

HONORABLE MAGISTRADO
Dr. JUAN CARLOS GARZÓN MARTINEZ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION “A”

RADICADO: 2500023360002022004370

MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

DEMANDANTE: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACIÓN Y DEPORTE –IDRD

DEMANDADOS: UNIÓN TEMPORAL SAN ANTONIO IDRD REFORZAMIENTO ASEMAIN, con Nit. 901.118.265-1, integrada por INGENIERIA CONSTRUCCIONES Y EQUIPOS INCOE SAS, con Nit.900.803.956-7, con el 24%, ASECAF SAS, con Nit.808.000.935-2 con el 25% y CONSTRUCCIONES MAJA SAS, Nit. 800.112.612-0 con el 51%

CONSORCIO SB, INTEGRADO POR: CIVING INGENIEROS CONTRATISTAS SAS, NIT. 860.451.253-1 CON EL 60%, VALLEJO H INGENIEROS CONSULTORES CONSTRUCTORES SAS, NIT. 900.416.314-9 CON EL 40%

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1

GERMAN ALFONSO ORJUELA JARAMILLO, en calidad de apoderado judicial de **INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACIÓN Y DEPORTE -IDRD**, de conformidad al poder otorgado. Dentro del término otorgado dentro de la audiencia de pruebas el pasado 22 de abril de 2025, de manera respetuosa presento Alegatos de conclusión de la siguiente manera:

De manera respetuosa le manifiesto al señor Magistrado, que me reitero en todos y cada uno de los acápites presentados en la demanda y en la subsanación de la demanda, así como en todas las pruebas aportadas con la demanda y que han sido admitidas por su Despacho con los cuales se ilustró el problema factico y jurídico que conllevó a que el Instituto Distrital de Recreación y Deporte – IDRD presentara la demanda que nos convoca en contra de las partes aquí demandadas, por los perjuicios causados al Instituto, por la culpa del contratista, UNIÓN TEMPORAL SAN ANTONIO IDRD REFORZAMIENTO ASEMAIN, con Nit. 901.118.265-1, integrada por INGENIERIA CONSTRUCCIONES Y EQUIPOS INCOE SAS, con Nit.900.803.956-7, con el 24%, ASECAF SAS, con Nit.808.000.935-2 con el 25% y CONSTRUCCIONES MAJA SAS, Nit. 800.112.612-0 con el 51%, en el sentido de no haber terminado la obra contratada en el contrato 2937 de 2017, y las omisiones en que incurrieron los demandados, situaciones ampliamente ilustradas en la demanda y que fueron demostradas y tipificadas por el IDRD.

La demanda que nos convoca se presentó con la finalidad de que el contratista, la Unión Temporal San Antonio y el Interventor de la obra, que en un principio fue el Consorcio SB

resarzan los perjuicios causados, por tener el IDR haber incurrido en un gasto adicional, como fue el de contratar un patología para establecer en qué condiciones quedaron las obras realizadas en la Unidad Deportiva el Salitre por parte del contratista, la Unión Temporal San Antonio, en desarrollo del contrato 2937 de 2017, después de la terminación del contrato y cuya obra fue abandonada por el contratista el 5 de mayo de 2020.

Circunstancias fácticas que quedaron definidas en la audiencia inicial celebrada el 15 de noviembre de 2024 del artículo 180 del CPACA y que están plasmadas en los acápites 3.6 y 3.6.2 de la demanda.

Hechos correspondientes a los presuntos perjuicios causados, esto es la suscripción del Contrato de Consultoría e Interventoría para verificar el estado del inmueble denominado –Unidad Deportiva El Salitre (UDS) y relacionados en el ACÁPITE 3.6 y 3.6.2 del escrito de subsanación de la demanda; En estos se refiere que: a) el IDR se vio en la necesidad de contratar un estudio de patología estructural, análisis de calidad y funcionalidad de las obras, y la presentación de una propuesta de intervención para la puesta en funcionamiento de la Unidad Deportiva el Salitre (UDS), por valor de (\$737.326. 414.00) más el valor de la interventoría; b) lo anterior, con el fin de poder determinar: i) el estado de la edificación objeto del contrato; ii) y las obras no concluidas por el contratista principal UNIÓN TEMPORAL SAN ANTONIO IDR REFORZAMIENTO ASEMAIN; c) estos perjuicios no fueron tasados en el incumplimiento ya que ocurrieron luego del inicio del procedimiento sancionatorio.

Hechos que se afirma conllevaron a celebrar un contrato de consultoría e interventoría: HECHOS 25 a 27 del ACÁPITE 3.2 del escrito de subsanación de la demanda y que aluden al informe de interventoría efectuado por el contratista interventor Consorcio Santa Paula y que se afirma motivó a celebrar el contrato de consultoría e interventoría para verificar el Estado de la Unidad Deportiva el Salitre.

2

Situaciones fácticas que están probadas con las documentales aportadas con la demanda, que incluyen los informes de interventoría presentados por el Consorcio Santa Paula 008, narrados en el acápite 3.2 hechos 26, 26 y 27

El informe de Consultoría se realizó por la necesidad de establecer como bien se indicó en el objeto del contrato 2638/2021 REALIZAR EL ESTUDIO DE PATOLOGÍA ESTRUCTURAL, EL ANÁLISIS DE CALIDAD Y FUNCIONAMIENTO DE LAS OBRAS Y PRESENTAR LA PROPUESTA DE INTERVENCIÓN PARA LA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE LA UNIDAD DEPORTIVA EL SALITRE (UDS) COD IDR 12-091 EN BOGOTÁ.

Los hallazgos se encuentran en el informe de patología que se aportó con la demanda y que se encuentran resaltados en el link informado en el informe bajo juramento que se aportó al Despacho el 29 de noviembre de 2024.

https://drive.google.com/drive/u/1/folders/1Xni908CCkEC9LbPaC_xH7B_84eUNSXPJ

“La razón por la cual la entidad encontró la necesidad de celebrar un contrato de consultoría para realizar el estudio de patología estructural y el análisis de calidad y funcionalidad de las obras ya adelantadas en la Unidad Deportiva el salitre”.

De conformidad con lo informado por la Subdirección de Contratación, mediante la licitación pública No IDR-STC-LP-017-2017 se celebró el contrato de obra 2937 de 2017 suscrito con

el contratista UNION TEMPORAL SAN ANTONIO IDRD REFORZAMIENTO ASEMAIN y cuyo objeto consistió en "Contratar por el sistema de precios unitarios fijos, las obras de la primera etapa del reforzamiento estructural y adecuaciones arquitectónicas de la Unidad Deportiva El Salitre de Bogotá D.C., Parque Simón Bolívar- 12-091, con cargo al proyecto 1082 construcción y adecuación de parques y equipamientos para todos".

En el proceso de estudio, trámite y aprobación de la respectiva licencia de construcción, se advirtió lo siguiente:

"(...) El inmueble se encuentra declarado como Bien de Interés Cultural mediante el Decreto Distrital 606 de 2001, "Por medio del cual se adopta el inventario de algunos Bienes de Interés Cultural, se define la reglamentación de los mismos y se dictan otras disposiciones.", en la modalidad de Inmueble de Interés Cultural categoría de Conservación Integral.

Conservación Integral. Aplica a los inmuebles que cuentan con valores culturales excepcionales, representativos de determinadas épocas del desarrollo de la ciudad y que es necesario conservar como parte de la memoria cultural de los habitantes (...)"

A la fecha de la intervención del contrato en mención, el inmueble localizado en la Avenida Calle 57 No. 57-45, Avenida Calle 57 No. 52- 05/33/57/71, Avenida Calle 57 No. 57-27 y Avenida Calle 57 No. 59-07 (direcciones anteriores), Avenida Calle 63 No. 68-45 (dirección actual) Unidad Deportiva El Salitre, Sector Catastral 5506, manzana 01, predios 45 y 46 del Barrio Jardín Botánico, UPZ 105 Jardín Botánico, forma parte del inventario de los Bienes de Interés Cultural del ámbito Distrital, en la modalidad de Inmueble de Interés Cultural (IIC), Categoría de Conservación Integral (CI) por el listado anexo del Decreto Distrital 606 de julio 26 de 2001, incorporado al Decreto Distrital 560 de septiembre 28 de 2018 "Por medio del cual se define la reglamentación urbanística aplicable a los Bienes de Interés Cultural del ámbito Distrital y se dictan otras disposiciones".

3

Frente a esta condición de la ejecución del contrato de obra No. 2937 de 2017, se requirió adelantar nuevos estudios y diseños técnicos, los cuales fueron realizados por el contratista UNION TEMPORAL SAN ANTONIO IDRD REFORZAMIENTO ASEMAIN en el marco del contrato de obra 2937 de 2017, con el fin de atender las observaciones formuladas por parte del Instituto Distrital de Patrimonio Cultural – IDPC como parte del proceso de aprobación y trámite de la licencia de construcción.

Como conclusión del proceso de obtención de la licencia de construcción, se otorgaron los siguientes permisos o autorización así:

- ☐ Resolución 0535 del IDPC del 11 de septiembre de 2018 - "Por medio de la cual se resuelve una solicitud de intervención para el inmueble ubicado en la Avenida Calle 63 No 68-45- Edificio Ligas Menores de la Unidad Deportiva El Salitre de la ciudad de Bogotá D. C."
- ☐ Resolución 0729 del IDPC - "Por la cual se modifica parcialmente la Resolución 535 del 11 de septiembre de 2018 "Por medio de la cual se resuelve una solicitud de intervención para el inmueble ubicado en la Avenida Calle 63 No 68-45- Edificio Ligas Menores de la Unidad Deportiva El Salitre de la ciudad de Bogotá D. C."

Licencia de Construcción No. LC-18-5-0557 del 27 de noviembre de 2018, Curaduría Urbana No. 5 Ing. Mariano Pinilla Poveda, en la cual "(...) Otorgar licencia de construcción en las modalidades de modificación, reforzamiento estructural, demolición parcial. Las intervenciones consisten en el reforzamiento estructural y modificación del diseño interior del primero, segundo tercer piso para el edificio ligas menores de la Unidad Deportiva el Salitre, se mantienen los paramentos y volumetría arquitectónica existente, así como el uso del predio (...)”

Así las cosas, la Resolución 0535 del IDPC menciona:

“(...) Que una vez se realizó la revisión, análisis y estudio de la documentación por parte de la arquitecta Natalia Ortega Rengifo con matrícula profesional No. A25712009-52998639 y el Ingeniero Civil Osear Javier Becerra Mora con matrícula profesional 2520274719 CD se encontró que la intervención propuesta sobre el Edificio Ligas Menores de la Unidad Deportiva El Salitre es viable (...)”

“(...) Para la propuesta estructural en el Bien de Interés Cultural, el documento "DOCUMENTO DE INVESTIGACIÓN HISTÓRICA, ESTUDIO DE VALORACIÓN Y CRITERIOS DE INTERVENCIÓN EDIFICIO DE LAS LIGAS DEPORTIVAS", exploró tres opciones de reforzamiento, buscando en cada alternativa, la conservación de los valores estéticos del edificio:

- Reforzamiento estructural mediante recalzado
- Reforzamiento estructural mediante encamisado
- Reforzamiento estructural mediante la construcción de un exoesqueleto.

4

Producto del análisis de las tres alternativas, se determinó que la tercera opción, consistente en el reforzamiento estructural mediante la construcción de un exoesqueleto por medio de la construcción de unos pórticos de perfiles metálicos desarrollados en el interior del edificio, es la propuesta menos invasiva para los valores estéticos del inmueble; toda vez que no contempla la intervención de la fachada, manteniendo la totalidad de la modulación de la ventanería permitiendo su legibilidad. (...)”.

Ahora bien, en el desarrollo de las obras previstas bajo el contrato de obra 2937 de 2017 y en consideración a la condición del inmueble como bien de interés cultural (BIC), se planteó realizar su reforzamiento sin comprometer las fachadas del edificio y respetando su arquitectura original, por lo cual el diseño consistió en reforzar internamente la edificación con estructura metálica sin que esta fuera visible al exterior.

No obstante, lo anterior y en atención al informe de interventoría del contrato de obra No. 2937 de 2017 con fecha de 19 de junio del 2020, se señala que el porcentaje ejecutado fue de 38.80%.

En consideración a lo anterior y atendiendo la importancia que reviste la Unidad Deportiva El Salitre no solo para el deporte capitalino sino para todo el país, toda vez, que es un escenario dotado y adecuado para la práctica de las distintas disciplinas deportivas, existe la necesidad para el IDRD de lograr la culminación de las obras del reforzamiento estructural y de elementos no estructurales de la Unidad Deportiva el Salitre – UDS, realizando el estudio de patología estructural y el análisis de calidad y funcionalidad de las obras ejecutadas, el cual debía describir el estado actual de las obras existentes, frente al Reglamento Colombiano de

Construcción Sismo resistente vigente, así poder determinar daños y patologías en la edificación, y así entregar un diagnóstico de lo intervenido y determinar la viabilidad de la culminación de las obras conforme a los estudios y diseños del contrato de obra No. 2937 de 2017.

Adicionalmente se la entidad vio la necesidad dentro del contrato de patología 2638 de 2021 en realizar un Análisis de Calidad de las obras construidas de acuerdo con la calidad de los materiales utilizados y sus procesos constructivos, así mismo realizar un análisis de funcionalidad el cual refleje la resistencia y capacidad de funcionamiento requerido, según el uso y edad, de la edificación frente al Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente vigente.

En función del resultado ejecutar los estudios y diseños técnicos de ingeniería y arquitectura como propuesta de intervención, con el fin de determinar las acciones que se requieren ejecutar para recuperar el espacio deportivo y brindar lugares adecuados para la recreación, el deporte, el aprovechamiento del tiempo libre bajo el cumplimiento de las normas de construcción vigentes de tal forma que se garantice la seguridad y la protección de las vidas de las personas que usan el coliseo y gimnasios alternos de la Unidad Deportiva el salitre UDS.

Respecto de las Pruebas decretadas el 15 de noviembre de 2024 y que fueron cumplidas por parte del IDR

1.- Informe bajo juramento

De conformidad con lo solicitado por la parte demandante, y decretado por el Despacho en el numeral 4.2.1.2. de la audiencia inicial, el Instituto Distrital de Recreación y Deporte-IDRD mediante memorial radicado ante su Despacho el 29 de noviembre se allegó el informe bajo juramento en el cual se resolvieron los interrogantes planteados por la parte demandada, UT San Antonio Asemain (UDS) y por el despacho, con sus respectivos anexos.

2.- Oficio Solicitado

Con forme a lo mandado por el señor Magistrado, en el numeral 4.2.1.6 en la audiencia Inicial del art., 180 del CPACA, el Instituto a través de su apoderado radicó el 29 de noviembre de 2024, la respuesta emitida por la Subdirección Técnica de Construcciones respecto de lo que conocían del Proceso Administrativo de responsabilidad Fiscal, se aportó la respuesta emitida por ellos, junto con el requerimiento hecho por la oficina jurídica a la subdirección y se aportó un oficio expedido por la oficina jurídica dirigido a la Contraloría de Bogotá solicitando que de manera directa le informaran al despacho el estado actual del proceso de responsabilidad fiscal.

Es importante resaltar que la Contraloría de Bogotá respondió directamente al Despacho informando el estado del proceso de responsabilidad fiscal, el 26 de noviembre de 2024 con el radicado 2-2024-24795 y anexos.

3.- Dictamen pericial aportado por la parte demandante con la contestación de la demanda

Con el traslado de la contestación de la demanda por parte de los demandados; Unión Temporal San Antonio IDR Reforzamiento Asemain, el Instituto Distrital de Recreación y Deporte, mediante memorial procedió a presentar la replica del trabajo pericial a través del Consorcio Santa Paula 008 con memorial radicado el 30 de abril de 2024, en donde se evidencia que con la documentación con la cual se realizó el trabajo pericial por parte del señor Leonardo Carrillo, no es posible llegar a las conclusiones que este señor presentó, no cumple con el objeto propuesto por la razones expuestas en la replica presentada por parte del IDR a través del Consorcio Santa Paula 008 el cual está muy bien sustentado y del cual se extraen las siguientes conclusiones:

En ese sentido, como se manifestó inicialmente el dictamen pericial allegado a solicitud de la UNION TEMPORAL SAN ANTONIO IDR REFORZAMIENTO ASEMAIN, **NO CUMPLE** con su objeto: (...) *“Tiene como objeto verificar la utilización del anticipo otorgado por INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE por valor de \$4.302.583.642 correspondiente al contrato (Obra Pública) No 002937 del 27 de septiembre de 2017 “(...)”, pues carece de fundamento pretender **VERIFICAR LA UTILIZACIÓN** de un recurso del anticipo con el mero ejercicio documental contable, pues:*

1. En primera instancia, como se demostró líneas arriba, se pasó por alto para la elaboración del dictamen pericial la verificación de las condiciones establecidas el ANEXO TÉCNICO del contrato de obra pública No. 2937 de 2017, que forma parte integral del mismo, y que contiene los requisitos específicos para la inversión del anticipo que son ley para las partes.
2. No se tiene en cuenta la relación de las ordenes de giro frente a las facturas con las cuales se pretende **“verificar la utilización”**, toda vez que no se considera dentro del cruce contable el objeto de la orden de giro con lo reportado en las facturas.
3. No se evidencia verificación de que las obras a ejecutarse con recursos del anticipo se materializaron en el marco de la ejecución del contrato de obra pública No. 2937 de 2017, pues como se evidencia en la prueba por informe allegada por esta interventoría mediante radicado 2021210000732 del 20 de enero de 2021, las ordenes de giro reportan actividades que no se ejecutaron en el contrato (cubierta, redes eléctricas e hidráulicas).
4. No se verifican las actas o cortes de obra para identificar si en efecto, el cruce contable obedece a lo realmente ejecutado en el contrato de obra pública No. 2937 de 2017.

Se reitera, que el mero ejercicio de cruce de cuentas no conduce a la verificación de la inversión del anticipo, pues como se manifestó en el desarrollo del proceso administrativo sancionatorio, el cual constó de aproximadamente 53 audiencias, en la prueba por informe allegada por esta interventoría mediante radicado 2021210000732 del 20 de enero de 2021 y en el presente documento: la correcta inversión de los recursos desembolsados por anticipo debe considerar la legalización mediante los documentos correspondientes a los desembolsos realizados y la EVIDENCIA de la ejecución de las obras que debieron realizarse con recursos del anticipo, acorde con los objetos de las órdenes de compra y las cantidades ejecutadas y plasmadas en las actas parciales de obra.

Finalmente, es pertinente mencionar que dentro del proceso administrativo sancionatorio adelantado por el INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACIÓN Y DEPORTE - IDR, la apoderada de la UNIÓN TEMPORAL SAN ANTONIO IDR REFORZAMIENTO ASEMAIN, doctora Diana Carolina Barragán con cedula de ciudadanía No. 28.551.179 de Ibagué y Tarjeta Profesional No. 168.734 del Consejo Superior de la Judicatura solicitó dentro de sus alegatos la inclusión de un dictamen financiero, tal y como se describe en el ACTO ADMINISTRATIVO *“Por el cual se resuelve solicitud de pruebas dentro del procedimiento sancionatorio derivado del contrato de Obra No. 2937-2017”*:

4.- Respecto de los Interrogatorios de Parte

Como se determinó en la audiencia de pruebas celebrada el día 22 de abril de 2025 de manera virtual ante su Despacho señor Magistrado, si bien con ellos se tenía la intención de demostrar las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se desarrollaron los hechos que conllevaron a que la obra contratada por el IDRD a través del contrato de obra 2937 de 2017, hubo que desistir de los interrogatorios de los señores Rafael Palacio Dorado, en calidad de representante legal de la UT. San Antonio UDS y del señor Fabián Andrés Vallejo, representante legal del Consorcio SB que ejerció la interventoría al inicio del contrato, y que este apoderado en aras de que el proceso siga su curso y no se dilate en el tiempo desistió de los mismos pero no es menos cierto que lo que se dejó enterever por su falta de presentación a la audiencia, fue un total desinterés, a pesar de las excusas médicas que se presentaron, por parte de sus apoderados.

Lo anterior deja entre ver una culpa en el cumplimiento de sus obligaciones pactadas en los contratos de obra 2937 de 2017 y de interventoría 2999 de 2017, en el sentido de no haber velado de manera diligente y prudente en la ejecución de sus respectivos contratos.

5.- De los Testimonios solicitados de manera conjunta entre el demandante y el Demandado

Del testimonio del señor, **Raúl Orlando Delgado Caviativa**, se puede confirmar que efectivamente el contratista no terminó la obra por la falta de solvencia económica para su continuidad, también se establece que el contratista estaba atrasado en la ejecución de obra y corrobora que cuando la interventoría verifica el avance como tal se encontró que solamente se había ejecutado el 38.8% de las obligaciones pactadas en el contrato, que en algún momento la aseguradora trato de ayudarlo pero que al exigirle una garantías el contratista no tenía con que responder, cuando verifican también la inversión del anticipo y verifican con los proveedores estos manifiestan que no han entregado los pedidos por que el contratista no les había pagado, de acuerdo a los hallazgos encontrados por la interventoría Santa Paula 008 le comunicó al IDRD que iniciara un proceso administrativo sancionatorio a raíz de las inconsistencias encontradas.

Cuando la contraparte le pregunta al señor Delgado sobre los diseños éste manifestó que cuando él llegó al proyecto ya existía una licencia de construcción y habían superado todas las dificultades que habían tenido el IDRD y el Contratista San Antonio, lo que implicaba que una vez superados los inconvenientes y trámites lo que quedaba era izar las estructuras metálicas.

Cuando el apoderado del IDRD le preguntó sobre las intervenciones que había realizado con su interventoría el señor Delgado respondió; hacerles seguimiento a todas las labores concernientes al reforzamiento estructural y arquitectónico, yo recibí y ya habían hecho desmonte de varias salas o bodegas, que se ejecutaran las obligaciones que tenían que ver con los diseños, la inversión del anticipo.

Con respecto a la verificación de las obras que encontraron o evidenciaron; cuando ingresamos el contrato estaba suspendido porque había ocurrido una inhabilidad del interventor SB, verificaron que los tramites estuvieran cumplidas, algún personal no cumplía con las condiciones establecidas en los pliegos y tampoco había mucho personal en obra donde se evidenciaba que no se avanzaba mucho en la obra.

Cuando se hicieron visitas a la obra encontraron falencias y en que estado se encontraba la obra a lo que respondió, en el primer momento es el estado de la obra, en ese momento se habían desmontado secciones y el resto los materiales no se habían realizado porque estaban en elaboración, las actuaciones que se realizaron consistió en hacerle llamados de atención para que avance en la obra bajo una programación establecida pero el contratista no cumplía la programación lo que acarreó que no avanzara en la obra y generara atrasos y como toma planes de contingencia para evitar el atraso eso hace que el contrato se atrase y por esa razón al no superar el porcentaje de obra establecido se le informó al IDRD para que se iniciara el presunto incumplimiento.

Los atrasos se dieron por la estructura metálica, algunas demoliciones y parte de la cimentación que ya debían haber ejecutado.

Frente al anticipo manifestó que al verificar la inversión el contratista no supo esclarecer como lo habían invertido a lo cual generó muchas dudas y por esos se le informó al IDRD para que iniciara el procedimiento administrativo por indebida inversión del anticipo.

Cuando se le pregunto que, si el día que se terminó el contrato habían hecho alguna visita el señor Delgado contesto que, si, que se asistió en compañía de la directora, la secretaría general y otros funcionarios y se levantó un acta del estado de la obra, se constató que había estructura metálica en el piso, otra que estaba izada pero que no estaba recibida al 100% no estaba montado el torcado de la estructura.

Como se ha podido establecer efectivamente el contratista no tenía ni el modo ni los medios económicos para continuar con la obra, igualmente con este testimonio queda probado que el contratista UT. San Antonio UDS no hizo un uso adecuado del anticipo, pues no capaz de probar la adecuada inversión, que si bien la aseguradora trató de ayudarlo el contratista no pudo responder con las garantías exigidas, esta probado que la UT San Antonio no cumplió con los cronogramas de obra y que por la falta de liquidez no podía mantener suficiente personal en la obra.

Se concluye que a raíz de estas inconsistencias se terminó el contrato y la obra quedó inconclusa, no se izo toda la estructura metálica, no se le pago a los proveedores, le faltaba terminar obras de mampostería ect. Y por ello la obra quedó en el estado y condición que se relata por parte del señor Raúl Delgado Caviativa.

Lo anterior nos lleva a colegir que la necesidad posterior a que por causa de el estado en que quedó la obra el IDRD se vio en la necesidad de contratar posteriormente el estudio de patología para verificar el estado y viabilidad de la obra para continuar su reforzamiento y remodelación pero que debido al estado en que quedaron los materiales que se encontraban el sitio de la obra se requería saber el grado de utilidad, viabilidad y condiciones de los materiales.

Testimonio de Mónica Méndez Triviño

Entre los apartes del testimonio que hizo la ingeniera Mónica señaló que cuando se le solicitaron al contratista soporte de los gastos del anticipo no entrego informes detallados y por el contrario fueron confusos y sin sustento financiero.

Corroboró que la obra sufrió retrasos y que con base en ello se le hicieron apremios a la interventoría SB lo que generó unas sanciones, que posteriormente vino una inhabilidad sobreviniente por incumplimiento con otras entidades y por esta razón se suspendió el contrato. Que cuando se inicia con la nueva interventoría se evidenciaron retrasos en la obra porque al contratista no le llegaba el material, no se cumplía con los planes de seguridad en el trabajo, no había suficiente personal por lo que se inició el procedimiento administrativo sancionatorio. Que uno de los incumplimientos más relevantes fue el tema del anticipo y los atrasos en la programación de obra.

Que en relación con el manejo del anticipo la entidad le solicitó a control interno hacer una auditoría y de acuerdo con los hallazgos que encontraron se compulsaron copias a la procuraduría y a la fiscalía, que el consorcio SB no alertó sobre el mal manejo del anticipo, ni sobre discrepancias u observaciones por lo que se inició procedimiento administrativo sancionatorio.

Se hicieron visitas a las obras de la UDS, más exactamente en el área del teatro, en el cual se había quitado la cubierta y no se había intervenido.

Que el avance de la obra no fue consecuente con la programación ni con los pagos que se habían efectuado por concepto de anticipo.

En lo que respecta al estado de la obra indicó que había zapatas y una estructura metálica y que cuando terminó el contrato, la obra quedó inconclusa en una ejecución del 38% aproximadamente.

Que posteriormente se celebró contrato de consultoría y de interventoría para evaluar el estado de la obra y su infraestructura y de acuerdo con ese estudio adoptar las decisiones correspondientes.

Finalmente, entre otras refirió que los giros y pagos del anticipo eran revisados y aprobados por la interventoría, sostuvo que conoció del mal manejo del anticipo por la auditoría de control interno y los informes y con ocasión del procedimiento sancionatorio.

Del testimonio de la Ingeniera Mónica se puede concluir que el contratista Consorcio SB y el contratista de obra incumplieron con obligaciones contractuales que a raíz de esos incumplimientos se les inició procedimiento administrativo sancionatorio y que al recibir la obra está quedó inconclusa y con materiales sin izar y que escenarios como el teatro quedó al descubierto y sin protección y que se realizó un inadecuado uso del anticipo.

Testimonio de Ingrid Yurani Roperó

En conclusión, del testimonio se puede extraer lo siguiente: **1)** aseguró que cuando ejerció sus funciones, el anticipo ya se había girado en su totalidad; luego se dio una cesión del contrato de interventoría por una inhabilidad sobreviniente del consorcio SB y se cedió al consorcio Santa Paula y se empezó a requerir a este último consorcio para que rindiera informe sobre el estado de cuenta del anticipo y su correcta inversión; **2)** aseguró que el consorcio SB siempre manifestaba que todo estaba en orden, sin embargo al requerir informes no se obtuvo respuesta y se inició procedimiento sancionatorio, el cual tuvo varias suspensiones, finalmente se impuso multa; **3)** agregó que asistía a comités de obra en la Unidad Deportiva el Salitre y se percató del estado en que se encontraba al

terminar el plazo del contrato; **4)** afirmó que la Unidad Deportiva son como unas bodegas : bloque A, B , C y el auditorio; el bloque A y B quedo expuesto, sin cubierta y parte de su estructura quedo vinculada pero no terminada, el bloque C no alcanzó a desmantelarse la cubierta y el auditorio tampoco; **5)** la Unidad Deportiva para ese momento era patrimonio distrital, estaba con ladrillo expuesto, la cubierta quedo expuesta por lo que generó daños en su estructura; **6)** para este momento desconoce si ya empezó nuevo contrato; pero refirió que, la estructura debe tener un estudio adicional, una revisión de patología por la exposición al sol, agua lluvia a la que se vio expuesta y así conocer si se puede o no utilizar esta estructura; **7)** sostiene que el área técnica celebró un contrato de patología para establecer las condiciones de la obra, pero no tiene conocimiento del estudio efectuado.

De todo lo anterior señor Magistrado, se puede concluir que la contratación de la patología y por ende su interventoría como está señalado en la demanda presentada por el IDRD se vio en la necesidad de hacerlo para determinar el estado y condición de la obra inconclusa por parte de la Unión Temporal San Antonio IDRD Reforzamiento Asemain por las irregularidades que se presentaron en la ejecución de la obra y por el incumplimiento en las obligaciones contractuales que fueron discutidas ya expuestas en el proceso administrativo sancionatorio que termino con la declaratoria de incumplimiento parcial del contrato de obra 2937-2017,

Con fundamento en lo anterior está probado que no fue un capricho de la entidad la contratación de la patología para determinar el estado y condición de la obra inconclusa por parte del contratista. Pues de bulto concluir que si la obra se hubiera terminado en un 100% o quedado en un 90% o no se en cuanto por ciento seguramente frente al impacto ambiental que sufren los materiales por estar expuestos a la intemperie y cambios del clima seguramente y de acuerdo a la experticia de los ingenieros o técnicos de la entidad no había sido necesario llegar a contratar una consultoría pero las circunstancia de tiempo, modo y condición en que quedó la obra ameritaba verificar el estado de las obras inconclusas.

10

Por lo demás señor magistrado como lo señale al inicio de estos alegatos de conclusión esta defensa se reitera en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho que se plantearon en la presentación de la demanda y en la subsanación de la demanda la cual determino su admisión y regular transcurso procesal que nos ha llevado hasta este momento de presentación de los alegatos de conclusión.

Respecto a las pretensiones con todo respeto le manifiesto al señor Magistrado que me reitero en cada una de ellas tal y como se transcriben en estos alegatos de conclusión.

“IV. PRETENSIONES

Se dejarán, con ocasión a los hechos ya mencionados y las correcciones solicitadas por el Despacho las siguientes pretensiones principales:

PRIMERA. – SE CONDENE A LA UNION TEMPORAL SAN ANTONIO IDRD REFORZAMIENTO ASEMAIN Y AL CONSORCIO SB de forma solidaria teniendo en cuenta que:

- LA UNION TEMPORAL no cumplió con el objeto y obligaciones del contrato como

se demuestra con los incumplimientos Resoluciones 1452 del 27 de octubre de 2022, 1825 del 22 de diciembre de 2020 y la 1858 del 28 de diciembre de 2022 y como consecuencia el IDR tuvo que contratar una empresa para que adelantara un contrato de patología e interventoría cuyo objeto era: por valor de:

- EL CONSORCIO SB ya que no cumplió con el objeto y obligaciones del contrato ya que estos incumplimientos se derivaron de la falta de vigilancia en el contrato de interventoría, se condene de manera solidaria a la UNION TEMPORAL SAN ANTONIO IDR REFORZAMIENTO ASEMAIN y al CONSORCIO SB al reconocimiento y pago de la suma de **NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS M/CTE (\$996.372.781.00)** por las actividades que debió desplegar el IDR para poder determinar el estado actual de la edificación y de las obras no concluidas por el contratista de obra (contrato 2937-2017), después de más de dos años de terminado el contrato, por la falta de seguimiento, vigilancia y control del interventor SB, llevó a esta entidad a incurrir en más gastos los cuales se encuentran probados hasta la presentación de la demanda en el **contrato 2937-2017** y que corresponden a la patología contratada para determinar el estado de la edificación de la Unidad Deportiva el Salitre Contrato No. 2638-2021, por la suma de \$737.326.414 M/te., cuyo objeto fue: “Realizar el estudio de patología estructural, análisis de calidad y funcionalidad de las obras y presentar la propuesta de intervención para la puesta en funcionamiento de la Unidad Deportiva el Salitre (UDS) código IDR-12-091 en Bogotá D.C. y así como la contratación de una nueva interventoría **contrato de interventoría No. 2722 de 2021**, por la suma de \$259.046.367, cuyo objeto consistió: “Realizar la interventoría Técnica, Administrativa, contable, financiera y Jurídica al Contrato derivado del proceso de selección por el concurso de méritos y cuyo objeto fue “Realizar el estudio de patología estructural, el análisis de calidad y funcionalidad de las obras y presentar la propuesta de intervención para la puesta en funcionamiento de la Unidad Deportiva el Salitre (UDS) Cod IDR 12-091 en Bogotá D.C., costos generados después de terminado el contrato.

11

Se solicita que se realice de manera solidaria ya que si bien, se incumplió al contratista principal, no lo es menos que estos perjuicios no fueron tasados en el incumplimiento ya que ocurrieron luego del inicio de este y que como se prueba con la documental pertinente se dan también con ocasión a la falta del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la interventoría CONSORCIO SB, que obligó al IDR a suscribir nuevos contratos para poder establecer un diagnóstico del estado de la Unidad Deportiva Salitre.

SEGUNDA. - Que se liquide judicialmente el contrato 2937 de 2017 suscrito con UNION TEMPORAL SAN ANTONIO IDR REFORZAMIENTO ASEMAIN, teniendo en cuenta los perjuicios mencionados y los que se llegaren a evidenciar y probar dentro del marco del presente proceso.

TERCERA. - Condene de manera solidaria a la UNIÓN TEMPORAL SAN ANTONIO IDR REFORZAMIENTO ASEMAIN Y AL CONSORCIO SB, por los demás perjuicios que se logren probar en el transcurso del proceso hasta su culminación.

CUARTA. - Que se condene al pago de intereses moratorios sobre el monto de las sumas de dinero reclamadas en la presente demanda.

QUINTA. - Que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se causen en el presente proceso.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Con fundamento en el contrato de obra 2937 de 2017 la Unión Temporal San Antonio IDRD Reforzamiento ASEMAIN, a raíz de su incumplimiento transgredió la siguiente normatividad:

Artículo 3° de la Ley 80 de 1993 el cual dice lo siguiente:

“ARTICULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”

12

En este sentido la Corte Constitucional, mediante sentencia 499 de 2015 ha manifestado lo siguiente.

“En un Estado Social y Democrático de Derecho la contratación estatal, en tanto modalidad de la gestión pública, está regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad, previstos en el artículo 209 de la Constitución. En la contratación estatal está comprometido el interés general, ya que el contrato estatal es un instrumento para cumplir las finalidades del Estado, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios públicos, con la colaboración de los particulares. Por ello, la entidad estatal debe cumplir con los antedichos principios y garantizar que los contratistas también los cumplan, tanto en planeación como en la celebración y ejecución del contrato estatal”

En la misma línea jurisprudencial, la sentencia 713 de la Corte Constitucional dijo lo siguiente:

“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos "instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De

hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares”.

La Unión Temporal San Antonio reforzamiento IDR Asemain, incumplió el mandato legal establecido en el artículo 5° numeral 2° de la Ley 80 de 1993, el cual reza de la siguiente manera:

“Art.5 De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:

(...)

Numeral 2° Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse”.

Para el caso que nos convoca la falta de colaboración resulta por parte del contratista en la falta de voluntad y seriedad en el cumplimiento del objeto contractual, así como en el cumplimiento de las obligaciones pactadas, no cumplió con el plazo pactado en la cláusula quinta del contrato 2937 de 2017, el cual establecía:

“Cláusula Quinta: Plazo de Ejecución: El plazo de ejecución se estableció en trece (13) meses, los cuales se contaron a partir de la aprobación de la garantía única y suscripción del acta de Inicio; el plazo se discriminaba de la siguiente manera:

- *Periodo de coordinación quince (15) días*
- *Periodo de trámite de licencias dos y medio (2.5) meses*
- *Periodo de construcción diez (10) meses*

No obstante lo anterior este plazo fue modificado mediante la suscripción de las Modificaciones 1 y 3 así como por las suspensiones 1, 2, 3, y 4 junto con las correspondientes ampliaciones ocurridas durante el desarrollo del contrato, que dando como fecha de terminación del contrato el día cinco (5) de marzo de 2020, fecha que no fue cumplida por el contratista en razón a que no entregó los productos establecidos en el periodo acordado para la construcción dentro del plazo pactado y si en el momento en que la interventoría levanto su informe el 21 de junio de 2020 (Radicado IDR No. 20202100123622) presentaba un avance de obra físico de 38.80% y uno de NO ejecución del 61.20% para el momento en que finalizo el contrato, es decir 5 de marzo de 2020.

Fue tal su falta de colaboración para terminar el contrato que un día antes de terminar el contrato, es decir el 4 de marzo de 2020, el contratista y Seguros la Equidad, como compañía garante, solicitaron la suspensión de la obra (No. 4) con el fin de conseguir apoyo financiero por parte de la aseguradora.

Posteriormente se solicitó por los mismos motivos la ampliación 1 a la suspensión No. 4 con fecha 19 de febrero de 2020, de lo cual tanto la interventoría como por parte del IDRD, no dieron respuesta positiva, lo que conllevó posteriormente a la terminación del contrato el día 5 de marzo de 2020.

El contratista desconoció el artículo 1603 del Código Civil Colombiano, en el sentido de que *“los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solamente a lo que en ellos se expresa, sino a todas cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por naturaleza pertenecen a ella”*.

En tal sentido la buena fe como generadora y cumplidora de obligaciones por parte de quienes se comprometen al cumplimiento de las mismas no solo por la suscripción del contrato en sí, sino el asumir la responsabilidad de ejecutar un contrato en atención a lo establecido en el pliego de condiciones sino en los aspectos técnicos, genera que el contratista asuma con entereza y mucha responsabilidad el compromiso adquirido y lo cumpla dentro del plazo establecido, pactado en el contrato, a menos que se presenten circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, este último con las excepciones que se presenten a la regla, es por ello que se debe aplicar la buena fe in contrahendo como generadora de deberes de conducta ante el contrato suscrito con una entidad del Estado.

El doctor, Vladimir Monsalve Caballero, al analizar la buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta, Barranquilla, Revista Scielo, julio/diciembre de 2008, al analizar este principio, señala lo siguiente:

14

IMPORTANCIA DE LA BUENA FE IN CONTRAHENDO EN EL PROCESO DE FORMACION CONTRACTUAL

“La admisión de este principio no supone introducir moldes acabados que puedan fácilmente formular esquemas normativos de validez general sino líneas, directrices de la conducta social que deben ser ajustadas a cada caso, eso sí, sustentada en un principio universal del cual se ha venido hablando, que impone a las partes que negocian un arquetipo de conducta social, de lealtad y de fidelidad.

Debe existir la buena fe como una norma social y como una expresión de exigencia social insuprimible, originándose necesariamente de la coexistencia y armonía con la libre y autónoma actividad de todos los negociantes. Se observa que el principio de la buena fe viene, en definitiva, a constituirse en uno de los límites impuestos por el ordenamiento a la explicación de la autonomía privada. Existe entonces no una libertad indiscriminada sino que la libertad debe estar inspirada en el principio de la buena fe Es por tanto una norma jurídica que obliga a todo sujeto a que actúa en el tráfico a un deber objetivo de fidelidad y crédito, y constituye en el ordenamiento, un concepto abierto que permite concretar los deberes de conducta de los contratantes durante la celebración y el desarrollo del contrato.

De igual forma, la buena fe es compatible con las exigencias de la convivencia y de la solidaridad social, si tratamos de profundizar en estas exigencias de la convivencia, encontramos que se presentan bajo un doble aspecto cuya naturaleza puede imponer obligaciones positivas y negativas, como bien lo señala Betti:

"Las cuales se deben distinguir claramente: a) bajo un aspecto puramente negativo: aspecto que se halla esculpido en la máxima romana del "Alterum non laedere" y que lleva a exigir un comportamiento de respeto, de conservación de la esfera del interés ajeno. b) Bajo un aspecto positivo, que impone, no simplemente una conducta negativa de respeto sino una activa de colaboración con los demás, encaminadas a promover su interés".

En este sentido se desarrollan los deberes y derechos que se le imponen a las partes cuando están en negociaciones; por una parte, absteniendo de ejecutar actos que dañen o perjudiquen a su contraparte, y a su vez ejercitando todos aquellos actos necesarios para la satisfacción de sus mutuas necesidades, lo que nos lleva a concluir que tanto en el ejercicio de sus intereses legítimamente protegidos, las partes deben actuar de conformidad con la buena fe in contrahendo.

La Buena Fe in contrahendo como generadora de los deberes de conducta

15

"En general los ordenamientos civiles napoleónicos ofrecen un criterio elástico de valoración de conducta de un sujeto; esto significa que es necesaria la referencia a un momento prejurídico como índice de mediación de las actuaciones de las partes en las negociaciones. Como, en efecto, la buena fe, mentalmente exige la honestidad, la transparencia, la coherencia y rectitud en la conciencia y la fe en la palabra dada, a dictorum conventunque constancia ac veritas (tal era el significado originario de la buena fe romana, que designaba a la persona prudente y diligente, completamente determinada en el cumplimiento de la expectativa del otro). Esta lealtad exigible impone normalmente obligaciones de carácter negativo, y la buena fe impone obligaciones de carácter positivo. De todos modos debe tenerse presente, desde ahora, que el criterio de la corrección o de la lealtad se identifican con el criterio de la buena fe; por tanto, se habla de respeto a las relaciones de obligación, como criterio de conducta que deudor y acreedor deben observar en sus relaciones recíprocas, y que deben comenzar a observar desde un principio en la fase de las negociaciones, como ya se había dicho, en la medida que éstas deben conducirse de conformidad con las reglas de la buena fe y la lealtad.

Antes de entrar a estudiar los deberes genéricos o secundarios de conducta a los cuales se ha venido haciendo relación, es imprescindible clarificar que existe un deber básico y a juicio propio el más importante que le incumbe a las partes: es el deber de lealtad, ese concepto general cimentado en el deber moral o ético de actuar en forma leal frente al otro sujeto de derecho con quien nos encontramos en una relación de confianza.

La confianza es el soporte de cualquier vínculo obligacional que pueda regir las conductas humanas; desde los inicios de las mismas negociaciones de conformidad con el tráfico normal, las partes interactúan y comienzan a cimentar las bases de un futuro acuerdo basado en los actúes leales y correctos, y justo en ese estado de la negociación en la cual las partes se entregan confiadamente a la concreción de unas expectativas legítimas que se puedan tener, en ese mismo instante se justifica en todo la imposición del deber de lealtad. Recuérdese que se contrata es con quien se confía, por tanto, sin duda es el principio nuclear del derecho de las obligaciones contractuales.

Este deber de lealtad, emprende para las partes un actuar de cooperación permanente y constante, tomando siempre en cuenta las expectativas legítimas de la contraparte, ello incluso puede representar el deber de una parte de comportarse de tal forma que se logren los objetivos a los que sabemos aspira la otra parte. Este tipo de relación no basta con actuar conforme a derecho o no ejercer conductas fraudulentas, sino por el contrario emprender actuaciones positivas y negativas, con tal de satisfacer las necesidades que le incumben a las partes en unos intereses que en principio se presentan como antagónicos, terminarán siendo estos siempre armónicos.

En sentido muy general puede decirse que, en todo momento del iter contractual, las partes que intervienen en todas sus fases están obligadas a conducirse con aquella diligencia y consideración de protección de interés mutuos, y por tanto esto le permite confiar a las partes que según la buena fe su contraparte actué de la misma forma como ella lo ha venido haciendo y por tanto ésta diligencia debe acompañar no sólo la etapa de formación sino la de ejecución y cumplimiento contractual.

La doctrina moderna sustenta que los deberes precontractuales encuentran su fuente en la relación (en el contacto social) que nace entre las partes con el fin de preparar el contenido del futuro contrato. De tal forma que hoy la literatura jurídica germánica habla que todo se resume al significado de una ecuación: Relación precontractual = relación de confianza. La relevancia de la confianza como elemento esencial no solo del periodo de formación negocial, sino de todo el proceso contractual, está orientada en el propio concepto de la buena fe objetiva reconocida expresamente como norma dirigida a la tutela de confianza y la lealtad en correlación al otro, con quien primero se entra en relaciones negociales.

Dicha percepción jurídica que en la ley ha hallado solamente expresión en algunas disposiciones particulares (art. 1337 del Codice, art. 227 del código civil portugués, art. 197 del código civil griego y el párrafo del BGB 311.2.), ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia en un instituto de derecho vigente que actualmente tiene fuerza de norma consuetudinaria a consecuencia de su ejercicio durante muchos años y de su acogida en la conciencia jurídica general. Además, es importante anotar que, dentro de los modernos movimientos de armonización y unificación del derecho privado como una de las perspectivas de las políticas de la Unión europea, existen en la actualidad todos unos marcos legales que pretenden la elaboración de un marco común de referencia, en el cual se reconoce expresamente que las partes en la etapa de negociación están

sujetas al cumplimiento de unos deberes precontractuales que tienen su fundamento en la buena fe contractual.

Esta conciencia jurídica general es reconocida por Asúa González, quien afirma que las bases teóricas, de estos deberes fueron sentadas y consolidadas durante las décadas de los años veinte y treinta son las que aportan los conceptos fundamentales a los que hoy todavía se recurre. De este modo, la existencia de deberes precontractuales que derivan de una relación vinculante de carácter legal, surgida de las conversaciones y cuya vulneración se sanciona, ha venido siendo, y lo es actualmente, un lugar común de la doctrina y la jurisprudencia, reconociéndose a este principio el carácter de costumbre jurídica.

De la buena fe nace un modelo de comportamiento no formulado legalmente y de imposible formulación legal, que vive en las creencias y en la conciencia social y al que deben ajustarse los comportamientos individuales. En este sentido se podría hablar de deberes de conducta del hombre en el prólogo negocial susceptibles de generar una responsabilidad precontractual, la cual tiene su fundamento en el concepto de fe in contrahendo, aquella que tiene su fundamento en el concepto general de la buena fe objetiva, pero aquella que es exigible única y exclusivamente a las partes cuando entra en negociaciones, y se origina por el contacto social. En la fase de negociaciones, las partes tienen la obligación de cumplir con los deberes secundarios de conducta, y es evidente que la violación de estas obligaciones es fuente de responsabilidad independientemente del acto ulterior de un acuerdo.

Por lo general, al no proceder estos deberes de una voluntad expresa o tácita y venir exclusivamente justificados por la teoría general de obligaciones y contratos, y en particular por la buena fe, constituyen únicamente unos deberes de conducta (en la medida exigida por la buena fe), derivada de las nociones vecinas de los vicios ocultos, evicción o incluso, los vicios de la voluntad. Sin embargo, esta afirmación puede a veces ser desacertada, pues muchas veces se nos presenta como una verdadera obligación; por tanto, considero que es pertinente entrar a clarificar las diferencias que existen entre los deberes naturales y jurídicos.

Pero antes es necesario recapitular afirmando que, en la actualidad, estos deberes de conducta, que otrora estuvieron en entredicho, hoy por hoy gozan del reconocimiento continental, y por ello es que, poco a poco, han ido adquiriendo su carácter de tipicidad en las diferentes leyes, en especial las que regulan el derecho de consumo. Su importancia y relevancia es tal, que todas las iniciativas académicas que se han desarrollado dentro de los procesos de unificación y uniformidad del derecho europeo de los contratos y del ordenamiento civil, las han consagrado, reconociendo su origen en la buena fe contractual, lo cual sin duda da fin al debate suscitado especialmente entre la escuela aquiliana que desconocía la existencia de estos deberes como unos deberes específicos que llegan a la esfera negocial cuando las partes comienzan las negociaciones".

El profesor Adrián Schopf Olea* Profesor de Derecho Civil, Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de München, al analizar La Buena

Fe Contractual Como Norma Jurídica, en un artículo publicado en la Revista Chilena de derecho Privado, Santiago de Chile, diciembre de 2018, analiza lo siguiente:

“II. El contenido sustantivo de la buena fe contractual

1. La buena fe como remisión al estándar del contratante leal y honesto

En la doctrina tanto nacional como comparada la buena fe contractual es, en general, calificada como un concepto jurídico indeterminado, cuyo exacto contenido no se deja definir con precisión de una manera general y abstracta, que satisfaga condiciones necesarias y suficientes de aplicación. De modo análogo a como sucede con todo concepto jurídico indeterminado, las dificultades asociadas a su precisión no significan, sin embargo, que la buena fe constituya un concepto jurídico vacío, carente de todo contenido semántico, que resulte compatible con cualquier tipo de consideración. La particularidad de todo concepto jurídico indeterminado como el de la buena fe contractual es, en realidad, que su aplicación no puede efectuarse de una manera meramente mecánica, sino que presupone siempre un acto de evaluación y valoración del juez en cada caso particular, efectuado sobre la base de un conjunto de directivas a que ese mismo concepto remite, y que lo dotan de un contenido relativamente preciso en un contexto concreto. Los conceptos jurídicos indeterminados tienen, en este sentido, un significado jurídico relativamente preciso, en la medida que indican cuales son las directivas y consideraciones que resultan pertinentes en sus diferentes presupuestos de aplicación, permitiendo, de este modo, su concreción en cada caso y contexto particular. De modo análogo a como sucede con los restantes conceptos jurídicos indeterminados, los casos particulares en que la buena fe es concretizada en un deber de conducta o efecto jurídico específico tienen la virtud de dotarla sucesivamente de un contenido delimitado, de manera tal que el respectivo marco jurídico y la suma de esos casos y contextos particulares resultan determinantes para los efectos de poner al descubierto su sentido y alcance.

A la luz de ese trasfondo, la buena fe puede ser concebida como un principio general del derecho privado, que remite a un conjunto de directivas que no han sido expresadas en el acuerdo contractual, relativas a la lealtad, honestidad y consideración recíproca que las partes contratantes pueden razonablemente esperar en su comportamiento mutuo, en atención a la especial relación que se ha formado entre ellas en virtud del contrato. El cumplimiento de ese conjunto de directivas presupone satisfacer un específico estándar de conducta, de manera tal que, a través del establecimiento de la buena fe contractual como elemento constitutivo de la relación obligatoria, el derecho impone la observancia de un determinado estándar de comportamiento que debe ser cumplido por las partes contratantes durante todo el desarrollo de la relación contractual, desde su más básica gestación hasta su completa y total disolución. Ese estándar de conducta es el estándar del contratante leal y honesto, el que esencialmente implica honrar la confianza que supone la especial relación de intercambio y cooperación que subyace al contrato, de modo de no comportarse abusivamente y no defraudar las legítimas expectativas de comportamiento de la parte contraria, en

atención a la finalidad económica o el propósito práctico que subyace a la convención.

Los tribunales superiores de justicia chilenos han dado a la buena fe contractual un alcance general análogo al referido, resolviendo reiteradamente que esta invoca “el modo sincero y razonable con que se procede, razón por la cual está íntimamente relacionada con la idea de rectitud, de intención y de lealtad”, exigiendo a los contratantes “el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas”; que “es un estándar de conducta, que al darle contenido es empleado como sinónimo de probidad, lealtad, confianza, seguridad, honorabilidad” y que “se traduce en un comportamiento honesto, leal y veraz”.

La principal particularidad del estándar del contratante leal y honesto al que remite la buena fe contractual es que este implica comportarse de un modo que no solo considera los propios intereses, sino que, también, los de la parte contraria, lo que en esencia supone morigerar el principio en cuya virtud a cada contratante corresponde cautelar sus propios intereses en los distintos momentos de la relación contractual. El contrato es conocidamente el medio o instrumento que el derecho privado pone a disposición de las personas particulares para alcanzar sus propios fines, organizar sus intereses y, de esta manera, dar forma jurídica a sus relaciones recíprocas de intercambio y cooperación en el marco de una economía de mercado, caracterizada por la existencia de decisiones que son adoptadas descentralizadamente por los diferentes agentes del mercado. En su concepción más elemental, el contrato es concebido como un encuentro de intereses contrapuestos, en que cada parte atiende exclusivamente la realización de sus propios fines e intereses, sin ninguna consideración a los de la parte contraria. De conformidad a esa doctrina individualista del contrato, que en el Common Law se expresa en la regla caveat emptor, a cada parte contratante corresponde cautelar sus propios fines e intereses tanto en la negociación como en la determinación del contenido y ejecución del acuerdo contractual. Si bien esa concepción constituye el presupuesto o punto de partida fundamental de la doctrina del contrato en el derecho contemporáneo, la misma es complementada por consideraciones que limitan las conductas que pueden tenerse por legítimas en la consecución de los propios fines e intereses, lo que supone que en un cierto punto las partes de un contrato deben considerar no solo sus propios intereses, sino que, también, los de la parte contraria en el desarrollo de la relación contractual, todo lo cual tiene su reconocimiento más generalizado en la buena fe contractual. En este sentido, la buena fe da cuenta que el contrato no solo supone una relación constituida sobre la base de un encuentro de intereses y fines divergentes, donde a cada parte corresponde cautelar sus propios intereses, sino que es, también, expresivo de una relación de cooperación, que en cierta medida supone considerar también los legítimos intereses de la parte contraria para los efectos de satisfacer la finalidad económica o el propósito práctico que subyace a la convención. La radical individualidad y autonomía expresada en el principio de la autonomía de la voluntad (Código Civil, art. 1545) es complementada en este sentido por la cooperación y la confianza expresadas en el principio de la buena fe contractual (Código Civil, art. 1546), constituyendo ambos postulados los pilares más esenciales sobre los cuales se construye la institución del contrato en el derecho contemporáneo, la cual solo se deja entender adecuadamente a

partir de una doctrina que integre tanto el principio de la autonomía privada como el principio de la buena fe contractual. Mientras la autonomía privada se refiere a los aspectos explícitamente acordados por las partes contratantes, el estándar del contratante leal y honesto se refiere a lo que no se encuentra expresado en el acuerdo contractual, pero constituye un presupuesto indispensable de realización del mismo, de manera tal que través de la buena fe contractual el derecho cautela los legítimos intereses de las partes contratantes más allá de su explícito reconocimiento en la promesa contractual. El contenido del contrato en cuanto ordenamiento privado que regula las relaciones recíprocas de las partes contratantes se compone de ambos aspectos: lo expresamente acordado por las partes en virtud de la autonomía privada y lo implícitamente presupuesto en el mismo en virtud de la buena fe contractual.

2. La confianza como bien jurídico cautelado por la buena fe

El valor central que en último término subyace a la buena fe contractual en cuanto principio ordenador de la relación obligatoria es la confianza que implica la relación de intercambio y cooperación que subyace al contrato. No es de extrañar en ese sentido que el enorme desarrollo alcanzado en el último tiempo por la buena fe contractual, tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado, tienda a coincidir con el creciente valor atribuido a la confianza en el desarrollo de relaciones económicas cada vez más complejas y sofisticadas que adoptan la forma de relaciones jurídicas de derecho privado.

En términos generales, la existencia y conservación de un determinado grado de confianza constituye un presupuesto indispensable para la organización y configuración de toda especie de relaciones sociales, siendo también una condición necesaria para el desarrollo de todas las formas de intercambio, cooperación y organización en general. En particular, la configuración de todo modo de relación y organización social sobre la base de un determinado grado de confianza recíproca ha sido resaltada como una particularidad de la tradición jurídica occidental, lo que explica que la protección de la confianza tenga un valor constitutivo no solo para el derecho privado, sino que, también, para el derecho en general. En ese sentido, tanto para el derecho privado como para el derecho público, la existencia de un acto que despierta cierto nivel de confianza y genera una legítima expectativa de comportamiento puede ser tenido por una razón suficiente para fundar una norma jurídica. Tanto la existencia del deber de negociar honesta y lealmente las condiciones de un contrato, como la existencia de la irrevocabilidad de un acto administrativo, pueden ser explicadas de este modo por referencia a la confianza despertada por determinados actos con significación jurídica, sea que se trate de un acto de derecho privado, como en el primer caso, o uno de derecho público, como en el segundo. En ambas hipótesis, lo determinante para la justificación de la respectiva norma jurídica no es, sin embargo, la circunstancia de que alguien efectivamente haya confiado en los actos respectivos, sino que esos actos tengan el sentido y significado de despertar un determinado nivel de confianza y, de este modo, fundar una legítima expectativa respecto de un determinado comportamiento o una cierta situación de relevancia jurídica. Lo determinante, por lo mismo, es un juicio que primariamente atiende al sentido y efectos que objetivamente produce el acto que genera la confianza, y no al sujeto que confía en el mismo.

En el ámbito general del derecho privado y, en especial, del derecho de contratos, la protección de la confianza no se agota en los intereses particulares y concretos de las partes contratantes, sino que tiene un valor constitutivo más general y abstracto, referido a la protección del tráfico jurídico en general, cuya materialización necesariamente presupone un determinado nivel de confianza entre los diferentes sujetos de derecho privado en sus respectivos tratos recíprocos. El derecho de contratos, en cuanto instrumento dinámico de la economía que canaliza y permite la efectiva realización del comercio, presupone en este sentido un cierto nivel de confianza como condición indispensable de su materialización, cuya expresión más general en cuanto valor fundamental que subyace a la institución del contrato tienen precisamente lugar a través de la buena fe contractual. En su significación más originaria y elemental la buena fe expresa la sujeción a la palabra empeñada, en cuanto sentirse vinculado por la propia declaración en razón de la confianza creada en la parte contraria, de manera tal que esta última puede tener la legítima expectativa de que la palabra empeñada será observada y la promesa contractual cumplida. La existencia y protección de esa confianza constituye un presupuesto básico e indispensable para la realización de intercambios y el desarrollo del tráfico jurídico en general, sin la cual el comercio y gran parte de las relaciones económicas que se canalizan a través del contrato no resultan siquiera imaginables, de modo que junto a la autodeterminación individual en cuanto asunción voluntaria del deber contractual, la protección de la confianza y el tráfico jurídico pueden ser vistas como una razón adicional para fundamentar la obligatoriedad de la vinculación contractual. La autonomía privada en cuanto potestad de las partes contratantes para configurar sus relaciones recíprocas de conformidad al acuerdo alcanzado tiene en este sentido un necesario correlato y presupuesto de ejercicio en la confianza depositada en la contraparte del contrato, de modo que cuando mediante la buena fe contractual se protege la confianza y seguridad del tráfico jurídico, se protege, también, de manera indirecta y en último término, la posibilidad de una efectiva realización de la autodeterminación individual.

21

La circunstancia que el cumplimiento de la obligación contractual constituya la más básica expectativa de comportamiento de las partes contratantes tiene por consecuencia que la sola infracción del contrato constituya la más pura y elemental inobservancia a la buena fe contractual. La confianza expresada en la buena fe no se agota, sin embargo, en esa sola circunstancia, sino que comprende un conjunto o abanico mucho más amplio de expectativas implícitas respecto de lo que puede tenerse por el comportamiento exigible a las partes contratantes en sus tratos recíprocos con ocasión del desarrollo y ejecución del contrato. La relación obligatoria surgida del contrato está caracterizada por una especial vinculación entre las partes contratantes orientada al intercambio y la cooperación, lo que conlleva una intensificación de la confianza depositada en la parte contraria, la que está por sobre el solo cumplimiento de las obligaciones voluntariamente asumidas y los demás acuerdos expresamente alcanzados, de manera tal que a los contratantes resulta exigible comportarse en todo momento y bajo todas las circunstancias relativas al contrato como un contratante leal y honesto para los efectos de satisfacer la finalidad económica o propósito práctico que subyace a la convención. En términos generales, esa exigencia implica, entre otras cosas, que el contrato debe ser siempre interpretado y ejecutado según su sentido y finalidad por sobre su mero tenor literal; que más allá de las

obligaciones explícitamente contraídas por los contratantes, estas tienen deberes u obligaciones conexas orientadas a realizar todo lo razonablemente exigible para cumplir con la finalidad económica o propósito práctico que subyace al contrato, debiendo, a su vez, abstenerse de realizar todo aquello que impida o ponga en peligro la efectiva realización de esa finalidad económica o propósito práctico; que los derechos y facultades fundados en la relación contractual deben ser siempre ejercidos de un modo leal y honesto que se condiga con su sentido y finalidad por sobre consideraciones puramente formales, de manera de evitar ejercicios abusivos, meramente oportunistas y por completo desconsiderados del interés de la parte contraria y que, en el extremo, la regla contractual puede ser, incluso, excepcionalmente corregida o modificada en atención a circunstancias por completo extraordinarias que atienden al efectivo cumplimiento de la finalidad económica o propósito práctico del contrato. No obstante sus diferencias específicas, todos esos efectos o consecuencias son siempre reconducibles a una legítima expectativa de comportamiento implícita respecto de la parte contraria, cuyo último fundamento se encuentra en la confianza que resulta inherente al contrato, y que es invocada como trasfondo de la buena fe contractual.

La enorme flexibilidad de la institución contractual, así como su idoneidad para capturar diferentes tipos de relaciones de intercambio y cooperación, se muestra en que la particular naturaleza de la relación económica o social que subyace a una determinada especie de contrato puede tener una incidencia directa y determinante en la intensidad de la confianza depositada en la parte contraria, así como en las legítimas expectativas de conducta asociadas a la misma, lo que determina la diferente relevancia que la buena fe puede tener en la configuración de las distintas relaciones contractuales. Lo expresado da cuenta del diferente peso que puede tener la buena fe en cuanto principio ordenador de una determinada relación contractual, en función de la naturaleza económica o las particularidades del negocio que subyacen a la convención. En este sentido, es mayor la honestidad y lealtad que se pueden esperar de la otra parte en un contrato esencialmente orientado a la cooperación, como la sociedad, el joint venture o el mandato, que en uno preferentemente orientado al intercambio, como la compraventa, la prestación de servicios o el arrendamiento de bienes. De igual modo, es también mayor la lealtad y voluntad de cooperación que puede esperarse de la otra parte en un contrato que ha perdurado largamente, como puede ser el caso en algunas hipótesis de suministro o distribución, que en un contrato que se ha ejecutado instantáneamente y de una sola vez, como lo compraventa de un bien ordinario o la prestación de un servicio esporádico. El criterio más relevante, sin embargo, para determinar la relevancia de la buena fe, en cuanto principio ordenador de la relación contractual, puede ser ante todo visto en la posición relativa de las partes contratantes, siendo decisivo el nivel de asimetría que pueda existir entre las mismas, sea por su fuerza económica o su respectivo nivel de sofisticación y especialidad en un determinado ámbito de actividad, todo lo cual condiciona la efectiva posibilidad de negociación y protección de los propios intereses por cada uno de los contratantes. De esta manera, en contratos estandarizados celebrados con consumidores, donde existen posiciones fuertemente asimétricas de poder que no pueden ser razonablemente remontadas, existe una mayor confianza respecto de que el contenido de la convención no contiene condiciones sorpresivas o

particularmente desfavorables para quien no ha podido revisar y discutir sus términos, que en contratos largamente negociados entre partes sofisticadas, donde cada contratante ha podido cautelar sus propios intereses y negociar cláusulas precisas en su beneficio, de manera tal que la confianza depositada en que la contraparte contractual ha atendido tanto a los propios intereses como a los ajenos es mínima, estando el contrato mucho más fuertemente gobernado por lo acordado por las partes contratantes en virtud del principio de libertad contractual, que por cualquier otra especie de consideración fundamentada en la buena de contractual.

En definitiva, si bien a todo contrato resulta inherente un cierto grado de confianza, el que se refleja en un conjunto de expectativas de comportamiento implícitas que sobrepasan la promesa contractual expresamente convenida por las partes, resulta posible distinguir una serie de criterios específicos que permiten diferenciar y precisar la intensidad de la confianza que subyace a una determinada relación contractual. En todos los casos esa confianza, así como el conjunto de expectativas de comportamiento implícitas a que la misma da lugar, tienen siempre su reconocimiento y protección más general en el derecho privado a través de la buena fe contractual, en cuanto principio ordenador de la relación obligatoria surgida del acto convencional.

III. La forma jurídica de la buena fe contractual

1. La buena fe contractual como cláusula general

El art. 1546 del Código Civil, en cuanto disposición legal que recoge con alcance general la buena fe contractual, así como sus equivalentes en el derecho comparado, es usualmente calificado como una cláusula general. De esta manera, tanto la doctrina nacional como extranjera asumen, en general, que esa es la forma jurídica que adopta la norma legal que consagra la buena fe contractual.

*La determinación de qué es exactamente lo que significa que una norma legal constituya una cláusula general es una cuestión altamente controvertida en la doctrina jurídica contemporánea, teniendo las cláusulas generales un estatus extraordinariamente difícil y poco claro en el derecho privado. Si bien resulta posible encontrar el término *clausula generalis* en el derecho romano, la discusión teórica acerca de la noción de cláusula general, así como los esfuerzos metodológicos orientados a la racionalización de su aplicación, son propios del derecho contemporáneo. En particular desde principios del siglo XX resulta posible observar un creciente interés por la precisión y modo de aplicación de las cláusulas generales, lo que en gran medida tiene su origen en el reconocimiento de la necesidad de incorporar mayor flexibilidad en la aplicación y desarrollo jurisprudencial del derecho privado, cuestión que contrasta radicalmente con la pretensión de completitud de la ley y el escepticismo propio de la codificación hacia la función judicial, donde las cláusulas generales eran mayoritariamente vistas como fuente de inseguridad jurídica y arbitrariedad judicial, al abrir significativos espacios de discreción en la aplicación del derecho. Las cláusulas generales constituyen en ese sentido una concesión o*

reconocimiento del legalismo jurídico a la necesidad de flexibilizar las facultades de los jueces en la aplicación y desenvolvimiento del derecho privado.

La relevancia que las cláusulas generales han tenido en el desarrollo más reciente del derecho privado, así como el lugar central que, por lo mismo, han alcanzado en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, ha llevado a que la discusión a su respecto haya alcanzado cada vez mayor atención y relevancia, al punto de sostenerse que muchos de los principales problemas que la aplicación del derecho privado plantea a la ciencia jurídica convergen en la discusión en torno a las cláusulas generales, cuestión que vale especialmente para la disposición legal que consagra la buena fe contractual. Las principales preocupaciones doctrinarias en torno a las cláusulas generales se han concentrado en dos cuestiones por completo esenciales: en primer lugar, precisar las particularidades que definen las cláusulas generales, lo que supone avanzar hacia una noción más precisa de cláusula general y, en segundo lugar, racionalizar su aplicación y los espacios de discreción judicial a ellas asociadas, lo que supone responder la pregunta metodológica sobre la particular forma de concreción de las cláusulas generales en el proceso de interpretación y aplicación del derecho privado.

En lo relacionado con la noción misma de cláusula general, la formulación de normas legales que asumen esa forma jurídica puede ser ante todo vista y entendida como un específica técnica regulación del comportamiento caracterizada por situarse en el extremo contrario a una ordenación estrictamente casuística y fragmentada, cuya principal particularidad es regular un ámbito de actividad recurriendo a un catálogo detallado de normas jurídicas específicas que definen con un alto grado de detalle el supuesto de hecho que es condición de su aplicación, así como los específicos deberes de conducta y demás efectos jurídicos atribuidos a la efectiva realización del respectivo supuesto legal. En el extremo contrario, las cláusulas generales se caracterizan por definir su propio ámbito de aplicación de un modo extraordinariamente amplio, y por fijar de un modo relativamente indeterminado los deberes de comportamiento y demás efectos jurídicos asociados a la realización de la respectiva hipótesis legal. Si bien el legislador puede recurrir exclusivamente a uno u otro modelo regulativo, la ordenación del comportamiento con referencia a cláusulas generales o a reglas jurídicas más detalladas no constituyen métodos excluyentes, sino que, por el contrario, se trata técnicas de regulación del comportamiento que se complementan entre sí. Una formulación relativamente común, en que es observable esa complementación, se expresa en la introducción y definición de una cláusula general, la que es posteriormente desarrollada por reglas jurídicas más precisas que no tienen pretensión de exhaustividad, resultando, además, fundamentales para una adecuada interpretación de la respectiva cláusula general, en la medida que pueden ser concebidas como una concreción de la misma efectuada por el propio legislador.

Una vez asumido que las cláusulas generales son ante todo una técnica de regulación del comportamiento, a las mismas suelen atribuírseles ciertos elementos o rasgos distintivos, con lo que se pretende diferenciarlas de otras normas jurídicas. Las cláusulas generales son en ese sentido típicamente

caracterizadas por su extraordinaria generalidad, su alto nivel de abstracción y por su significativo grado de indeterminación conceptual. Esa sola caracterización parece resultar, sin embargo, insuficiente, ya que tanto la generalidad, la abstracción y la indeterminación conceptual son, en realidad, características comunes que pueden atribuirse a la mayoría de las normas jurídicas que tiene su fuente en la ley. Todas las particularidades que suelen atribuirse a las cláusulas generales como rasgos distintivos de las mismas son de esta manera comunes a todas las normas legales, de modo que una diferenciación sobre la sola base de esos criterios resulta insuficiente. Atendidas esas dificultades, el mayor grado de generalidad, abstracción e indeterminación conceptual de las cláusulas generales solo puede ser calificado como una particularidad que resulta posible concebir en relación con otras normas jurídicas, a su vez, caracterizadas por su mayor especialidad, grado de concreción y determinación conceptual, lo que supone un reconocimiento de que la diferenciación referida es esencialmente gradual. La calificación de una norma jurídica como cláusula general solo es de esta manera posible en el contexto o por referencia a una serie de reglas jurídicas constituidas de una manera más detallada o acotada, respecto de las cuáles la primera es elevada a un escalón superior, precisamente en razón de su mayor grado de generalidad, abstracción e indeterminación conceptual. En este orden de ideas, en relación con las demás normas legales que fijan los derechos, obligaciones y, en general, el contenido de los diferentes contratos, la disposición legal que consagra la buena fe contractual puede ser vista como una cláusula general, al resultar más general, abstracta e indeterminada conceptualmente que cada una de esas normas jurídicas particulares, muchas de las cuales pueden ser, a su vez, vistas como concreciones legales del estándar del contratante leal y honesto.

Si bien la caracterización de las cláusulas generales en atención a las particularidades señaladas contribuye a su definición, esas solas consideraciones resultan insuficientes para dar cuenta de su particular constitución. Aunque puede ser tenido por correcto que las cláusulas generales tienen un mayor grado de generalidad, abstracción e indeterminación conceptual que otras normas jurídicas, su verdadero rasgo distintivo puede ser visto esencialmente en que, a diferencia de la mayoría de las normas legales que configuran el derecho privado, las cláusulas generales no establecen con precisión los deberes de comportamiento y demás efectos jurídicos específicamente ordenados para cada una de las hipótesis de hecho comprendidas en su ámbito de aplicación, sino que, en su lugar, regulan el comportamiento por referencia a un estándar o modelo de conducta que solo indica las directivas de comportamiento que deben ser observadas en las innumerables hipótesis de hecho comprendidas en el ámbito de aplicación de la norma, el que, según ya se señaló, es definido de una manera extraordinariamente amplia. El deber de conducta que debe ser observado en cada una de las innumerables hipótesis de hecho cubiertas por el ámbito de aplicación de la cláusula general no se encuentra de esta manera especificado con precisión en la propia norma jurídica, sino que tiene que ser derivado de la misma a partir del respectivo estándar o modelo de conducta que forma parte de la cláusula general, lo que supone atender, por una parte, al conjunto de directivas y guías de conducta que dotan el referido estándar de conducta de contenido y, por la otra, a todas las circunstancias y particularidades de hecho

que configuran el caso concreto. La así denominada concreción de la cláusula general implica de esta manera derivar de la misma un deber de conducta o efecto jurídico específico que regule la particular relación de derecho privado, llenando de este modo el espacio en la ley dejado abierto por el legislador al regular el comportamiento por medio de una cláusula general.

En el orden de ideas señalado, el art. 1546 del Código Civil, al disponer genéricamente el deber de las partes de actuar de buena fe, no establece cuál es la específica conducta que deben observar los contratantes en las múltiples hipótesis de hecho cubiertas por su ámbito de aplicación, limitándose por el contrario a establecer directivas o guías generales de conducta, en cuya virtud las partes de un contrato tienen el deber genérico de comportarse de acuerdo con el modelo o estándar de conducta del contratante leal y honesto durante todo el desarrollo y en todos los momentos de la relación contractual, lo que en esencia implica no comportarse abusivamente y no defraudar las legítimas expectativas de comportamiento de la parte contraria, considerando en un cierto punto no solo los propios intereses, sino que, también, los de la parte contraria, en atención a la finalidad económica y el sentido práctico de la específica relación contractual. La determinación de qué es lo que eso exactamente significa y cuáles son los específicos deberes de comportamiento y demás efectos jurídicos que de ello se siguen, es algo que necesariamente queda abierto y tiene que ser precisado en una fase o estadio posterior, sobre la base de hechos y circunstancias más precisas y acotadas, a la luz de las directivas y guías a las que remite el estándar del contratante leal y honesto, cuestión que supone, a su vez, atender a los valores y fines que subyacen a la institución del contrato. Si bien esa determinación puede ser efectuada tanto por el propio legislador como por los usos normativos, según se deduce de manera inequívoca del tenor literal del art. 1546 del Código Civil, se trata de una tarea judicial por excelencia, en atención a la enorme cantidad de hechos y circunstancias concretas que pueden incidir relevantemente en la relación contractual.

La cuestión se plantea en términos análogos en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, con ocasión de la aplicación de los arts. 2314 y 2329 inc. 1° del Código Civil, que consagran la más típica e indiscutida de las situaciones en las que el legislador regula el comportamiento por medio de una cláusula general. De acuerdo con esa disposición legal, la responsabilidad civil extracontractual solo puede configurarse bajo la condición de un comportamiento doloso o culpable, siendo la culpa o imprudencia el elemento decisivo en la configuración de la responsabilidad civil, en la medida que esta es esencialmente un derecho de accidentes. La culpa extracontractual presupone, a su vez, la infracción de un deber de comportamiento, remitiendo para los efectos de la determinación de ese deber al modelo o estándar de conducta del buen padre de familia, caracterizado por emplear el cuidado ordinario en la conducta susceptible de causar daños a otros en las interacciones espontáneas y no programadas entre particulares (Código Civil, art. 44 inc. 3° y 4°). La norma no define cuál es ese cuidado ordinario y cuáles son los específicos deberes de comportamiento que deben ser observados en las múltiples e innumerables hipótesis de hechos cubiertas por su ámbito de aplicación, limitándose por el contrario a señalar que en todas esas hipótesis debemos comportarnos de conformidad al estándar del buen padre de familia. La definición de los

específicos deberes de conducta que deben ser observados en cada caso tienen necesariamente que derivarse del referido estándar o modelo de conducta, cuestión que solo puede efectuarse a partir de hechos más precisos y por referencia a las directivas de comportamiento a las que remite el estándar o modelo de conducta del buen padre de familia que subyace a la culpa, cuestión que supone considerar tanto los valores como los fines que subyacen a la institución de la responsabilidad civil extracontractual. Esos valores y fines pueden ser identificados con la necesidad de protección de determinados bienes en intereses, por una parte, y necesidad de conservación de una amplia libertad de acción, por la otra. La definición precisa de los deberes de comportamiento cuya infracción constituye la culpa puede ser efectuada por el legislador o los usos normativos en el evento de supuestos más acotados, tratándose, sin embargo, de una típica tarea judicial, en atención a la enorme e inconmensurable cantidad de conductas en que unos pueden lesionar o afectar los bienes e intereses de otros ocasionándoles un daño o perjuicio.

El art. 1546, por una parte, y los arts. 2314 y 2329 inc. 1°, por la otra, según se puede observar, tienen, de esta manera, la misma forma jurídica, diferenciándose esencialmente por su presupuesto de aplicación y por el contenido de los estándares o modelos de conducta que los integran, los que remiten a diferentes directivas de conducta, cuestión que, a su vez, está condicionada por los distintos valores y fines del contrato y la responsabilidad civil extracontractual en cuanto instituciones fundamentales del derecho privado.

En definitiva, una vez asumido que las cláusulas generales implican una técnica de regulación del comportamiento, su verdadero rasgo distintivo puede ser visto en que, por una parte, definen su supuesto de aplicación de un modo extraordinariamente amplio y, por la otra, no establecen deberes de comportamiento o efectos jurídicos precisamente definidos, sino que incorporan un concepto jurídico indeterminado -buena fe, culpa- que remite a un estándar o modelo de conducta, cuyo contenido se compone de determinadas directivas de conducta, las que se vinculan con los valores y fines que subyacen a la respectiva institución de derecho privado y del que se derivan los deberes de comportamiento o demás efectos jurídicos específicos que deben ser observados en cada caso particular regulado por la respectiva cláusula general. En el orden de ideas señalado, el art. 1546 del Código Civil, en cuanto disposición legal que consagra la buena fe contractual, contiene una fundamental cláusula general de derecho privado, probablemente la más relevante en el ámbito del derecho de contratos, solo equiparable en importancia y centralidad a los arts. 2314 y 2329 inc. 1° del Código Civil, que establecen la cláusula general más relevante en la configuración del derecho de la responsabilidad civil extracontractual. La cláusula general desarrollada sobre la base del art. 1546 tiene un ámbito de aplicación que se extiende a todos los momentos de la relación contractual y, más aún, a todos los momentos de toda relación jurídica de derecho privado caracterizada por una especial vinculación entre las partes, en cuya virtud estas deben en todo momento de la referida relación actuar de buena fe, esto es, comportarse según el estándar o modelo del contratante leal y honesto, lo que solo expresa un conjunto de directivas generales de comportamiento, sin indicar la conducta específica que, en concreto, es exigida a cada parte frente a determinadas circunstancias de la

relación obligatoria, todo lo cual solo puede ser precisado en una fase o estadio posterior, sobre la base de hechos más precisos y acotados, a la luz de las directivas, valores y fines a los que remite la buena fe contractual.

IV. La aplicación de la buena fe contractual

1. La vinculación del juez a la ley en la aplicación de la buena fe contractual

La buena fe constituye una norma jurídica positiva que forma parte del ordenamiento de derecho privado, que en razón de su contenido y particular forma jurídica no se deja aplicar mecánicamente mediante un simple juicio lógico o de subsunción, diseñado a partir de un entendimiento del derecho privado como un conjunto de reglas que definen con precisión el supuesto de hecho que es condición de su aplicación, así como las específicas consecuencias jurídicas atribuidas a la realización de la respectiva hipótesis legal. En consideración a la innumerable variedad, complejidad e imprevisibilidad de los hechos que pueden resultar relevantes para las relaciones jurídicas entre personas particulares, la aplicación del derecho privado no se limita prácticamente nunca a una figura lógica acabada y claramente delimitada que permita un juicio mecánico de subsunción, de manera tal que lo dicho puede ser, en realidad, tenido por válido respecto de la gran mayoría de las normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico de derecho privado.

El distanciamiento del ideal constituido por el juicio lógico de sub- sunción o de una aplicación meramente mecánica del derecho por los tribunales de justicia se muestra, sin embargo, con especial radicalidad en la concreción de la buena fe contractual, la que siempre presupone un especial acto de valoración y de evaluación por parte del juez, orientado precisamente a concretizar y determinar los específicos deberes de conducta y demás efectos jurídicos que se siguen de la aplicación del estándar del contratante leal y honesto a una específica relación contractual. A diferencia de otras normas legales que regulan el contenido de los contratos, la buena fe no indica los deberes de conducta específicos que las partes tienen la necesidad de observar, ni los otros efectos jurídicos que se pueden seguir de su aplicación, de modo que es el juez quien debe previamente precisar cuáles son esos deberes y demás efectos jurídicos, una vez verificados ciertos hechos y circunstancias particulares que resultan jurídicamente relevantes para la configuración de la relación contractual. Solo una vez efectuado lo anterior puede determinarse si esos deberes de conducta han sido o no cumplidos por las partes contratantes, y cuáles son los efectos jurídicos que se siguen de su eventual inobservancia. Esa circunstancia, esto es, que sea el juez quien tenga que previamente definir y precisar el contenido de los específicos deberes de conducta y demás efectos jurídicos que se siguen de la aplicación del estándar del contratante leal y honesto, es lo que distancia de manera tan significativa la aplicación de la buena fe contractual del ideal del juicio lógico de subsunción, siendo, además, la diferencia respecto de la gran mayoría de las restantes normas legales, en que es el propio legislador quien establece con relativo detalle el contenido de los respectivos deberes de conducta o efectos jurídicos ordenados para una específica hipótesis legal. En razón de esa significativa indeterminación y los espacios de discreción que ello implica, la principal dificultad que presupone la aplicación de la buena fe contractual a un

caso particular se refiere a la sujeción del juez a la ley, habiéndose llegado a sostener que la buena fe contractual no supone en realidad vinculación alguna para los tribunales de justicia, encubriendo en verdad la creación judicial libre de normas jurídicas en el marco del derecho de contratos. La relación entre legislación y judicatura es de esta manera el problema más básico y fundamental que la aplicación de la buena fe contractual plantea en el derecho de contratos.

Aunque parezca una obviedad, resulta necesario recalcar que la premisa fundamental en la aplicación de la buena fe contractual a una determinada relación obligatoria solo puede ser la esencial vinculación del juez a la ley. La buena fe contractual es una cláusula general que forma parte del conjunto de normas jurídicas que conforman el derecho de contratos, de manera tal que se trata de una norma legal que -al igual que cualquier otra norma legal que satisface los respectivos criterios de validez- forma parte del derecho positivo, debiendo, por lo mismo, ser aplicada a un caso concreto de verificarse sus respectivas condiciones de aplicación. Una característica fundamental de toda cláusula general como la buena fe contractual es de hecho vista en la circunstancia de que se trata de una norma jurídica formulada en una disposición legal, la que debe ser aplicada al igual que cualquier otra disposición legislada que forma parte del derecho vigente. En este sentido, en la medida en que es el propio legislador quien opta por regular gran parte del contenido implícito de la relación contractual mediante una norma jurídica de esa especie en vez de establecer una catálogo de normas jurídicas más detalladas, de surgir un conflicto con ocasión de esa relación y verificarse la respectivas condiciones de aplicación, el juez debe necesariamente atender a lo ordenado por el legislador al introducir la respectiva cláusula general, lo que en esencia implica atender a las directivas y guías de conducta a las que remite la buena fe contractual, para derivar de las mismas el respectivo deber de conducta o efecto jurídico específico. La circunstancia de que la buena fe contractual se distancie de una aplicación meramente mecánica del derecho y suponga especiales espacios de discreción judicial no significa en ese sentido que, por esa sola razón, la jurisprudencia deje de ser una servidora de la ley en la resolución de los conflictos de relevancia jurídica vinculados a las relaciones contractuales donde resulta aplicable el estándar del contratante leal y honesto. En la aplicación de la buena fe contractual a un conflicto particular los tribunales de justicia deben, por lo mismo, sujetarse siempre a lo ordenando por el legislador”.

Concepto Sala de Consulta C.E. 811 de 1996 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, **Consejero Ponente: Roberto Suárez Franco, Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).**

“La buena fe es un elemento de la vida de relación, pero no se incorpora al derecho tal cual se da en la realidad, sino que recibe una carga o un plus que resulta de unas precisiones técnicas necesarias. En el campo jurídico, el concepto de buena fe, aunque indeterminado en sus alcances, tiene un sustento real. No es creación del legislador, sino que este, partiendo de la realidad, adscribe a la buena fe ciertos contenidos y le impone determinadas limitaciones. Por ello, aun cuando creemos que puede hablarse de un principio general de buena fe, con su contenido más o menos uniforme en los diversos sistemas jurídicos, no podemos desconocer que en cada ordenamiento jurídico concreto

se le asignan matices, que, sin afectar su esencia, modifican su aplicabilidad, su alcance y sus efectos. Tal es lo que ocurre, entre nosotros, con el concepto de buena fe cuya concepción jurídica anterior, que era de raigambre legal, ha pasado a ser un ordenamiento de carácter constitucional.

La clasificación tradicional de la buena fe distingue: 1) buena fe objetiva: la buena fe actúa como regla de conducta, portadora de normas en sí, o generadora de normas concretas; 2) Buena fe subjetiva: la buena fe consiste en la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma. Dentro de esta categoría, y según las posturas asumidas, sobra hablar de que toda ocurrencia o ignorancia constituye buena fe, o de que sólo el error excusable genera una situación de buena fe; es decir, que sólo tiene buena fe el sujeto que actúa diligentemente.

Por último, y en consonancia con el pensamiento del autor Diez Picazo, la buena fe tiene una triple función: 1) Como causa de exclusión de la culpabilidad en un caso formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma (parte el autor de la concepción que diferencia el ilícito objetivo y el subjetivo); 2) Como causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles, en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Corresponde a lo que tradicionalmente se denomina fuente de integración del contrato aunque es necesario advertir que con acierto no limita la función de integración a la relación jurídica nacida del contrato, sino que la considera eficaz frente a cualquier relación jurídica. Resulta importante destacar también los límites que señala para el juego de esta función, los que resultan de la naturaleza de la relación y de la finalidad tenida en cuenta por las partes; 3) Como una causa de limitación en el ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico.

30

2. Alcances de su aplicación.

El artículo 83 de la Constitución parte de un supuesto de carácter objetivo muy preciso: cuando en la vida nacional se cumplan actuaciones de los particulares o de las autoridades públicas todas estas personas deben ceñirse a "los postulados de la buena fe" con lo que se quiere significar que quienes así actúen deben acogerse a proposiciones "cuya verdad se admite sin pruebas y que es necesario para servir de base en ulteriores razonamientos". Realmente son supuestos que se establecen para fundar una demostración.

Tal normatividad consagra, en primer término, un deber para toda persona: ceñirse a los postulados de la buena fe; es un imperativo categórico que se proyecta en dos maneras: por los particulares cuando actúan frente al Estado, o por este cuando en ejercicio de la función pública, desarrolla su propia actividad frente a los particulares.

En tal orden de ideas es menester establecer diferenciación entre la idea abstracta y escueta de buena fe y el principio general del derecho que lo contempla. La buena fe a secas obedece a un concepto incluido en normas jurídicas tendientes a precisar supuestos de hecho en casos particulares. Pero el principio general del derecho engendra una apreciación jurídica de contenido más amplio tendiente a que toda persona que en razón de su actividad ejecute

actos jurídicos lo haga motivado por una actitud honesta, leal, desprovista de cualquier intención dolosa o culposa, lo que jurídicamente implica la honradez de toda relación jurídica manifestada en su doble dirección: el ejercicio del derecho de buena fe o el cumplimiento de la prestación derivada de la obligación que la causa, lo que debe también ejecutarse de buena fe.

La parte final del artículo 83 agrega que la buena fe "se presumirá en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades". Este ordenamiento de contenido objetivo consagra a través de la norma jurídica una presunción constitucional desvirtuable por prueba fehaciente en contrario; ello quiere decir que la antigua presunción de buena fe contenida en el artículo 769 del C.C. y cuya aplicación en diversos contextos jurídicos fue motivo de controversia, por mandato constitucional hoy en día tiene aplicación en toda la actividad jurídica que se cumpla en la Nación.

El C.C. en el Capítulo I del Título VII, libro 2, artículo 768 sobre la posesión define la buena fe como la "conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio". Este concepto entendido frente al derecho público equivale a que la buena fe es la conciencia de actuar como particular o como servidor público por medios legítimos, exentos de fraude o de todo otro vicio.

Para la Corte Suprema de Justicia la "buena fe" ha de considerarse como "una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trate de apreciar la buena fe ha de consistir menos en hecho psicológico de creer que en la razón de la creencia, esto es, en el cómo y por qué se cree." (Cas. 2 de abril / 41).

Se trata, entonces, de una presunción de carácter constitucional aplicable a toda la actividad jurídica, aunque con el carácter de simplemente "legal", es decir, que en casos específicos los particulares o el Estado a través de sus agentes y en sus actividades propias puede actuar de mala fe contrariando el principio de la buena fe, lo cual puede ser demostrado ante la autoridad competente".

La entidad a raíz del incumplimiento y el tiempo transcurrido desde que terminó el contrato (5 de marzo de 2020) y la fecha en que el IDR tomó posesión del predio (6 de marzo de 2020), en razón a las condiciones en que quedaron las obras realizadas por la Unión Temporal San Antonio IDR Reforzamiento Asemain, se vio en la necesidad de realizar el Concurso de Méritos abierto en concordancia con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.3.1 *Procedencia del Concurso de Méritos. Las Entidades estatales deben seleccionar sus contratistas a través del Concurso de Méritos, para la prestación de servicios de Consultoría de que trata el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y para los proyectos de Arquitectura y subsiguientes del Decreto 1082 de 2015.*

NOTIFICACIONES

1.- UNIÓN TEMPORAL SAN ANTONIO IDR REFORZAMIENTO ASEMAIN, con Nit. 901.118.265-1, la cual puede ser notificada en las siguiente dirección, la cual consta en el

documento de constitución de la Unión Temporal; Carrera 14 A # 119- 83 Oficina 301 Bogotá o en los siguientes correos: asistente@asecaf.com.co, contacto@asecaf.com.co, reforzamiento-uds@asecaf.com.co, administrativa@construccionesmaja.com.co, incoesas@yahoo.com, contacto@asecaf.com.co, arquitecto@asecaf.com.co, asis.licitaciones@construccionesmaja.com.co, juan.quintero@mdlegal.com.co, licitaciones@asecaf.com.co,

La Unión Temporal esta integrada por:

INCOE -INGENIERIA CONSTRUCCIONES Y EQUIPOS INCOE SAS, con Nit.900.803.956-7, con el 24%, está representada legalmente por el señor, William Javier Vanegas Barros, identificado con la cedula de ciudadanía número 1.121.333.761, puede ser notificado en la siguiente dirección, Blaz de Lezo Mz 23 Lt 18 Etapa 4, Cartagena – Bolívar- Colombia, o en el correo de notificaciones: incoesas@yahoo.com

ASECAF SAS, con Nit.808.000.935-2 con el 25%, está representada legalmente por el señor, Rafael Palacio Dorado, identificado con la cédula de ciudadanía número 94.459.578, puede ser notificado en la calle 93 No. 17-57 Oficina 303 de Bogotá D.C., o al correo electrónico: asistente@asecaf.com.co

CONSTRUCCIONES MAJA S.A.S Nit.800.112.612-0 con el 51%, representada Legalmente, de acuerdo con el certificado de Cámara y Comercio, por el señor Abelardo Ramírez Varela, identificado con la cédula de ciudadanía número 14.877.114, en la siguiente dirección: Carrera 85 No. 14-112 edificio Goya – Cali – Valle, o en el correo electrónico: direccion.administrativa@construccionesmaja.com.co

32

CONSORCIO SB, cedente identificado con el Nit. 901.119.650-9, representado legalmente por Fabian Andrés Vallejo Pachón, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.088.797 DE Bogotá, el cual está integrado por:

CIVING INGENIEROS CONTRATISTAS S.A.S., sociedad identificada con el Nit. 860.451.253-1 representada legalmente por el señor, Stephan Iván Vallejo Pachón, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.199.850, con el 60% de la participación , puede ser notificado en la transversal 24 No. 59-07, Bogotá o al correo electrónico. ccivinging@gmail.com

VALLEJO H. INGENIEROS CONSULTORES -CONSTRUCTORES S.A.S., identificado con Nit.900.416.314-9, representada legalmente por el señor, Fabian Andrés Vallejo Pachón, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.088.797 con el 40% de participación dentro del consorcio, el cual puede ser notificado en las siguientes dirección, carrera 76 a No. 45 C-82, Medellín – Antioquia -Colombia, o en el correo electrónico: vallejohingenieros@gmail.com ó gerencia@vallejoh.com y/o ccivinging@gmail.com .

EI INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACIÓN Y DEPORTE - IDRD, y su apoderado judicial, GERMÁN ORJUELA JARAMILLO, pueden ser notificados en la Calle 63 No. 59 A-06, Oficina Asesora Jurídica de Bogotá D.C. o en el siguiente correo electrónico: notificaciones.judiciales@idrd.gov.co o german.orjuela@idrd.gov.co

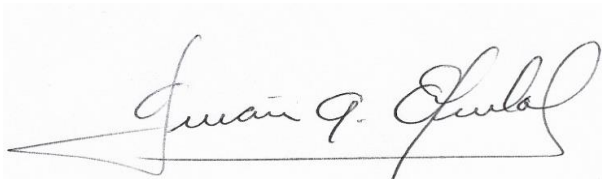
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del estado:

Recibirá notificaciones en la carrera 7 No. 76-66 piso 2 y 3 de la ciudad de Bogotá o en el mail: agencia@defensajuridica.gov.co

Parte demandante:

EL INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACIÓN Y DEPORTE – IDRD, puede ser notificado en la Calle 63 No. 59 A-06 a través de la Oficina Asesora Jurídica por intermedio de su apoderado GERMÁN ALFONSO ORJUELA JARAMILLO, en la dirección antes indicada o en el correo electrónico: notificaciones.judiciales@idrd.gov.co

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Germán A. Orjuela", written over a horizontal line.

GERMÁN ALFONSO ORJUELA JARAMILLO
C.C.79.232.917 de Bogotá
T.P. 96.334 del C.S. de la J.