

Honorable Magistrado

MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

sectribadm@cendoj.ramajudicial.gov.co

memorialessectadmstd@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.

S.

D.

MEDIO DE CONTROL:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
RADICADO:	680012333000-2020-00735-00
ACCIONANTE:	FONDO ADAPTACIÓN
DEMANDADOS:	ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. Y OTROS
ASUNTO:	INTERPOSICIÓN Y SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA AUTO ADMISORIO

CARLOS ARMANDO ZAPATA MONTOYA, identificado como aparece al pie de su firma, obrando en calidad de apoderado de la sociedad ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A., en adelante “ESTYMA”, interpongo y sustento RECURSO DE REPOSICIÓN contra el Auto admisorio de la demanda, calendado el tres (3) de noviembre de 2020 y remitido a través de mensaje de datos por el apoderado de la parte demandante el día dieciocho (18) de noviembre de 2020 desde la cuenta de correo electrónico <josedelcarmenbernalcalvo@gmail.com>, proferido dentro del proceso de la referencia.

1. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO

1.1 El artículo 242 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, en adelante “CPACA”, señaló con respecto al Recurso de Reposición, lo siguiente:

ARTÍCULO 242. REPOSICIÓN. *Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica.*

En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. [Referencia que se debe entender hecha al Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012]

1.2 Por su parte, el artículo 318 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, en adelante “CGP”, sobre este recurso prevé en lo pertinente:

Artículo 318. Procedencia y oportunidades. *Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen. [...]*

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto. [...]

1.3 Ahora bien, el artículo 164 del CPACA, dentro de los presupuestos de la demanda en forma, se ocupa de regular el relativo a la oportunidad para presentar la demanda señalando, entre otros, el término de caducidad en las controversias relativas a contratos y la forma en que éste se computa (literal j).

1.4 En concordancia con lo anterior, el numeral 1º del artículo 169 del CPACA dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 169. RECHAZO DE LA DEMANDA. *Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:*

1. Cuando hubiere operado la caducidad. [...]

1.5 Teniendo en cuenta que la providencia que aquí se cuestiona fue dictada por el Magistrado sustanciador, que no es susceptible de recurso de apelación o súplica y que dio por admitida una demanda respecto de la cual existen fundamentos suficientes para considerar que respecto de sus pretensiones ha operado el fenómeno jurídico de la

caducidad, tal y como más adelante se fundamenta, resulta procedente la interposición del recurso de reposición, con el objeto de que se de aplicación al artículo 169 numeral 1º del CPACA y se disponga el rechazo de la demanda por haber operado la caducidad.

1.6 Frente a la oportunidad, se indica que el Auto recurrido fue proferido por el Despacho el tres (3) de noviembre de 2020 y remitido a ESTYMA a través de mensaje de datos por el apoderado de la parte demandante el día dieciocho (18) de noviembre de 2020 desde la cuenta de correo electrónico <josedelcarmenbernalcalvo@gmail.com>, entendiéndose surtida la notificación el 20 de noviembre del presente mes y año y, computando a partir de esta fecha, el respectivo término contemplado en el artículo 318 del CGP para la interposición del recurso.

2. SUSTENTACIÓN FÁCTICA – HECHOS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO

2.1 El FONDO ADAPTACIÓN es una entidad descentralizada del orden nacional con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que, de conformidad con el artículo 7º del Decreto 4819 de 2010, tiene por régimen de contratación el Derecho Privado.

2.2 El FONDO ADAPTACIÓN suscribió con CONSORCIO SAN ANDRÉS (integrado por ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. – ESTYMA y LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A., en adelante “LATINCO”) el Contrato de Obra 075 de 2013, en adelante el “Contrato”, el día 28 de mayo de 2013, el cual tuvo por objeto la *“Construcción de las obras para la solución de los sitios críticos del tramo comprendido entre los PR 46+850 y PR 85+903, de la carretera Málaga (PR 0+000) Los Curos (PR 113+000) en el departamento de Santander, de conformidad con el alcance, requerimientos, y condiciones establecidos en los estudios previos y la propuesta presentada por el Contratista”*.

2.3 De acuerdo con los documentos públicos: “Contrato 075 de 2013”, “Acta de entrega y recibo definitivo de la obra”, aportados por el demandante, y “Acta de liquidación final de común acuerdo de contrato”, que se aporta con el presente recurso, el Contrato registró los siguientes extremos frente a su plazo de ejecución:

Plazo inicial:	14 meses
Plazo adicional:	3 meses
Plazo total:	17 meses

Fecha suscripción:	28 de mayo de 2013
Fecha iniciación:	03 de julio de 2013
Fecha vencimiento inicial:	02 de septiembre de 2014
Fecha vencimiento definitivo:	02 de diciembre de 2014
Fecha acta de entrega y recibo:	03 de diciembre de 2014
Fecha acta de liquidación:	26 de julio de 2017

2.4 Si bien el Contrato se rigió por el Derecho Privado por lo que, en principio, no estaba sujeto a liquidación, en la “CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA – LIQUIDACIÓN” se estableció: *“El presente contrato será objeto de liquidación, la cual se efectuará dentro de los seis (6) meses siguientes al vencimiento del plazo de ejecución. [...]”*.

2.5 El acta de liquidación del Contrato no fue suscrita dentro del término de seis (6) meses establecido en el Contrato para ello, término que vencía el 02 de junio de 2015 ni aún dentro del término de dos (2) años siguiente a la fecha en que ello debió ocurrir y en el que, aun extemporáneamente, era posible intentar la liquidación del Contrato, es decir, antes de la operancia del fenómeno de la caducidad que, en el caso concreto, se extendía hasta el 02 de junio de 2017, es decir, dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que el Contrato debió haber sido liquidado.

2.6 A pesar de lo anterior, se suscribió “Acta de liquidación final de común acuerdo de contrato” el 26 de julio de 2017, esto es, 1 mes y 24 días después de haber operado el fenómeno de la caducidad¹, momento en que se ha perdido toda competencia para liquidar el Contrato, ya sea de forma bilateral, unilateral o judicial y en el que no es posible otorgarle ningún efecto al acta de liquidación intentada en estas condiciones.

2.7 El FONDO ADAPTACIÓN presenta demanda en medio de control de controversias contractuales ante el Tribunal Administrativo de Santander, dirigida, entre otros, contra ESTYMA y LATINCO (integrantes del CONSORCIO SAN ANDRÉS) el día

¹ Como se sustentará más adelante, de conformidad con la jurisprudencia vigente de la Sección Tercera del honorable Consejo de Estado, en los contratos regidos por el derecho privado no es posible computar adicionalmente el término de dos (2) meses para realizar la liquidación unilateral, ya que las entidades regidas por un régimen privado de contratación carecen de la posibilidad de liquidar unilateralmente un contrato.

31 de julio de 2020, en la cual se dirigen, en lo que resulta pertinente al presente recurso, las siguientes Pretensiones Declarativas:

“SEGUNDA: Que se declare el incumplimiento de las obligaciones del CONTRATISTA del contrato 075 de 2013, cuyo objeto fue la Construcción de las obras para la solución de los sitios críticos del tramo comprendido entre los PR 46+850 y PR 85+903, de la carretera Málaga (PR 0+000) Los Curos (PR 113+000) en el departamento de Santander de conformidad con el alcance, requerimientos, y condiciones establecidos en los estudios previos y la propuesta presentada por el Contratista. suscrito entre el demandado, CONSORCIO SAN ANDRES (Integrado por las sociedades: LATINCO S.A. identificada con NIT: No. 800.233.881 con una participación del 50% y ESTYMA S.A. identificada con NIT: No. 800.014.246) y el Fondo Adaptación en calidad de Contratante, demandante, consistente en la deficiente y/o la mala calidad, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales en la etapa pre constructiva y la deficiente estabilidad de la obra entregada con ocasión del citado contrato, de acuerdo a los hechos de esta demanda. [subrayado no incluido en texto original]
[...]

CUARTA: Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare la responsabilidad civil contractual de los demandados y la ocurrencia del siniestro, y la efectividad de las pólizas de seguro en los amparos correspondientes pactados, por haberse probado se realizó el Riesgo asegurado pactado en las pólizas de cumplimiento No: [subrayado no incluido en texto original]
[...]

2.8 Como se desprende de las súplicas de la demanda introductorias al presente proceso, anteriormente transcritas, el FONDO ADAPTACIÓN aduce en juicio pretensiones del siguiente tipo contra el CONSORCIO SAN ANDRÉS:

- (i) Unas pretensiones de naturaleza contractual tendientes a que se declare el incumplimiento del Contrato 075 de 2013, derivado del presunto incumplimiento de las obligaciones de la etapa pre constructiva del Contrato, específicamente de la fase de revisión de diseños.

(ii) Otras pretensiones de naturaleza post contractual tendientes a que se declare la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra, inexplicablemente, también atribuible el presunto incumplimiento de las obligaciones de la etapa pre constructiva del Contrato, específicamente de la fase de revisión de diseños.

2.9 Ahora bien, el fundamento basilar de ambos tipos de pretensiones lo hace consistir el FONDO ADAPTACIÓN, en un presunto incumplimiento por parte del CONSORCIO SAN ANDRÉS de las obligaciones por él adquiridas en la etapa pre constructiva del proyecto, en lo atinente a la revisión de la idoneidad de los diseños entregados por el FONDO ADAPTACIÓN para la construcción de las obras objeto del Contrato, diseños éstos que fueron elaborados en virtud de otra relación contractual celebrada entre el FONDO ADAPTACIÓN y el CONSORCIO DIS SAS – EDL LTDA (integrado por DISEÑOS INTERVENTORÍAS Y SERVICIOS SAS – DIS S.A.S. y EDL LTDA), esto es, el Contrato 106 de 2012 que tuvo por objeto *“Realizar los estudios y diseños a nivel fase III de los sitios críticos y puentes de la carretera Málaga- Los Curos entre los PR 0+000 al PR 113+0000, de conformidad con el alcance, requerimientos, y condiciones establecidos en los estudios previos y la propuesta presentada por el Contratista”*.

2.10 En efecto, en el numeral 41 de la demanda, el FONDO ADAPTACIÓN señala con toda claridad el fundamento de sus pretensiones contractuales y post contractuales, el cual lo hace consistir, de acuerdo con la misma prueba pericial allegada con la demanda, en la supuesta insuficiencia de los diseños entregados por el propio FONDO ADAPTACIÓN y revisados por el CONSORCIO SAN ANDRÉS en la fase preconstructiva del Contrato. A saber:

*“41. Con comunicación del 23 de Julio de 2018, radicada en el Fondo Adaptación bajo el n.º R-2018-016754, Bateman Ingeniería S.A. como consultor externo contratado para hacer el diagnóstico de las causas que desencadenaron las fallas de las obras entregadas por el Consorcio San Andrés, **concluye que es la falta de suficiencia de las soluciones planteadas y construidas la causa de las fallas presentadas en cada uno de los sitios críticos**. Se concluye en el citado informe, lo siguiente:*

[...]

De esta manera, se concluye que los problemas identificados en los sitios críticos imputables al contratista Consorcio San Andrés, asegurado por Seguros del Estado S.A., obedecen al incumplimiento de sus obligaciones pre constructivas de verificar la constructibilidad de los diseños y su duración en el tiempo, luego entonces es objeto de cobertura por la póliza expedida por Seguros del Estado S.A. [subrayado no incluido en texto original]

2.11 A partir de lo anterior, inexplicablemente el FONDO ADAPTACIÓN plantea pretensiones de incumplimiento contractual y otras de naturaleza post contractual orientadas a que se establezca la responsabilidad civil contractual de los integrantes del CONSORCIO SAN ANDRÉS, no obstante tener éstas un único origen común, a saber: el presunto incumplimiento de las obligaciones pre constructivas de verificar la constructibilidad de los diseños y su duración en el tiempo. Es decir, el FONDO ADAPTACIÓN atribuye una única causa eficiente a sus pretensiones de presunto incumplimiento contractual que es, a su vez, la misma con la que fundamenta sus pretensiones de naturaleza post contractual, tendientes a establecer la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra; para lo cual descartamos aquí de plano cualquier cobertura de un riesgo de calidad de los diseños, ya que esta cobertura no se encontraba a cargo del CONSORCIO SAN ANDRÉS en el marco de sus obligaciones adquiridas en virtud del Contrato 075 de 2013.

2.12 En su demanda (numeral 5, págs. 6-7), el FONDO ADAPTACIÓN manifiesta que la está presentando en tiempo, manifestando que la causal que rige el cómputo de la caducidad en el presente caso para todas sus pretensiones, es la señalada en el literal j) del artículo 164 del CPACA, la cual establece:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

[...]

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. [Subrayado fuera de texto original]

[...]

Para tal efecto, se señala en la demanda que el FONDO ADAPTACIÓN solo tuvo conocimiento de los motivos de hecho que la fundamentan el día 23 de julio de 2018, fecha en que la firma Bateman Ingeniería emitió un concepto técnico en el cual le informó que la causa de las fallas presentadas en las obras, obedecían a un problema de diseño, razón por la cual considera que su demanda, al ser presentada el 31 de julio de 2020, lo fue en tiempo al haber sido radicada dentro de los dos (2) años siguientes a esta circunstancia subjetiva².

2.13 Ciertamente es, honorable Magistrado, que no se corresponde con esta etapa introductoria del proceso, ahondar y dilucidar las causas que dieron origen a los hechos que hoy el FONDO ADAPTACIÓN pretende atribuir a los integrantes del CONSORCIO SAN ANDRÉS, ni la naturaleza última del tipo de pretensiones aducidas por el demandante; no obstante, de los hechos y pretensiones de la demanda y de la prueba sumaria documental que la respalda, es posible establecer con toda nitidez y más allá de cualquier duda razonable que, aun admitiendo la existencia de pretensiones de incumplimiento contractual y pretensiones de naturaleza post contractual, ambas se encuentran afectadas de plano por la ocurrencia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad, el cual ha operado claramente respecto de las pretensiones aducidas en este juicio por el FONDO ADAPTACIÓN contra los integrantes del CONSORCIO SAN ANDRÉS.

3. SUSTENTACIÓN JURÍDICA

3.1 Fenómeno jurídico procesal de la Caducidad.

El Consejo de Estado³ ha definido la caducidad como *“un presupuesto procesal de carácter negativo que opera en algunas acciones contenciosas por el transcurso de un término establecido expresamente en la ley que una vez cumplido restringe la*

² En este cómputo, deben considerarse los efectos de la expedición del Decreto 564 de 2020 el cual dispuso: “Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales”.

³ Ver en este sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de marzo de 2020, rad 64224; sentencia del 23 de junio de 2011, rad. 21093; auto del 20 de febrero de 2008, rad.16.207, entre otros.

*posibilidad de acceder a la administración de justicia". Y en relación con el propósito esencial de la caducidad, la misma Corporación ha precisado que "es evitar que las diversas situaciones generadoras de responsabilidad se extiendan de manera indefinida en el tiempo, brindando así seguridad jurídica al transformarlas en situaciones jurídicas consolidadas"*⁴.

Es así como la persona que pretenda acceder a la administración de justicia *"pierde la facultad de accionar por no haber ejercido oportunamente su derecho y concurrir dos supuestos: i) el transcurso del tiempo y ii) el no ejercicio de la acción"*⁵.

3.2 Caducidad en contratos de régimen privado con liquidación convencional pactada.

Respecto a la regla que debe gobernar el cómputo de la caducidad en contratos regidos por el derecho privado, en reciente jurisprudencia, el Consejo de Estado ha reiterado de manera pacífica y prolífica las siguientes posturas: i) los contratos de derecho privado, en principio, no están sujetos a liquidación y ésta solo será exigible y con efectos en el cómputo de la caducidad si ésta se previó en el contrato o en los documentos anexos a éste⁶; ii) en los contratos de derecho privado no obligados a liquidar o en los que no se previó la liquidación convencional, la caducidad se computa desde la terminación del contrato⁷; ii) en los contratos de derecho privado no es admisible la liquidación unilateral, en consecuencia, no opera en el cómputo del término de caducidad el plazo de dos (2) meses previsto para ello⁸.

Aplicadas estas subreglas legales y jurisprudenciales al caso objeto del presente recurso, se tiene lo siguiente:

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de noviembre de 2019, rad. 62579

⁵ *Ibidem*.

⁶ Ver en este sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera: Auto del 30 de agosto de 2018, radicación 52001-23-33-000-2018-00031-01(61852); Auto del 30 de mayo de 2019, radicación 52001-23-33-000-2018-00080-01(61849); Auto del 24 de octubre de 2019, radicación 19001-23-33-000-2018-00185-01(64240); Auto del 14 de noviembre de 2019, radicación: 05001-23-33-000-2018-01753-01(64796); Auto del 31 de agosto de 2020, radicación 08001-23-33-000-2019-000-22-01 (66.013).

⁷ Ver en este sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera: Auto del 20 de febrero de 2020, radicación 63001233100020070000302 (43838).

⁸ Ver en este sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera: Auto del 30 de agosto de 2018, radicación 52001-23-33-000-2018-00031-01(61852); Auto del 30 de mayo de 2019, radicación 52001-23-33-000-2018-00080-01(61849); Auto del 24 de octubre de 2019, radicación 19001-23-33-000-2018-00185-01(64240); Auto del 14 de noviembre de 2019, radicación: 05001-23-33-000-2018-01753-01(64796); Auto del 31 de agosto de 2020, radicación 08001-23-33-000-2019-000-22-01 (66.013).

- 1) Se está en presencia de un Contrato sujeto a liquidación, ya que así se estipuló en la “CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA – LIQUIDACIÓN. *El presente contrato será objeto de liquidación, la cual se efectuará dentro de los seis (6) meses siguientes al vencimiento del plazo de ejecución. [...]”*.
- 2) La liquidación debía hacerse de mutuo acuerdo dentro de los seis (6) meses siguientes al vencimiento del plazo de ejecución del Contrato (02 de diciembre de 2014), es decir, antes del 02 de junio de 2015, cosa que no ocurrió.
- 3) Había lugar a intentar la liquidación bilateral, aún dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento del término de seis (6) meses contractualmente pactado para hacerlo, es decir, dentro del término de caducidad de la acción, el cual se extendió hasta el 02 de junio de 2017, cosa que tampoco ocurrió.
- 4) Como quiera que no se realizó la liquidación bilateral del Contrato dentro del término señalado, es decir, antes del 02 de junio de 2017, tratándose de un contrato sujeto a liquidación por disposición del Contrato mismo, la regla de caducidad aplicable es la del numeral v) del literal j) del artículo 164 del CPACA, sin incluir los dos (2) meses previstos en ella para la liquidación unilateral. En consecuencia, la caducidad respecto de cualquier pretensión de incumplimiento contractual operó desde el 02 de junio de 2017.
- 5) No hay lugar a considerar el plazo de dos (2) meses para intentar la liquidación unilateral, debido a que el FONDO ADAPTACIÓN no tiene competencia para realizarla; en consecuencia, tampoco hay lugar a considerar este término para el cómputo de la caducidad, tal y como en un caso similar lo señaló el Consejo de Estado⁹:

“18. Ahora bien, no es de recibo para la Sala el argumento del recurso de apelación relativo a que la norma de caducidad referida no diferencia entre regímenes contractuales, y que, en consecuencia, debía contabilizarse dos meses adicionales en el presente asunto a partir del vencimiento del término pactado de liquidación bilateral. Al respecto, en una oportunidad anterior, esta Corporación indicó (se transcribe):

⁹ Auto del 24 de octubre de 2019, radicación 19001-23-33-000-2018-00185-01(64240).

“Lo anterior, con fundamento en que no es posible computar los 2 meses a los que se refiere la norma citada (que debe contarse a partir del vencimiento del plazo convenido para liquidar el contrato bilateralmente), porque ese lapso, tal como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, tiene relación con la oportunidad de la que goza la Administración para liquidar unilateralmente el negocio, facultad que no podía ejercer el Fondo de Adaptación, habida cuenta de que el contrato objeto de estudio se rige por las normas del derecho privado y aquellas no prevén esa competencia”.

3.3 Imposibilidad e inexistencia de liquidación bilateral, unilateral o judicial intentada después de operado el término de caducidad.

Se aporta al plenario con el presente recurso, copia del “Acta de liquidación final de común acuerdo de contrato” suscrita el 26 de julio de 2017, esto es, 31 meses y 24 días después de haber operado el fenómeno de la caducidad, teniendo en cuenta que habían transcurrido los seis (6) meses para la liquidación convencional pactada y los dos (2) años adicionales correspondientes al término de caducidad, momento en el cual se había perdido ya toda competencia para liquidar el Contrato, ya sea de forma bilateral, unilateral o judicial y en el que no es posible otorgarle ningún efecto al acta de liquidación intentada en estas condiciones.

Con todo, es claro que la suscripción del citado documento por fuera del término de caducidad de la acción, no tiene el efecto de revivir términos de orden público e indisponibilidad de las partes. En efecto, el Consejo de Estado¹⁰ ha sostenido sobre este particular:

“De este modo, la expiración del término de caducidad o la notificación del auto admisorio de la demanda del contratista que persigue la liquidación del contrato, hace perder competencia a la administración para estos efectos y, por lo tanto, sólo mientras esté en curso el término de caducidad es viable proceder a la liquidación del contrato.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta Servicio Civil. Consulta del 31 de agosto de 2001, radicación 1365.

De lo expuesto se concluye que vencido el término de caducidad de la acción contractual, o notificado el auto admisorio de la demanda en la forma dicha, deviene la incompetencia de la entidad estatal contratante para liquidar el contrato unilateralmente y, para el contratista, la imposibilidad de obtenerla en sede judicial o de común acuerdo y, por lo mismo, en tal supuesto, no es jurídicamente viable extender, unilateralmente o por mutuo acuerdo con el contratista, "un documento de balance final o estado de cuenta para extinguir definitivamente la relación contractual", dado que el término de caducidad es perentorio e improrrogable y porque ello equivaldría a revivir, convencionalmente, los términos de caducidad de la acción que, como es sabido, son indisponibles".

En posterior oportunidad, sobre este mismo tópico, señaló¹¹:

"Como puede observarse, más allá del debate sobre los plazos para efectuar la liquidación de los contratos estatales, en atención a las normas sustanciales y procesales que han regulado este asunto a lo largo del tiempo, discusión que el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 vino a zanjar de manera expresa, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Consejo de Estado han sido uniformes en considerar que la falta de liquidación de dichos contratos, ya sea de mutuo acuerdo o de manera unilateral, dentro del plazo máximo establecido en la ley, que hoy en día es el de caducidad de la acción contractual, genera la pérdida de competencia de las partes para efectuar dicha liquidación por el aspecto temporal ("ratione temporis"). En consecuencia, el acta de liquidación bilateral o el acto administrativo de liquidación unilateral que se lleguen a realizar por fuera de dicho término estarían viciados de nulidad por falta de competencia, la cual podría ser declarada por la jurisdicción contencioso administrativa".

Y más reciente, la Sala de Consulta y Servicio Civil, recogiendo el precedente de la Sala Contenciosa, concluyó al respecto¹²:

"Por lo tanto, la caducidad representa el límite temporal dentro del cual el interesado debe reclamar determinado derecho ante los jueces en procura de

¹¹Consejo de Estado, Sala de Consulta Servicio Civil. Providencia del 29 de mayo de 2015, radicación 11001-03-06-000-2015-00030-00(C)

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta Servicio Civil. Consulta del 28 de junio de 2016, radicación 11001-03-06-000-2015-00067-00(2253).

obtener pronta y cumplida justicia. Los plazos previstos por el Legislador para que opere la caducidad se establecen en garantía de la seguridad jurídica y el interés general, dado que las situaciones y relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares no pueden quedar sujetas a la indefinición y la incertidumbre que se ocasionarían de permitir que se planteen judicialmente en cualquier tiempo las controversias que puedan suscitarse a propósito de las mismas.

En este orden de ideas, la Sala reitera que no es procedente que, con posterioridad a que haya caducado la oportunidad para la interposición del medio de control de controversias contractuales, se puedan hacer liquidaciones bilaterales o unilaterales mediante la celebración de negocios jurídicos entre las partes o la expedición de actos por la Administración que procuren un efecto declarativo de la extinción de las obligaciones contractuales o constitutivo de reconocimientos patrimoniales, toda vez que los términos de caducidad de la acción son de orden público, perentorios, improrrogables e indisponibles, en consideración al interés general y la necesidad de otorgar certeza y seguridad a las partes de una relación o situación jurídica”.

3.4 Caducidad de pretensiones contractuales – cumplimiento y de obligaciones post contractuales.

3.4.1 Caducidad de obligaciones contractuales: El Consejo de Estado ha decantado que, en tratándose de pretensiones que tienen origen en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, como las que versan en la presente demanda, esto es, en la idoneidad de los diseños revisados por el CONSORCIO SAN ANDRÉS, el cómputo de los dos (2) años para que opere la caducidad, en los contratos obligados a realizar la liquidación, se realiza desde la fecha en que ésta debió haberse realizado o en la fecha en que ésta efectivamente se realizó, siempre y cuando no se hubiere realizado con posterioridad al plazo máximo establecido para ello. Así lo tiene establecido la jurisprudencia actual del honorable Consejo de Estado, cuando se ejercitan pretensiones de naturaleza contractual, tendientes a la declaratoria de incumplimiento contractual, en el sentido de que el término de dos (2) años previsto para la ocurrencia de la caducidad se computará de conformidad con las reglas previstas en los numerales i), ii), iii), iv) o v) del literal j) del artículo 164 del CPACA, según corresponda, contados a partir de:

- i) En los de ejecución instantánea, desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato.
- ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa.
- iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta¹³.
- iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe.
- v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga¹⁴.

Como quiera que en el presente caso se estaba en presencia de un contrato que, por disposición convencional, debía ser objeto de liquidación y ésta no se hizo dentro del término de seis (6) convencionalmente pactado para ello (hasta el 02 de junio de 2015), ni dentro del término de dos (2) años previstos para la operancia de la caducidad (hasta el 02 de junio de 2017), es claro que para la fecha de la firma del documento “Acta de liquidación final de común acuerdo de contrato” suscrito el 26 de julio de 2017, ya había operado el fenómeno de la caducidad de la acción, sin que la firma de este documento tenga incidencia sobre el cómputo de la caducidad, ya que se trata de disposiciones de orden público no transigibles por las partes. Y si para la fecha en que se suscribió el documento contentivo del balance del contrato, ya había operado la caducidad, con

¹³ Dando aplicación a la Providencia de Unificación del Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 05001-23-33-000-2018-00342-01(62009) de 1 de agosto de 2019, C.P. Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas. En dicha providencia se dispuso:

PRIMERO: En los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, **UNIFICASE** la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales de contratos que han sido liquidados después de haber vencido el término convencional y/o legalmente dispuesto para su liquidación, pero dentro de los dos años posteriores al vencimiento de este último. 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.

¹⁴ *Ibidem*.

mayor razón ya había operado ésta para el momento de presentación de la demanda, esto es para el día 31 de julio de 2020, cuando habían transcurrido más de tres (3) años desde la fecha de operancia de la caducidad.

3.4.2 Caducidad de obligaciones post contractuales:

Frente a las pretensiones que tengan por origen el cumplimiento de obligaciones post contractuales o atinentes a la garantía de la estabilidad de la obra o calidad de los diseños, la regla a aplicar será la prevista en el literal j) del artículo 164 del CPACA que indica que ésta se computará desde los dos (2) años siguientes a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En el caso objeto de la presente demanda, el FONDO ADAPTACIÓN señala que solo tuvo conocimiento de los hechos en que fundamenta su demanda el día **23 de julio de 2018**, fecha en que la firma Bateman Ingeniería emitió un concepto técnico en el cual le informó que la causa de las fallas presentadas en las obras, obedecían a un problema de diseño, razón por la cual considera que su demanda, al ser presentada el 31 de julio de 2020, fue presentada en tiempo al ser radicada dentro de los dos (2) años siguientes a este hecho.

Sin perjuicio de lo anterior, no informa en su demanda el FONDO ADAPTACIÓN que tuvo conocimiento de los motivos de hecho que la fundamentan con mucha anterioridad a este informe, y ello lo acreditan las siguientes comunicaciones:

- Oficio E-2016-007624 del 5 de octubre de 2016 dirigido a la interventoría del contrato de obra donde se solicitan acciones correctivas sobre fallas presentadas en las obras ejecutadas.
- Oficio E-2016-008740 del 16 de noviembre de 2017 dirigido a la interventoría del contrato de obra donde se reitera la solicitud de acciones correctivas sobre fallas presentadas en las obras ejecutadas.
- Oficio E-2017-016032 del 29 de junio de 2017 del FONDO ADAPTACIÓN dirigido a la interventoría y al contratista de obra CONSORCIO SAN ANDRÉS, solicitando un informe para ser trasladado a la Asegura del contratista de obra para que se atiendan las fallas presentadas con cargo a la garantía de estabilidad de la obra.

- Oficio 996-086-475 del 7 de diciembre de 2017 de la Interventoría radicado en el FONDO ADAPTACIÓN el 07/12/2017 R-2017-043069, donde la interventoría emite concepto técnico sobre la totalidad de las fallas objeto de la presente demanda.
- Oficio 996-086-477 del 20 de diciembre de 2017 de la Interventoría radicado en el FONDO ADAPTACIÓN el 21/12/2017 R-2017-044194, donde la interventoría ratifica haber remitido al FONDO ADAPTACIÓN el concepto técnico sobre la totalidad de las fallas objeto de la presente demanda.

De acuerdo con esta prueba documental, es claro que el FONDO ADAPTACIÓN tenía pleno y claro conocimiento de los motivos de hecho que fundamentan la demanda, como mínimo desde el mes de octubre del año 2016. Sin perjuicio de lo anterior y en una interpretación garantista, podría tomarse como fecha cierta en que tuvo pleno conocimiento de los motivos de hecho el **día 7 de diciembre de 2017**, fecha en la cual la interventoría del Contrato de obra emitió informe técnico sobre las posibles fallas de las obras que subyacen a la presente demanda, informe técnico que, como lo señala el mismo documento aportado, fue el producto de diferentes mesas de trabajo adelantadas entre el FONDO ADAPTACIÓN, el contratista constructor, la interventoría del contrato de obra y la aseguradora del contrato de obra.

Ahondando en garantías, podría tomarse aún como fecha cierta en la que tuvo conocimiento de los motivos de hecho el día **21 de diciembre de 2017**, fecha en la cual la interventoría CONSORCIO DIS-S.A.S. le reitera la remisión del informe técnico sobre las causas probables de las fallas de las obras.

Siendo ello así, en este caso, la caducidad de la demanda habría operado desde el **21 de diciembre de 2019**, no existiendo prueba alguna del agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial en derecho que eventualmente hubiere suspendido este término, pero este requisito no fue agotado por el FONDO ADAPTACIÓN, no habiéndose, en consecuencia, suspendido este término. Pero, como quiera que la demanda solo fue instaurada el 31 de agosto de 2020, es claro que los términos se encontraban más que vencidos.

En la presente demanda el FONDO ADAPTACIÓN está partiendo de un elemento subjetivo, cual es la fecha en que según su propio entender consideró que los ahora

demandados son los responsables de las fallas de las obras ejecutadas, a pesar de que tuvo conocimiento de los motivos de hecho con mucha antelación a este informe, tal y como se acaba de acreditar.

Sobre este tópico en particular, el Consejo de Estado en casos similares, ha sostenido¹⁵:

Finalmente, advierte la Sala que no es posible acoger el argumento de la parte recurrente, según el cual el término de caducidad debe contarse desde cuando tuvo conocimiento del cumplimiento defectuoso del contrato, esto es, desde el 8 de enero de 2016, de una parte, porque, como ya se indicó, ese término debe contarse de conformidad con las reglas especiales que prevé la ley para los contratos que requieren de liquidación -dentro de las cuales se ubica este caso- y, de otra, porque se observa que, para el momento que adujo que pudo tener conocimiento del incumplimiento, el término para presentar la demanda aún no se había cumplido; sin embargo, ésta fue presentada mucho después del vencimiento de este último.

Considera la Sala que aceptar una tesis contraria sería permitir que la caducidad quede suspendida indefinidamente en el tiempo, hasta cuando la parte actora manifieste que conoció del cumplimiento defectuoso de lo pactado (condición subjetiva), lo cual implicaría, entonces, que el término de caducidad quedara en manos de una de las partes del contrato, específicamente del contratante, quien podría argüir que conoció el defecto mucho más de 2 años después de ejecutado y finalizado el contrato y sólo a partir de ese momento comenzar a contar el término de caducidad de la acción, circunstancia que transformaría a dicha institución en un elemento dependiente de la voluntad del demandante y lo habilitaría para manejarla a su antojo, generando con ello incertidumbre e inseguridad jurídica.

Dicho lo anterior, resulta relevante anotar que la caducidad procesal, como fenómeno jurídico, es un elemento de evaluación objetiva, que no puede ser modificado, acordado o derogado por el juez y menos por las partes, dado que tiene condición de orden público y, por ende, de irrestricta aplicabilidad.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de mayo de 2019, radicación 54001-23-33-000-2017-00756-01(61401).

En un caso similar al que es objeto del presente recurso, el Consejo de Estado avaló que la fecha en que se debe considerar que el demandante tuvo conocimiento de los hechos, debe corresponder como mínimo, a la fecha en la interventoría del Contrato le haya puesto en conocimiento los hechos y las causas probables de los mismos¹⁶:

3. Los contratos generan obligaciones que surgen con posterioridad a la satisfacción de las prestaciones principales del contrato y del vencimiento del plazo de ejecución e incluso después de su liquidación, su incumplimiento será tramitado como una controversia contractual si se causa por la violación de un deber legal, de alguna estipulación expresa o de una obligación de la naturaleza del objeto contractual, que conlleve la frustración del fin por el cual se celebró el contrato. Estas obligaciones están relacionadas, entre otros, con el deber de garantizar la estabilidad de los trabajos realizados, el buen funcionamiento de los bienes entregados, la calidad del servicio prestado o de los diseños elaborados.

4. El fenómeno de caducidad se configura cuando vence el término previsto en la ley para acudir ante los jueces para demandar. Límite que está concebido para definir un plazo objetivo e invariable para que quien pretenda ser titular de un derecho, opte por accionar. La caducidad tiene lugar justamente cuando expira ese término perentorio fijado por la ley. De conformidad con el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, el término para formular el medio de control de controversias contractuales es de 2 años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Como la parte demandante conoció los motivos de hecho que fundamentaron las pretensiones el 14 de febrero de 2014, fecha del Informe ejecutivo de supervisión n°. 001 de 2014 en el que se determinaron las posibles causas del colapso de la obra (f. 15 a 21 c. 1), el término de caducidad debía contabilizarse a partir del día siguiente, esto es, desde el 15 de febrero de 2014 y vencía el 15 de febrero de 2016. El término se suspendió desde la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial -12 de enero de 2016- hasta el 23 de febrero de 2016 (art. 21 Ley 640 de 2001), fecha en la que se expidió la constancia que declaró fallida la conciliación (f. 199 c. 1), y al día siguiente se reanudó el término por 34 días. **El plazo para acudir a la**

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de octubre de 2019, radicación 23001-23-33-000-2016-00453-01(61364)

jurisdicción se extendió hasta el 28 de marzo de 2016 y como la demanda se presentó el 7 de junio de 2016 operó el fenómeno preclusivo de la caducidad y, por ello, se confirmará la decisión de primera instancia.

Así pues honorable Magistrado, en el presente caso, en el evento de admitirse que la regla de caducidad aplicable para todas las pretensiones de la demanda, es la del literal j) del artículo 164 del CPACA, es decir, dentro de los dos (2) años a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que la fundamentan, resulta a todas luces claro que la caducidad ya había operado con mucha antelación a la presentación de la demanda, teniendo en cuenta que no es posible aceptar que este término solo se debe computar cuando el FONDO ADAPTACIÓN manifestó tener una certeza subjetiva frente a las causas de las fallas que motivan su demanda, cuando los motivos de hecho y, aún las posibles causas, las conoció a través de un informe técnico de quien era el interventor de las obras, en este caso, desde el 21 de diciembre de 2017.

4. CONCLUSIÓN

A pesar que no se corresponde con esta etapa introductoria del proceso, ahondar y dilucidar las causas que dieron origen a los hechos que hoy el FONDO ADAPTACIÓN pretende atribuir a los integrantes del CONSORCIO SAN ANDRÉS, ni la naturaleza última del tipo de pretensiones aducidas por el demandante; los hechos y pretensiones de la demanda y de la prueba sumaria documental que la respalda, permiten establecer con toda nitidez y más allá de cualquier duda razonable que, aun admitiendo la existencia de pretensiones de incumplimiento contractual y pretensiones de naturaleza post contractual, ambas se encuentran afectadas de plano por la ocurrencia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad, el cual ha operado claramente respecto de las pretensiones aducidas en este juicio por el FONDO ADAPTACIÓN contra los integrantes del CONSORCIO SAN ANDRÉS.

En el presente caso, baste al honorable Tribunal constatar que no estará entrando en una discusión de fondo acerca de la naturaleza de las pretensiones o sus basamentos, sino simplemente constatando que, con independencia de la forma en que se computen los términos, en cualquiera de los casos será forzoso concluir que la caducidad ya operó

respecto de las pretensiones dirigidas en la demanda por el FONDO ADAPTACIÓN contra los integrantes del CONSORCIO SAN ANDRÉS.

Tal situación, obliga al honorable Tribunal a dar aplicación al artículo 169 numeral 1º del CPACA y rechazar la demanda por operancia de la caducidad en la forma que a continuación se peticiona.

5. SOLICITUD

5.1 Se declare la operancia de la caducidad del medio de control de controversias contractuales, respecto de las pretensiones contractuales y post contractuales dirigidas contra ESTYMA S.A. y LATINCO S.A. (integrantes del CONSORCIO SAN ANDRÉS), derivadas del Contrato de Obra 075 de 2013 suscrito con el FONDO ADAPTACIÓN.

5.2 Se revoque el Auto admisorio calendado el día tres (3) de noviembre de 2020 dentro del proceso de la referencia y, consecuencia de la operancia de la caducidad, se rechace la demanda respecto de las pretensiones dirigidas por el FONDO ADAPTACIÓN contra ESTYMA S.A. y LATINCO S.A. (integrantes del CONSORCIO SAN ANDRÉS) derivadas del Contrato de Obra 075 de 2013.

6. MEDIOS PROBATORIOS

Los obrantes en el expediente de la actuación procesal aportados por la parte demandante. Adicionalmente, los documentales que se aportan con el presente recurso:

- 6.1 Acta de liquidación bilateral del contrato fechada el 26 de julio de 2017.
- 6.2 Oficio E-2016-007624 del 5 de octubre de 2016 del Fondo Adaptación dirigido a la interventoría del contrato de obra.
- 6.3 Oficio E-2016-008740 del 16 de noviembre de 2017 del Fondo Adaptación dirigido a la interventoría del contrato de obra donde se reitera la solicitud de acciones correctivas sobre fallas presentadas en las obras ejecutadas

- 6.4 Oficio E-2017-016032 del 29 de junio de 2017 del Fondo Adaptación dirigido a la interventoría y al contratista de obra Consorcio San Andrés.
- 6.5 Oficio 996-086-475 del 7 de diciembre de 2017 de la Interventoría radicado en el Fondo Adaptación el 07/12/2017 R-2017-043069.
- 6.6 996-086-477 del 20 de diciembre de 2017 de la Interventoría radicado en el FONDO ADAPTACIÓN el 21/12/2017 R-2017-044194.

7. DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES

ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A., las recibirá en la Carrera 35A # 15B-35 Of. 410 y en el canal digital: oficina.central@estyma.com.

El suscrito apoderado las recibirá en la Carrera 35A # 15B-35 Of. 410 y en el canal digital: zapata.carlosarmando@gmail.com.

8. TRASLADOS

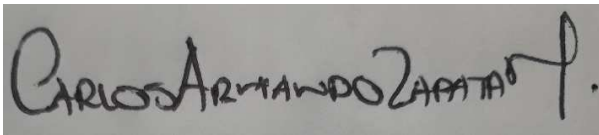
Para los efectos previstos en el párrafo del artículo 9º del Decreto 806 de 2020, con la interposición del presente recurso, se remite copia del mismo y sus anexos al canal digital de los demás sujetos procesales, según se desprenden de la demanda y de la remisión del auto admisorio por la parte demandante:

defensajuridica@fondoadaptacion.gov.co
direccioncontable@edlingenieros.com
direccioncontable@edlingenieros.com
correos@confianza.com.co
notificacionesjudiciales@latincosa.com
juridico@segurosdelestado.com
oficina.central@estyma.com

9. ANEXOS

- 9.1 Los medios probatorios señalados en el numeral 6°.
- 9.2 Certificado de existencia y representación legal de Estyma S.A.
- 9.3 Poder, otorgado de conformidad con artículo 5° del Decreto 806 de 2020.

Del honorable Magistrado,

A handwritten signature in black ink on a light gray background. The signature reads "CARLOS ARMANDO ZAPATA M." with a stylized flourish at the end.

CARLOS ARMANDO ZAPATA MONTOYA

C.C. 98.695.279

T.P. 199.684 del C.S. de la J.

Correo electrónico URNA: zapata.carlosarmando@gmail.com