad Nacional hace que sus opiniones en ese aspecto no presenten relevancia para el análisis probatorio.

4.11.4. Por otra parte, en cumplimiento del respectivo despacho comisorio, ante el Juez 18 Administrativo Oral de Medellín, el 11 de febrero de 2016 declaró el señor James Arturo Jurado Flórez¹²³, administrador de empresas, quien manifestó que entró a laborar a Coldeportes el 3 de julio de 2012 y que se le asignó la labor de apoyar el proceso de liquidación financiera del Convenio Marco 00367, el cual, en su entender, hacía alusión a la construcción de una primera etapa de construcción del centro de alto rendimiento, para una posterior adecuación.

Narró que la información disponible en Coldeportes era insuficiente, por lo que se trasladaron a la ciudad de Cali para recopilar la información en las oficinas del Fondo Mixto. Allí encontraron que no era posible poner en funcionamiento las instalaciones del centro de alto rendimiento, de acuerdo con lo que estableció la arquitecta contratada por Coldeportes en la visita técnica.

Indicó que al cruzar la parte contable con la parte técnica se encontró que una parte de los recursos girados al Fondo no se veían reflejados en la obra. Agregó que en su visita a las oficinas del Fondo tampoco encontró las cuentas bancarias del proyecto, las cuales tenían que manejarse en forma separada.

Explicó cómo elaboraron el proyecto del acta de liquidación del Convenio Marco No. 367, con base en la información técnica de la arquitecta Carolina Aguilera, con quien trabajaron en conjunto, y con el informe de la Universidad Nacional.

Indicó que establecieron unos recursos sin ejecutar en obra que debían ser reintegrados a Coldeportes.

Preguntado por el estado de las obras, reiteró que al término del Convenio Marco No. 00367 el edificio no estaba en estado funcional y que, por ello, también, se elaboró un presupuesto de las obras faltantes.

¹²³ Audiencia de testimonios recibidos a James Arturo Jurado Flórez y Carolina Bolívar, ante el Juzgado 18 Administrativo Oral del Circuito de Medellín, folios 324 y 325 del cuaderno 2.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

4.11.5. El testimonio del señor Jurado se correspondió con los hechos narrados por Luis Alberto Rodríguez Henao, en la audiencia de pruebas practicada por el Tribunal *a quo* en la ciudad de Bogotá, quien también hizo parte del área financiera de Coldeportes, habiendo entrado a laborar después de que se terminó el convenio.

El señor Rodríguez Henao expuso que la contabilidad debe reflejar la realidad de la ejecución contractual para elaborar el acta de liquidación, explicó que, en este caso, las falencias para realizar el proceso de liquidación estribaban en que no estaba disponible la información técnica que se requería para establecer el balance financiero de liquidación. Puntualizó que el informe de la Universidad Nacional se soportó en unas fichas técnicas que habían sido entregadas a Coldeportes¹²⁴.

4.11.6. En la audiencia de testimonios del 11 de febrero de 2016 –*que se adelantó en cumplimiento del despacho comisorio ante el Juzgado 18 Administrativo oral del circuito de Medellín*¹²⁵– declaró la abogada Carolina Bolívar Serrano, quien fuera jefe de la oficina jurídica de Coldeportes para la época en que la entidad inició las acciones de liquidación del Convenio Marco No. 00367. Explicó que la Universidad Nacional fue contratada para brindar apoyo para la liquidación y que con la asesoría de esa entidad se identificaron situaciones de diferencia en cuanto a las inversiones económicas.

Explicó que remitieron el proyecto de acta de liquidación al Fondo Mixto, que ella personalmente radicó la carta en abril de 2014; indicó que el Fondo solicitó el informe de la Universidad Nacional, el cual se le entregó. La abogada Bolívar Serrano entregó en la diligencia la constancia de remisión del informe expedida por Adpostal 472.

Puntualizó que el Fondo Mixto no cumplió con justificar las diferencias que identificó Coldeportes, por lo cual la entidad tuvo que acudir a solicitar la liquidación judicial¹²⁶.

¹²⁴ Folio 378 del cuaderno 1.

¹²⁵ Folios 324 a 326, cuaderno 2.

¹²⁶ CD al folio 329 del cuaderno 2.



882

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Este testimonio es importante, en cuanto corroboró que el Fondo Mixto conoció el proyecto de acta de liquidación, solicitó y obtuvo el informe de la Universidad Nacional y, en conocimiento del mismo, no allegó información para controvertir las diferencias reportadas en el informe técnico y en el balance financiero de liquidación.

4.11.7. Como se ha indicado en la relación de las pruebas documentales, la arquitecta Carolina Aguilera López fue la profesional que suscribió el informe técnico para soportar el proyecto de acta final de liquidación, el cual se realizó utilizando como base el informe de la Universidad Nacional.

La arquitecta Aguilera López fue llamada a declarar en la audiencia de pruebas, en la que indicó al despacho que levantó la cuenta final de liquidación utilizando como uno de los insumos el informe y las fichas elaboradas por la Universidad Nacional, pero fue enfática en advertir que produjo el informe técnico verificando las planillas de obra que el Fondo le suministró, con base en las cantidades que estaban documentadas y las que fue posible inventariar. Citó las diferencias importantes que se presentaron, por ejemplo, en las contrataciones de lámparas, salidas eléctricas y el cableado.

Manifestó que personalmente le constaba que el cableado eléctrico se había puesto en funcionamiento por las contrataciones de la etapa cuatro, por lo que en su informe técnico redujo las cantidades propuestas por el Fondo para efectos de elaborar la cuenta final de liquidación que se allegó al proceso¹²⁷.

Resaltó que el Fondo era el gerente de obra, pese a lo cual, como lo hizo constar en su informe, no aportó todos los documentos que le requirió para justificar las variaciones de cantidades y otros aspectos técnicos.

Reseñó que Coldeportes no era un constructor y que el Fondo era el experto contratado para la gerencia de obra y que, por ello, le correspondía documentar toda la ejecución del proyecto.

¹²⁷ CD folio 389 del cuaderno 1. Audiencia de 13 de mayo de 2016, minutos 1, 2, 8 y 11.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

En otra parte de su declaración, la arquitecta expuso que el Fondo no advirtió a Coldeportes que los recursos no alcanzaban para terminar las obras y que no convocó el comité del convenio para dar informes sobre ese aspecto.

4.12. Informe de la Universidad Nacional

Obra en el expediente el informe final de 25 de enero de 2013, emitido por la Universidad Nacional en cumplimiento del contrato interadministrativo 404 de 2012, celebrado con Coldeportes, el cual tuvo el objeto de otorgar una asesoría financiera para el recibo y liquidación del contrato 390 de 2011¹²⁸ y del Convenio Marco No. 367 de 2009.

La Sala observa que la Universidad no fue contratada para elaborar la cuenta final de liquidación, sino para brindar una asesoría que otorgó, entre otros aspectos, una metodología para el proceso de liquidación, dentro de la cual se analizaron los presupuestos de obra y se levantaron los listados de actividades faltantes.

La Sala considera importante referirse a las conclusiones del informe, a saber:

Dentro de las revisiones de la Universidad Nacional se evidenciaron ciertos pagos sin soporte, respecto de lo cual se afirmó (se transcribe de forma literal):

“Resaltamos que a nuestra consideración, para la ordenanza de la ejecución de las actividades a desarrollar con dineros públicos es necesaria la realización de un proceso de adjudicación no ejecutado en los casos descritos anteriormente, sumado al hecho que el Fondo Mixto es una entidad de recursos privados y públicos, por lo tanto, estos pagos no contienen validez necesaria para ser tenidos en cuenta en la revisión de pagos”¹²⁹.

En relación con el análisis de los precios unitarios, la Universidad Nacional advirtió que los que se referían como “*unidades globales*” se fundaron en “*índices de precios de proyectos similares para alojamiento*”¹³⁰.

En sus conclusiones la Universidad Nacional advirtió que se presentaban “*diferencias entre obra ejecutada y pagada*” y, teniendo en cuenta que había realizado la revisión de presupuestos por los “*ítems preponderantes sustentada*”

¹²⁸ Se observa que el contrato 390 no es materia de juzgamiento en el presente proceso.

¹²⁹ Folio 477 del cuaderno 7.

¹³⁰ Folio 477 del cuaderno 7.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

por el sistema de Pareto”, recomendó a Coldeportes que contemplara “una revisión profunda de las cantidades ejecutadas bajo la figura de la Auditoría a diferencia de la de la asesoría hecha por la Universidad”¹³¹.

Como se ha indicado en el acápite de testimonios, la arquitecta Carolina Aguilera López y los funcionarios del área financiera de Coldeportes adelantaron un trabajo de campo en la parte técnica y en la parte contable y financiera, de manera que se corrobora que el informe de la Universidad Nacional se utilizó como un insumo, pero se profundizó y ajustó con la información que levantó el equipo de profesionales de Coldeportes.

5. El caso concreto

El problema jurídico que se plantea para definir la segunda instancia de esta litis se divide en dos partes: i) Puede declararse la nulidad absoluta del Convenio Marco No. 0367 de 2009 o no? y ii) Establecer el balance financiero con el que se resuelve la pretensión de liquidación del Convenio Marco No. 0367 de 2009, de acuerdo con lo probado en el proceso.

5.1. Naturaleza jurídica y régimen legal del Convenio Marco No. 0367 – improcedencia de la declaración oficiosa de la nulidad absoluta

Para el análisis del Convenio Marco No. 0367 de 2009 resulta de interés advertir que las partes invocaron, como fundamentos legales para suscribirlo, los artículos 209 y 365 de la Constitución Política¹³² y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998¹³³.

¹³¹ Folio 477 del cuaderno 7.

¹³² Cita fuera del texto: “Artículo 355 C.P. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.// El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, **celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia**” (la negrilla no es del texto).

¹³³ Ley 489 de 1998. Artículo 96.- Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

“Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

El citado artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite la asociación de las entidades estatales con *personas jurídicas particulares* mediante la celebración de "convenios de asociación" o la "creación de personas jurídicas" para el "desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asignen a aquellas la Ley".

La Sala advierte que, a pesar de la indicación de ese fundamento legal en el texto del Convenio Marco No. 0367 de 2009, el mismo no se correspondió con la figura jurídica prevista en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, dado que de conformidad con su contenido y con la ejecución que se evidenció en el proceso, dicho convenio no constituyó un acto asociativo de los previstos en el citado artículo 96, teniendo en cuenta varios aspectos:

- i) En el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 una de las partes debe ser una persona jurídica particular, condición que no cumplía el Fondo Mixto, teniendo en cuenta que, según se ha reseñado en esta providencia, era una asociación mixta, con aportes públicos y privados.
- ii) Ni el ánimo de asociarse ni el de crear una persona jurídica era predicable en el caso del Convenio Marco No. 0367, teniendo en cuenta que el Fondo no aportó recurso en dinero o en especie alguno. Los denominados aportes provenían en su totalidad de Coldeportes y la labor del Fondo era remunerada a través del reconocimiento de una suma de dinero equivalente a un porcentaje de los costos de la obra, tal como se observó, por ejemplo, en los estudios previos del acuerdo 2 que refirieron un valor de operación del 6% del convenio por la suma de \$90'000.000 a favor del Fondo y en el acuerdo 5, en el que se detallaron costos operacionales por gerencia del convenio en el 3% de los costos de obra, por la suma de \$61'165.048,54¹³⁴, a favor del Fondo.
- iii) De la misma manera, se tiene en cuenta que el Fondo Mixto expuso en el recurso de apelación que, en forma previa a suscribir los acuerdos específicos,

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

"En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que de origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos: (...)".

¹³⁴ Folios 2939 y 2940 del cuaderno 11.



884

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

presentó propuesta para actuar como gerente de obra y, aunque esa afirmación no se constituyó en una prueba, su contenido se corresponde con las declaraciones de la arquitecta Carolina Aguilera López, quien narró y reiteró en la audiencia de pruebas que el Fondo Mixto era el encargado de la gerencia de obra, tal como se ha indicado en el acápite de pruebas de esta providencia.

La Sala observa que el objeto prestacional a cargo del Fondo Mixto consistió en facilitar las contrataciones para la construcción e interventoría del centro de alto rendimiento, administrar la ejecución del proyecto, incluyendo los recursos presupuestales que Coldeportes le transfirió y que esas actividades se correspondían con una contraprestación pagada con los recursos del mismo presupuesto.

Así pues, existieron prestaciones recíprocas entre las partes: Coldeportes se obligó a aportar los recursos presupuestales para que el Fondo llevara a cabo la construcción del centro de alto rendimiento -y así lo hizo- y el Fondo Mixto, a su vez, prestó servicios de gerencia y obró como ejecutor del proyecto, con el compromiso de devolver los recursos en caso de no ejecución.

Es más, el Fondo Mixto fungía como un contratista, en tanto se comprometió a otorgar garantía de cumplimiento sobre sus gestiones a favor de Coldeportes, de conformidad con lo dispuesto en los acuerdos específicos.

Todo ello lleva a establecer que el Convenio Marco No. 0367 y sus acuerdos específicos no constituían un convenio interadministrativo de aquellos a los que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Se agrega que en este caso tampoco se evidencian los supuestos legales del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, toda vez que esa norma dispuso:

“Artículo 95. Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

“Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal”.

No se predicán los supuestos del convenio interadministrativo contemplado en el artículo 95, dado que el Convenio Marco No. 0367 no constituyó el acto fundacional o creador de una asociación o persona jurídica entre entidades públicas, ni identificó el cumplimiento de una función administrativa o prestación conjunta de servicios a cargo de las entidades públicas.

Siguiendo con el análisis acerca de la naturaleza jurídica, la Sala identifica que el Convenio Marco No. 0367 de 2009 se rigió por la Ley 1150 de 2007, que reformó la Ley 80 de 1993, en relación con los contratos interadministrativos, es decir los celebrados entre entidades públicas y, por ello, se concluye que se trató de un contrato interadministrativo.

En este punto es bueno advertir que la Ley 1150 de 2007 permitía la contratación directa a través del contrato interadministrativo, siempre que sus obligaciones se correspondieran con el objeto de la entidad ejecutora, así:

*Ley 1150 de 2007 “artículo 2. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas (...) 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: (...).c) Contratos interadministrativos, siempre que **las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos**. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo” (la negrilla no es del texto)¹³⁵.*

¹³⁵ Modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 –posterior a los hechos en este proceso-, así (...).c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, **prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos**, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas **o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras**. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Contrario a lo que apreció el Tribunal *a quo*, la Sala establece que el Convenio Marco No. 0367 sí guardaba relación con el objeto de la entidad ejecutora del presupuesto público -*que era Coldeportes*¹³⁶- teniendo en cuenta los artículos 50 y 61 de la Ley 181 de 1995, también citados en las consideraciones del contrato, relativos a las funciones del Instituto Colombiano del Deporte -Coldeportes-, a saber:

“Artículo 61. El Instituto Colombiano del Deporte, Coldeportes, es el máximo organismo planificador, rector, director y coordinador del Sistema Nacional del Deporte y Director del Deporte Formativo y Comunitario. Para la realización de sus objetivos, el Instituto Colombiano del Deporte cumplirá las siguientes funciones: (...)

“10. Celebrar convenios o contratos con las diferentes entidades de los sectores público o privado, nacionales o extranjeros, para el desarrollo de su objeto bien sea del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física de acuerdo con las normas legales vigentes”.

De la misma forma, se cumplía la condición de la “entidad ejecutora” como aplicable al Fondo Mixto, en tanto fue la entidad que ejecutó el servicio o la gerencia del proyecto, se advierte que sus estatutos -ya reseñados en el análisis

dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo” (la negrilla corresponde a la modificación de la Ley 1474 de 2011).

Igualmente, el artículo citado fue adicionado por los artículo 95 de la Ley 1474 de 2011 –posterior a los hechos en este proceso- con el siguiente texto: *“En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.// En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal. // Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales”.*

¹³⁶ Coldeportes, cumplía con su condición de entidad ejecutora del presupuesto nacional toda vez que la Ley 1260 de 2008 y El Decreto 4841 de 2008, por los cuales se decretó el presupuesto de rentas y recursos de capital para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2009 y se liquidó el respectivo presupuesto, en su Sección 3306, incluyeron al Instituto Colombiano del Deporte – Coldeportes, al paso que el Fondo Mixto no estaba previsto como sección ni como entidad adscrita o vinculada a esa sección. Dentro de los capítulos asignados a Coldeportes estaba el desarrollo de la infraestructura del sector, de manera que el Convenio *sub examine* no violó la Ley 1150 de 2007 en cuanto se refiere a la relación de su objeto con el de la entidad ejecutora. Se agrega que, el Fondo también cumplió con la condición de entidad ejecutora -del contrato-, teniendo en cuenta el objeto definido en sus estatutos.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

probatorio- permitían igualmente la gestión que desempeñó el Fondo en el referido convenio.

Por tanto, no se comparte el análisis que llevó al Tribunal *a quo* a declarar de manera oficiosa la nulidad absoluta del Convenio Marco No. 0367 y de sus cinco acuerdos específicos, teniendo en cuenta la ley vigente para la época de su celebración.

Por otra parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en un error al citar el artículo 77 del Decreto 066 de 2008 como aplicable para decretar la nulidad absoluta del convenio en el presente caso, toda vez que esa norma fue derogada por el Decreto 2474, expedido el 7 de julio de 2008.

Sin embargo, se resalta que este último decreto consagró en su artículo 78 una disposición similar a la que contenía el artículo 77 del Decreto 066 de 2008, sobre la viabilidad de la contratación directa en el caso de los convenios interadministrativos, a cuyo tenor:

*"Artículo 78. Contratos interadministrativos. Las entidades señaladas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 **celebrarán directamente contratos entre ellas, siempre que las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora.** Cuando fuere del caso y de conformidad con lo dispuesto por las normas orgánicas de presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal"* (la negrilla no es del texto).

Esta última disposición se respetó en la celebración del Convenio Marco No. 0367 de 2009, toda vez que Coldeportes, entidad que estaba comprendida en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, era una entidad ejecutora del presupuesto nacional y que las obligaciones del convenio guardaban relación con el objeto de la entidad.

Sobre el concepto de "*entidad ejecutora*" es útil reseñar que en oportunidad reciente –*aunque referida a un convenio anterior a la Ley 1150 de 2007*- mediante sentencia proferida en sede de la acción popular, la Sala de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado observó¹³⁷ (se transcribe de forma literal):

¹³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de junio de 2019, radicación: 25000-23-37-000-2010-02552-01(AP), actor: Camilo Araque Blanco, demandado: Instituto Colombiano de Desarrollo Rural y otros, referencia: acción popular.



886

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre - Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

"En este punto cabe advertir que, respecto de las corporaciones o fundaciones de participación mixta, el artículo 2.3. del Decreto 777 de 1992 excluyó del ámbito de aplicación de los 'contratos' del artículo 355 de la Constitución Política toda apropiación presupuestal decretada a su favor¹³⁸, lo cual se justifica no solo en que aquellas no se incorporan dentro de la categoría de 'entidad sin ánimo de lucro privada' sino que, además, por tratarse de entidades descentralizadas por servicios de carácter mixto, todo recurso público que financie sus gastos debe haber sido apropiado en el Presupuesto General de la Nación"¹³⁹.

legis

¹³⁸ cita original de la sentencia: "aunque las corporaciones o fundaciones de participación mixta no son 'secciones presupuestales', sí pueden ser 'unidades ejecutoras', concepto este en relación con el cual, el ministerio de hacienda y crédito público ha indicado que '(...) corresponde a un segundo nivel de desagregación de una sección presupuestal, establecida para la presentación del gasto dentro del anexo del decreto de liquidación. puede corresponder a la misma sección principal (gestión general), sus órganos y entidades adscritos o vinculados (descentralizados) o área administrativa subordinada a una unidad responsable, en la cual se desconcentra parte del ejercicio presupuestario (cada una de las fuerzas del sector defensa, los recursos asignados para pensiones, para salud, etc.), de conformidad con lo establecido en el artículo 2.8.1.5.2 del dur 1068 de 2015'. ministerio de hacienda y crédito público. aspectos generales del proceso presupuestal colombiano. 4ª edición. 2019. pp. 210-211. para cuando fue suscrito el convenio, el decreto 4730/15 establecía que el anexo del decreto de liquidación del presupuesto en lo correspondiente a gastos incluiría, entre otros, a las unidades ejecutoras, las cuales, además de las 'unidades ejecutoras' de órganos y entidades específicas del PGN, comprendían a 'las demás dependencias de los órganos no mencionadas en este artículo agrupadas bajo la denominación: gestión general'.

¹³⁹ Cita original de la sentencia: "En el marco del artículo 355 de la Constitución Política, la Corte Constitucional en la sentencia C-254/96 [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz] indicó que 'Por vía negativa, no se consideran auxilios o donaciones, las transferencias presupuestales que se hacen a entidades descentralizadas', sin perjuicio de que en las sentencias C-506/94 [MP. Fabio Morón Díaz] y C-219/15 [MP. Mauricio González Cuervo] advirtiera que '(...) el régimen que permite la conformación de las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, con carácter mixto por la participación de aportes de la Nación y de sus entidades descentralizadas, en todo caso significa la posibilidad de utilizar formas válidas y legítimas de asociación y participación en la gestión de fines públicos o de la atención y de la prestación de verdaderos servicios públicos, y no comportan por sí mismas un simple traslado de recursos públicos a los particulares'" (subrayado fuera del texto).

"Asimismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación ha indicado que "(...) si bien es cierto, las personas jurídicas que se creen en virtud del artículo 96 de la ley 489 de 1998, son entidades descentralizadas indirectas que pueden estar vinculadas a la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, también lo es, que su patrimonio no se conforma exclusivamente de fondos públicos, sino con recursos de los particulares asociados, los cuales no están cubiertos dentro del ámbito de aplicación del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

"Con base en lo anterior, la Sala considera que la aplicación del régimen presupuestal de los establecimientos públicos a las personas jurídicas de carácter mixto constituidas en desarrollo del artículo 96 de la ley 489 de 1998, sólo puede predicarse de los recursos públicos que ingresen a su patrimonio a título de participación o aporte, así como, de aquellos que sean entregados directamente a las mismas a título de donación, en los términos de los artículos 33 y 34 del decreto 111 de 1996, como se explicará en el capítulo siguiente.

"(...)

"Cabe mencionar que la aplicación parcial del régimen previsto para los establecimientos públicos a las asociaciones de carácter mixto, según el tipo de recursos que ingresan al patrimonio de estos entes descentralizados indirectos, tiene como antecedente el pronunciamiento de la Corte Constitucional realizado en la Sentencia C-275 de 1998, a propósito de la sujeción de las Corporaciones Autónomas Regionales al artículo 4º del decreto 111 de 1996 (...). "CE. SCSC. Concepto de 9 de noviembre de 2006 [Rad. 11001-03-06-000-2006-00079-00 (1766)]. MP. Flavio Augusto Rodríguez Arce".



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Por último, se puntualiza que las imputaciones acerca de la violación de los principios de transparencia y selección objetiva que se habrían cometido al adjudicar los contratos derivados no constituían una causa de nulidad absoluta respecto del convenio marco, tal como lo observó Coldeportes en su alegato de segunda instancia, toda vez que se trató de contrataciones independientes o separadas.

Además, bien se sabe que los contratistas de las obras y adecuaciones no fueron vinculados al proceso y que los subcontratos no eran materia de juzgamiento en el presente litigio, de manera que resultaba improcedente declarar la nulidad absoluta con fundamento en las irregularidades en la celebración, ejecución o control de tales contratos derivados o subcontratos.

Por ello, se **resuelve la primera parte del problema jurídico** planteado en esta providencia, en el sentido de establecer que es improcedente la declaración de nulidad absoluta del Convenio Marco No. 0367 y sus cinco acuerdos específicos.

Como consecuencia se revocará la sentencia de primera instancia y se estudiarán las pretensiones relacionadas con la liquidación judicial.

5.2. Las reglas de la liquidación del convenio

5.2.1. Se advierte que, de acuerdo con el Convenio Marco No. 0367, las partes acordaron que las actas de liquidación serían suscritas por los representantes legales de Coldeportes y del Fondo Mixto, lo cual permite observar que Coldeportes no estaba compelido a adoptar como base de liquidación las cifras de las liquidaciones de los subcontratos o contratos derivados, en tanto formalmente no lo vinculaban.

Además, es importante observar que las actas de liquidación de los contratos derivados se levantaban de acuerdo con las especificaciones y precios pactados entre el Fondo contratista y sus subcontratistas y -se reitera- Coldeportes no fue parte en los referidos subcontratos.

Tal como lo indicó el perito en la audiencia de pruebas, con fundamento en el cuestionario rendido por el arquitecto William Armando Bastidas Russi, "artífice



887

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

intelectual del proyecto", el mismo se planteó como *"una única unidad arquitectónica"*¹⁴⁰ para ser ejecutado en un término de 12 meses continuos y no por fases fraccionadas, además de que, a su vez, cada acuerdo específico se ejecutó a través de diversas subcontrataciones realizadas por el Fondo Mixto, lo cual implicaba la necesidad de controlar y validar los cambios y ajustes que el Fondo Mixto introdujo para demostrar la consistencia en la ejecución.

Ahora, de acuerdo con las pruebas analizadas en esta providencia, es evidente que se produjeron modificaciones a las especificaciones y precios respecto del proyecto arquitectónico general que sirvió de base al presupuesto inicial del centro de alto rendimiento, como lo declaró Andrés Crovo Jiménez en audiencia de 4 de diciembre de 2015¹⁴¹ al referir los ajustes de precios, además de que, según se lee en el dictamen, en concepto del perito *"Sí fue afectada la funcionalidad de la obra junto con sus aspectos básicos al desarrollarse de forma fraccionada por procesos o sub procesos"*¹⁴².

Adicionalmente, se encontró probado por declaraciones de los testigos y por el registro fotográfico¹⁴³ contenido en el escrito de aclaraciones al dictamen¹⁴⁴, que al término del Convenio Marco No. 0367 *"las obras no presentaban condiciones de funcionamiento integral para el objetivo"* fijado en el proyecto de construcción¹⁴⁵.

Entonces, aunque respecto de algunos contratos derivados se exhibió el acta de liquidación con el visto bueno final de los interventores y supervisores del respectivo subcontrato y se relacionó una ejecución del 100% de los recursos pagados a cada subcontratista, esas pruebas permiten inferir el cumplimiento del 100% de lo contratado en los referidos derivados, pero no implica la debida ejecución del Convenio 0367, por cuanto no hubo total correspondencia entre los presupuestos del convenio y los que ejecutó el Fondo.

¹⁴⁰ Folio 447 del cuaderno 1.

¹⁴¹ Cd, folio 46 del despacho comisorio, cuaderno 6.

¹⁴² Folio 448 del cuaderno 1.

¹⁴³ Folio 439 del cuaderno 1.

¹⁴⁴ Abril 28 de 2006, folio 409 del cuaderno 1.

¹⁴⁵ CD audiencia de pruebas del 13 de mayo de 2016, minutos 42 a 44, folio 389 del cuaderno 1.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

La Sala considera que la firma del supervisor designado por Coldeportes no se refirió a la identidad de las especificaciones y precios con el proyecto general sino a la liquidación del respectivo subcontrato y *-lo que es definitivo en esta apreciación para efectos de la ejecución del convenio-* esos documentos correspondieron a los subcontratos y no a los acuerdos específicos, amén de que la fase o adecuación contratada en los referidos acuerdos no se entregó terminada.

5.2.2. A diferencia de lo que estimó el interventor Andrés Crovo Jiménez, de acuerdo con los documentos contractuales, el Convenio Marco No. 0367 no tenía prevista la posibilidad de entrega en obra gris. Por otra parte, tal como observó la arquitecta Carolina Aguilera López, el Fondo no acreditó que hubiera advertido a Coldeportes sobre la insuficiencia de los recursos o sobre el recorte del alcance¹⁴⁶, de manera que resulta imperativo concluir que el objeto de los acuerdos específicos era la fase completa de la respectiva construcción o adecuación.

En apoyo de esa apreciación, también puede observarse, por ejemplo, que en la ejecución de los acuerdos específicos 3 y 4, al referirse a la forma de pago, el supervisor del contrato observó que el pago final se realizaría *"al recibo a satisfacción de los trabajos y puesta en funcionamiento"*¹⁴⁷

Como conclusión de lo expuesto, las actas de liquidación de los subcontratos, aunque contaran con el visto bueno de los supervisores y/o de los interventores, no significaban cumplimiento del convenio, ni tenían que traducirse como aceptación de obra que no se encontraba físicamente ejecutada.

5.2.3. Por otra parte, dentro del Convenio Marco No. 0367 y sus acuerdos específicos, el Fondo Mixto no fue autorizado para definir los ajustes de precios o los cambios de especificaciones, de manera que si el Fondo contrató por encima de los presupuestos lo hizo bajo su propia responsabilidad y con independencia de que hubiera recibido el visto bueno de sus interventores y del supervisor delegado por Coldeportes en la liquidación de los subcontratos, ello no lo eximió

¹⁴⁶ CD audiencia de pruebas del 13 de mayo de 2016, folio 389 del cuaderno 1.

¹⁴⁷ Folios 2647, 2651, 2658, 2782, cuaderno 12.



888

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

de la obligación de devolver los recursos que no se respaldaron con ejecución de obra.

5.2.4. En este proceso no se juzga la conducta del Fondo en la subcontratación, no obstante, en el marco de las pretensiones de la demanda debe estimarse que, al establecer la cuenta final de liquidación, Coldeportes podía exigir, de acuerdo con lo que se desprende de las cláusulas del convenio, la devolución de los recursos que no se encontraban respaldados en obra, los cuales precisamente se corresponden con el saldo de la liquidación del referido convenio, si se recuerda que el balance financiero de la liquidación del contrato es un estado financiero de propósito específico que precisamente tiene por objeto establecer “*quien le debe a quién*” y “*cuánto le debe*”.

5.2.5. Análisis de la liquidación del convenio

5.2.5.1. En debates como el presente, gran parte de la discusión se centra en establecer los precios a los que se debe valorar la obra recibida para efectos de la liquidación, que en principio debe fundarse en los precios acordados en el convenio entre la entidad contratante y la contratista, con independencia de los precios de los subcontratos negociados de manera autónoma por el contratista con los terceros constructores y prestadores de servicios.

5.2.5.2. Por otra parte, en el contrato a precios unitarios con cantidades variables, en el supuesto de que existan obras no previstas o con especificaciones diferentes a las contratadas sobre las que no se pueden aplicar los precios del contrato, pero que se aceptan como recibidas, el estado de liquidación financiera debe levantarse con fundamento en los precios de referencia en el mercado, salvo que las partes hayan convenido otra cosa.

5.2.5.3. Para este caso es procedente analizar cómo debe adelantarse la liquidación, en cuanto no existe certeza de algunos de los precios contratados o los mismos no resultan aplicables por razón de la contratación realizada por fases, respecto de un convenio que se fundó en un proyecto unitario.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Frente a ese supuesto, es justo y coherente concluir que, si la contratación tiene que hacerse a precios de mercado¹⁴⁸, en caso de ausencia de soportes o evidencia de que no se respetó ese principio, los precios base de liquidación, a falta de un pacto contractual, deben corresponder, también, al precio de mercado de la época en que se ejecutó el proyecto. Sostener lo contrario permitiría a las partes ampararse en las falencias de su propia gestión documental, sobre los registros y memorias de la ejecución, para dejar en el limbo la pretensión de fondo referida a la liquidación del contrato.

5.2.5.4. Ahora, la Sala estima que es pertinente aceptar la valoración de la obra ejecutada y de la no ejecutada o no aceptada, como lo soportó técnicamente la entidad demandante en este proceso, teniendo en cuenta que se aportó un estudio técnico de liquidación bajo la metodología de precios de mercado por ítems preponderantes (utilización de un *pareto* flexibilizado 60/40 según el informe de la Universidad Nacional, es decir que se aplicó el estudio del 60% de los ítems de mayor peso al 40% restante), los cuales fueron posteriormente verificados y ajustados con la revisión técnica de los funcionarios de Coldeportes, sobre la cual no se probó en contrario por el Fondo demandado.

Se reafirma esta conclusión, teniendo en cuenta que el Fondo apoyó su defensa en que no conoció oportunamente el informe de la Universidad Nacional, asunto que fue desvirtuado, y, por otra parte, ese demandado alegó que la universidad realizó las revisiones de los ítems construidos de manera "*aleatoria*", término que *-bueno es advertirlo-* no expresa con exactitud el alcance del procedimiento empleado por la universidad, según el informe que se allegó como prueba, además de que no le bastaba al demandado con atacar la metodología de manera teórica y, por el contrario, ha debido demostrar, entonces, la obra debidamente ejecutada, y, en su caso, el precio de mercado correcto en los ítems que se estaban debatiendo como materia de las diferencias entre las partes.

Sin embargo, el demandado no desvirtuó las notas del informe técnico, la imputación de doble cobro o el precio excedido en los ítems que se identificaron

¹⁴⁸ Ley 1150 de 2007. "Artículo 5. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello".



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

en dicho documento, ni aportó información detallada de las fuentes de referencia sobre las que fijó los precios negociados en los subcontratos, de manera que no puede salir adelante en demeritar, con su mera argumentación, los precios base de la liquidación, ajustados con fundamento en lo observado en las visitas y en el levantamiento de datos reportados.

5.2.5.5. Para liquidar el Convenio Marco No. 0367 tampoco podían adoptarse los valores globales de los subcontratos como precio de mercado para la respectiva obra, toda vez que fue evidente que el Fondo actuó por la modalidad de contratación directa sin comparación de ofertas, como lo observó en términos sencillos el perito al explicar en la audiencia de pruebas su respuesta sobre la formación del precio así: si hubiera habido convocatorias y varios proponentes, se habría escogido la mejor propuesta, pero como fue “*uno de uno*” no se puede determinar que se contrató al mejor precio.

También indicó el perito que hubiera sido aceptable utilizar los precios de otro de los contratos celebrados entre Coldeportes y el Fondo, pero en este proceso no se le pidió que elaborara la cuenta final de liquidación bajo el supuesto que mencionó, de manera que no existió un soporte de valoración probatoria para apartarse del monto liquidado en contra del Fondo, el cual fue determinado de acuerdo con la prueba técnica allegada al plenario.

Vale la pena expresar que, habiendo apreciado las falencias de la gestión documental de ambas partes sobre la formación y ejecución del Convenio 00367, en la liquidación judicial no era imperativo –*ni eventualmente razonable*– acudir a los precios de la selección abreviada 020 de 2014, que dio lugar al contrato de obra 763 de 2014, del que además tampoco se recibió información por parte del perito, según hizo constar en las aclaraciones al dictamen¹⁴⁹.

5.2.5.6. En conclusión, **se resuelve la segunda parte del problema jurídico** planteado en esta providencia, de la siguiente forma:

Como en el proceso está probada una valoración de la obra realizada con base en las memorias de obra disponibles que, el algunos ítems, a falta de información

¹⁴⁹ Folio 444 del cuaderno 1.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

específica fue calculada con base en los precios de mercado, provenientes de la Universidad Nacional de Colombia, de reconocida idoneidad técnica, revisada y ajustada según visitas e inventario técnico, se aprecia que el proyecto de acta de liquidación presentado por Coldeportes puede ser acogido como prueba suficiente y soporte adecuado para la liquidación judicial que se decretará en esta providencia¹⁵⁰, así:

BALANCE FINANCIERO DE LIQUIDACIÓN

Total de recursos entregados al Fondo Mixto para el desarrollo del Convenio Marco No. 367 de 2009 y sus cinco acuerdos específicos	\$11.277'251.663,00
Total obras ejecutadas	\$9.627'284.362,24
Saldo a restituir por el Fondo Mixto	\$1.649'967.300,76

Como consecuencia, el saldo final de la liquidación del Convenio Marco No. 0367 de 2009 y sus cinco acuerdos específicos arrojó la suma de \$1.649'967.300,76 a cargo del Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y Gestión Social y a favor del Departamento Administrativo del Deporte la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre - Coldeportes.

5.3. La pretensión de pago de reparaciones de obras pendientes

La parte demandante reclamó la suma de \$166'857.245 por concepto de las reparaciones y costos directos e indirectos, que se generaron por deficiente ejecución de las obras y, de manera subsidiaria, solicitó establecer el perjuicio por el mismo valor.

En primera instancia no se concedió la condena por la suma citada; en la segunda instancia Coldeportes no presentó apelación sobre ese punto y el Fondo Mixto, por su parte, actuó como apelante único y atacó las decisiones de nulidad del contrato y el valor de la condena que se fundó en la cifra resultante de la liquidación del convenio, según el informe técnico.

¹⁵⁰ Folio 199 a 207 del cuaderno 2.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre - Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

En esta oportunidad, la inclusión de la suma de \$166'857.245 en la condena no resulta pertinente, por cuanto se excedería la competencia del *ad quem*, en razón de que desmejoraría la posición del apelante único.

Además, en la demanda no se presentó pretensión de declarar el incumplimiento del convenio, ni en el proceso se demostró obligación de realizar reparaciones de la obra a cargo del Fondo.

También, puede advertirse que en el escrito de aclaraciones al dictamen, el perito designado en el proceso observó que las especificaciones que soportaban el estimativo de la Universidad Nacional acerca de las obras faltantes para poner en funcionamiento el edificio de alojamiento guardaban relación con los presupuestos de la fase cinco, pero habían sido calculados de manera separada, lo cual lleva a indicar que la suma de \$166'857.245 no estaba comprendida dentro de la cuenta final de liquidación de los acuerdos específicos que se examinan en este proceso¹⁵¹; de hecho, la prueba en la que se pretende soportar no hizo parte del documento de la liquidación y corresponde a un memorando interno separado, suscrito por la arquitecta Carolina Aguilera sobre las reparaciones de obras ejecutadas "sobre las cuales se realizó un presupuesto para la nueva contratación"¹⁵².

6. Actualización de la condena

De acuerdo con lo que se dispuso en la sentencia de primera instancia, las sumas de dinero adeudadas por el Fondo Mixto deben ser actualizadas desde la fecha en que terminó el plazo de ejecución del Convenio Marco No. 367, es decir diciembre de 2011 hasta la fecha de la sentencia.

Para actualizar la condena se sigue la fórmula tradicionalmente empleada por el Consejo de Estado, con fundamento en las series de empalme, cuya metodología fue recientemente actualizada por el DANE¹⁵³, la cual se desarrolla así:

Valor actualizado = Valor histórico x índice final¹⁵⁴ / índice inicial¹⁵⁵.

¹⁵¹ Folio 445 del cuaderno 1.

¹⁵² Folios 267 a 277 del cuaderno 2.

¹⁵³ La metodología y las series se actualizan cada diez años, siendo la más reciente la realizada con base en 2018.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

Valor actualizado= \$1.649'967.300 x 103,03 / 76,19

Valor actualizado= \$2.345'340.052

7. Remisión de copias

En la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta el *“inadecuado control sobre la ejecución del convenio marco 0367 de 2009”*, se ordenó la remisión de copias para las investigaciones correspondientes a la contratación de obras con precios superiores a los del mercado y el doble cobro por otras obras.

En este caso, la Sala advierte que no puede concluir sobre las posibles irregularidades en la supervisión ni en la subcontratación o contratación derivada que se encontró relacionada con el centro de alto rendimiento, dado que no se juzgaron en este proceso los procedimientos de contratación ni la ejecución correspondientes, amén de que en la liquidación judicial que se realizará en esta sentencia no se aceptarán los mayores valores que se identificaron como precios superiores a los del mercado, ni se reconocerán nuevas partidas por conceptos ya cobrados por el Fondo Mixto a Coldeportes.

Sin embargo, como no corresponde a la Sala definir las investigaciones en caso de que, por ejemplo, el monto determinado en la liquidación no sea recuperado, ni tampoco es viable identificar en este proceso las eventuales irregularidades en la celebración y supervisión de los contratos derivados, se ordenará remitir copias de todo el expediente a la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, para que determinen si deben iniciar, continuar o archivar las investigaciones correspondientes.

8. Costas

Habida cuenta de que para este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, en la presente providencia se impondrá la condena en costas a cargo de la parte vencida.

¹⁵⁴ Índice de precios al consumidor a la fecha de la sentencia, tomado de las series de empalme publicadas por el Dane, a la fecha actualizada con referencia base cero en el año 2018.

¹⁵⁵ Índice de precios al consumidor a diciembre de 2011, tomado de las series de empalme publicadas por el Dane, a la fecha actualizada con referencia base cero en el año 2018.



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

Para efectos de la fijación de agencias en derecho, separadas para la segunda instancia, el Despacho conductor del proceso dictará un auto posterior, con apoyo en el numeral 3 del artículo 366 del CGP¹⁵⁶, una vez quede en firme la sentencia.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 6 de julio de 2016, y, en su lugar, se dispone.

- LIQUIDAR** el Convenio Marco No. 0367 del 15 de diciembre de 2009, con sus cinco (5) acuerdos específicos, suscrito entre el Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre – COLDEPORTES – y el Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y la Gestión Social, en la siguiente forma:

BALANCE FINANCIERO DE LIQUIDACIÓN

Total de recursos entregados al Fondo Mixto para el desarrollo del Convenio Marco No. 367 de 2009 y	\$11.277'251.663,00
---	---------------------

¹⁵⁶ "Artículo 366 CGP Liquidación. las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: (...) 3. La liquidación incluirá (...) las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el Juez, aunque se litigue sin apoderado".



Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

sus cinco acuerdos específicos	
Total obras ejecutadas	\$9.627'284.362,24
Saldo a restituir por el Fondo Mixto	\$1.649'967.300,76

2. **CONDENAR** al Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y la Gestión Social a pagar al Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre – COLDEPORTES la suma de **DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL CINCUENTA Y DOS PESOS** (\$2.345'340.052) moneda corriente, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

3. Se deniegan las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS al Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y la Gestión Social en favor del Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre – COLDEPORTES.

Para la fijación de las agencias de derecho de la segunda instancia, una vez en firme la sentencia, se ordena a la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación regresar el expediente al despacho.

Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*.

TERCERO: Se ordena remitir copias del expediente, por secretaría de la Sección Tercera, con destino a la Fiscalía General de la Nación, Contraloría General de la República y Procuraduría General de la Nación, para que, si lo estiman procedente, inicien, continúen o archiven las investigaciones correspondientes.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



892

Radicado: 250002336000201401353(58329)
Actor: Departamento Administrativo del Deporte,
la Recreación, la Actividad Física y el
Aprovechamiento del Tiempo Libre -
Coldeportes.
Demandado: Fondo Mixto para la Promoción del
Deporte y Gestión Social
Referencia: Controversias Contractuales

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA ADRIANA MARÍN


MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

legis

