

Honorable CONSEJERA PONENTE :

MARÍA ADRIANA MARÍN

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

E. _____ S. _____ D. _____

RADICADO:	Nº 47001-23-33-000-2017-00416-00
MEDIO DE CONTROL:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
DEMANDANTE:	CORPORACION EL MINUTO DE DIOS
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
TERCERO:	UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA
CONSEJERA PONENTE:	MARIA ADRIANA MARIN

PEDRO ALBERTO CUBIDES MONTERO, identificado con cédula de ciudadanía Nº 7.482.726 de Barranquilla, y Tarjeta Profesional Nº 20.511 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado judicial de la Corporación El Minuto de Dios, Nit. 860.010.371-0, en el proceso referenciado, por medio del presente memorial, dentro de la oportunidad legal, me permito presentar los Alegatos de Conclusión, en el proceso de la referencia, en el cual me ratifico en todas las actuaciones de la sustentación Fáctica y Jurídica de esta Apelación con la siguiente:

PETICION

Honorables Magistrados del Consejo de Estado, con el respeto debido, me permito solicitarles, que mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se resuelva: **REVOCAR**, los ordinales primero y segundo de la sentencia de primera instancia calendada 05 de agosto de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, Despacho del Magistrado Ponente Adonay Ferrari Padilla, dentro del proceso de **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** promovido por

CORPORACIÓN EL MINUTO DE DIOS, contra el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, y en calidad de Tercero: **LA UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA**. En

su efecto, **FALLAR**:

PRIMERA. - DECLARAR que el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, incumplió el Convenio de Cooperación y Asociación N° 002-2011 del 30 de abril de 2011, celebrado con la **CORPORACIÓN EL MINUTO DE DIOS**, al decidir de manera unilateral, inconsulta e ilegal, deducir del valor del contrato, las sumas relacionadas con albergues debidamente entregados, así como reparaciones ejecutadas que no fueron recibidas por el interventor. Deducciones que se hicieron con base en el Acta de Liquidación del referido convenio N° 002 de 2011, de fecha 24 de noviembre de 2015, las siguientes sumas: \$2.740.186.296.00, por presuntas fallas en albergues; y, \$13.688.818,05, por obras de reparación presuntamente no ejecutadas.

SEGUNDA. - DECLARAR la nulidad del Acta de Liquidación adiada 24 de noviembre 2015, suscrita por la **UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA — Facultad de Ingeniería**, en virtud del Contrato Interadministrativo N° 327 de fecha 19 de mayo de 2011, a través del cual realizó la interventoría técnica, administrativa y financiera del Convenio de Cooperación y Asociación N° 002-2011 de 30 de abril de 2011.

TERCERA: CONDENAR, al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, a título de Restablecimiento del Derecho Contractual, a favor de la **CORPORACIÓN EL MINUTO DE DIOS**, el pago y reconocimiento de las siguientes sumas de dinero: **DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA MILLONES CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS (\$2.740.186.296.00) por concepto de construcción de albergues; y la suma de TRECE MILLONES SEISCIENTOS**

OCHENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO PESOS CON CINCO CENTAVOS (\$13.688.818,05), por concepto de ejecución de las obras de reparaciones.

CUARTA: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD, alegada por la **UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA.**

QUINTA: CONDENAR al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, a pagar, a favor de **LA CORPORACIÓN EL MINUTO DE DIOS,** los intereses moratorios a la tasa máxima legal establecida por la Superintendencia Financiera, que se causen desde la fecha en que debieron desde el día 24 de noviembre 2015, fecha en que se firmó el acta de liquidación y hasta la fecha en la que efectivamente se realice el pago de las condenas impuestas en la presente sentencia.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA.

SUSTENTACION FÁCTICA Y JURÍDICA DE LA APELACIÓN:

1º.- Como elementos preliminares de forma de los desaciertos del a – quo, tenemos:

1.1 º.- Al referirse al petitum, se hizo como si se hubiese invocado el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, siendo que la demanda fue clara al precisar que se trataba de **CONTROVERSIA CONTRACTUAL.**

1.2 º.- En cuanto al fundamento de derecho del medio de control invocado, el suscrito libelista citó con absoluta claridad las normas específicas que rigen los Contratos Estatales: Ley 80 de 1993, la cual determina en forma expresa la

solemnidad que inspira la naturaleza contractual en Colombia, acorde con los textos del articulado 27; 39; 41, y demás normas concordantes

Sin embargo, el a- quo en la decisión materia de apelación, se equivocó al traer a colación normas que, por lo general, se utilizan en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de origen laboral, específicamente tendientes a obtener el pago de prestaciones sociales como cesantías con sanción moratoria. En la decisión se citaron los artículos 13, 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia; 5º y 15 de la Ley 91 de 1989, Ley 244 de 1995 y artículos 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006.

2º.- El a – quo, también se equivocó al concluir probada, sin estarlo, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por no agotar la conciliación extrajudicial respecto de la Universidad del Magdalena. Pues, el argumento aducido por el operador judicial en relación que las normas que posibilitan el citado requisito de procedibilidad, fueron analizadas de manera restrictiva.

En efecto, la participación del INTERVENTOR –UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA, dentro de la actuación procesal referenciada, tiene vocación litisconsorcial facultativa, en la medida en que el Acta de Liquidación N° 24 de noviembre de 2015, constituye una actuación delegataria propia de la entidad estatal contratante, recordemos que según el artículo 84 de la Ley 1474 *“La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista. (...)”*, es decir, el interventor actúa como representante de la entidad contratante, razón por la cual la aludida acta de liquidación resulta pasible del medio de control de controversias contractuales, y a la vez, el INTERVENTOR adquiere la calidad de tercero interviniente o litisconsorte facultativo.

En efecto, el acta de liquidación bilateral del contrato constituye un negocio jurídico, esto es *“un acto de autonomía privada jurídicamente relevante”*,¹ en virtud

1F. Hinestrosa, Tratado de las Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 44. *“...el negocio jurídico entendido como acto de autonomía privada jurídicamente relevante: la*

de la cual las partes contratantes hacen un balance contractual y establecen, de manera definitiva el estado en que queda cada una de ellas respecto de las obligaciones y derechos provenientes del contrato estatal². En otras palabras, el acta de liquidación, tiene fundamento en la autonomía y en la libertad, propias de cualquier contratación privada o estatal y como toda convención tiene efecto vinculante para quienes concurren a su celebración³, de conformidad con lo prescrito, entre otros, en el citado artículo 1602 del Código Civil.

Por lo anterior, la CORPORACIÓN EL MINUTO DE DIOS, dejó las constancias, salvedades u objeciones, relacionadas con la oposición de las deducciones de obras -supuestamente no ejecutadas- según lo sugirió la INTERVENTORIA. Pese a las salvedades el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA acató las sugerencias contenidas en el Acta de Liquidación del Convenio de Cooperación y Asociación N° 002-2011, calendada dicha acta 24 de noviembre de 2015, lo cual permite deducir la procedencia de las súplicas del presente medio de control de controversias contractuales, prueba que resulta fundamental para las súplicas de la demanda.

ley, por lo general, no delimita del todo su contenido, sino que señala orientaciones y límites a la actividad dispositiva particular, indaga sobre la observancia de la normatividad imperativa y, al no hallar reparo que formularle, la interpreta, la ubica dentro del marco de circunstancias en que se realizó y, una vez encasillada en uno de los tipos socialmente reconocidos, le adjudica los efectos que mejor correspondan a aquella determinación, así clasificada y alindada.”

2 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 10 de 1997. Expediente No. 10.608. M.P. Daniel Suarez Hernández. Este pronunciamiento fue recogido y reiterado en la Sentencia de marzo 9 de 1998, expediente No. 11.101, M.P. Ricardo Hoyos Duque *“La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado queda después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento”*

3 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 9 de marzo de 1998, Exp. No. 11.101, M.P. Ricardo Hoyos Duque *“Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad”*

Además, ante la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad el fallador de instancia debió considerar la procedencia oficiosa de integración litisconsorcial, según lo faculta los artículos 224 y 225 de la Ley 1437 de 2011.

Es preciso acotar que la pretensión determinada en el ordinal segundo del libelo demandatorio, hace referencia textual a *“la nulidad del Acta de Liquidación adiada 24 de noviembre 2015, suscrita por la **UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA** – Facultad de Ingeniería, en virtud del Contrato Interadministrativo N° 327 de fecha 19 de mayo de 2011, a través del cual realizó la interventoría técnica, administrativa y financiera del Convenio de Cooperación y Asociación N° 002-2011 de 30 de abril de 2011.”*

A la vez, la solicitud de conciliación extrajudicial, reproducida en el acta de audiencia celebrada el 16 de junio de 2016, ante la Procuraduría 43 Judicial II para Asuntos Administrativos de Santa Marta, permite determinar, entre otros, el alcance de la siguiente pretensión, así:

“2.2. Que como declaratoria de nulidad del acta de liquidación de fecha 24 de noviembre 2015, al convenio N° 002 de 2011, se ordene a la Gobernación del Magdalena el restablecimiento del derecho contractual, que le asiste, ordenando el pago y reconocimiento a favor de la corporación el minuto de Dios, de la suma de \$2.740.186.296.00 y por reparaciones presuntamente no ejecutadas, la suma de \$13.688.818.05 por obras presuntamente no ejecutadas.”

Basta acudir al ejercicio de comparación para arribar a la conclusión de que ambas peticiones se encuentran básica y físicamente estructuradas sobre la misma base conceptual que inspira las pretensiones de la demanda, razón por la cual, no resultaba procedente declararla probada.

3º.- Contrario a lo sostenido por el a – quo, los argumentos fácticos que soportan las pretensiones de la demanda devienen apoyados en las pruebas documentales, y específicamente referida al Acta de Liquidación de fecha 24 de noviembre de 2015, la cual, por si sola constituye el nexo vinculante y causal de los perjuicios ocasionados por el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, a instancia del INTEREVENTOR, aspecto sobre el cuales se cierne la presente controversia.

Los albergues comenzaron a entregarse desde el 11 de noviembre de 2011; y los últimos fueron en los municipios del Reten y San Zenón el 11 y 31 de mayo; y en Ciénaga el 28 de junio de 2013. Es preciso insistir, en que LA INTERVENTORÍA, nunca estuvo permanentemente en la ejecución de los albergues, solo cuando los

recibía; y los mandatarios municipales de ese departamento, no hicieron adecuaciones, ni mantenimiento, tampoco colocaron vigilancia, y la mayoría NO fueron habitados, durante uno (1) y/o dos (2) años, aproximadamente. Sin embargo, la mayoría de los albergues que, si fueron habitados, se encuentran en buen estado de conservación.

El siguiente cuadro sintetiza la ejecución de las unidades ejecutadas por municipio, y la data de presencia de la interventoría, y la desidia de las administraciones municipales y departamentales para brindarles mantenimiento a las obras; así como la omisión de vigilancia permanente, mientras se entregaban las obras, algunas, víctima de vándalos.

MUNICIPIOS	ENTREGA	UNID. RECIBIDAS SATISFACCION	ACTAS DE INTERVENTORIA
PLATO	11-11-2011	48	23-12-12; MESES 01/02/05/06 DE 2013
EL BANCO	10-11-2011	72	PRESENTAN DESTRUCCION POR VANDALISMO PAG. 31
EL BANCO	15-12-2011	200	
SANTA BARBARA	06-02-2012	104	NUNCA HABITADOS. SIN VIGILANCIA
EL PIÑON	29-03-2012	104	DESMONTADOS POR ALCALDIA
CONCORDIA	14-04-2012	502	NUNCA HABITADOS, SIN VIGILANCIA
SANTA BARBARA	20-04-2012	152	NUNCA HABITADOS
PIJIÑO DEL CARMEN	21-04-2012	98	ESTAN CONSERVADOS. ALCALDIA COLOCÓ VIGILANCIA
GUAMAL	20-07-2012	48	NUNCA FUERON HABITADOS
PLATO	08-09-2012	48	
RETEN	11-05-2013	182	INFORME INTERV: SEPT/2013, DICE: "NUNCA HABITADOS" PAG. 29; "PLACAS PRESENTAN GRIETAS Y SU ESTADO ES CONSERVADO, YA QUE ESTAN HABITADOS" PAG. 30. NO ACLARA SI FUERON HABITADOS
SAN ZENON	31-05-2013	212	NUNCA FUERON HABITADOS
CIÉNAGA	28-06-2013	64	NUNCA FUERON HABITADOS. FIRMA ACTA JUAN CARLOS DE LA ROSA, DIRECTOR INTERV.

En el informe de interventoría de fecha 23 de septiembre de 2013, página 26 de la sentencia recurrida, se hizo énfasis en que: La función de la interventoría implicaba una labor constante de seguimiento durante todo el transcurso de ejecución de la obra; que UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA siempre estuvo indicándole a la CORPORACIÓN las falencias. Empero, en contraste a ello, surge como imperativo categórico tener presente que la UNIVERSIDAD DEL MANGDALENA, en realidad solo ejecuto la labor de INTERVENTORIA para la cual fue contratada, A PARTIR DEL MES DE SEPTIEMBRE DE 2013; es decir, mucho tiempo después que la CORPORACIÓN MINUTO DE DIOS iniciara la ejecución del contrato; es decir, la INTERVENTORÍA no estuvo nunca presente en la ejecución de las obras; tampoco formuló peticiones ni hizo observaciones a los municipios para la adecuación del terreno; no requirió al Departamento ni los municipios para que se prestara vigilancia a las obras; ni para que se ejecutara la adecuación del terreno ni las redes de servicios públicos domiciliarios básicas; falencias de los entes territoriales que condujo al deterioro de los albergues, y a la exposición de las obras al vandalismo, muchas de ellas destruidas.

4º.- El a – quo, tampoco tuvo en cuenta que, La CORPORACION EL MUNUTO DE DIOS, dejó constancia, no solo en el Acta de Liquidación del Convenio N° 002 de 2011, sino en las Actas de Reunión precedentes, quedando sentado su desacuerdo frente a los descuentos, pues en ningún momento los mismos fueron justificados técnicamente; como tampoco lo fueron al interior del presente proceso. Es decir, la sentencia impugnada se refirió solo a los argumentos esgrimidos por la interventoría, sin sustento técnico demostrable, pues al ser rebatidos por la CORPORACION MINUTO DE DIOS, dichos informes y actas carecían de valor, por si mismos, para demostrar, como lo concluyó erradamente el a – quo, que las obras se ejecutaron con materiales de baja y/o mala calidad, o no se ejecutaron, sin tener en cuenta que en algunos municipios los albergues fueron destruidos por la desidia de la administración, la intervención de terceros –vándalos, y por el paso del tiempo, al dejar las obras sin vigilancia, y no darles el destino para el cual fueron construidas.

Para determinar lo anterior, oportunamente se solicitó la práctica de inspecciones judiciales con intervención de expertos en la materia, pero el a – quo desestimó dichas pruebas, para, finalmente, dirimir la litis con las simples apreciaciones de la interventoría en las actas. Es decir, el a – quo, siempre estuvo equivocado.

De haber acudido a la pruebas técnicas judiciales solicitadas, de seguro el material probatorio fuera contundente, en la medida en que los auxiliares expertos de la justicia, hubiesen conceptuado sobre la calidad de los materiales, las obras que no se ejecutaron, las obras que si se ejecutaron pero que fueron destruidas por los mismos municipios, las obras que recibidas a satisfacción fueron destruidas por terceros –vándalos, las obras bien construidas que por el paso del tiempo y la exposición al abandono quedaron enmontadas, cómo influyó negativamente el abandono y la falta de instalación de los servicios públicos domiciliarios básicos, etc.

Pero no como lo hizo el a – quo, tratar de encontrar una verdad sobre documentos que siempre fueron materia de observaciones, y que éstas nunca se verificaron probatoriamente. Sobre las reclamaciones contractuales, la jurisprudencia uniforme del Consejo de Estado, ha sostenido:

“La Sección Tercera de esta Corporación ha sostenido de forma repetida que la suscripción de actas y contratos adicionales sin salvedades enerva cualquier tipo de pretensión que se pretenda elevar judicialmente por los asuntos que se pretendieron regular mediante esos documentos. Así, se reitera que: ‘No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato. Ahora, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada consiste en que ella fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una prolongación de la prestación debida, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual. Por su parte, las obras adicionales o complementarias hacen referencia a ítems o actividades no contempladas o previstas dentro del contrato que

requieren ser ejecutadas para la obtención y cumplimiento del objeto contractual y, por tal motivo, para su reconocimiento se requiere de la suscripción de un contrato adicional o modificadorio del contrato inicial.

En este contexto, debe precisarse que ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación que, para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante, aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificadorios o adicionales, según el caso.

Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificadorio o adicional.

Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad. Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato modificadorio o adicional, en tanto el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, ‘...las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento’, suscribiendo para tales efectos ‘los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...’ Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos

previos a la fecha de celebración de un contrato modificador, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea 'venire contra factum proprium non valet', que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas."

5º.- Tampoco tuvo en cuenta el a- quo que en la CLÁUSULA NOVENA del convenio se pactaron entre la CORPORACIÓN EL MINUTO DE DIOS Y EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA unas garantías, encargadas de cubrir precisamente la Estabilidad de las obras. Sin embargo, el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, haciendo caso omiso al proceso contractualmente pactado, decidió descontar unilateralmente el valor de algunos albergues que presuntamente presentaban fallas, sin atender el pacto de garantía acordado.

6º.- No se valoró, bajo la óptica de la sana crítica, la prueba del testigo **JUAN CARLOS DE LA ROSA**, Ingeniero Pesquero, quien hizo mención, en varias oportunidades, al hecho de que los albergues, presuntamente sufrieron unas modificaciones en las especificaciones; lo cual desentona con la realidad contractual, pues el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, ni la INTERVENTORIA –UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA, nunca dieron a conocer dichas modificaciones contractuales; razón por la cual, en el ámbito probatorio, las entidades demandadas tampoco cumplieron con la carga procesal que les incumbía, pues, nunca exhibieron ni acompañaron dichas modificaciones.

Por el contrario, en autos fluye que la CORPORACIÓN EL MINUTO DE DIOS, presentó el día 27 de mayo de 2011, una propuesta, consistente en construir paneles tipo sándwich, la cual fue aceptada.

Con ello, se demostró, de una parte, que las modificaciones al contrato inicial exclusivamente se circunscribieron a valores adicionales y plazos de ejecución del contrato; pero no a especificaciones técnicas de los albergues, los cuales fueron materia de publicidad, ejemplarización y reconocimiento, por parte de COLOMBIA HUMANITARIA, a nivel Nacional, como consta en la certificación anexa el libelo introductorio, y respecto de lo cual no se dijo nada.

El testigo JUAN CARLOS DE LA ROSA, con su testimonio, no pudo desvirtuar técnicamente que, las obras recibidas fueron satisfactorias, y acorde con el cabal cumplimiento de las especificaciones y condiciones técnicas y de calidad de los mismos; con lo cual, no solo se denota el desconocimiento de las especificaciones técnicas inicialmente pactadas, sino, además, la pretensión de dejar sin valor jurídico unas actas de recibo de obras, plenamente válidas. Resulta sospechoso, que dicho testigo, en su afán por dejar sin valor unas actas de recibido de obras, alegó, de una parte, la presunta existencia de notas contractuales, según la cual, las actas de recibido de obras, quedaban sometidas a control posterior y/o revisión, pues dichas notas no fueron contractualmente prevista, ni estaban autorizadas por la ley general de contratación; y de la otra, al comentar que el tema fue remitido a la Contraloría, dicho órgano de control no encontró hallazgos fiscales, como se pretende hacer ver, según se observa en copia de comunicado anexo.

7º.- Por el contrario, los testimonios del Ingeniero EDWIN PADILLA, SUPERVISOR DE LA OBRA, en su declaración jurada, aclaró que los albergues entregados satisfactoriamente, fueron *“descuidados por desidia de los alcaldes de las entidades territoriales”*. En efecto, la CORPORACIÓN EL MINUTO DE DIOS, al momento de entregar satisfactoriamente los albergues, deja de ser responsable de su mantenimiento y custodia, pues dicha responsabilidad quedaba en cabeza de las entidades territoriales, donde fueron construidos.

El a – quo, no tuvo en cuenta que después de dos (2) años, de haber sido recibidas las obras, fue cuando la INTERVENTORÍA – UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA, adujo fallas en algunos albergues, por abandono de los mismos, pues los alcaldes nunca entregaron los albergues a las familias afectadas por la ola invernal de esa época. En otras palabras, resulta descabellado que la UNIVERSIDAD – INTERVENTORA, después de más de dos (2) años, pretenda, como lo hizo, hacer ver que el deterioro de algunos albergues se debió a unas presuntas fallas de calidad y presencia de comején en los albergues, a sabiendas de que el cuidado y conservación de las mismas estaban a cargo de los alcaldes.

8º.- Tampoco es cierto, que la CORPORACIÓN MINUTO DE DIOS, fue la que modificó las especificaciones técnicas de los albergues; pues, la propuesta fue en el sentido de otorgar garantías de calidad de los albergues por un plazo de cinco (5) años, superando las garantías pactadas en el convenio, entre las cuales no se predicó tal vigencia y la estabilidad que presuntamente emanare de un documento simple, que nunca fue presentado al proceso, superare o reemplazare el pacto contractual inmerso en la cláusula NOVENA del convenio N° 002 de 2011, tema sobre el cual, el artículo 1602 del Código Civil ha sido claro al predicar que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*

El a - quo se equivocó, al analizar el convenio N° 002 de 2011, en tanto éste contempló un tiempo de vigencia de las garantías de los albergues temporales, contados a partir de su recibo, es claro que cuando la interventoría de obra pretende hacer una revisión de los mismos, según el contenido del informe de interventoría del mes de marzo de 2015, el término de vigencia de las garantías ya se encontraba expirado, por eso realizó una interpretación inadecuada del contrato

y descontó de un rubro incorrecto el valor de los albergues que ya habían sido pagados y que ya habían sido recibidos a satisfacción.

Las reparaciones en su mayoría fueron cabalmente ejecutadas y adecuadamente recibidas, por lo tanto al generarse un descuento de \$2.740.186. 296.00, del rubro para las reparaciones se genera un claro incumplimiento de las obligaciones que como pagador tenía el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, incumplimiento este que a la fecha no ha sido resarcido, reparado y constituye una deuda clara a favor de la CORPORACIÓN EL MINUTO DE DIOS.

Por lo tanto, el a quo, llevado por los argumentos de la defensa alegados por el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, y la UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA, al disponer un descuento por presuntas fallas de calidad de los albergues, desconocieron claramente el contenido de la página 6 del **MANUAL ELABORADO POR COLOMBIA HUMANITARIA, PARA EL DISEÑO Y LA CONSTRUCCIÓN DE LOS ALBERGUES TEMPORALES, QUE DEFINE LA TEMPORALIDAD DE LOS ALBERGUES Y FIJA UNOS PLAZOS ESTIMADOS DE DURABILIDAD, LOS CUALES NO SUPERAN LOS DOS (2) AÑOS SIGUIENTES A SU ENTREGA**, y no de cinco (5) años o de indefinida permanencia, ya que esto desvirtuaría clara y flagrantemente la condición de temporalidad de los albergues.

9°.- La sentencia impugnada, también omitió valorar el hecho de que el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, cuando fue advertido de las presuntas irregularidades en la calidad de las obras (albergues), debió afectar las garantías, cumpliendo el contrato y pagando los saldos pendientes a favor de la Corporación, y no generar descuentos no consentidos, ya que nos encontramos ante un contrato no cumplido por la entidad territorial que le genera sendos perjuicios

económicos a un particular que no se encuentra en el deber jurídico de soportarlos.

“Tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde esta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte, o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su contratante. En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada “

Contrario a lo sostenido en la sentencia apelada, fluye demostrado que la CORPORACIÓN EL MINUTO DE DIOS, cumplió el objeto contractual, tal como lo indican las actas de recibo a satisfacción de los albergues temporales.

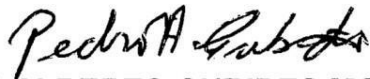
Es decir, en autos no aparecen elementos probatorios que permitan inferir que el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, haya cumplido las obligaciones a su cargo, como eran: (I) Designar oportunamente una interventoría; (II) Participar activamente en los Comités Técnicos y (iii) Conformar oportunamente los comités técnicos (léase la CLÁUSULA SEPTIMA); (IV) dejar las constancias, en el evento de existir observaciones respecto a las especificaciones técnicas o de calidad de los materiales; (v) Pagar los emolumentos y costos contractualmente pactados; (vi) Generar los procedimientos contractuales en caso de incumplimiento del contratista (si es que lo había). (vii) Garantizar o probar que los albergues tuvieran el adecuado manejo y mantenimiento después del recibo de ellos, o permitiendo la reparación de los mismos en el periodo pos venta si es que daba lugar a ello.

El DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, hizo todo lo contrario, al pretermittir que en varios municipios se levantara los albergues como consta en el informe técnico firmado por el Ingeniero Jorge Luis Gándara; asimismo, que los alcaldes no asignaran los albergues a las familias perjudicadas con la ola invernal; y tampoco asumieran su responsabilidad frente al funcionamiento de los servicios públicos domiciliarios básicos.

10º.- El a – quo en ningún momento tuvo en cuenta, que tanto el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, como la INTERVENTORÍA – UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA, durante la realización de las obras, **no llevaron “MEMORIAS DE CALCULO”**, es decir, el **documento que registra los procedimientos descritos detalladamente de cómo se realizaron los cálculos de ingeniería, que intervienen necesariamente en el desarrollo o ejecución del proyecto de construcción.**

El documento más importante en la ejecución de un contrato estatal, o de cualquier otra naturaleza, es la **“MEMORIA DE CÁLCULO ESTRUCTURAL”**, en la cual se describen los cálculos y procedimientos que se llevaron a cabo para determinar las secciones de los elementos estructurales, así mismo indica cuáles fueron los criterios con los cuales se calcularon todos y cada uno de los elementos estructurales, como son las cargas vivas, las cargas muertas, los factores de seguridad, los factores sísmicos (en su caso), los factores de seguridad por viento (en su caso) y en general todos y cada uno de los cálculos para determinar la estructura. Aspecto frente al cual, los testigos aceptaron que dichas memorias no se llevaron, a pesar de que la función principal de éstas es la revisión por un tercero (que no sea ni el constructor ni el proyectista) para avalar su proyecto frente a un representante avalado por la unidad gubernamental correspondiente.

Precisamente, se reitera, la ausencia de dichas memorias, fueron la sustentación de la solicitud probatoria de inspección judicial con intervención de peritos, o en su defecto la designación de un experto en la materia, para determinar, cuáles fueron los albergues en mal estado, cuántos se desmontaron, y las razones de los mismos. Si los alcaldes cumplieron o no. Cuántos albergues, después de cinco (5) años, existen y prestan un servicio a las familias afectadas por la ola invernal de esa época; pero al no decretarse la prueba técnica, sin duda el juez de la causación en primera instancia, quedó sujeto al enfrentamiento de documentos opuestos presentados por las partes demandante y demandada, arribando a darle mayor credibilidad a los de la parte demandada, a pesar de no tener sustentó técnico probatorio, sino simples palabras.



PEDRO ALBERTO CUBIDES MONTERO

C.C. N° 7.482.726 de Barranquilla

T.P. No.20.511 del C. S. de la J.