



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Consejero Ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá, D.C., once (11) de agosto de dos mil veinticinco (2025).

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicación: 44001-23-40-000-2014-00081-01 (68897)
Demandantes: NACIÓN – MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO Y OTRO
Demandados: MUNICIPIO DE RIOHACHA Y OTROS

TEMAS: CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Son acuerdos de voluntades edificados sobre un ánimo colaborativo y de cooperación en el plano de horizontalidad en el que interactúan y se interrelacionan los extremos convencionales / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA – Es una tasación anticipada de perjuicios que releva al acreedor de su acreditación – Procede en los convenios interadministrativos / NON REFORMATIO IN PEJUS - El juez de segunda instancia no puede desmejorar la situación del apelante único / LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL ACUERDO CONVENCIONAL – Procede ante la ausencia de liquidación bilateral y siempre que sea pedido en la demanda - Consiste en la determinación de las acreencias y deudas pendientes, una vez finalizado el acuerdo de voluntades.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de septiembre de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 26 de enero de 2006, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial¹, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo² -FONADE- y el municipio de Riohacha celebraron el convenio de apoyo financiero No. 2060436, cuyo objeto consistió en aunar esfuerzos para apoyar la ejecución de las obras destinadas a la

¹ Actualmente Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

² Actualmente Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial – ENTerritorio.



construcción del sistema de bombeo No. 04 en el municipio de Riohacha – La Guajira.

En su demanda, la parte actora solicita que: **(i)** se declare que el municipio de Riohacha incumplió el convenio de apoyo financiero No. 2060436 de 2006, debido a que no cumplió en debida forma con las obligaciones que tenía a su cargo como ejecutor del proyecto; **(ii)** que se ordene al Municipio reintegrar la totalidad de los recursos que le fueron desembolsados en virtud del convenio de apoyo financiero; **(iii)** que, con fundamento en la prosperidad de la pretensión de incumplimiento, se haga efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el convenio; **(iv)** que se liquide judicialmente el acuerdo de voluntades; y **(v)** que se condene en costas a la parte demandada.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El 26 de febrero de 2014³, la Nación - Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE-, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, presentaron demanda en contra del municipio de Riohacha.

1.2. La parte demandante formuló las siguientes pretensiones (se transcriben de forma literal, incluso con posibles errores):

“PRIMERA: Que se declare el incumplimiento por parte del Municipio de Riohacha, del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060436 de 2006 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE AMBIENTE VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL (HOY MINISTERIO DE VIVIENDA CIUDAD Y TERRITORIO), EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE Y MUNICIPIO DE RIOHACHA.

SEGUNDA: Que, como consecuencia de la anterior declaración, el Municipio de Riohacha deberá pagar a FONADE la suma QUINIENTOS SIETE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON VEINTISIETE CENTAVOS M/CTE (\$507.872.456,27). Que corresponden a la devolución de la totalidad de los recursos ejecutados del aporte efectuado por la Nación al Proyecto, a través de FONADE, debidamente indexados y/o actualizados a valor presente.

TERCERA: Que como consecuencia de declaración de la Primera Pretensión Principal, se ordene el pago de la suma de OCHENTA Y SIETE MILLONES

³ Folios 1 a 17 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.



CUARENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NUEVE PESOS CON SESENTA CENTAVOS M/CTE (\$87.049.909,60), a título de sanción penal, por incumplimiento del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060436 de 2006, por parte del Municipio de Riohacha

Las anteriores condenas podrán ser consignados a la cuenta de ahorros No. 492-238777-4 del Banco de Bogotá a nombre de FONADE, o a la cuenta que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio indique, enviando los comprobantes de consignación para el correspondiente registro contable, una vez ejecutoriada la sentencia.

PRETENSION SUBSIDIARIA A LA TERCERA PRETENSION PRINCIPAL Que en el evento, de no ordenarse el pago de la Cláusula Penal, por incumplimiento del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060436 de 2006, por parte del Municipio de Riohacha, por su Despacho se ordene un Dictamen Pericial (Art. 218 ley 1437 de 2011 y 226 del C.G.P.) a efecto de cuantificar los perjuicios causados a los demandantes con ocasión del incumplimiento a las obligaciones del referido convenio, por parte del Municipio de Riohacha.

CUARTA: Los recursos no ejecutados por FONADE, por valor de CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS ONCE PESOS M/CTE (\$447.556.711), serán liberados y restituidos al Convenio No 27 de 2004 - (194048 de FONADE), con la suscripción de la presente liquidación.

QUINTA: Que se liquide el Convenio de Apoyo Financiero No. 2060436 de 2006 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE AMBIENTE VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL (HOY MINISTERIO DE VIVIENDA CIUDAD Y TERRITORIO), EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE Y EL MUNICIPIO DE RIOHACHA en los términos y condiciones de las declaraciones que anteceden).

SEXTA: En el evento en que la entidad territorial incumpla con la sentencia proferida por su Despacho, El Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio iniciara las acciones judiciales tendientes a exigir el cumplimiento ejecutivo de dichas obligaciones.

SEPTIMA: Que se condene en costas a la parte demandada.

OCTAVA: Que se ordene a la entidad territorial a cumplir con las pretensiones de conformidad con lo establecido en los términos de los artículos 192 y 194 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo". (mayúsculas sostenidas propias del texto transcrito).

1.3. Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones, la parte demandante narró los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.3.1. Afirmó que, el 22 de octubre de 2004, el FONADE y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial celebraron el convenio interadministrativo No. 194048, cuyo objeto consistió en “prestar los servicios técnicos, jurídicos, administrativos y realizar las acciones necesarias para ejecutar la gerencia de la interventoría técnica, administrativa y financiera del proyecto denominado “proyecto de Agua Potable y Saneamiento Básico Ambiental, que utilicen recursos de la Nación, financiados a través del mecanismo de ventanilla única”, así como coordinar



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

las actividades para la ejecución de las obligaciones de convenios de apoyo financiero que se suscriban entre el Ministerio, el FONADE y las entidades a las que se les viabilice proyectos de agua potable y saneamiento básico ambiental”.

1.3.2. Sostuvo que, el 26 de enero de 2006, el FONADE, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y el municipio de Riohacha suscribieron el convenio de apoyo financiero No. 2060436, cuyo objeto consistió en aunar esfuerzos para apoyar la ejecución de las obras correspondientes al proyecto de “CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE BOMBEO No. 04 EN EL MUNICIPIO DE RIOHACHA – LA GUAJIRA”.

1.3.2.1. Puntualizó que el valor inicial del convenio se fijó en \$870´499.096 representado en aportes en dinero que se desembolsarían en favor del Municipio, quien tenía a su cargo la ejecución del proyecto.

1.3.2.2. Mencionó que el término de duración del convenio se previó inicialmente hasta el 31 de diciembre de 2006; sin embargo, luego de seis (6) prórrogas, el término se extendió hasta el 30 de junio de 2011.

1.3.3. Resaltó que, el 1º de julio de 2008, el municipio de Riohacha, a través de Aguas de la Guajira S.A. E.S.P, suscribió el contrato de obra AG-CG-CMF-002-2008 con el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4, cuyo objeto consistió en la construcción de la subestación de bombeo No. 4 en el Municipio.

1.3.4. Adujo que el FONADE contrató la interventoría técnica, administrativa y financiera del contrato de obra.

1.3.5. Señaló que, el 16 de octubre de 2008 se suscribió el acta de inicio del contrato de obra.

1.3.6. Aseguró que, el 18 de noviembre de 2008 se llevó a cabo la primera suspensión del contrato, debido a una fuerte ola invernal que ocasionó la inundación del área de construcción de la subestación de bombeo, por el desbordamiento del río ranchería. Añadió que, el 13 de enero de 2009 se levantó la suspensión y se llevaron a cabo las excavaciones del foso de bombeo.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

1.3.7. Sostuvo que, el 4 de febrero de 2009 las labores se paralizaron por causa de la inestabilidad del terrero y la altura del nivel freático; sin embargo, los trabajos de excavación se reiniciaron en el mes de marzo siguiente.

1.3.8. Indicó que, el 2 de junio de 2009 se suscribió una prórroga al contrato de obra, porque los problemas técnicos presentados en la excavación del terreno no se habían superado, a pesar de haberse implementado diversos métodos constructivos. Agregó que, durante esa última suspensión, la interventoría solicitó replantear el sistema constructivo con la asesoría de un especialista en estructuras.

1.3.9. Manifestó que, el 26 de agosto de 2009 se suscribió la primera adición al contrato de obra por valor de \$141'168.944, así como otra prórroga, con el fin de continuar la ejecución de las obras y recuperar los atrasos presentados.

1.3.10. Preciso que, el 1º de octubre de 2009 se efectuó una visita a la obra por parte del FONADE, en la cual se advirtió que continuaban las dificultades técnicas con la excavación. En consecuencia, al día siguiente, se suscribió otra suspensión del contrato al no observarse la efectividad de los métodos de construcción empleados hasta dicha fecha.

1.3.11. Mencionó que, el 19 de noviembre de 2009 -fecha en la cual no se había levantado la suspensión del contrato-, mediante oficio No. 20092330288521 el FONADE insistió en la necesidad de establecer el método de construcción idóneo para finalizar las obras. Dicha solicitud fue reiterada posteriormente a través de los oficios No. 20102330021601 del 27 de enero de 2010 y No. 20102330026921 del 2 de febrero de la misma anualidad.

1.3.12. Adujo que, los días 5 y 6 de mayo de 2010 se llevaron a cabo reuniones con la participación de miembros del Municipio, Aguas de la Guajira S.A. E.S.P., el Ministerio, el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4 y el FONADE, durante las cuales se estudió la propuesta del contratista de obra para la terminación de los trabajos, por lo que se le solicitó al Municipio adelantar las gestiones pertinentes para tramitar la obtención de recursos adicionales, según lo establecido en el convenio de apoyo financiero.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

1.3.13. Aseguró que, mediante oficio No. 20102330132071 del 31 de mayo de 2010, el FONADE le solicitó al Municipio la información respecto de las gestiones adelantadas en materia de la consecución de los recursos adicionales, la cual fue reiterada a través de oficio No. 20102330146621 del 21 de junio siguiente.

1.3.14. Resaltó que, el 16 de noviembre de 2010, Aguas de la Guajira S.A. E.S.P. le informó al FONADE que se estaba tramitando la suscripción de un convenio para la terminación de las obras, al cual se anexaron las recomendaciones constructivas elaboradas por la firma Construsuelos Ltda., así como también la copia magnética de los diseños propuestos. En esa comunicación se dejó constancia que si bien el proyecto original contaba con los diseños elaborados por Aguas de la Guajira S.A. E.S.P., así como un estudio de suelos, lo cierto es que las condiciones del terreno variaron y, por tanto, fue necesario replantear el método constructivo.

1.3.15. Expuso que, mediante oficio No. 20114300209762 del 29 de abril de 2011, el FONADE dio a conocer un concepto de la interventoría, en el que se insistía en la necesidad de profundizar en los estudios de suelo, pues el análisis efectuado por la firma Construsuelos Ltda. se limitaba a considerar el problema únicamente desde la perspectiva de la estabilidad de aludes.

1.3.16. Sostuvo que, el 3 de mayo de 2011 se llevó a cabo otra reunión en la que participaron miembros del Municipio, Aguas de la Guajira S.A. E.S.P., el Ministerio, el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4 y el FONADE, en la que se puso de presente que el método constructivo contemplado en los diseños iniciales del proyecto tuvo falencias porque no contempló circunstancias como la cercanía del mar y las condiciones particulares del terreno. En consecuencia, se le solicitó a Aguas de la Guajira S.A. E.S.P. que, en su calidad de diseñador del proyecto, efectuara la contratación de los estudios complementarios que permitieran llevar a cabo la construcción de la estructura, incluyendo la estimación de los recursos necesarios para la terminación de las obras, así como de la asesoría técnica requerida para asegurar el éxito del proceso.

1.3.17. Manifestó que, mediante oficio No. EU-FON-287-2010-171 del 16 de mayo de 2011, la interventoría remitió a Aguas de la Guajira S.A. E.S.P. su concepto sobre la evaluación realizada a la propuesta del contratista.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

1.3.18. Mencionó que, a través del oficio No. 20112330117321 del 24 de mayo de 2011, el FONADE informó al municipio que el convenio de apoyo financiero estaba próximo a terminar, por lo que solicitó agilizar las obras para dar cumplimiento antes de la fecha de su vencimiento. Agregó que esa solicitud fue reiterada mediante oficio No. 5100-E2-62713 del 1º de junio de 2011.

1.3.19. Precisó que, a través del oficio No. 5100-E2-9588 del 4 de agosto de 2011, el Ministerio le informó al Municipio que, teniendo en cuenta que no cumplió con los compromisos acordados en la reunión del 3 de mayo de 2011 y que no se adelantaron las actuaciones pertinentes para terminar el proyecto, era procedente liquidar el convenio sin el cumplimiento de su objeto y acordar la devolución de los recursos desembolsados para el proyecto, en razón a que el mismo no quedó funcional.

1.3.20. Adujo que, a través del Oficio No. 20114300418632 *-sin fecha determinada-* el Municipio informó que requirió a Aguas de la Guajira S.A. E.S.P., a fin de que procediera con la liquidación del contrato de obra No. AG-GC-CMF002-2008 y para que efectuara la devolución de los recursos.

1.3.21. Señaló que, mediante oficio No. 2011233021671 del 21 de septiembre de 2011, el FONADE solicitó al Municipio la remisión del acta de liquidación del contrato de obra y gestionar el trámite del pago que se encontraba pendiente del contratista para amortizar el 100% del valor entregado por concepto de anticipo. Agregó que el Municipio no atendió dichas solicitudes.

1.3.22. Puntualizó que, para la ejecución del proyecto, el FONADE desembolsó la suma de \$194'453.672 como anticipo de obra, en tanto que el contratista presentó 2 actas de obra por valor de \$342'340.662,05 con las cuales se amortizó la suma de \$102'702.198,22, quedando pendiente por amortizar la suma de \$91'751.473,79, según el balance financiero del contrato presentado por la interventoría.

1.3.23. Aseguró que, mediante oficio No. 20112330222231 del 4 de octubre de 2011, el FONADE le notificó al municipio de Riohacha el presunto incumplimiento en que había incurrido respecto de las obligaciones adquiridas con la suscripción del convenio de apoyo financiero No. 2060436 de 2006.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

1.3.24. Indicó que, a través del oficio No. 2012233065061 del 20 de marzo de 2012, el FONADE le solicitó al Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4 realizar la devolución del anticipo no amortizado, suma que correspondía a \$91´751.473,79. Manifestó que dicha solicitud fue reiterada mediante oficio No. 20122330088651 del 17 de abril de 2012.

1.3.25. Resaltó que, el 8 de mayo de 2012, el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4 informó que estaba a la espera de llegar a un acuerdo económico con la contratante, teniendo en cuenta el desequilibrio económico del contrato de obra que se produjo con ocasión de las falencias técnicas presentadas durante la ejecución del contrato.

1.3.26. Afirmó que, el 6 de junio de 2012, el contratante y el contratista suscribieron un acuerdo para la liquidación del contrato de obra No. AG-GC-CMF002-2008, en el que se determinó que, para efectos de la liquidación del convenio, se tomaría como valor ejecutado el indicado en el balance financiero de la interventoría del 30 de septiembre de 2011, es decir, la suma de \$342´340.662,05, teniendo en cuenta que dicho valor sería el reflejado en la sumatoria de las actas de obra del mencionado contrato.

1.3.27. Sostuvo que, a través del oficio No. 20122330159081 del 11 de julio de 2012, el FONADE le reiteró a Aguas de la Guajira S.A. E.S.P. la solicitud de efectuar la devolución del anticipo no amortizado a la fecha, por valor de \$91´751.473,91.

1.3.28. Aseguró que, el 5 de diciembre de 2012 se llevó a cabo una reunión con la participación de funcionarios del municipio, Aguas de la Guajira S.A. E.S.P., el contratista de obra, el interventor y el FONADE. En dicha reunión, el contratista se comprometió a realizar la devolución de la suma de \$38´667.606,44 y autorizar al FONADE para que el valor de \$17´116.987,70, retenido por concepto de garantía, fuera abonado al saldo del anticipo no amortizado. Por su parte, el FONADE se comprometió a enviar un oficio al contratista de obra indicando el número de cuenta y Banco en el cual se debía efectuar la devolución de la suma de \$38.667.606,44.

1.3.29. Señaló que, a través del oficio No. 201223302933881 del 6 de diciembre de 2012, el FONADE le indicó al contratista de obra el número de cuenta y entidad bancaria en la cual debía realizar la devolución de la suma de \$38´667.606,44, por



concepto de anticipo no amortizado. Expuso que dicha devolución fue efectuada por el contratista el 12 de diciembre de 2012, además de que autorizó al FONADE para que retuviera la suma de \$17'116.987,70. *-que era por concepto de garantía-* para que fuera abonado al saldo pendiente por amortizar.

1.3.30. Precisó que el saldo pendiente por amortizar en cabeza de Aguas de la Guajira S.A. E.S.P. y el municipio de Riohacha, con corte del 31 de diciembre de 2012, correspondía a la suma de \$35.966.879,65.

1.3.31. Aseveró que, el 18 de noviembre de 2013 se llevó a cabo una reunión con la participación de funcionarios del Municipio, del Ministerio, la empresa Avanzada Soluciones de Acueducto – ASAA S.A. E.S.P. (antes Aguas de la Guajira S.A. E.S.P.) y el FONADE. En dicha reunión, la empresa Avanzada Soluciones de Acueducto – ASAA S.A. E.S.P. se comprometió a realizar el reintegro de la suma de \$35'966.879,65, por concepto de anticipo no amortizado, a más tardar el 30 de noviembre de 2013 y a remitir al Ministerio las evidencias de las gestiones adelantadas para finalizar la construcción de la estación de bombeo de aguas residuales No. 4.

1.3.32. Manifestó que, el 16 de diciembre de 2013 la Empresa Avanzada Soluciones de Acueducto – ASAA S.A. E.S.P. realizó la devolución de la suma de \$35'966.879,65, amortizando así el 100% del anticipo girado para la ejecución del proyecto.

1.4. Como **fundamentos jurídicos** de la demanda, el extremo activo expuso lo siguiente:

1.4.1. Señaló que el municipio de Riohacha no atendió los múltiples y reiterados requerimientos que le efectuó la interventoría, el FONADE y el Ministerio, dirigidos a garantizar la funcionalidad integral del proyecto y a obtener los recursos adicionales que permitieran terminar la obra. En consecuencia, sostuvo que el Municipio incumplió las obligaciones establecidas en los numerales 10, 13, 14 y 15 de la cláusula tercera del convenio de apoyo financiero No. 2060436 de 2006, que se transcriben a continuación:

"CLAUSULA TERCERA. OBLIGACIONES DE EL MUNICIPIO: (...)



10) Gestionar, si fuere necesario, la obtención de recursos de aporte local y/o regional para asegurar la terminación del objeto del presente convenio de apoyo financiero, cuando por ajustes o actividades no programadas, costos adicionales de interventoría originados por causas no atribuibles a las partes o cualquier otro valor adicional no establecido en el proyecto;

[...]

13) Adoptar y coordinar todas las acciones para asegurar la operación y mantenimiento y, general, la sostenibilidad del proyecto y su buen servicio;

14) Cumplir oportunamente las recomendaciones y solicitudes que realice el MINISTERIO y/o FONADE sobre el desarrollo del objeto del presente convenio;

15) Desarrollar el objeto del presente convenio de apoyo financiero, de conformidad con el supuesto y el plan de inversiones del proyecto presentado, el cual fue debidamente viabilizado y aprobado por el MINISTERIO. En el evento en que se presenten modificaciones técnicas que impliquen la reprogramación total o parcial de actividades o cantidades de obra aprobadas en el proyecto al cual se le dio viabilidad y aprobación, antes de iniciar la ejecución se deberá obtener el nuevo concepto de viabilidad del MINISTERIO. En ningún caso, el MINISTERIO estudiará o considerará solicitudes de modificación a proyectos en donde se evidencia la ejecución parcial o total de actividades o cantidades de obra no aprobadas. Los costos por la ejecución de actividades o cantidades de obra no aprobadas por el MINISTERIO no podrán cubrirse con recursos de apoyo financiero del Gobierno Nacional provenientes de este convenio; (...)"

1.4.2. Precisó que, ante el incumplimiento contractual del municipio, se debía hacer efectiva la cláusula penal prevista en la cláusula décima segunda, equivalente al 10% del valor del convenio. De igual manera, aseguró que se debía ordenar el reintegro de la totalidad de los recursos girados en virtud del convenio de apoyo financiero, dado que el proyecto quedó inconcluso y sin funcionamiento.

2. La admisión de la demanda y su contestación

2.1. Mediante auto del 7 de abril de 2014⁴, el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Riohacha declaró su falta de competencia y dispuso la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de La Guajira. Lo anterior, dado que la cuantía de las pretensiones excedía los 500 SMLMV y, por tanto, de conformidad con el artículo 152 del CPACA, la competencia recaía en los tribunales administrativos.

2.2. En proveído del 30 de mayo de 2014⁵, el Tribunal Administrativo de La Guajira admitió la demanda y, a su vez, ordenó la vinculación de Aguas de La Guajira S.A. E.S.P. (ahora Avanzadas Soluciones de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P.) en

⁴ Folio 135 a 137 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁵ Folios 140 a 141 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

calidad de parte demandada, con fundamento en que dicha entidad fue la que ejecutó el proyecto objeto del convenio de apoyo financiero. Esa decisión se notificó en debida forma a las partes y al Ministerio Público.

2.3. El 4 de diciembre de 2014, la **Alcaldía Municipal de Riohacha** contestó la demanda⁶ y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Al respecto, aseguró que no incumplió el convenio de apoyo financiero No. 2060436 de 2006, pues si bien durante su ejecución se presentaron acontecimientos de fuerza mayor, lo cierto es que la entidad siempre efectuó las gestiones pertinentes para su cumplimiento.

2.4. **Avanzadas Soluciones de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P.** presentó su contestación de la demanda de forma extemporánea⁷.

2.5. Mediante providencia del 6 de abril de 2015⁸, el Tribunal Administrativo de La Guajira ordenó la vinculación del Consorcio Saneamiento Riohacha No. 4 como parte demandada, con fundamento en que aquel fue el contratista de obra que tenía a su cargo la construcción de la subestación de bombeo No. 4 en el municipio de Riohacha.

2.6. El 23 de junio de 2015, el **Consortio Saneamiento Riohacha No. 4** contestó la demanda⁹ y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Al efecto, formuló las siguientes excepciones: **i)** *“inexistencia de omisión en el diligenciamiento de las actividades en su calidad de ejecutor del Convenio de apoyo financiero No. 2060436 del año 2006, a cargo de la entidad demandada Aguas de la Guajira S.A. E.S.P. hoy avanzadas soluciones de acueducto y alcantarillado –S.A. E.S.P.”*; **ii)** *inexistencia de estimación razonada y cuantificada de las pretensiones de la demanda*; **iii)** *“ausencia de incumplimiento contractual por parte del Consorcio Saneamiento Riohacha Estación 04”*; **iv)** *“inexistencia de la obligación de indemnizar a cargo del Consorcio Saneamiento Riohacha Estación 04”*, y **v)** *“excepción genérica o ecuménica”*.

⁶ Folios 161 a 166 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁷ Folios 188 a 198 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁸ Folios 207 a 210 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁹ Folios 232 a 238 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

En lo que respecta al primer medio exceptivo invocado, sostuvo que no existía ningún medio de prueba que acreditara el supuesto incumplimiento de las obligaciones a su cargo, ya que se atendieron de forma oportuna todas las recomendaciones de la interventoría contratada por el FONADE, al tiempo que se realizó la devolución del anticipo por valor de \$35´966.880, tal como la parte demandante lo reconoció expresamente en su demanda.

Frente al segundo mecanismo de defensa alegado, indicó que la cuantía de las pretensiones de la demanda no se encontraba estimada razonablemente bajo juramento, ni se discriminó cada uno de sus conceptos, tal como lo preceptúa el artículo 206 del Código General del Proceso -CGP-.

En relación con la tercer excepción, insistió en que, con base en el acervo probatorio obrante en el expediente, se evidencian los imprevistos naturales encontrados en el terreno de ejecución de la obra, que implicaron un nuevo estudio técnico, modificación estructural, reajuste presupuestal, y demás circunstancias que conllevaron al replanteamiento del método constructivo y a la liquidación del contrato de obra No. AG-GC-CMF-002-2008.

En lo atinente a la cuarta excepción, afirmó que ejecutó las obras contratadas con apego a la ley y, en caso de una eventual condena, no se encuentra obligado a pagar valor alguno por incumplimiento de las obligaciones a cargo del municipio de Riohacha derivadas del convenio de apoyo financiero No. 2060436 de 2006.

Frente al último medio exceptivo invocado, precisó que, en caso de que se llegue a encontrar probada alguna otra excepción que no fue alegada, esta se debía decretar.

3. Audiencia inicial

El 5 de octubre de 2016¹⁰, el Tribunal Administrativo de La Guajira llevó a cabo la audiencia inicial, en la que no encontró vicio alguno que debiera ser objeto de saneamiento, al tiempo que declaró no probada la excepción de *“inexistencia de estimación razonada y cuantificada de las pretensiones de la demanda”* propuesta por el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 04.

¹⁰ Folios 262 a 267 del cuaderno No. 2 del Tribunal Administrativo de La Guajira.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

Seguidamente, se fijó el litigio, en el entendido de establecer la responsabilidad del municipio de Riohacha en el cumplimiento del convenio de apoyo financiero No. 2060436 de 2006, así como determinar si era procedente la liquidación judicial del aludido acuerdo de voluntades.

Posteriormente, se declaró fallida la fase de conciliación por la falta de ánimo conciliatorio de las partes, y se decretaron las pruebas documentales aportadas por la parte demandante, el municipio de Riohacha y el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 04. También se decretaron como pruebas: **(i)** la práctica del interrogatorio de parte¹¹ del señor Jorge Betancourt Arango, en su calidad de representante legal de Aguas de La Guajira S.A. E.S.P; **(ii)** la práctica de los testimonios¹² de los señores Álvaro Daza Gnecco y José Jaime Daza Gnecco, ingenieros residentes de la obra vinculados al Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4; y **(iii)** la práctica de un dictamen pericial¹³ rendido por un perito técnico -ingeniero civil- con amplia experiencia en ejecución o consultoría de obras civiles institucionales.

4. Audiencia de pruebas

El 27 de marzo de 2017¹⁴, el Tribunal Administrativo de La Guajira llevó a cabo la audiencia de pruebas, en la cual se practicaron los testimonios decretados, se desistió de la práctica del interrogatorio al señor Jorge Betancourt Arango¹⁵, se surtió la contradicción del dictamen pericial y se incorporaron las demás pruebas documentales decretadas en la audiencia inicial que se aportaron con posterioridad. Al finalizar la audiencia, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

5. Los alegatos de conclusión en primera instancia

5.1. El **Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio**¹⁶ presentó sus alegatos, en los que insistió en que el Municipio incumplió el convenio de apoyo financiero No.

¹¹ Solicitado por el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 04

¹² Solicitados por el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 04

¹³ Solicitado por la parte demandante.

¹⁴ Folio 365 a 392 del cuaderno No. 2 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

¹⁵ Por solicitud del Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4.

¹⁶ Folios 397 a 401 del cuaderno No. 2 del Tribunal Administrativo de La Guajira.



2060436 de 2006, porque omitió atender los múltiples requerimientos y solicitudes elevadas por el mismo Ministerio, el FONADE y la interventoría. Agregó que el municipio tenía a su cargo la obligación de realizar las actividades tendientes a ejecutar el proyecto objeto del convenio, el cual quedó inconcluso y sin funcionamiento.

5.2. El **FONADE**¹⁷ presentó sus alegatos, en los que sostuvo que, dentro del proceso, se logró demostrar que el estudio geotécnico elaborado por la firma Construsuelos Ltda. presentó deficiencias que afectaron de manera directa la ejecución del proyecto e impidieron la culminación de la obra. También enfatizó en que tanto el FONADE como el Ministerio requirieron en varias ocasiones al municipio de Riohacha para que este tomara las acciones encaminadas a la terminación del proyecto, pero el Municipio no atendió los requerimientos y permitió que el convenio culminara sin haber cumplido su objeto.

5.3. **Avanzadas Soluciones de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P.**¹⁸ presentó sus alegatos, en los que indicó que era claro el incumplimiento del convenio de apoyo financiero No. 2060436 de 2006 por parte del Municipio, debido a su falta de gestión y aporte de los recursos adicionales que requería el proyecto para su culminación, además de sus inexcusables omisiones en relación con las solicitudes del FONADE y del Ministerio en ese sentido. Agregó que el proyecto se frustró, en buena medida, por la falta de planeación del Municipio en relación con los estudios previos; no obstante, también advirtió que el FONADE incumplió el convenio al autorizar al ente territorial tercerizar el proceso de contratación que ella misma ha debido desplegar.

5.4. El **municipio de Riohacha**¹⁹ presentó sus alegatos, en los que explicó que delegó a la empresa Aguas de La Guajira S.A. E.S.P. la realización del proceso precontractual y contractual del proyecto de construcción del sistema de bombeo No. 4 en el municipio de Riohacha, por lo que fue aquella la que se encargó de gestionar los estudios previos, seleccionó al contratista de obra y estuvo al tanto en la ejecución del contrato. En ese orden de ideas, adujo que no se le podía endilgar incumplimiento contractual al ente territorial, ya que no fue el que llevó a cabo la

¹⁷ Folios 402 a 405 del cuaderno No. 2 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

¹⁸ Folios 408 a 411 del cuaderno No. 2 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

¹⁹ Folios 412 a 414 del cuaderno No. 2 del Tribunal Administrativo de La Guajira.



etapa precontractual ni contractual. En todo caso, puntualizó que en el proceso quedó demostrado que el terreno utilizado no correspondía al indicado en los planos y demás estudios realizados por Aguas de La Guajira S.A. E.S.P., pues el dictamen pericial y los testimonios rendidos por los ingenieros adscritos al Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4 coincidieron en ese punto.

5.5. El **Ministerio Público**²⁰ rindió concepto, en el que solicitó que se accediera a las pretensiones de la demanda. Para el efecto, señaló que si bien Aguas de La Guajira S.A. E.S.P. llevó a cabo una licitación pública para contratar la obra de construcción del sistema de estación de bombeo, lo cierto es que el proceso de selección no contó con la planeación propia de dichos procesos, lo que generó una serie de tropiezos e incumplimientos que frustraron el proyecto objeto del convenio de apoyo financiero. En consecuencia, expuso que era procedente ordenar la devolución de los recursos no ejecutados y que tenían por objeto la construcción del sistema de bombeo No. 04.

6. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 30 de septiembre de 2021²¹, el Tribunal Administrativo de La Guajira resolvió lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“PRIMERO. - DECLARAR el incumplimiento por parte del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha de las obligaciones contractuales a su cargo derivadas del convenio de apoyo financiero No. 2060436 del 26 de enero de 2006, suscrito entre este y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) - Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE), de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO. - En consecuencia, de lo anterior, se CONDENA al Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha a pagar al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio), la suma de CUARENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS NUEVE MIL DOSCIENTOS TRECE PESOS (\$43.409.213), por concepto de cláusula penal, pactada en el convenio de apoyo financiero No. 2060436 del 26 de enero de 2006.

TERCERO. - DECLARAR liquidado judicialmente el convenio de apoyo financiero No. 2060436 del 26 de enero de 2006, celebrado entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) - Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE), y el Distrito Especial,

²⁰ Folios 415 a 440 del cuaderno No. 2 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

²¹ Folios 458 a 508 del cuaderno No. 2 del Tribunal Administrativo de La Guajira.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

Turístico y Cultural de Riohacha, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO. - En consecuencia, de lo anterior, se **CONDENA** al Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha a pagar al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio), la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$35.966.879,757), por concepto de reintegros del convenio de apoyo financiero No. 2060436 del 26 de enero de 2006.

Suma que deberá ser indexada, de conformidad con la fórmula que al efecto utiliza el Honorable Consejo de Estado y que fuera indicada en la parte considerativa.

QUINTO. - **ORDENAR** al Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha a darle cumplimiento a la presente sentencia en los términos establecidos en los artículos 192 y 194 del CPACA.

SEXTO. - **NO CONDENAR EN COSTAS**, conforme a lo indicado en la parte motiva de la sentencia.

SEPTIMO. - **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda”.

El tribunal *a quo* advirtió que el municipio incumplió el convenio, porque no actuó con la debida planeación que requería la consecución del proyecto, pues, según el dictamen pericial arribado al expediente, se presentaron múltiples problemas técnicos durante la excavación del terreno, entre otras cosas, debido a que los estudios geotécnicos iniciales no correspondían al sitio específico en donde se realizaron los trabajos, lo que conllevó a que solamente se ejecutara un avance del 52,82% del proyecto. También precisó que el municipio incumplió el convenio porque no atendió las recomendaciones y/o solicitudes que le efectuó el Ministerio y el FONADE, las cuales estaban encaminadas a lograr el cumplimiento del objeto del acuerdo de voluntades.

En consecuencia, precisó que había lugar a hacer efectiva la cláusula penal establecida en el convenio; sin embargo, puntualizó que, como el FONADE no desembolsó la totalidad del valor del convenio, se debía tener como parámetro la suma efectivamente desembolsada, esto es, \$434'092.136, por lo que el 10% equivalente a cláusula penal era de \$43'409.213.

De igual manera, liquidó el convenio de apoyo financiero, en el que estableció que, como el valor pagado por FONADE fue de \$434'092.136, mientras que el valor ejecutado ascendió a la suma de \$342'340.662, en principio, habría lugar a ordenar el reintegro de la suma de \$91'751.474. No obstante, precisó que a esa suma debía descontarse lo correspondiente a la devolución del anticipo pendiente por



amortización que efectuó el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4 (\$38'667.606,44), así como el valor correspondiente al valor retenido por concepto de garantía, que fue abonado al saldo del anticipo no amortizado (\$17'116.987,80). En consecuencia, ordenó al municipio de Riohacha el reintegro en favor de la parte actora la suma de \$35'966.879,757, la cual debía ser indexada conforme lo establecido por el tribunal en la parte considerativa de su providencia, en la que expresamente se señaló lo siguiente:

“Sea válido acotar en todo caso que, la suma de dinero indicada, a su vez, debe ser debidamente actualizada, de conformidad con las reglas jurisprudenciales desarrolladas por el H. Consejo de Estado, mediante la utilización de la siguiente fórmula:

$$Va = \frac{If}{li}$$

Donde, Va = Valor actualizado

If = Índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

li = Índice inicial de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha en que dejaron de ser actualizados los valores en comento”.

7. Recurso de apelación

El 12 de octubre de 2021²², la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial – ENTERRITORIO (antes FONADE) y el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual fue concedido por el tribunal *a quo* a través de auto del 23 de noviembre de 2021²³ y admitido por esta Subsección mediante proveído del 4 de noviembre de 2022²⁴.

Ambas solicitaron que se modificaran los numerales segundo y cuarto del fallo de primera instancia, bajo el entendido de que: **(i)** se debía condenar al municipio al pago total de lo establecido en la cláusula penal, y **(ii)** se debía condenar al municipio a reintegrar la totalidad de los recursos invertidos en el marco del convenio de apoyo financiero No. 2060436 del 26 de enero de 2006.

²² Folios 540 a 554 del cuaderno No. 2 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

²³ Folios 555 a 556 del cuaderno No. 2 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

²⁴ Índice No. 12 Samai del Consejo de Estado.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

Frente a lo primero, reprocharon que no se hubiera condenado al Municipio al pago total de lo establecido en la cláusula penal, esto es, el 10% del valor total del convenio, suma que asciende a \$87'049.909,60. Para el efecto, indicaron que el juzgador de primer grado no podía desconocer que el contrato es ley para las partes, y que la conducta desplegada por el Municipio se configuró dentro de una culpa grave, en los términos del artículo 63 del Código Civil, por lo que no era dable que se atenuara o rebajara el porcentaje de la condena.

Por otro lado, adujeron que el Municipio debía reintegrar la totalidad de los recursos invertidos, esto es, la suma de \$434'092.136. Lo anterior, pues si bien se demostró que se ejecutaron algunos recursos y que el proyecto quedó con un avance del 52.82%, lo cierto es que el proyecto no quedó en funcionamiento y su avance carece de utilidad, pues sin su terminación, no se cumple con el propósito para el cual fue concebido.

8. Actuación en segunda instancia

Una vez concedido y admitido el recurso de apelación, el expediente ingresó para fallo, debido a que no se solicitaron ni se decretaron pruebas en el trámite de la segunda instancia.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación, la Sala estudiará los siguientes aspectos: **(1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado para conocer del presente asunto; **(2)** procedencia del medio de control; **(3)** legitimación en la causa; **(4)** oportunidad del medio de control; **(5)** el objeto de la impugnación y la delimitación de los problemas jurídicos a resolver en esta instancia; **(6)** hechos probados y pruebas relevantes de cara a la resolución de los problemas jurídicos; **(7)** el análisis de la Subsección y la resolución del caso concreto; y **(8)** la condena en costas en segunda instancia.



1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado para conocer del presente asunto

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del asunto, con fundamento en el artículo 104 del CPACA²⁵, pues el convenio de apoyo financiero No. 2060436 de 2006 fue suscrito por el municipio de Riohacha -entidad territorial²⁶-, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Territorio, y el FONADE, cuyo objeto fue aunar los esfuerzos entre aquellas para apoyar la ejecución de las obras correspondientes al proyecto “CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE BOMBEO No. 04 EN EL MUNICIPIO DE RIOHACHA – LA GUAJIRA”.

Igualmente, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, de conformidad con el artículo 150²⁷ y el numeral 5 del artículo 152²⁸ del CPACA, dada la vocación de doble instancia del proceso, en razón a que la cuantía de la demanda excedió los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de interposición del libelo introductorio²⁹.

²⁵ “Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública [...]”.

²⁶ Constitución Política de 1991. “Artículo 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”.

²⁷ “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. [modificado por el artículo 615 del CGP]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto al que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia [...]”.

²⁸ Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...]”.

²⁹ El valor del salario mínimo legal mensual vigente en el 2014 ascendía a \$ \$616.000. Información obtenida de la página oficial del Banco de la República de Colombia <https://www.banrep.gov.co/es/salarios>. Para dicha anualidad, el tope correspondiente a los 500 SMLMV equivalía a \$308'000.000. En este caso, la cuantía de la demanda se estimó en un monto de \$507'872.456.



2. Procedencia del medio de control

En virtud de lo previsto en el artículo 141 del CPACA³⁰, cualquiera de las partes de los contratos estatales puede demandar para que se declare su existencia o su nulidad, se ordene su revisión, se declare el incumplimiento, se anulen los actos administrativos contractuales, se condene a quien se considere responsable a indemnizar los perjuicios y/o se liquide el contrato, entre otras declaraciones y condenas. El legislador también previó que el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrían solicitar la nulidad absoluta del contrato, la que también puede ser declarada de oficio por el juez.

Comoquiera que la contienda formulada en el asunto *sub judice* se refiere al presunto incumplimiento del convenio de apoyo financiero No. 2060436 de 2006 y su liquidación judicial, el medio de control procedente es el de controversias contractuales.

3. Legitimación en la causa

En relación con este presupuesto procesal, es necesario precisar que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE (hoy Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial – ENTerritorio) se encuentran legitimadas en la causa por activa, pues suscribieron el convenio de apoyo financiero No. 2060436 de 2006.

³⁰ “Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. // Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. // El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

De igual manera, el municipio de Riohacha se encuentra legitimado en la causa por pasiva, toda vez que es un extremo de la relación contractual sobre la que versa la controversia sometida a juicio.

A su vez, al Consorcio Saneamiento Riohacha No. 4 y la empresa Avanzadas Soluciones de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P. (antes Aguas de La Guajira S.A. E.S.P.) les asiste el derecho a comparecer a la presente litis, con ocasión de la vinculación que efectuó el tribunal *a quo* en el trámite de primera instancia³¹, decisión que, por demás, no fue recurrida por las partes.

4. Oportunidad del medio de control

El artículo 164 numeral 2 literal j) del CPACA establece varios supuestos para la determinación del momento a partir del cual debe computarse el término de caducidad de dos años del medio de control de controversias contractuales. De forma general, dispone que dicho término empezará a correr a *“partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”* y enseguida establece una serie de supuestos aplicables a los contratos según estos sean de ejecución instantánea o requieran o no liquidación.

Respecto de los contratos que por su naturaleza o por disposición legal o contractual requieran liquidación -como ocurren en el presente caso-, el término de caducidad se computa a partir del vencimiento del plazo que tenían las partes para liquidarlo, toda vez que la liquidación del contrato se erige como la etapa en la cual se realiza el balance final de la ejecución del contrato y se determina quién le debe a quien y cuánto, existiendo la posibilidad de que se transen o se reconozcan reclamaciones económicas que pudieren presentarse en sede judicial.

En el presente caso, se advierte que en la cláusula decimosexta del convenio de apoyo financiero No. 2060436 del 26 de enero de 2006 las partes acordaron que aquel se liquidaría dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación. Sin

³¹ Mediante los autos del 30 de mayo de 2014 y del 6 de abril de 2015, el Tribunal *a quo* ordenó vincular y tener como parte demandada, respectivamente, a Aguas de La Guajira S.A. E.S.P. (ahora Avanzadas Soluciones de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P.) y al Consorcio Saneamiento Riohacha No. 4, y contra esas providencias no se interpuso recurso alguno.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

embargo, en la prórroga No. 4³² se modificó esa cláusula, en el sentido de establecer que el convenio debería liquidarse dentro de los ocho (8) meses siguientes a su terminación.

Así las cosas, se tiene que el convenio interadministrativo No. 2060436 del 26 de enero de 2006 se extendió hasta el 30 de junio de 2011 -fecha en la que feneció el acuerdo de voluntades-, razón por la cual ha de señalarse que el término de ocho (8) meses para liquidar bilateralmente el vínculo obligacional, como en efecto lo acordaron las partes, venció el 1º de marzo de 2012. A partir de esta fecha se empezó a computar el término de caducidad de dos (2) años, que transcurrió hasta el 1º de marzo de 2014. Por tanto, como la demanda se presentó el 26 de febrero de 2014, se concluye que esta se allegó dentro del plazo previsto en la Ley.

5. El objeto de la impugnación y la delimitación de los problemas jurídicos a resolver en esta instancia

El marco fundamental para la competencia del juez de segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la providencia recurrida. Así, la Subsección advierte que el análisis del caso se circunscribirá exclusivamente a los reparos concretos que formularon el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, y la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial –ENTerritorio– en contra de la sentencia cuestionada, frente a lo cual habrá lugar a resolver los siguientes problemas jurídicos:

El **primer problema** jurídico, consiste en establecer si para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria estipulada en el convenio de apoyo financiero No. 2060436 de 2006, se debe tomar en cuenta su valor total, esto es, la suma de \$870'499.096.

El **segundo problema** jurídico, se contrae a determinar si hay lugar a ordenar el reintegro de la totalidad de los recursos que la parte demandante desembolsó en favor del municipio, debido a que no se terminó el proyecto objeto del convenio de apoyo financiero No. 2060436 de 2006.

³² Folios 30 a 31 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.



6. Hechos probados y pruebas relevantes de cara a la resolución de los problemas jurídicos

En el marco de lo expuesto, se procederá a establecer cuáles son los hechos probados que resultan jurídicamente relevantes para decidir la controversia sometida a juicio en esta instancia. Para tal efecto, la Sala analizará los documentos aportados al proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 246 del CGP³³.

Del convenio interadministrativo macro celebrado entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE-

6.1. El 22 de octubre de 2004, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- celebraron el convenio interadministrativo de gerencia de proyectos No. 27 (194048 para FONADE)³⁴, cuyo objeto consistió en que el FONADE se comprometía con el Ministerio a *“prestar los servicios técnicos, jurídicos, administrativos y realizar las acciones necesarias para ejecutar la gerencia de la Interventoría, técnica, administrativa y financiera del proyecto denominado “Proyecto de Agua Potable y Saneamiento Básico Ambiental, que utilicen recursos de la Nación, financiados a través del mecanismo de ventanilla única”, así como coordinar las actividades para la ejecución de las obligaciones de convenios de apoyo financiero que se suscriban entre el Ministerio, Fonade y las entidades a las que se les viabilice proyectos de Agua Potable y Saneamiento Básico Ambiental”*.

6.2. El plazo del convenio se pactó inicialmente hasta el 31 de diciembre de 2005³⁵, pero fue objeto de varias prórrogas, por lo que se extendió hasta el 30 de octubre de 2011³⁶.

³³ “Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...] Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.

³⁴ Folios 95 a 99 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

³⁵ Cláusula segunda del convenio (folio 96 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

³⁶ Folios 129 a 130 cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

6.3. En el convenio se estableció que su valor sería de \$91.182'700.000³⁷, el cual incluiría el pago de los contratos de obra física, suministro y fortalecimiento institucional de los proyectos, así como los costos de interventoría de cada uno de los proyectos. De igual manera, se estipuló que el Ministerio debería desembolsar los dineros al FONADE, según los avances de los contratos resultantes de los convenios de apoyo financiero que se suscribieran con las entidades a las que se les viabilizara realizar proyectos de agua potable y saneamiento básico esencial³⁸.

6.4. Dentro de las múltiples obligaciones a cargo del FONADE³⁹, se hallaba la de tramitar los desembolsos y realizar, previa verificación del cumplimiento de requisitos, los pagos de las obligaciones contraídas con terceros, incluidos los que debieran efectuarse a los contratistas derivados de la ejecución de los convenios de apoyo financiero que fueran suscritos entre el Ministerio, el FONADE y las entidades territoriales seleccionadas.

Del convenio de apoyo financiero suscrito entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- y el municipio de Riohacha

6.5. El 26 de enero de 2006, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- y el municipio de Riohacha suscribieron el convenio de apoyo financiero No. 2060436⁴⁰, cuyo objeto consistió en aunar esfuerzos para apoyar la ejecución de las obras destinadas a la construcción del sistema de bombeo No. 04 en el municipio de Riohacha – La Guajira.

6.6. En la cláusula tercera⁴¹ se establecieron las obligaciones del municipio, en los siguientes términos:

CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES DE EL MUNICIPIO: 1) *aportar, en caso de que así lo establezca el plan financiero aprobado por el MINISTERIO, las sumas indicadas en la cláusula séptima, literal b) del presente convenio de apoyo*

³⁷ Cláusula tercera del convenio (folio 96 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira).

³⁸ Cláusula cuarta del convenio (folio 96 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira).

³⁹ Cláusula séptima del convenio (folios 97 a 98 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira).

⁴⁰ Folios 18 a 27 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁴¹ Folios 23 a 24 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.



financiero, como contrapartida para la ejecución del proyecto objeto de este convenio; 2) incorporar al presupuesto, sin situación de fondos, los recursos recibidos en virtud del presente convenio; 3) obtener la totalidad de permisos y licencias necesarios y garantizar la disponibilidad de los predios, permisos y servidumbres requeridos para el desarrollo del proyecto. Esta condición es requisito para adelantar la contratación de las obras y suministros y deberá realizarse y acreditarse por EL MUNICIPIO a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes al perfeccionamiento del presente convenio; 4) realizar los procesos de selección y contratación necesarios para la ejecución del proyecto de acuerdo con los esquemas y modelos establecidos por el MINISTERIO y FONADE. Dichos procesos de selección deberán efectuarse de conformidad con lo establecido en la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios. En caso de que los recursos aportados por la nación provengan de organismos multilaterales de crédito, la selección de los contratistas, y las cláusulas especiales de ejecución, y pago se someterán a los procedimientos de selección y contratación de dichos organismos; 5) iniciar los procesos de contratación dentro de los tres (3) meses siguientes al perfeccionamiento del presente convenio, de conformidad con el instructivo que el MINISTERIO le entregará a través de FONADE y enviar oportunamente los documentos de la fase precontractual y contractual a la Interventoría. En caso de presentarse observaciones por parte del Interventor respecto a los procedimientos utilizados por EL MUNICIPIO, el Interventor deberá comunicarlo al MINISTERIO, quien podrá abstenerse de financiar el proyecto hasta tanto no se subsanen las observaciones presentadas por el interventor; 6) recopilar y suministrar a los interventores - contratados por FONADE la información referente a la ejecución de los recursos girados por el MINISTERIO a través de FONADE y los de contrapartida. Se deberá entregar información referente a la ejecución de los contratos en los formatos, plazos y condiciones que defina FONADE; 7) una vez ejecutado el proyecto, remitir a FONADE un informe detallado sobre la infraestructura; 8) disponer de un archivo exclusivo en donde se recopile toda la documentación del proyecto, mantenerlo actualizado y disponible para las visitas de seguimiento que el interventor, MINISTERIO y/o FONADE realicen; 9) velar para que sean acatadas por parte de los contratistas las disposiciones contenidas en la Constitución Política, ley 80 de 1993, la ley 99 de 1993 y la ley 142 de 1994, sus decretos reglamentarios, las resoluciones de la CRA, las resoluciones de la autoridad ambiental competente y demás disposiciones legales pertinentes; 10) gestionar, si fuere necesario, la obtención de recursos de aporte local y/o regional para asegurar la terminación del objeto del presente convenio de apoyo financiero, cuando por ajustes o actividades no programadas, costos adicionales de interventoría originados por causas no atribuibles a las partes o cualquier otro valor adicional no establecido en el proyecto inicial, sea imposible cubrir tales erogaciones con la partida de imprevistos que se haya definido en el plan financiero aprobado; 11) divulgar permanentemente a la comunidad el avance de las contrataciones, ejecución y giro de los recursos aportados por el MINISTERIO, y promover la participación de la ciudadanía en la ejecución del / proyecto; 12) destinar los recursos de apoyo financiero a las obras definidas en el plan financiero del proyecto (anexo No 1) y adelantar su contratación de acuerdo con el plan acordado con el MINISTERIO (anexo No 2), según se requiera, bajo su entera responsabilidad y dirección, de acuerdo con lo dispuesto en la normatividad aplicable; 13) adoptar y coordinar todas las acciones para asegurar la operación y mantenimiento y, en general, la sostenibilidad del proyecto y su buen servicio; 14) cumplir oportunamente las recomendaciones y solicitudes que realice el MINISTERIO y/o FONADE sobre el desarrollo del objeto del presente convenio; 15) desarrollar el objeto del presente convenio de apoyo financiero, de conformidad con el presupuesto y el plan de inversiones del proyecto presentado, el cual fue debidamente viabilizado y aprobado por el MINISTERIO. En el evento en que se presenten modificaciones técnicas que impliquen la reprogramación total o parcial de actividades o cantidades de obra aprobadas en el proyecto al cual se le dio viabilidad y aprobación, antes de iniciar la ejecución se deberá obtener el nuevo concepto de viabilidad del MINISTERIO. En ningún caso, el MINISTERIO estudiará o considerará solicitudes de modificación a proyectos en donde se evidencia la



ejecución parcial o total de actividades o cantidades de obra no aprobadas. Los costos por la ejecución de actividades o cantidades de obra no aprobadas: por el MINISTERIO no podrán cubrirse con recursos de apoyo financiero del Gobierno Nacional provenientes de este convenio; 16) cumplir con las disposiciones legales y reglamentarias contenidas en la ley 715 de 2001, los decretos 456 de 2004 y 2277 de 2004, en especial, lo relacionado con el manejo y destinación de los recursos de la participación de propósito general, para lo cual deberán incorporar en sus presupuestos anuales las partidas correspondientes al fondo de solidaridad redistribución de ingresos que se utilizarán para financiar los subsidios de los usuarios residenciales de los estratos 1, 2, y 3. De igual manera los recursos de la participación de propósito general del sistema general de participaciones, destinados al sector de agua potable y saneamiento básico que sean apropiados por la entidad territorial para el pago de los subsidios otorgados, EL MUNICIPIO, se obliga a autorizar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a que estos sean girados a cuentas bancarias cuyo titulares sean conjuntamente el municipio y las entidades prestadoras de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, previo cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 1 del decreto 456 de 2004. Así mismo, cumplir a cabalidad con lo consagrado en el parágrafo del artículo 7 del decreto No. 849 de 2002, respecto de las inversiones en infraestructura que se pueden financiar con los recursos destinados por la ley 715 de 2001 al sector de agua potable y saneamiento básico. PARÁGRAFO: EL MUNICIPIO deberá acreditar el cumplimiento de esta obligación antes de iniciar los respectivos procesos de selección o de contratación, en caso contrario, el MINISTERIO y FONADE podrán dar por terminado en forma unilateral este convenio, ordenando su liquidación en el estado en que se encuentre, sin que haya lugar a ningún tipo de reclamación o reconocimiento por parte del MINISTERIO; 17) garantizar el cumplimiento de los compromisos de mejora institucional del ente prestador del servicio establecidos en el Anexo 3 del presente convenio, en los casos que haya lugar; 18) garantizar que la calidad de las obras que se ejecuten cumplan con las especificaciones técnicas establecidas en los pliegos de condiciones y de ingeniería establecidas en el reglamento técnico del sector de agua potable y saneamiento básico vigente; 19) establecer en los pliegos de condiciones la obligación por parte del contratista de vincular un trabajador social que interactúe con la comunidad en relación con el proyecto, que contrate en lo posible obra de mano de la región, y garantizar que todos los contratistas en el desarrollo de la obra cumplen con las normas de seguridad industrial y de señalización y movimiento de maquinaria; 20) contratar la interventoría de los recursos de EL MUNICIPIO, en los casos que se requiera de conformidad con el plan financiero; 21) mediante el presente convenio se autoriza que del valor aportado por el MINISTERIO se descuenten los recursos necesarios para sufragar los gastos de interventoría y de seguimiento y supervisión del aporte de la nación; 22) liquidar los contratos que suscriba en desarrollo del objeto de desato lo del objeto de este convenio; 23) establecer en los contratos que suscriba para desarrollar el objeto del presente convenio una cláusula donde se establezca que el último diez por ciento (10%) del valor del contrato se girará una vez se elabora y suscriba el acta de liquidación respectiva; 24) establecer en los pliegos de condiciones la obligación para el contratista de instalar una valla informativa sobre el proyecto, de acuerdo con el modelo que suministre el MINISTERIO; 25) EL MUNICIPIO se obliga a que el valor de los recursos aportados por el MINISTERIO, no se incluirá en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios de las estratos que pueden recibir subsidios, de acuerdo con la ley, para lo cual cumplirá los requisitos de la normatividad vigente para conceder esta modalidad de subsidio. PARAGRAFO UNICO. En el evento de que la prestación de los servicios esté a cargo de una entidad diferente a EL MUNICIPIO en virtud de un contrato de operación y/o concesión, o porque es la empresa que prestaba los servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 142 de 1994, EL MUNICIPIO acordará con dicha entidad operadora el proceso de selección, contratación y ejecución de las obras y demás actividades a desarrollarse en cumplimiento del objeto del presente convenio. Así mismo, EL MUNICIPIO realizará y asumirá los ajustes de orden contractual y financiero a que haya lugar en los respectivos contratos de operación



y/o concesión para el cabal cumplimiento del objeto presente convenio. No / obstante lo anterior, en el evento que corresponda al operador y/o concesionario realizar los procesos descritos anteriormente, en virtud del contrato de operación y/o concesión, éste deberá acogerse a las obligaciones, procedimientos y normas definidas en el presente convenio, en concordancia con los requisitos establecidos por la Ley 142 de 1994 o normas legales que lo rijan, o por el Banco Mundial, según sea el caso, utilizando para ello los esquemas y los modelos suministrados por el MINISTERIO a través de FONADE y sometién dose al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente documento para EL MUNICIPIO, incluida la constitución de la garantía si a ello hubiere lugar. Así mismo el operador deberá suministrar toda la información necesaria a FONADE para la liquidación del presente convenio”.

6.7. En la cláusula quinta⁴² se estableció que el convenio tendría una duración hasta el 31 de diciembre de 2006. Ese término fue objeto de seis (6) prórrogas⁴³, por lo que se extendió hasta el 30 de junio de 2011.

6.8. En la cláusula sexta⁴⁴ se determinó que el valor del convenio sería de \$870'499.096.

6.9. En la cláusula séptima⁴⁵ se establecieron los aportes y la forma de pago, tal como se observa a continuación:

“CLÁUSULA SÉPTIMA. APORTES Y FORMA DE PAGO: el MINISTERIO aportará la suma OCHOCIENTOS SETENTA MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVENTA Y SEIS PESOS MTCE (\$870,499,096), aportes encaminados al desarrollo del proyecto objeto del presente Convenio de apoyo financiero; amparados mediante el convenio Interadministrativo No. 27 - 194048 de octubre 22 de 2004, suscrito entre el MINISTERIO y FONADE. PARÁGRAFO PRIMERO: el MINISTERIO desembolsará los recursos del presente convenio a FONADE, quien pagará directamente a los contratistas de obras y/o suministros derivados de este convenio, previa aprobación EL MUNICIPIO y visto bueno del interventor designado por parte de FONADE. Los recursos estarán sujetos a la aprobación de PAC y a la situación de fondos por parte de la Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la demostración por parte de EL MUNICIPIO de los siguientes requisitos: 1) haber dado cumplimiento a lo establecido en las cláusulas Décima novena y vigésima del presente convenio; 2) presentar la ficha de evaluación y seguimiento FSE-01 debidamente diligenciada y actualizada de acuerdo con la programación físico - financiera del proyecto. PARÁGRAFO SEGUNDO: EL MUNICIPIO, autoriza a FONADE a descontar, una vez perfeccionado el presente convenio, los recursos correspondientes al valor de la interventoría del proyecto y de los costos de administración del convenio, de acuerdo a lo establecido en el Anexo No 1. PARÁGRAFO TERCERO: el MINISTERIO, a través de FONADE, podrá abstenerse de efectuar cualquier desembolso en el evento en que EL MUNICIPIO incumpla cualquiera de las obligaciones consagradas en el presente convenio de apoyo financiero y sus anexos, hasta tanto sean subsanadas, sin que tenga que asumir ninguna

⁴² Folio 25 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁴³ Folios 27 a 35 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁴⁴ Folio 25 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁴⁵ Folio 25 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.



responsabilidad frente al contratista ya que se ratifica que toda la responsabilidad frente a este último es exclusivamente EL MUNICIPIO. La anterior atribución se ejercerá con fundamento en lo contenido en la metodología de presentación de proyectos y evaluación y seguimiento en la fase de inversión definida por el MINISTERIO y demás determinaciones que emita el mismo, que la aclaren o modifiquen. Dicha suspensión deberá ser definida por el Comité Operativo del Convenio No. 27 (194048 FONADE) de 2004”.

6.10. En la cláusula décima⁴⁶ se estipuló que la interventoría del proyecto sería contratada por el FONADE.

6.11. En la cláusula décimo segunda⁴⁷ se consagró la cláusula penal, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. CLAÚSULA PENAL: EL MUNICIPIO, en caso de incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el presente convenio, pagará al MINISTERIO, a título de pena, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del aporte del MINISTERIO, pudiendo sin embargo el MINISTERIO procurar la indemnización total de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento”.

6.12. En la cláusula décimo sexta⁴⁸ se estableció que el convenio se liquidaría de forma bilateral dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación. Esa cláusula fue objeto de modificación a través de la prórroga No. 4⁴⁹, en la que se determinó que el término de liquidación sería de ocho (8) meses siguientes a su terminación.

Del contrato de obra suscrito entre Aguas de la Guajira S.A. E.S.P. y el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4

6.13. El 1º de julio de 2008, Aguas de la Guajira S.A. E.S.P. y el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4 celebraron el contrato de obra No. AG-GC-CMF-002-2008⁵⁰, cuyo objeto consistió en realizar la construcción de la subestación de bombeo No. 4 en el municipio de Riohacha, según da cuenta copia simple del negocio jurídico.

6.14. El valor del contrato se fijó en \$648'178.908, sin embargo, posteriormente fue objeto de una adición por valor de \$141'168.944, para un total de \$789'347.853⁵¹.

⁴⁶ Folio 25 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁴⁷ Folio 26 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁴⁸ Folio 26 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁴⁹ Folios 30 a 31 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁵⁰ Folios 37 a 52 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁵¹ Folio 57 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.



6.15. El FONADE desembolsó la suma de \$434'092.136 para el desarrollo del contrato de obra⁵², de la siguiente manera:

- (i) El 15 de octubre de 2008 desembolsó la suma de \$194'453.672, por concepto de anticipo;
- (ii) El 24 de diciembre de 2008 desembolsó la suma de \$139'233.492 por medio de acta de pago parcial No. 1;
- (iii) El 3 de julio de 2009 desembolsó la suma de \$100'404.972 por medio de acta de pago parcial No. 2.

6.16. El contrato de obra fue objeto de varias suspensiones⁵³, prórrogas⁵⁴ y adiciones⁵⁵, debido a problemas relacionados con la excavación del terreno.

6.17. El Ministerio y el FONADE elevaron múltiples requerimientos al municipio de Riohacha relacionados con la ejecución del contrato de obra No. AG-GC-CMF-002-2008 y del convenio de apoyo financiero No. 2060436 de 2006, como solicitudes de documentación⁵⁶, recomendaciones sobre las obras⁵⁷, gestiones relacionadas con los recursos⁵⁸ y cumplimiento de compromisos adquiridos⁵⁹. Sin embargo, en el expediente no obra respuesta a dichos requerimientos.

6.18. El 30 de septiembre de 2011, la interventoría presentó el balance financiero del contrato de obra⁶⁰, así:

VALOR INICIAL	\$648'178.908
VALOR ADICIÓN (Según otrosí de adición No. 002)	\$141'168.944
VALOR INICIAL MAS ADICIONES	\$789'347.852
VALOR APORTE DE LA NACIÓN (FONADE)	\$789'347.852
VALOR ANTICIPO / PAGO ANTICIPADO	\$194'453.672
VALOR AMORTIZADO DEL ANTICIPO	\$102'702.198

⁵² Folio 58 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁵³ Folios 53 a 55 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁵⁴ Folios 56 y 63 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁵⁵ Folios 57 a 58 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁵⁶ Folios 67 y 76 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁵⁷ Folio 67 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁵⁸ Folios 68 a 69, 77, 78 a 81 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁵⁹ Folio 83 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁶⁰ Folios 57 a 59 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.



VALOR POR AMORTIZAR DEL ANTICIPO	\$91'751.474
REEMBOLSO RENDIMIENTOS FINANCIEROS ANTICIPO	N.A.
VALOR EJECUTADO SIN AJUSTES (ACTAS 1 Y 2)	\$342'340.662
AJUSTES (SI APLICA)	N.A.
VALOR TOTAL EJECUTADO MAS AJUSTES	\$342'340.662
VALOR NO EJECUTADO DEL CONTRATO	\$447'007.190
TOTAL PAGADO POR FONADE	\$434'092.136

6.19. El 6 de junio de 2012⁶¹, Aguas de La Guajira S.A. E.S.P. y el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4 suscribieron un acuerdo para liquidar el contrato de obra No. AG-GC-CMF-002-2008, en el cual se consignó lo siguiente:

“DECIMA: En el terreno donde se está ejecutando la obra, situado en el barrio Villa Fátima, del Municipio de Riohacha se han presentado unos imprevistos naturales que obstaculizan la ejecución normal de la obra, dado que una vez excavado se recupera de nuevo impidiendo el avance en la ejecución de la construcción del foso.

DECIMO PRIMERA: Por tratarse de un imprevisto natural que surgió durante la ejecución de la obra, lo que hace variar las condiciones del contrato, en el sentido que se deben realizar nuevos estudios y generar nuevas alternativas para la construcción de las obras contratada, lo que implica un cambio estructural y por ende un incremento presupuestal que no le corresponde AL CONTRATISTA asumir por cuanto no está comprendido dentro de las obligaciones adquiridas en el contrato. De ahí que EL CONTRATANTE en acta de seguimiento del contrato del año 2009, solicitó AL CONTRATISTA que presentara nuevas alternativas de construcción donde se tuviera en cuenta esta situación de origen natural y se sugirió además consultar con un geotecnista respecto al abatimiento del agua para ejecutar la excavación, acta que fue firmada por EL CONTRATANTE, CONTRATISTA, interventor y supervisor de FONADE. Que EL CONTRATISTA atendió las sugerencias del CONTRATANTE, por intermedio del socio consorcio ingeniero JOSE JAIME DAZA, solicitó los servicios profesionales de la empresa CONSTRUSUELOS LTDA, para que hicieran un informe o experticio sobre el estado del suelo. Quien en investigación realizada el 17 de octubre de 2.009 conceptuó que los metros de profundidad idénticas de acuerdo a la práctica común de ingeniería de suelos, para lo cual es probable que se presente condiciones del subsuelo no relevadas en la investigación realizada, sin embargo el trabajo ejecutado fue adecuado y sirvió para identificar el problema técnico presentado. Que la interventoría contratado por FONADE, es decir EUCO LTDA, evaluó las alternativas que permitieron encontrar soluciones a los inconvenientes presentados de orden técnico que se tiene para la construcción de la estación de bombeo. En esta evaluación determinó que se debe establecer el caudal de infiltración hacia la excavación prevista, habida cuando de la presencia del nivel freático en el sitio destinado para la construcción de las estructuras correspondiente a la estación de bombeo No 4. Igualmente se atendió las recomendaciones del ingeniero Juan Carlos Vergara, en cuanto que hay que modificar la estructura a una forma circular lo cual implica realizar los ajustes de diseño hidráulico y estructural respectivamente.

(...)

DECIMA TERCERA: EL CONTRATISTA se compromete a devolver el saldo pendiente a la firma del presente acuerdo, o sea la suma de \$38'667.606,44”.

⁶¹ Folios 59 a 62 del cuaderno No. 1 del Tribunal Administrativo de La Guajira.



6.20. El 12 de diciembre de 2012⁶², el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4 le informó al FONADE que efectuó la devolución del anticipo pendiente de amortización del contrato de obra, esto es, la suma de **\$38'667.606,44**, y adjuntó el comprobante de la consignación efectuada a la cuenta de ahorros del FONADE en el Banco de Bogotá. En esa comunicación también se indicó:

“Adicionalmente, autorizo a Fonade mediante la presente, a tomar el valor de la Retención en Garantía a mi favor, por la suma de DIECISIETE MILLONES CIENTO DIECISÉIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON SETENTA CENTAVOS M/CTE. (\$17.116.987,70), con el fin de efectuar la devolución de una parte del anticipo por amortizar del contrato de obra No. AG-GC-CMF-002-2008, que suscribí con Aguas de la Guajira S.A. ESP., para la "CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE BOMBEO No. 04 EN EL MUNICIPIO DE RIOHACHA - LA GUAJIRA", en el marco del convenio de apoyo financiero No. 2060436; de conformidad con lo establecido en el acuerdo de liquidación suscrito el pasado 06 de junio de 2012”.

Prueba adicional

6.21. En el expediente obra el dictamen pericial⁶³ rendido por el ingeniero civil Ronal Vicente Rosado Pinto, quien precisó que el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4 ejecutó el 52,82% de la obra.

7. El análisis de la Subsección y la resolución del caso concreto

Previo a resolver el reproche materia de análisis, la Sala estima oportuno efectuar una serie de precisiones conceptuales acerca de la naturaleza jurídica y a la finalidad que subyace a los convenios interadministrativos.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que, aunque tanto el convenio como el contrato interadministrativo son manifestaciones de la voluntad que involucran a dos entidades públicas, ambos son diferentes, como se pasa a exponer.

En ese sentido, el convenio, cimentado sobre la base de un ánimo colaborativo y en criterios asociativos y de cooperación, debe estar desprovisto de una contraprestación y/o remuneración, por lo que en tal escenario no existe una

⁶² Folio 254 del cuaderno No. 2 del Tribunal Administrativo de La Guajira.

⁶³ Anexo No. 2 del índice No. 2 de Samai del Consejo de Estado.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

contraposición de intereses entre los sujetos que lo suscriben, aunque puede haber un contenido patrimonial, pero no dirigido a retribuir al asociado, sino con el fin de propiciar objetivos comunes⁶⁴.

En efecto, los convenios administrativos están basados en el mandato del artículo 95 de la Ley 489 de 1998⁶⁵, que permite, en virtud de la colaboración que debe preponderar entre las entidades del Estado, la posibilidad de “*cooperar*” mediante la celebración de convenios interadministrativos, de ahí que tiene que haber una coincidencia de fines frente a ambas partes y un ánimo cooperativo, aspecto en el cual es plausible que cada entidad incurra en costos y gastos -*aportes*-, pero sin que se persiga una retribución individual “*pues en tales eventos se estará en presencia de verdaderos contratos*”⁶⁶.

Entre tanto, los convenios interadministrativos están sometidos a los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado, como lo son la transparencia, planeación, buena fe y economía, entre otros, así como a los principios de la función administrativa del artículo 209 constitucional; empero, las reglas de la Ley 80 de 1993 y sus reformas -*Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - EGCAP*- no son de aplicación automática a tales convenios, pues dicha normativa se encarga prevalentemente de prever el régimen de las relaciones contractuales de contenido patrimonial y oneroso, de ahí que en cada caso deba analizarse cuando puede proceder considerar esa normativa de cara a los acuerdos convencionales⁶⁷.

Por su parte, los contratos administrativos, en tanto especie del género contrato estatal, traen consigo el hecho de prestaciones correlativas a cargo de los sujetos

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera: *i*) Subsección A. Sentencia del 22 de octubre de 2021. Radicado 52001-23-33-000-2017-00598-01 (65.978) y *ii*) Subsección C. Sentencias del 24 de abril de 2024. Radicado 44001-23-40-000-2017-00170-01 (67.522) y del 22 de mayo de 2024. Radicado 08001-23-33-000-2019-00226-01 (67.460).

⁶⁵ “Artículo 95. Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro. // Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal”.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de julio de 2016. Radicado 11001-03-06-000-2015-00102-00.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de octubre de 2024. Radicado 70001-23-33-000-2017-00174-01 (63983).



negociales, de ahí que las relaciones negociales no se encuentran sujetas a un objetivo común, pues mientras la contratante busca el cumplimiento de un fin estatal a su cargo, la contratista actúa en procura de ese fin, pero a cambio de una retribución patrimonial por el cumplimiento de la satisfacción de la prestación a la que se obliga⁶⁸, por lo que son bilaterales, onerosos y conmutativos.

Adicionalmente, los contratos interadministrativos se encuentran sometidos por la Ley 80 de 1993 y sus reformas, y la Ley 1150 de 2007 dispuso en el literal c) del numeral 4 de su artículo 2⁶⁹ que habrían de suscribirse mediante el procedimiento de contratación directa, siempre que sus obligaciones tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora y excepto los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación frente a normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia cuando las instituciones de educación superior o sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado o personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas o federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras.

Además de lo anterior, el juez contencioso administrativo se ha encargado de develar la verdadera naturaleza de acuerdos de voluntades que se rotulan como convenios cuando en realidad son contratos o viceversa, para lo cual ha sostenido que, más allá de su denominación, lo relevante para establecer su contenido material es el análisis de aspectos como si se persigue exclusivamente un ánimo colaborativo o si por el contrario cada sujeto tiene intereses individuales y/o obligaciones a su cargo, entre ellas retribuciones económicas y el recibo de un bien o servicio. A su vez, ha advertido que la celebración de contratos en estricto sentido

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 21 de mayo de 2021. Radicado 250002336000 201501315 01 (57822).

⁶⁹ “Artículo 2o. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: [...] 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: a) Urgencia manifiesta; b) Contratación de empréstitos; c) <Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. // Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo [...]”.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

bajo el velo de convenios es una afrenta a la lógica competitiva de los procedimientos de selección que en ocasiones impone acudir a mecanismos como la selección objetiva⁷⁰.

A la sazón, bajo el escenario anterior esta Corporación ha concluido que, en ocasiones, la suscripción de convenios o contratos administrativos cuando se encuentran proscritos para determinados casos y aun así se perfeccionan puede llevar a su nulidad absoluta, *verbi gracia* por aspectos como un objeto ilícito o, a su vez, por situaciones como una expresa prohibición constitucional y legal, lo que evidencia que el juez cuenta con herramientas para, incluso de oficio, retirar ese tipo de decisiones del ordenamiento jurídico por su carácter de espurio y transgresor de los mandatos de selección objetiva⁷¹.

En suma, los convenios y contratos interadministrativos son acuerdos suscritos entre entidades del Estado con sendas diferencias que tienen implicaciones esenciales frente al régimen que les resulta aplicables y la ejecución de su objeto, de ahí que cuando aquellos son impugnados en sede judicial, corresponda develar su alcance real a efectos de verificar que no esté incurso en ninguna circunstancia de nulidad absoluta.

Así las cosas, una vez examinado el acuerdo de voluntades objeto de debate en la presente litis, no se observa que entre los extremos convencionales exista contraposición de intereses de cara a la realización de las labores de mejoramiento acordadas. Por el contrario, se advierte un interés común, toda vez que el mismo objeto del acuerdo de voluntades deja entrever que las partes se unieron para apoyar la ejecución de las obras destinadas a la construcción del sistema de bombeo No. 04 en el municipio de Riohacha – La Guajira; para esos efectos, se previó que el aporte económico suministrado por el Ministerio a través del FONADE, se encaminaría a fortalecer la capacidad financiera del Municipio, para que este, a su vez, contratara las obras destinadas al desarrollo del proyecto del objeto del convenio de apoyo financiero.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 4 de septiembre de 2022. Radicado 76-001-23-31-000-2006-03473-01 (67731).

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 31 de marzo de 2023. Radicado 76001233100020060328401 (58.623).



En ese orden de ideas, la Subsección considera que la estructuración, confección y el diseño del convenio objeto de debate, en efecto está edificada sobre un ánimo colaborativo de las entidades públicas que lo suscribieron, lo cual encaja perfectamente en el criterio asociativo y de cooperación que subyace a todo convenio interadministrativo, así como en el plano de horizontalidad en el que interactúan y se interrelacionan los extremos convencionales.

7.1. Primer problema jurídico: determinar si para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria estipulada en el convenio de apoyo financiero No. 2060436 de 2006 se debía tomar en cuenta su valor total, esto es, la suma de \$870'499.096.

En la sentencia de primera instancia, el tribunal condenó al municipio de Riohacha el pago de \$43.409.213 en favor de la parte actora, por concepto de cláusula penal. Para el efecto, el *a quo* tomó como base el valor que efectivamente fue desembolsado por el FONADE (\$434'092.136) -no el valor total del convenio de apoyo financiero (\$870'499.096)-, suma respecto de la cual calculó el equivalente al 10% que se pactó como cláusula penal.

En su recurso de apelación, la parte demandante insistió en que el tribunal no podía desconocer el contenido de la cláusula penal, en la que se pactó como estimación anticipada de perjuicios el 10% del valor total del convenio (\$870'499.096), pues aquella es ley para las partes y porque el incumplimiento del municipio de Riohacha se enmarcó en una culpa grave, en los términos del artículo 63 del Código Civil.

Sobre el particular, cabe empezar por señalar que esta Corporación⁷² ha reconocido que los convenios interadministrativos, por sí mismos, no excluyen la posibilidad de pactar cláusulas penales dentro de su contenido obligacional. Sin embargo, se ha precisado que dichas cláusulas deben estar incorporadas de tal manera que no se desnaturalice el carácter colaborativo que distingue a este tipo de acuerdos. En efecto, dado que los convenios interadministrativos se fundamentan en la cooperación entre entidades públicas para el cumplimiento de fines comunes, cualquier estipulación sancionatoria debe observar criterios de razonabilidad y

⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 20 de noviembre de 2019, Radicación: 66001-23-33-000-2015-00131-01; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 21 de marzo de 2025, Radicación: 54001- 23-33-000-2018-00084-01 (70.277).



proporcionalidad, y no puede tener un carácter meramente punitivo o coercitivo que contraría la lógica de coordinación y apoyo mutuo que los inspira.

Descendiendo al caso concreto, resulta pertinente destacar lo dispuesto en la cláusula décimo segunda del convenio de apoyo financiero No. 2060436 de 2006 (hecho probado 6.11.), en la que se consignó la cláusula penal, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. CLAÚSULA PENAL: EL MUNICIPIO, en caso de incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el presente convenio, pagará al MINISTERIO, a título de pena, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del aporte del MINISTERIO, pudiendo sin embargo el MINISTERIO procurar la indemnización total de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento”.

Según lo pactado, las partes previeron el monto de la cláusula penal en una suma equivalente al 10% **del valor del aporte del Ministerio**. Esta cláusula debe examinarse en consonancia con lo previsto en las cláusulas sexta y séptima del convenio de apoyo financiero, en virtud de las cuales se estableció que el valor del aporte del Ministerio sería de **\$870'499.096** (hechos probados 6.8. y 6.9.), el cual estaría encaminado al desarrollo del proyecto objeto del convenio. De igual manera, se pactó que el Ministerio desembolsaría los recursos a través del FONADE (hecho probado 6.9.), quien se encargaría de pagar directamente a los contratistas de obras y/o suministros derivados del convenio de apoyo financiero.

Bajo el anterior contexto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1618⁷³ del Código Civil, se advierte que la común intención de las partes, expresada en la cláusula decima segunda del convenio, da cuenta que el Ministerio y el Municipio convinieron tener como base para el pago de la cláusula penal el valor total del aporte a cargo del primero, valor que, en virtud de lo estipulado en las cláusulas sexta y séptima, ascendió a la suma de \$870'499.096, por lo que dicha cifra, ciertamente, debía tomarse como fundamento por parte del tribunal para el cálculo de la cláusula penal. A diferencia de la conclusión a la que llegó el tribunal en la sentencia de primera instancia, del contenido del acuerdo de voluntades no se evidencia estipulación alguna que permita colegir que la base para la tasación de la cláusula penal debía corresponder al valor del aporte efectivamente girado al ente territorial.

⁷³ “ARTICULO 1618. <PREVALENCIA DE LA INTENCION>. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

Sobre este particular, advierte la Sala que en la providencia apelada el tribunal *a quo*, pese a reconocer expresamente que la suma correspondiente a la cláusula penal ascendía a **\$87'049.909** -equivalente al diez por ciento (10 %) del valor total del convenio (\$870'499.096)-, decidió apartarse de la tasación anticipada de perjuicios pactada por las partes. En su lugar, consideró que la base de cálculo debía ser el valor efectivamente desembolsado en ejecución del convenio, esto es, **\$434'092.136**, sobre la base de que, según lo acreditado en el proceso, el proyecto se ejecutó en un 52,82%.

A juicio de la Sala, el tribunal no podía desconocer lo pactado por las partes en relación con la cláusula penal pecuniaria, sustituyendo la base de cálculo acordada por un valor que no se desprende en modo alguno del contenido del negocio jurídico en cuestión. Tal actuación implica una vulneración al principio de autonomía de la voluntad, el cual faculta a las partes para fijar libremente una tasación anticipada de los perjuicios derivados de un eventual incumplimiento contractual⁷⁴.

En consecuencia, le asiste razón al recurrente al sostener que el valor que debió tener en cuenta el tribunal como base para el cálculo de la cláusula penal pecuniaria debía ser el correspondiente al monto del aporte pactado en las cláusulas sexta y séptima del convenio de apoyo financiero, conforme a lo previsto expresamente en su cláusula décima segunda. En efecto, dicho aporte quedó estipulado en la suma de **\$870'499.096** y, por tanto, constituye el valor sobre el cual debe aplicarse el cálculo de la sanción anticipada de perjuicios, sin que resulte procedente acudir a una base distinta, pues dicha circunstancia no quedó prevista en el convenio.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido de tiempo atrás por esta Corporación, es procedente la reducción, disminución y/o graduación de la cláusula penal pecuniaria en los eventos en que se acredite que la obligación principal se cumplió

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 24 de abril de 2020. Radicación: 63001-23-33-000-2018-00132-01 (64154).



parcialmente, tal y como lo prevén los artículos 1596 del Código Civil⁷⁵ y 867 del Código de Comercio⁷⁶. Sobre este aspecto, la Sección Tercera⁷⁷ ha sostenido que:

“Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta -para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen.

No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal -es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena.

La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio (...).

Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad”.

Así las cosas, y más allá del argumento expuesto por la parte recurrente -según el cual no procede la atenuación del valor a reconocer por concepto de la cláusula penal, en razón a que la conducta desplegada por el Municipio se enmarcó en una culpa grave en los términos del artículo 63 del Código Civil-, en el presente caso la Sala considera pertinente verificar si el valor a reconocer por concepto de la cláusula penal pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de equidad y, por tanto, si procede la reducción proporcional de la pena estipulada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio.

En este orden, en el asunto *sub examine* se tiene que el objeto del convenio de apoyo financiero consistió en aunar esfuerzos para apoyar la ejecución de las obras

⁷⁵ **“Artículo 1596.** Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”.

⁷⁶ **“Artículo 867. Cláusula penal.** Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. // Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella. // Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad: 17009.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

destinadas a la construcción del sistema de bombeo No. 04 en el municipio de Riohacha – La Guajira (hecho probado 6.5.), de tal suerte que la ejecución de dichas obras a cargo del Municipio -en su calidad de ejecutor del proyecto- constituía la obligación principal del convenio.

Así las cosas, acreditado que el proyecto alcanzó un avance de ejecución del 52.82%, (hecho probado 6.21.) la Sala estima que la cláusula penal pactada -equivalente al diez por ciento (10 %) del valor total del aporte del convenio-, debe ser objeto de reducción proporcional, de conformidad con lo previsto en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio; no resulta razonable ni jurídicamente justificado imponer la totalidad de la pena cuando la obligación principal fue cumplida de manera parcial.

En consecuencia, el cálculo de la cláusula penal debe realizarse únicamente sobre la porción no ejecutada, equivalente al 47,18% del valor total del aporte del Ministerio (\$870'499.096). Dicho porcentaje, aplicado a la base correspondiente al diez por ciento (10 %) pactado por las partes como cláusula penal (\$87'049.909,60), arroja un valor final de **\$41'070.147,35** por concepto de cláusula penal.

Así las cosas, sería del caso modificar la sentencia apelada para en su lugar reconocer a favor de la parte demandante la suma de \$41'070.141,35, por concepto de cláusula penal, de no ser porque dicha suma es inferior a la reconocida por el tribunal *a quo* en la sentencia apelada -\$43'409.213-. En consecuencia, teniendo en cuenta que la competencia del juez de segunda instancia se encuentra limitada a lo expuesto en el recurso de apelación y al principio procesal de *non reformatio in pejus*, por virtud del cual no podrá agravar o desmejorar la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia, la Sala se ve obligada a confirmar la decisión proferida por el tribunal en la sentencia de primera instancia, en la que condenó al municipio de Riohacha al pago de \$43'409.213 por concepto de cláusula penal, por ser un monto superior en comparación al arribado en segunda instancia⁷⁸.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de noviembre de 2012, Radicación: 44001-23-31-000-2001-00779-01 (25643).



7.2. Segundo problema jurídico: establecer si en la liquidación judicial efectuada por el tribunal a quo, debió haberse ordenado el reintegro de la totalidad de recursos que la parte actora desembolsó en favor del Municipio

El tribunal liquidó judicialmente el convenio de apoyo financiero No. 2060436 de 2006 y, en tal sentido, le ordenó al Municipio reintegrar a la parte actora la suma de **\$35'966.879,757**. Lo anterior, dado que la diferencia entre el valor pagado por FONADE para el desarrollo del contrato de obra (\$434'092.136) y el valor ejecutado del mismo (\$342'340.662) arrojó la suma de \$91'751.474, a la cual se le descontó **(i)** \$38'667.606,44, correspondiente a la devolución del anticipo pendiente por amortización que efectuó el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4 al FONADE, y **(ii)** \$17'116.987,80, correspondiente al valor retenido por concepto de rete garantía, que fue abonado al saldo del anticipo no amortizado.

En su recurso de apelación, la parte demandante insistió en que el Municipio debía reintegrar la totalidad de los recursos invertidos, esto es, la suma de \$434'092.136, pues el hecho de que una parte de los recursos sí hubieran sido ejecutados y que el proyecto objeto del convenio hubiera quedado en un avance del 52.82% no podía ser justificación válida para no ordenar el reintegro de la totalidad de los recursos, pues de nada sirve que el proyecto haya logrado un avance si no es funcional por conductas imputables al ente territorial.

Al efecto, la Sala debe precisar que el único aspecto que fue controvertido por los impugnantes en relación con la liquidación judicial efectuada por el tribunal a quo fue el hecho de que no se hubiera ordenado el reintegro de la totalidad de recursos invertidos en el marco del convenio de apoyo financiero, por lo que el análisis de la Subsección se limitará a ese aspecto.

La Sección Tercera de esta Corporación ha sostenido que *“la liquidación del contrato es una actuación administrativa posterior a su terminación normal o anormal, cuyo objeto es el de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, para así dar finiquito y paz y salvo a la relación negocial”*⁷⁹.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 20 de septiembre de 2007, expediente: 16370.



En similar sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil⁸⁰ ha definido la liquidación de un negocio jurídico, en los siguientes términos:

“La liquidación entonces es un ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de cada uno o se declaren a paz y salvo, según el caso, para extinguir el negocio jurídico celebrado. Tiene por objeto definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes; efectuar un balance de las cuentas y pagos para establecer quién le debe a quién y cuánto, esto es, debe dar fe de su estado económico y de los derechos y obligaciones de las partes; proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar; declararse a satisfacción de las obligaciones o derechos a cargo de las mismas, y finiquitar así el vínculo contractual”.

De este modo, la liquidación del negocio jurídico no es más que la determinación de las acreencias y deudas pendientes, es decir, el balance final de su ejecución, en el que debe establecerse quién le debe a quien y cuánto, una vez finalizado el acuerdo de voluntades.

Así las cosas, si bien la parte recurrente alega que tiene el derecho a que se le reintegre la totalidad de los recursos invertidos en el marco del convenio de apoyo financiero (\$434'092.136), dado que su objeto no se cumplió por causas imputables al municipio de Riohacha, lo cierto es que, de su clausulado no se infiere ese presunto derecho.

En efecto, tras examinar las cláusulas del convenio, la Sala no encuentra que en este se haya estipulado la restitución total de los recursos invertidos en caso de no cumplir con el proyecto objeto del acuerdo convencional. De esta manera, más allá de que el municipio de Riohacha haya incumplido el convenio de apoyo financiero y de que por causas atribuibles a su actuación no se hubiera logrado el cumplimiento del proyecto objeto del convenio, ello no implica, por sí solo, que la parte actora tenga derecho a reclamar la devolución íntegra de los recursos aportados en el marco de dicho convenio, máxime cuando el Municipio, conforme quedó acreditado en el proceso, ejecutó gran parte del valor que le fue desembolsado y otro tanto fue reintegrado por el contratista de obra.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 28 de junio de 2016, expediente: 2253.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

En efecto, en el proceso se tiene que: **(i)** el valor del convenio se pactó en la suma de \$870'499.096 (hecho probado 6.8.); **(ii)** el FONADE desembolsó la suma de \$434'092.136 en virtud del convenio de apoyo financiero (hechos probados 6.15. y 6.18.); y **(iii)** la suma ejecutada por el Municipio ascendió a \$342'340.662 (hecho probado 6.18.).

Ahora bien, en la sentencia de primera instancia, el tribunal *a quo* determinó que la diferencia entre la suma invertida por la parte actora para el desarrollo del contrato de obra y la suma ejecutada en aquel arrojó como resultado \$91'751.474, por lo que, en principio, esa sería la suma ordenada a restituir en favor de la parte actora. No obstante, advirtió que a dicha cifra había que descontar: **(i)** \$38'667.606, por concepto de devolución del anticipo pendiente de amortización del contrato de obra que efectuó el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4 en favor del FONADE (hecho probado 6.20.), y **(ii)** \$17'116.987,70, por concepto de la retención en garantía que el Consorcio Saneamiento Riohacha Estación No. 4 autorizó tomar al FONADE, por devolución de una parte del anticipo por amortizar del contrato de obra (hecho probado 6.20.), aspecto frente al cual la Sala no entrará a emitir pronunciamiento alguno, pues la parte recurrente no reprochó ni cuestionó estos descuentos; en su alzada tan solo se centró en solicitar el reconocimiento del total del valor invertido (\$434'092.136), bajo el entendido de que el proyecto no se ejecutó en su totalidad.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra acertada la conclusión a la que llegó el tribunal *a quo* al liquidar judicialmente el negocio jurídico, pues resulta claro que, en los términos acordados por las partes, el ente territorial no estaba obligado a la devolución de todo el dinero desembolsado por el Ministerio a través del FONADE, pues, según quedó visto, se ejecutaron parte de los recursos y otro tanto fueron reintegrados a la parte actora.

En vista de lo anterior, la Subsección considera que el análisis del tribunal, en el sentido de establecer que el Municipio está en el deber de reintegrarle a la parte actora la suma de **\$35'966.879,757** se ajusta a las previsiones establecidas en el convenio y corresponde a su estado financiero real, resultando en consecuencia acertada la operación aritmética que realizó, de tal suerte que, contrario a lo



señalado por los recurrentes, se ajusta a derecho. Por tanto, el cargo alegado no tiene la vocación de prosperar.

7.3. De la actualización de la condena

En virtud de lo expuesto en precedencia, la Sala confirmará la condena dispuesta por el Tribunal Administrativo de La Guajira en la sentencia de primera instancia, en la que se le ordenó al municipio de Riohacha pagar en favor de la parte actora las siguientes sumas: (i) \$43'409.213 por concepto de la cláusula penal; y (ii) \$35'966.879,757 por concepto del valor a reintegrar, la cuales serán actualizados aplicando la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde:

V_p= Valor presente

V_h= Valor histórico

- **Del valor ordenado por concepto de la cláusula penal: \$43'409.213**

Índice final⁸¹ a la fecha de esta sentencia: 150.30 (junio 2025)

Índice inicial: mes en el que se dictó la sentencia de primera instancia (septiembre de 2021)

$$V_p = 43'409.213 \times \frac{150.30 \text{ (junio 2025)}}{110.04 \text{ (septiembre de 2021)}}$$

$$V_p = 59'291.207,7$$

- **Del valor ordenado por concepto de reintegros dispuesto en la liquidación judicial: \$35'966.879,757**

Índice final⁸² a la fecha de esta sentencia: 150.30 (junio 2025)

Índice inicial: mes en el que se dictó la sentencia de primera instancia, que coincide con aquel en el que se dejaron de actualizar los valores allí dispuestos (septiembre de 2021)

⁸¹ Estos factores corresponden a los índices de precios al consumidor (índices - serie de empalme) que pueden ser consultados en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística: <https://www.dane.gov.co>.

⁸² Estos factores corresponden a los índices de precios al consumidor (índices - serie de empalme) que pueden ser consultados en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística: <https://www.dane.gov.co>.



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

$$V_p = \$35'966.879,757 \times \frac{150.30 \text{ (junio 2025)}}{110.04 \text{ (septiembre de 2021)}}$$

$$V_p = 49'125.972,62$$

En consecuencia, la Sala modificará la sentencia del 30 de septiembre de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pero sólo en cuanto a la actualización de los valores que le fueron ordenados pagar al municipio de Riohacha en favor de la parte actora por concepto de la cláusula penal y por concepto del dinero a reintegrar. Por lo demás, la sentencia de primera instancia se mantendrá incólume.

8. La condena en costas en segunda instancia

De conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA⁸³ -*adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021*- y en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del CGP⁸⁴, procede la condena en costas a cargo de la parte a la que se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, siempre y cuando “*en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”.

Bajo este entendido, se condenará en costas en segunda instancia a la demandante, pues interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y aquel no prosperó, y su liquidación la hará de manera concentrada el *a quo*, en los términos de los artículos 365.8 y 366 del CGP. Para tal efecto, el tribunal *a quo* deberá tener en cuenta que en esta instancia no se fijarán agencias en derecho, dado que la demandada no intervino en segunda instancia⁸⁵, de tal manera que aquellas no se entienden causadas.

⁸³ “Artículo 188. Condena en costas [adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021]. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”.

⁸⁴ “Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto [...] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 5 de marzo de 2021. Radicado 17001233300020120017601 (51034).



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 30 de septiembre de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, la cual quedará así:

“PRIMERO. - DECLARAR el incumplimiento por parte del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha de las obligaciones contractuales a su cargo derivadas del convenio de apoyo financiero No. 2060436 del 26 de enero de 2006, suscrito entre este y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) - Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE), de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO. - En consecuencia de lo anterior, se **CONDENA** al Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha a pagar al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio), la suma de CINCUENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL DOSCIENTOS SIETE PESOS CON SIETE CENTAVOS (\$59'291.207,7), por concepto de cláusula penal, pactada en el convenio de apoyo financiero No. 2060436 del 26 de enero de 2006.

TERCERO. - DECLARAR liquidado judicialmente el convenio de apoyo financiero No. 2060436 del 26 de enero de 2006, celebrado entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) - Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE), y el Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO. - En consecuencia, de lo anterior, se **CONDENA** al Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha a pagar al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio), la suma de CUARENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS (\$49'125.972,62), por concepto de reintegros del convenio de apoyo financiero No. 2060436 del 26 de enero de 2006.

QUINTO. - ORDENAR al Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha a darle cumplimiento a la presente sentencia en los términos establecidos en los artículos 192 y 194 del CPACA.

SEXTO. - NO CONDENAR EN COSTAS en primera instancia, conforme a lo indicado en la parte motiva de la sentencia.

SEPTIMO. - NEGAR las demás pretensiones de la demanda”.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en segunda instancia a la parte demandante,



COMPARTIDO POR:



Radicación: 440012340000201400081-01 (68897)
Demandantes: Nación - Ministerio de Vivienda y otro

las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y tomando en consideración lo dispuesto en los artículos 365.8 y 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Por intermedio de la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación, en firme la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente de este proceso al Tribunal de origen para lo de su cargo y, acto seguido, **FINALIZAR** y **ARCHIVAR** esta actuación en la plataforma tecnológica SAMAI del Consejo de Estado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Consejera de Estado

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Consejero de Estado

VF/AC4