



**TRASLADO CONTESTACIÓN - EXCEPCIÓN**

Cartagena de Indias D. T. y C., Treinta (30) de Mayo del Dos Mil Diecinueve (2019).

HORA: 08:00 AM.

**MAGISTRADO PONENTE:** DR LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ.

**RADICACIÓN:** 13-001-23-33-000-2018-00354-00.

**CLASE DE ACCIÓN:** CONTRACTUAL.

**DEMANDANTE:** DIAMCO S.A.S.

**DEMANDADO:** ICBF.

**ESCRITO DE TRASLADO:** EXCEPCIONES, PRESENTADAS POR EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

**OBJETO:** TRASLADO EXCEPCIÓN.

**FOLIOS:** 192-199.

Las anteriores excepciones presentadas por la parte demandada INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF"; se le da traslado legal por el término de tres (3) días hábiles, de conformidad a lo establecido en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, Treinta (30) de Mayo del Dos Mil Diecinueve (2019) a las 8:00 am.

**EMPIEZA EL TRASLADO:** TREINTA Y UNO (31) DE MAYO DE DOS MIL DIECINUEVE (2019), A LAS 08:00 AM.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL**

**VENCE EL TRASLADO:** CINCO (05) DE JUNIO DE DOS MIL DIECINUEVE (2019), A LAS 05:00 PM.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL**



Instituto Colombiano de Bienestar Familiar  
Cecilia De la Fuente de Lleras  
Oficina Asesora Jurídica



El futuro  
es de todos

Honorable:  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR**  
Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso  
Cartagena – Bolívar.  
E.S.D.

ICBF-Cecilia de La Fuente de Lleras  
Al contestar cite No. : E-2019-232446-1300  
Fecha: 2019-05-02 11:30:32  
No. Folios: 1  
Remite: GIOVANNY ALBERTO GARCIA FLOREZ

**Referencia:** Contestación de la Demanda  
**Medio de Control:** Controversias contractuales.  
**Radicado:** 13-001-23-33-000-2018-00354-00  
**Demandante:** DAIMCO S.A.S.  
**Demandado:** Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

*Recibido  
02-05-2019  
Hoy. 3:04 PM  
Fe. 199. 10  
Remite: LINA COSCH/K  
H. de Func. m. Dym*

**GIOVANNY ALBERTO GARCIA FLOREZ**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.136.879.266, de Bogotá D.C., portador de la Tarjeta Profesional No. 194.854 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - I.C.B.F.** Establecimiento Público del orden nacional, creado por la Ley 75 de 1968, conforme al Poder Especial que se aportó al despacho mediante solicitud de reconocimiento de personería jurídica para actuar, mediante este escrito, y dentro del término legal, doy **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA** presentada por la parte demandante, en los siguientes términos:

### 1. TEMPORALIDAD DEL ESCRITO.

Por medio de auto de fecha 17 de julio de 2018, este despacho admitió la demanda de referencia, y fue notificada mediante traslado en físico a mi poderdante de conformidad con lo dispuesto por el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, **el día 4 de febrero de 2019<sup>1</sup>**, y concediendo un término de treinta (30) días según el artículo 172 del CPACA y veinticinco (25) días adicionales según el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, de tal suerte que el término para radicar el presente escrito se extiende hasta el día **2 de mayo de 2019** (con ocasión al cese de actividades decretado el día 25 de abril de 2019 por ASONAL JUDICIAL), razón por la cual, este documento es presentado dentro de la oportunidad legal concedida para tal efecto.

<sup>1</sup> Radicado No. E-2019-052541-0 de 04-02-2019. Remite: RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO.



ICBFColombia

[www.icbf.gov.co](http://www.icbf.gov.co)



@ICBFColombia



@icbfcolombiaoficial

Sede Regional  
Transversal 6 Avenida Circunvalar Florencia - Caquetá  
Teléfono: 4352940

<http://siga.80>  
línea gratuita nacional ICBF  
01 8000 91 8080

2/05/2019

## 2. RELACIONADO CON LAS PRETENSIONES Y CONDENAS ESTABLECIDAS EN LA DEMANDA

Me resisto a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familia de ahora en adelante ICBF, por carencia de fundamentos fácticos y jurídicos.

## 3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS

Frente al **Primero, Segundo, Tercero, Cuarto, Quinto**: Debemos decir que son ciertos, de acuerdo a lo consignado en el Contrato de Interventoría No. 1733 del 30 de diciembre de 2013, celebrado entre mi representada y DAIMCO S.A.S.

Frente al **Sexto**: De conformidad con el acta de finalización y cierre financiero suscrita por el Director Administrativo (E), el contrato finalizó el 30 de marzo de 2015.

Frente al **Séptimo**: Por ser una prueba documental, me atengo a lo que resulte probado dentro del proceso.

Frente al **Octavo**: No es cierto en la forma como está redactado. Me atengo a lo estipulado en la Cláusula Décima del contrato en referencia.

Frente al **Noveno**: No es cierto en la forma como está redactado. Me atengo a lo estipulado en la Cláusula Décima del contrato en referencia.

Frente al **Décimo**: No es cierto en la forma como está redactado. Me atengo a lo estipulado en la Otrosí No. 1 de julio de 2014.

Frente al **Undécimo**: No es cierto en la forma como está redactado. Me atengo a lo estipulado en la Otrosí No. 1 de julio e 2014.

Frente al **Duodécimo**: Es cierto, en la forma estipulada en el Otrosí No. 2 de 26 de diciembre de 2014.

Frente al **Decimotercero**: Es cierto, en la forma estipulada en el Otrosí No. 3 de 30 de enero de 2015.

Frente al **Decimocuarto**: Es cierto, en la forma estipulada en el Acta de Suspensión de 26 de marzo de 2015.

Frente al **Decimoquinto**: Es cierto, en la forma estipulada en el Acta de ampliación a la suspensión de 26 de mayo de 2015.

Frente al **Decimosexto**: Es cierto, en la forma estipulada en el Acta de ampliación a la suspensión de 26 de junio de 2015.

Frente al **Decimoséptimo**: Es cierto, en la forma estipulada en el Otrosí No. 4 y Suspensión No. 2 al citado contrato, de 27 de agosto de 2015.

Frente al **Decimooctavo**: Son apreciaciones erradas y de carácter **subjetivo** del demandante, razón por la cual no constituye un hecho constitutivo de la demanda

Frente al **Decimonoveno**: Son apreciaciones erradas y de carácter **subjetivo** del demandante, razón por la cual no puede ser catalogado como un hecho constitutivo de la demanda.

Frente al **Vigésimo**: Son apreciaciones de carácter **subjetivo** del demandante, razón por la cual me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso.

Frente al **Vigesimoprimer**: Son apreciaciones de carácter **subjetivo** del demandante, razón por la cual no puede ser catalogado como un hecho constitutivo de la demanda y la cuantía a la que se refiere este hecho es **genérica y abstracta**.

Frente al **Vigesimosegundo**: No es cierto en la forma como está redactado. Me atengo a lo que resulte probado dentro del proceso.

Frente al **Vigesimotercero**: Son apreciaciones de carácter **subjetivo** del demandante, con el cual busca demostrar la oportunidad del medio de control, razón por la cual no puede ser catalogado como un hecho constitutivo de la demanda.

Frente al **Vigesimocuarto**: No es cierto. Son apreciaciones de carácter **subjetivo** del demandante, razón por la cual no puede ser catalogado como un hecho constitutivo de la demanda.

#### 4. FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Estado colombiano, tal como lo plantea la Constitución Política, debe propender por la consecución y cumplimiento de sus fines, por la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y por la efectividad de los derechos de las personas que habitan en el territorio

(Const., 1991, art. 2). Para ello creó instituciones o entidades con funciones determinadas, garantizando el bien de la comunidad.

Mediante la Ley 75 del 30 de diciembre de 1968 se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia De La Fuente de Lleras, que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y por el bienestar de las familias, brindándoles atención, especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, inobservancia o vulneración de sus derechos y asegurar su protección cuando se encuentren en situación de vulnerabilidad.

Así mismo, la Ley 7 del 24 enero de 1979, mediante la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones, dispuso en el numeral 9 del artículo 21, que entre las funciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar están: (...) "*Celebrar Contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo*".

Posteriormente, el Decreto 2388 del 29 de septiembre de 1979 (hoy compilado en el Decreto 1084 de 2015), que reglamenta la Ley 7 de 1979, consagró de manera expresa en sus artículos 123 a 129<sup>2</sup> que atendiendo la naturaleza y las modalidades del servicio de bienestar

---

<sup>2</sup>Decreto 2388 de 1979, Art. 123. El ICBF, cuando las necesidades del servicio así lo demanden podrá celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Estos contratos se considerarán como administrativos y deben contener, entre otras, las cláusulas que sobre garantías, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas, la Ley exige para los del Gobierno. La declaratoria de caducidad, llegado el caso, se hará mediante resolución motivada firmada por el Director General, y de acuerdo con el procedimiento señalado en el Decreto 150 de 1978.

Art. 124. De las controversias relativas a estos contratos conoce la jurisdicción contenciosa administrativa según las reglas de competencia."

Art. 125. El ICBF podrá celebrar los contratos de que trata el artículo 21, numeral 9o de la Ley 7ª de 1979 con instrucciones de Utilidad Pública o Social de reconocida solvencia moral y técnica, dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobrepasado por sus méritos y dotes administrativos. Parágrafo. Cuando no se pueda celebrar contratos con instituciones sin ánimo de lucro, se suscribirán con personas naturales de reconocida solvencia moral."

Art. 126. En todo caso, los contratos deben ceñirse en su celebración, desarrollo, cumplimiento e interpretación, a la naturaleza y a las modalidades del servicio de bienestar familiar

Artículo 129. Todos los demás contratos que celebre el ICBF se someterán a las ritualidades, requisitos, formalidades y solemnidades que establece el Decreto 150 de 1970 y demás normas concordantes. Parágrafo. El régimen de delegación para la tramitación y suscripción de contratos será determinado por la Junta Directiva en los Estatutos, con sujeción a lo establecido en las normas citadas en este artículo.

familiar, faculta al ICBF para la contratación con Instituciones de Utilidad Pública o Social de reconocida solvencia moral y técnica, dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobresalido por sus méritos y dotes administrativos de igual forma determino la competencia para dirimir las controversias que se susciten en desarrollo de los citados contratos, a los que denominó "Contratos de Aporte".

En síntesis, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente de Lleras, es la única entidad del Estado Colombiano que se encuentra facultada para celebrar contratos de aporte con entidades sin ánimo de lucro, para la prestación del **Servicio Público de Bienestar Familiar**, conforme al artículo 365 de la Constitución Política, el cual dispone: "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios"...

Una vez conocido el marco legal, se hace necesario reiterar que entre el ICBF y DAIMCO SAS, existió una relación de carácter contractual administrativo en virtud de la celebración del contrato de interventoría No. 1733 de 2013.

## 5. CASO CONCRETO.

Debo continuar la defensa de la accionada, manifestando que para que se pueda atender las pretensiones del accionante, la decisión judicial que se produzca, debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y en el caso que nos ocupa, no existe ninguna documental respecto de la cual se pueda establecer que dentro de la ejecución del contrato de interventoría No. 1733 de 2013, se presentó una vulneración al principio del equilibrio financiero del contrato.

Sobre este particular el Consejo de Estado<sup>3</sup> ha expresado lo siguiente:

"...cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que

<sup>3</sup> CE SIII E 22087 DE 2012

deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. **Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar**, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos” (negrilla fuera de texto).

Por lo anteriormente expuesto, del estudio acucioso de las pretensiones consignadas en la demanda y de los documentos aportados al libelo conciliatorio, no se encuentra probado la configuración de una alteración grave a la ecuación contractual, o en su lugar, que esta presunta alteración haya sido producida por causas imputables al ICBF, por el contrario, se logra entrever la falta de diligencia de DAIMCO SAS en velar por la adecuada y eficiente prestación del servicio contratado, lo cual va en contravía del principio de buena fe y responsabilidad que rige la contratación estatal.

Así las cosas, si bien en el marco de ejecución se realizaron varias modificaciones al contrato de interventoría No. 1733 de 2013, lo cierto es que las condiciones contractuales fueron acogidas por el contratista sin ningún reparo y con pleno conocimiento de las condiciones iniciales requeridas para la ejecución del contrato, motivadas en que para el inicio de obras de los proyectos POLA III y TURBACO, se definiera la propuesta de cesión del contrato de obra prestada por FAGAR, con el fin de cumplir a cabalidad con el objeto contractual.

## **6. EXCEPCIONES QUE SE PROPONEN**

### **6.1. EXCEPCIONES PREVIAS.**

#### **6.1.1. INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR AUSENCIA E INEXISTENCIA DEL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.**

Honorable magistrado, se advierte que en el traslado de la demanda de la referencia por el cual fue notificado el ICBF del proceso en curso, se echa de menos el acápite denominado “FUNDAMENTO DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES” así como el “CONCEPTO DE VIOLACIÓN”, pues el demandante no citó ninguna norma sobre la cual sustente sus

pretensiones ni la forma de violación de la norma, lo que desemboca en una clara ineptitud sustancial de la demanda habida cuenta de su ausencia.

Sobre la exigencia de este requisito en las demandas de controversias contractuales, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su Sección Tercera<sup>4</sup>, expuso en la Sentencia del 5 de abril de 2.013, expediente radicado: 47001233100019980621 101 (23826), que uno de los efectos de la distinción entre actos administrativos separables del contrato o precontractuales y actos administrativos propiamente contractuales radica en su mecanismo de control, siendo exigible en todo caso, (nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales), la presencia del concepto de la violación.

Los primeros pueden ser objeto las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso. Por su parte, la impugnación de los actos administrativos propiamente contractuales, que son aquellos que profiere la administración cuando ya existe un contrato debidamente perfeccionado y dentro del ámbito de su ejecución, terminación o liquidación, procede a través de la acción relativa a controversias contractuales, explicó.

En el fallo, el Alto Tribunal destacó que aunque se trate de decisiones tomadas en materia contractual, siguen siendo actos administrativos. Por lo tanto, aunque se incoe la acción relativa a controversias contractuales, la demanda mediante la cual se cuestiona su validez debe adoptar la forma y reunir los requisitos de toda demanda de impugnación de actos administrativos, concluyó.

Si bien, en la Ley 1437 de 2.011 en su art. 162 numeral 4 se señala que cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo debe indicarse las normas violadas y explicar el concepto de su violación, lo cierto es que dicho requisito se extendió igualmente a las acciones de controversias contractuales, en las que además, se deberá indicar la forma en que el incumplimiento base de las pretensiones afectó el buen funcionamiento del servicio público, o evitó el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

En el caso concreto, se observa con demasiada claridad la ausencia de concepto de la violación, y con ello, la ineptitud de la demanda y la vocación de prosperidad de la excepción que en este momento se propone.

### **6.1.2. INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO.**

<sup>4</sup> Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourt



Honorable magistrado, en el caso concreto se debió demandar igualmente a LA ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO, quien expidió la Póliza No. 15-44-101120531 del 9 de enero de 2014, en pro del cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato No. Interventoría No. 1733 de 2013, por parte de la empresa DAIMCO SAS y a favor del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Documento que obra como prueba dentro del proceso de marras.

Sobre lo anterior, expresó el H. Consejo de Estado, mediante Sentencia de 6 de junio de 2012, expediente 15001-23-31-000-2007-00133-01(43049) M.P. Dra. OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ:

*"(...) En efecto, la jurisprudencia ha considerado que para poder condenar a un sujeto procesal, llámese parte o tercero al pago de perjuicios o cualquier clase de condena dentro de un proceso, resulta imprescindible que éste haya sido vinculado con todas las garantías al proceso, pues las facultades que adquiere le deben permitir ejercer su defensa. (...) para proferir sentencia en contra de las partes, terceros, llamados en garantía o cualquier otra clase de intervinientes procesales, se requiere no sólo que éstos hayan sido debidamente vinculados al proceso donde se les persigue, sino que dentro del mismo se les haya brindado todas las garantías procesales y probatorias desde la etapa en que se produce su vinculación al proceso, y por ende mal podría hacerse extensiva una condena a quienes no fueron vinculados legalmente al proceso. (...)*

*(...) En el evento de que el juez pudiese dictar sentencia sin necesidad de vincular a otro sujeto de derecho, que habría podido ser parte en el mismo proceso o en otro distinto con fundamento en los mismos hechos, no se estaría en presencia de un litisconsorcio necesario y por tanto, no se impondría la citación forzosa que prevé el artículo 83. La característica esencial del litisconsorcio necesario es que la sentencia tiene que ser única y de igual contenido para la pluralidad de sujetos que integran la relación jurídico-procesal, unidad que impide adoptar decisiones que no incidan en todos los integrantes, en tanto que en el litisconsorcio facultativo como la pluralidad de partes corresponde también a una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible que las causas reunidas se separen en cierto momento y cada uno vuelva a ser objeto de un proceso separado. De acuerdo con lo anterior, el elemento diferenciador de este litisconsorcio con el facultativo es la unicidad de la relación sustancial materia del litigio; mientras que en el litisconsorcio facultativo los sujetos tienen relaciones jurídicas independientes, en el necesario existe una unidad inescindible respecto del derecho sustancial en debate. (...) el litisconsorcio necesario tiene su fundamento en la naturaleza de la relación sustancial objeto del litigio, definida expresamente por la ley o C determinada mediante*

*la interpretación de los hechos y derechos materia del proceso. En el primer evento basta estarse a lo dispuesto por la ley, pero cuando se trata de establecerlo con fundamento en la relación objeto del litigio, se impone un análisis cuidadoso para establecer la naturaleza del asunto y la imposibilidad de proferir un pronunciamiento de fondo, sin la comparecencia de un número plural de sujetos. (...) "*

Por lo anterior, y existiendo una póliza de garantía constituida en favor del hoy accionante, necesariamente resulta imperativo su llamado al presente proceso, y con ello, la ineptitud de la demanda y la vocación de prosperidad de la excepción que en este momento se propone.

### 6.1.3. INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN – CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL.

De otra parte, se observa que el artículo 161 del C.P.A.C.A. establece los requisitos que se deben observar previamente a la presentación de la demanda, entre los que se encuentra el de agotar el trámite de conciliación extrajudicial.

Es de anotar, que la reglamentación de la conciliación extrajudicial en materia contenciosa administrativa es tratada por el Decreto 1716 de 2009, que, entre otras, concreta los asuntos que son susceptibles de conciliación, estableciendo como única excepción, aquellos de carácter tributario y los que deban tramitarse por el proceso ejecutivo contractual<sup>5</sup>.

Así mismo, de conformidad con los artículos 37 de la Ley 640 de 2001 y 13 de la Ley 1285 de 2009, la conciliación prejudicial es un presupuesto procesal de las acciones de reparación directa, de controversias contractuales y de nulidad y restablecimiento del derecho.

Para el caso que nos ocupa, se echa de menos la respectiva **constancia** que declaró fallida la respectiva conciliación extrajudicial, pues el demandante únicamente arrió al plenario una copia de la diligencia de conciliación que se llevó a cabo el día 13 de agosto de 2017, y una copia de correo electrónico sin suscribir, al parecer, remitido por la Procuraduría 56 Judicial II Para Asuntos Disciplinarios sin que con esto se cumpla el requisito de ley, como ha sido la posición del H. Consejo de Estado<sup>6</sup>, que en un caso expuso acerca de la importancia de la constancia que declara fallida la conciliación proferida por la Procuraduría de conocimiento, así:

<sup>5</sup> Parágrafo 1° del artículo 2° del Decreto 1716 de 2009.

<sup>6</sup> CE 2°, 5 Abr. 2018, e25000-23-36-000-2017-02379-01 (AC), R. Suárez.

«(...) En primer lugar, con el acto proferido por la Procuraduría 49 Judicial II para Asuntos Administrativos de Villavicencio, **sí se considera agotado el requisito de procedibilidad para asuntos contenciosos administrativos, consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009**, puesto que: i) el convocante radicó debidamente la solicitud de conciliación ante el municipio y ante la Procuraduría General de la Nación, y ii) en el trámite de esta se emitió el auto 3871 del 21 de noviembre de 2017, en el que se dejó constancia y se declaró que el asunto no es susceptible de conciliación por haber ocurrido el fenómeno de la caducidad de la acción y le devolvió la documentación aportada.

(...)

Este documento entonces, es el que debe ser aportado por el accionante con la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho que pretenda incoar, **para que sea el juez contencioso quien determine si fue debidamente agotado el mentado requisito, y pueda, igualmente, determinar y computar el término de suspensión de la caducidad de la respectiva acción y hacer las declaraciones que correspondan.** (...)

Así las cosas, no es con la simple radicación de la solicitud de conciliación que se considera agotado el requisito de procedibilidad, como lo afirma el accionante, sino con la **constancia que emitió el procurador que da cuenta de las circunstancias que rodean el asunto y, en derecho determina lo pertinente. Por lo tanto, no se vulneró el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia invocado por el accionante, ya que al haber cumplido con el mentado requisito lo que tenía que hacer era interponer el medio de control para que la jurisdicción resolviera lo pertinente.** (...)” 3 (Subraya y negrilla fuera del texto original)

#### 6.1.4. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

Teniendo en cuenta que de conformidad con la última modificación al contrato, es decir, el Otrosí No. 4 y Suspensión No. 2 al contrato de interventoría No. 1733 de 2013, suscrito entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y DAIMCO SAS, las partes acordaron en su cláusula segunda: «Suspender de común acuerdo el plazo de ejecución del Contrato de Interventoría No. 1733 de 2013, celebrado entre EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR CECILIAR DE LA FUENTE LLERAS – ICBF- Y DAIMCO S.A.S., por el término de un (1) mes, contado a partir del 27 de agosto de 2015, y hasta el 26 de septiembre de 2015 (...)», según consta en el acta de suspensión y prórroga aportada al proceso, se concluye que la parte actora contaba hasta el **27 de marzo de 2018**<sup>7</sup> para incoar la presente

<sup>7</sup> De conformidad con la Ley 1150 de 2007, la liquidación de los contratos tiene tres tiempos definidos: (i) de mutuo acuerdo dentro del plazo convenido y a falta de éste, dentro de los cuatro meses siguientes a la expiración del término del contrato; (ii) unilateralmente por parte de la entidad, dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo para la liquidación por

demanda de controversias contractuales, entre tanto la demanda que se debate, fue presentada hasta el **3 de mayo de 2018**, tenemos con certeza que el término de dos años para instaurarla ya habían transcurrido.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>8</sup> advirtió que para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones no se ejerzan en un término específico.

Así mismo, indicó que las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y en el caso de no hacerlo en tiempo perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho.

En tal sentido, el fenómeno procesal de la caducidad opera ipso iure o de pleno derecho, es decir, que no admite renuncia y el juez debe declararlo de oficio cuando verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer determinada acción judicial.

Igualmente, la Corporación indicó que para determinar la caducidad de las demandas incoadas en ejercicio del medio de control de reparación directa, de conformidad con el literal j del artículo 164 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA), se estableció un término de dos años contados a partir:

*Del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

## 6.2. EXCEPCIONES DE FONDO

### 6.2.1. EL INCUMPLIMIENTO ALEGADO NO TIENE LA VIRTUD GENERAR UNA DECLARACIÓN JUDICIAL DE INCUMPLIMIENTO POR CUANTO RESULTA VIOLATORIO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Señor magistrado, en el caso concreto, se observa que la demanda en el capítulo de los hechos soporta sus pretensiones en la supuesta mala escogencia del contratista de obra:

---

mutuo acuerdo cuando intentando aquella el contratista no se hace presente o no se llega a ningún acuerdo; y (iii), de común acuerdo o unilateralmente, dentro de los dos años siguientes al vencimiento de los dos meses ya señalados, tiempo que corresponde a la caducidad de la acción contractual fijada en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto 68001233300020140048401 (59884). Nov. 24/17

FAGAR SERVICIOS 097 S.L. SUCURSAL COLOMBIA, pues a su juicio, no logró la ejecución de obra en los porcentajes acordados para permitir la facturación completa del contrato de interventoría, lo que ocasionó un supuesto daño patrimonial en cabeza del interventor.

Por lo anterior, solicita que se declaren nulas aquellas cláusulas del contrato de interventoría 1733 de 2013, mediante las cuales el pago al Interventor se “condiciona” al avance de obra del contratista de obra.

Como puede observarse, tales obligaciones no tienen el suficiente peso para respaldar la solicitud de declaración de incumplimiento del contrato, ni mucho menos, para que en consecuencia se condene a mi representado al pago de la suma deprecada en el capítulo de pretensiones de la demanda, pues, dicha solicitud es violatorio al principio de proporcionalidad que aplica no solo en materia sancionatoria o con relación a los potestades contractuales exorbitantes o extraordinarias de la administración, sino también para efectos de determinar la responsabilidad contractual en cualquiera de sus orígenes, de entre los que se cuentan el incumplimiento del contrato.

Sobre el PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD en materia contractual, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostuvo en Sentencia del 13 de noviembre del 2013, con ponencia de Enrique Gil Botero, que:

*El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extrasistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano -artículo 36 Código Contencioso Administrativo-. La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, la segunda, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad. En este horizonte, se itera, el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa. Es así como el principio de proporcionalidad exige Un juicio ex-ante y otro ex-post, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria. Para efectos del análisis propuesto en el caso concreto, es preciso tener presente que el juez tiene la facultad y el deber de realizar el juicio de proporcionalidad frente a la respectiva actuación administrativa, esto es, ante el acto administrativo contractual a través del cual se impuso la cláusula penal pecuniaria.*

Los anteriores aspectos permiten hacer un análisis riguroso e integral del principio de proporcionalidad frente a las diferentes actuaciones administrativas, entre las cuales se encuentran las decisiones de orden contractual adoptadas a efectos de imponer y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Por tanto, el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general. Pero tratándose del derecho administrativo es conocido que el ámbito del principio de la proporcionalidad tiene especiales matices, pues si bien rige en todo el ordenamiento jurídico, sobre todo en el derecho penal y constitucional, donde ha tenido especial desarrollo, en el derecho administrativo ha tenido su propia dinámica o evolución, sobre todo con ocasión del ejercicio de la potestad discrecional. En efecto, el artículo 36 CCA. invoca expresamente este principio, con un doble propósito: i) el principal y expreso, como regla de acción que la administración debe tomar en cuenta al momento de dictar un acto discrecional, y ñ) el secundario o tácito, como herramienta de control a la administración, por parte del juez. Sin embargo, una lectura -pero sobre todo una interpretación- apegada al texto legal indicaría que este principio rige exclusivamente para las decisiones discrecionales, no así para las regladas o para cualquier otra de naturaleza administrativa. Una lectura con este alcance es equivocada, porque este principio, si bien está contenido expresamente en esa norma, no significa que sólo rija para ese tipo de actos, pues no debe perderse de vista que se trata de un principio, no de una norma positiva, de manera que cuando algunas de estas acuden a él, no lo hacen para positivizar su existencia, sino para recordarle al operador jurídico que deben acudir a él. Desde este punto de vista, resulta claro que la proporcionalidad rige en muchos campos, incluso en el legislativo o en los órganos de control, sólo que su aplicación demanda esfuerzos de concreción en cada ámbito, y en cada supuesto concreto. En tal sentido, al interior de una potestad reglada este principio también puede aplicar, sólo que su espacio de concreción es más restringido que al interior de una potestad discrecional, por razones que resultan apenas obvias. Tratándose, precisamente, de las potestades regladas, la proporcionalidad ya viene calculada, solidamente -incluso muy fuertemente-, por el legislador, quien asume la tarea, en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa. Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado. Uno de ellos es el de la determinación del monto de la cláusula penal pecuniaria, la cual puede variar, en casos como el sub iudice, dependiendo de diversos factores, como el porcentaje de ejecución del contrato.

Se recuerda con lo anterior entonces que es tarea del Juez de lo Contencioso Administrativo interpretar la demanda y armonizarla con las reglas y principios generales del derecho, que como el principio de proporcionalidad, revela un factor importante en la adecuación de la demanda y sus pretensiones al contexto real del que emana, siendo entonces comprensible que dicho principio, limite incluso las pretensiones de la demanda.

Y es que en el caso concreto, el actor ni siquiera señala las obligaciones presuntamente incumplidas por parte de la entidad demandada, razón por la cual no tiene la facultad para demostrar una supuesta afectación o perjuicio de índole económico, ni mucho menos que por ese incumplimiento no se hubiese logrado la debida satisfacción de los intereses generales que con la celebración de dicho contrato se pretendía satisfacer.

De esta forma, teniendo en cuenta que en el caso concreto estamos en presencia de unas pretensiones como las que son específicamente las de "DECLARAR NULAS O INEFICACES DE PLENO DERECHO AQUELLAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA 1733 DE 30 DE DICIEMBRE DE 2013, MEDIANTE LAS CUALES EL PAGO AL INTERVENTOR SE CONDICIONA AL AVANCE DE OBRA" estas resultan claramente desproporcionadas con ocasión al fundamento con relación al cuál se solicitan, por lo que muy respetuosamente solicito que se deniegue las pretensiones de la demanda.

#### **6.2.2. EXCEPCION DE INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA PROBATORIA POR LA PARTE DEMANDANTE.**

En el caso de marras, el accionante a quién le corresponde la carga de la prueba, no logra demostrar que el ICBF haya incumplido sus obligaciones a las que me he referido en este escrito como causal demostrativa del presunto perjuicio irrogado en su contra, para que se tipifique lo pretendido en la demanda.

Los hechos de la demanda carecen de pruebas que los demuestren en la forma como la parte accionante lo pretende, lo que impide vislumbrar un presunto incumplimiento contractual por parte del ICBF, pues solo corresponden a la apreciación subjetiva del apoderado de la parte demandante.

#### **6.3. LA GENERICA**

La que el señor magistrado encuentre probada dentro del presente proceso de controversias contractuales.

## 7. PRUEBAS

Del Despacho, solicito se decreten y tengan como pruebas, para demostrar que no le asiste razón al accionante en sus pretensiones, y que por el contrario la conducta de mi representada se ajustó a la normatividad vigente en materia de contratación, se tenga en cuenta la documental que obra en el expediente y todas las que su despacho considere conveniente para el desarrollo del presente proceso.

## 8.- DOCUMENTAL.

Aporto el expediente administrativo y en medio magnético (1CD) la documental que contiene los principales antecedentes del contrato de interventoría No. 1733 de 2013 junto con sus modificatorios.

## 9. ANEXOS

Los documentos relacionados en el acápite de pruebas.

## 10. NOTIFICACIONES

La Institución que represento y el suscrito, en la Avenida Cra. 68 No. 64 C-75, de la ciudad de Bogotá D.C., y al correo electrónico: [giovanny.garcia@icbf.gov.co](mailto:giovanny.garcia@icbf.gov.co)

Atentamente.



**GIOVANNY ALBERTO GARCIA FLOREZ**  
C.C. No. 194.854  
T.P. No. 194.854 del C S. de la J.






**Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**  
Cecilia De la Fuente de Lleras  
**Oficina Asesora Jurídica**




**El futuro  
es de todos**



 ICBFColombia

Sede Regional  
Transversal 6 Avenida Circunvalar Florencia - Caquetá  
Teléfono: 4352040

[www.icbf.gov.co](http://www.icbf.gov.co)

 @ICBFColombia

 @icbfcolombiaoficial

Línea gratuita nacional ICBF  
01 8000 91 8080