

Compartido por:



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., cinco (5) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación número: 230012333000201400057-01 (58883)

Actor: FONADE y otro

Demandado: Municipio de Montería

Acción: Controversias contractuales

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandantes contra la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE¹ y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) presentaron demanda en contra del municipio de Montería en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en cuyas pretensiones pidieron que se declarara el incumplimiento de la entidad territorial respecto de las obligaciones derivadas del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006 y su condena al reembolso de la suma entregada y a la indemnización de perjuicios, convenio que finalizó el 30 de junio de 2011 y no fue liquidado.

¹ Esta entidad pasó a denominarse Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial-ENTerritorio en virtud del Decreto 495 del 20 de marzo de 2019 y se transformó en una sociedad por acciones, del tipo de las anónimas, cuya razón social será Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial S. A., la cual formará una persona jurídica distinta de sus accionistas, sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con domicilio en la ciudad de Bogotá, D. C., de la Rama Ejecutiva del orden nacional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto-ley 1962 del 15 de noviembre de 2023.

ANTECEDENTES

Demanda

1. El 21 de febrero de 2014, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) presentaron demanda en contra del municipio de Montería en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, en cuyas pretensiones pidieron (f. 9, c. 1):

PRIMERA: Que se declare la Responsabilidad del Municipio de Montería – Córdoba, por el incumplimiento del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006 **CELEBRADO 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 MONTERÍA (CÓRDOBA), cuyo objeto era (sic).**

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, el Municipio de Montería (Córdoba) deberá pagar a FONADE la suma de **SIETE MIL CIENTO VEINTIDÓS MILLONES CIENTO CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA PESOS MCTE (\$7.122.105.540)**, 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 (sic) de la Primera Pretensión Principal también se ordene el pago de la suma de **SETECIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$720.000.000) M/CTE.,** por concepto de Cláusula Penal, por incumplimiento del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006.

Las anteriores condenas podrán ser consignadas a la cuenta (...) a nombre de FONADE, o a la cuenta que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio indique (...).

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que en el evento de no ordenarse el pago de la Cláusula Penal, por incumplimiento del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006 por parte del Municipio de Montería, por su Despacho se ordene un Dictamen Pericial (Art. 218 ley 1437 de 2011) 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 Montería -Córdoba.

CUARTA: Que los recursos no ejecutados por FONADE, por valor de **SETENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA PESOS M/CTE (\$77.894.460)** deben ser liberados y restituidos al Convenio No. 27 de 2004 – (194048 de FONADE), por parte de FONADE.

QUINTA: Que se liquide el Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006 **CELEBRADO 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 MONTERÍA (CÓRDOBA).**

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

SÉPTIMA: *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.*

2. En los hechos, la parte actora dio cuenta de la celebración del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006² entre las entidades demandantes: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (luego Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, y la demandada: municipio de Montería, cuyo objeto fue *“Aunar esfuerzos entre el MINISTERIO, FONADE y el MUNICIPIO para apoyar la ejecución de las obras correspondientes al proyecto ‘CONSTRUCCIÓN PRIMERA ETAPA DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO SANITARIO DE LA MARGEN IZQUIERDA DE LA CIUDAD DE MONTERÍA, CÓRDOBA’”*.

3. Dicho convenio fue por valor de \$7.200'000.000 aportados por el ministerio a través de FONADE, amparados por el Convenio Interadministrativo No. 27-194048 del 22 de octubre de 2004 y la entidad ejecutora fue el municipio de Montería, a través de Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P., con una interventoría técnica, administrativa y financiera que fue contratada por FONADE, quien también administró los recursos.

4. En desarrollo del anterior convenio, Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P. celebró el Contrato de Obra No. PAM 071 de 2007 con el Consorcio Ingresa Montería cuyo objeto fue el *“proyecto de construcción de la primera etapa del sistema de alcantarillado sanitario de la margen izquierda de la ciudad de Montería. Construcción estación de bombeo de aguas residuales El Dorado y líneas de impulsión entre la estación de bombeo El Dorado y la laguna y el río Sinú y entre la estación Ribera y el colector Dorado Grupo I”*, en el cual, según el acta de liquidación -del 25 de julio de 2011-, la contratante aportó \$504'151.820 y el ministerio a través de FONADE, la

² Ese convenio del que hizo parte la entidad territorial, fue celebrado con fundamento en el Convenio No. 194048 celebrado entre FONADE y el mencionado ministerio, con el objeto de *“Prestar los servicios técnicos, jurídicos, administrativos y realizar las acciones necesarias para ejecutar la gerencia de la Interventoría técnica, administrativa y financiera de 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”*.

Compartido por:



Radicación número: 230012333000201400057-01 (58883)

Actor: FONADE y otro

Demandado: Municipio de Montería

suma de \$3.790'910.053; y el Contrato de Obra No. PAM-PC-LC-064 de 2008 con el consorcio Ingesa Laguna para la *“construcción de la laguna facultativa de la margen izquierda y colector matriz barrio El Dorado Grupo II”*, en el que la contratante aportó \$274'201.645 y el ministerio, a través de FONADE, la suma de \$2.667'273.884.

5. En relación con los dos anteriores contratos, se presentaron modificaciones en el proyecto, que implicaron obras adicionales, mayores y menores cantidades de obra y/o la supresión de ítems, lo cual implicó la reformulación del proyecto y la modificación del plan financiero y que contó con la aprobación del Ministerio a través de FONADE, modificaciones entre las cuales se hallaba la no construcción -en el segundo contrato- del colector matriz El Dorado.

6. Así mismo, las obras de los dos contratos fueron recibidas a satisfacción por parte de las interventorías, aunque la del Contrato 071 de 2007 manifestó que su funcionalidad requería de la construcción del Colector Juan XXIII, cuya financiación estaría a cargo de la CVS.

7. Proactiva informó el 13 de noviembre de 2012 la suspensión del contrato de obra con el cual se adelantaban las obras relacionadas con el Interceptor Juan XXIII contratadas por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge CVS.

8. Por lo anterior, a la fecha de la demanda el proyecto no estaba en funcionamiento, *“en razón a que hacen falta obras que está adelantando la CVS, dentro de las cuales están las pruebas hidrostáticas de la tubería que compone el colector matriz El Dorado, obra que está contemplada dentro del proyecto interceptor Juan XXIII y que al momento de ser terminada deben efectuarse”*.

9. Como resultado de las modificaciones efectuadas al proyecto, tampoco se instaló parte de la tubería adquirida para la ejecución de los contratos, por lo que el Ministerio solicitó el reintegro de su valor -\$102'483.000-, a lo que Proactiva respondió que estaba en disposición de entregar los sobrantes de tubería que se hallaban almacenados en una bodega.

10. Como consecuencia de todo lo anterior, sostuvo la demandante que la obra ejecutada en virtud del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 no era funcional pese a haber transcurrido dos años desde su fecha de terminación, y el municipio de

Montería no fue diligente frente a los múltiples requerimientos del Ministerio, FONADE y la interventoría, respecto de las actividades que le correspondían en calidad de ejecutor del convenio, lo que impidió la terminación y funcionalidad del mismo.

11. Manifestó que el municipio había incumplido especialmente las obligaciones 13 y 14 de la Cláusula Tercera del Convenio: *“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 realicen el Ministerio y/o Fonade sobre el desarrollo del objeto del presente convenio”*.

12. Por lo expuesto y de acuerdo con los lineamientos generales dados en comités de conciliación del Ministerio y de Fonade para las liquidaciones judiciales de los convenios de apoyo financiero derivados del Convenio Marco No. 27-194048, se debía imponer a cargo del municipio el pago de \$720'000.000 (equivalente al 10% del valor del aporte del Ministerio) como valor total de la cláusula penal, y \$7.122'105.540 correspondiente al valor ejecutado de los recursos aportados por la Nación al proyecto, lo que incluye el valor de la tubería suministrada, pagada y no instalada.

Trámite de primera instancia

13. La demanda fue admitida mediante auto del 12 de junio de 2014 y en ella se ordenó su notificación a la parte demandada y al ministerio público (f. 240, c. 1).

14. **El municipio de Montería** contestó la demanda y se opuso a las pretensiones. Aceptó algunos hechos, negó otros y se atuvo a lo que resultara probado respecto de los demás. Propuso las siguientes excepciones:

14.1. Silencio administrativo positivo en materia contractual: fundada en la falta de respuesta expresa del FONADE ante la petición elevada por la sociedad Proactiva S.A. E.S.P. -a través del consorcio Concep Ltda. Ecovías Ltda.-, en el sentido de que en el proyecto no se ejecutara la construcción del canal colector matriz, dado que esa obra sería financiada y realizada por la Corporación de los Valles del Sinú y San Jorge CVS, solicitud que fue aceptada expresamente por la interventoría y tácitamente por el FONADE al no oponerse a ella, razón por la cual si había tipo de responsabilidad, también debía vincularse a la interventoría y a la mencionada entidad, que con su silencio avaló la petición;

14.2. Cumplimiento de las responsabilidades a cargo del municipio de Montería y cumplimiento del objeto contractual: Sostuvo que luego de múltiples reformulaciones al objeto del proyecto y diferentes suspensiones de las obras por hechos no atribuibles a la administración municipal, las obras fueron entregadas y avaladas por la interventoría, por lo que no se entiende la pretensión de devolución de los recursos que fueron invertidos en las mismas. Y que el hecho de que exista algún inconveniente por parte de la CVS en la entrega a Proactiva S.A. E.S.P. de una de las obras, que fue financiada con recursos de esta corporación, podría conllevar a un posible incumplimiento del contratista que no se le puede imputar al municipio de Montería como tampoco se puede desconocer que los dineros provenientes del convenio fueron debidamente invertidos en su totalidad. Por otra parte, afirmó que aunque estaba en ejecución la terminación de las obras por parte de la CVS, las mismas ya eran funcionales y se encontraban en perfecto estado y finalmente, sobre la tubería sobrante, se encontraba almacenada y a disposición para ser reintegradas a FONADE y al ministerio; y

14.3. Ausencia de medios probatorios: Por cuanto no se hallaban en el plenario pruebas de todos los hechos aducidos en la demanda como incumplimientos de la entidad demandada o la falta de funcionalidad de la obra (fl. 247, c. 1).

14.4. Como excepción previa: que se verifique si la demanda fue presentada oportunamente y si se podía evitar la conciliación prejudicial exigida en el artículo 161 del CPACA.

Audiencia inicial

15. El 6 de marzo de 2015 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el numeral 1° del artículo 180 del CPACA (fl. 347, c. 1). En desarrollo de la audiencia se declaró no probada la excepción de caducidad de la acción y de conciliación prejudicial, por cuanto carecieron de sustentación en su proposición y se resolvió dejar para el momento de dictar sentencia, la decisión sobre las demás excepciones propuestas por la demandada.

16. Se fijó así mismo el litigio, el cual se limitaba a determinar si existe o no responsabilidad por parte del municipio de Montería por el incumplimiento del convenio de apoyo financiero No. 2060220 de 2006 celebrado entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y

Territorio), FONADE y el municipio de Montería-Córdoba y si, como consecuencia de ello, deberá la entidad demandada hacer devolución de los dineros de los recursos ejecutados del aporte efectuado por la nación a través de FONADE al proyecto debidamente indexados y/o actualizados así como el pago de la cláusula penal derivada del presunto incumplimiento del convenio y el dinero de los recursos no ejecutados por FONADE.

17. Se incorporaron al proceso las pruebas allegadas por las partes intervinientes, se decretaron las pedidas y se fijó fecha para la audiencia de práctica de las pruebas.

Audiencia de pruebas y alegatos

18. La audiencia se celebró el 28 de abril, 27 de agosto y 4 de septiembre de 2015, en la que, de conformidad con lo previsto en el artículo 181 del CPACA, se recaudaron e incorporaron las pruebas decretadas en la audiencia inicial. Igualmente se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, informando a las partes y al Ministerio Público sobre la posibilidad de presentar sus alegaciones por escrito (fl. 435, 564 y 569, c. 1).

19. En sus alegatos, **el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio** insistió en el incumplimiento de las obligaciones a cargo del municipio de Montería con ocasión del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006, como resultado del cual el proyecto objeto de dicho convenio no es funcional, poniendo en riesgo los recursos del Estado que fueron aportados en beneficio de la comunidad, tal y como resultó probado en el plenario y que era necesario liquidar el convenio tripartito para establecer el corte de cuentas y la recuperación de los recursos por parte del ministerio, teniendo en cuenta que éste sí había cumplido con sus propias obligaciones más no así el ejecutor de los recursos (f. 587, c. 1).

20. **FONADE** reiteró los argumentos de la demanda en relación con responsabilidad contractual del municipio de Montería por la no terminación, luego de varias reformulaciones, de las obras del proyecto y la falta de puesta en marcha de las mismas, y por la no devolución de la tubería sobrante que había sido adquirida con recursos provenientes del convenio de apoyo del cual dicha entidad territorial hizo parte y en el que asumió la obligación de adoptar todas las acciones necesarias para asegurar la operación, mantenimiento y buen servicio del proyecto (fl. 592, c. 1).

21. El **municipio de Montería** en sus alegaciones finales sostuvo que, de acuerdo con las pruebas recaudadas, las obras objeto de los contratos celebrados para su ejecución y derivados del convenio de apoyo suscrito con las entidades demandantes sí fueron ejecutadas a cabalidad, recibidas a satisfacción, se hallaban en operación y eran totalmente funcionales. Y que el colector matriz, que no había entrado en funcionamiento aún, fue contratado por la CVS luego de que la empresa Proactiva S.A. E.S.P. solicitara -con aprobación de la interventoría- autorización para que esta obra no se hiciera con cargo al convenio sino se dejara en manos de dicha entidad, a lo que FONADE no se pronunció expresamente, configurándose así un silencio administrativo positivo. No obstante, los recursos provenientes del convenio financiero 2060220 de 2006 fueron ejecutados en su totalidad en las obras necesarias para poner en funcionamiento el sistema de alcantarillado sanitario en la margen izquierda de la ciudad de Montería, y se comprobó que las mismas funcionaban y operaban por completo, por lo que no era cierto que el municipio hubiera incumplido con el referido convenio pues la parte faltante era del resorte de la CVS, por lo que reiteró su solicitud de denegatoria de las pretensiones de la demanda (f. 597, c. 1).

La sentencia de primera instancia

22. El 3 de noviembre de 2016, el Tribunal Administrativo de Córdoba dictó sentencia en la que decidió i) declarar no probada la excepción propuesta por el municipio de Montería denominada "*silencio administrativo positivo en materia contractual*", ii) liquidar judicialmente el convenio de apoyo financiero No. 2060220 de 2006 celebrado entre el FONADE, Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) y el municipio de Montería, iii) ordenar el reintegro, por parte del municipio de Montería y a favor del FONADE, de 289,50 metros lineales de tubería de 36" no instalada en el colector matriz, y iv) declarar no probadas las excepciones propuestas por el municipio denominadas "*cumplimiento de las responsabilidades a cargo del municipio de Montería*" y "*cumplimiento del objeto contractual y ausencia de medios probatorios consagrados en el artículo 211 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 del Código General de Proceso*" (sic) y en consecuencia, negar las demás pretensiones de la demanda (f. 609 a 635, c. ppl.).

23. Lo decidido por el *a-quo* obedeció a que encontró probado en el plenario que la obligación principal del municipio de Montería y derivada del convenio de apoyo financiero celebrado con las demandantes había consistido en desarrollar toda la etapa precontractual y contractual para la construcción de la primera etapa del sistema

Compartido por:



Radicación número: 230012333000201400057-01 (58883)

Actor: FONADE y otro

Demandado: Municipio de Montería

de alcantarillado sanitario de la margen izquierda de la ciudad y, en consecuencia, que las obras contratadas cumplieran con las especificaciones técnicas y legales para su funcionamiento, obligación que debía cumplir dentro del plazo estipulado y que fue prorrogado hasta el 30 de junio de 2011.

24. Así, se acreditó que el municipio contrató con la empresa Proactiva S.A. ESP para ejecutar las obras, por lo que dicha empresa, a su vez, celebró con el consorcio Ingesa Montería los contratos PAM-071-2007 del 11 de diciembre de 2007 -para la construcción de la primera etapa del referido sistema de alcantarillado sanitario- y PAM-PC-LC-064-2008 -para la construcción de la laguna de la margen izquierda y el colector matriz del barrio El Dorado-, contratos que fueron objeto de prórrogas y suspensiones avaladas por las partes y el interventor.

25. Encontró que en relación con el contrato PAM-PC-LC-064-2008, la empresa Proactiva, el 17 de julio de 2009, solicitó al FONADE autorización para que no fuera construido el lecho de secado de lodos por valor de \$426'899.101 a fin de compensar con las mayores cantidades de obra necesarias para concluir las excavaciones de la laguna y que la sociedad se comprometía a realizar el referido lecho con sus propios recursos.

26. Y el 20 de agosto del mismo año pidió, respecto del mismo contrato, la exclusión del valor correspondiente a la construcción del colector matriz, dado que ese componente estaba incluido dentro del proyecto de construcción del interceptor Juan XXIII del alcantarillado sanitario de la margen izquierda de la ciudad de Montería presentado por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge CVS ante el Ministerio de Vivienda y Medio Ambiente y se encontraba en proceso de evaluación para su viabilización, solicitud que la interventoría envió al FONADE, por cuanto era una obra que financiaría la CVS, indicando su conformidad con la misma, pues esa exclusión permitiría utilizar tales recursos para ejecutar mayores cantidades de obras y obras adicionales requeridas para el óptimo funcionamiento de la obra construida, para lo cual se enviaron al FONADE los cuadros visibilizando las modificaciones propuestas y señalando que *“la instalación del colector matriz el Dorado no se ejecutará debido a la consecución de otra fuente de financiación (CVS) que permitirá la construcción de los tramos faltantes del colector Dorado, solo se suministrarán 289,5 ml de tubería de 36”, el valor del contrato se reduce en \$487.395.641”* y se informó sobre la compensación que se haría sobre el mayor valor del entibado metálico que se llevaría a cabo.

27. Así mismo, que el ministerio informó al FONADE el 2 de diciembre de 2009 la aprobación de la reformulación del proyecto tal y como se ejecutó, por lo que, a juicio del Tribunal, no era dable predicar incumplimiento alguno con relación a la no construcción del colector matriz del Barrio El Dorado de Montería pues tal obra no dependía de las obligaciones asumidas por el municipio de Montería, una vez se aceptó por las entidades demandantes la reformulación de los proyectos. Además, que esta aceptación -expresa, por lo que no hubo silencio positivo- produjo confianza legítima en los intervinientes del contrato en cuanto a que la obra relacionada con el colector matriz no se llevaría a cabo y desconocer esta circunstancia, atentaría contra el principio de la buena fe consagrado en los artículos 28 de la Ley 80 de 1993, 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

28. Así, al asumirse la reformulación del proyecto y aceptar que Proactiva S.A. ESP no ejecutara la referida obra sino que lo hiciera la CVS, quien además presentó un informe explicando las razones justificativas de que aún no se hubiera terminado la misma -inconvenientes de tipo climático y de estructura de suelo en el sitio de construcción del colector matriz-, era evidente que no existía responsabilidad alguna de la entidad territorial demandada y por lo tanto no estaba en la obligación de devolver la suma de \$7.122'105.540 reclamados por las demandantes como costo total del proyecto, dinero que efectivamente se ejecutó.

Recurso de apelación

29. Las entidades demandantes apelaron la decisión de primera instancia y solicitaron revocarla para que, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

30. **FONADE** se refirió al papel que tuvo el municipio de Montería en la ejecución del proyecto objeto del presente litigio, en cuanto fue a iniciativa suya que se llevó a cabo el proyecto, teniendo en cuenta el sistema de *ventanilla única* utilizado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para apoyar a los entes territoriales en las iniciativas que estos presentaran para la prestación eficiente de los servicios relacionados con el saneamiento básico, sistema conforme al cual el ente territorial debía presentar las propuestas debidamente diseñadas y documentalmente soportadas, sin que el ministerio se hiciera responsable por la calidad de los estudios y diseños presentados para emitir el concepto de viabilidad que serían utilizados para la construcción de las obras. Por ello sostuvo que no compartía el criterio del *a-quo*

de que al municipio sólo le correspondía como obligación desarrollar la etapa precontractual y contractual del proyecto, ya que sus obligaciones, en conjunto, apuntaban al cumplimiento del objeto a cabalidad. Es decir que su obligación principal consistía en ejecutar un proyecto, al que se le hicieron ajustes por iniciativa de Proactiva S.A. E.S.P a nombre del municipio de Montería, no de FONADE o el ministerio (f. 651, c. ppl.), que obedecieron a las inexactitudes y falencias del proyecto elaborado por la entidad territorial.

31. Agregó que hubo otras obligaciones del municipio de Montería consignadas en el convenio de apoyo financiero que no fueron valoradas por el *a-quo* de manera conjunta, como las enlistadas en los numerales 10, 13 y 18 de la respectiva cláusula, relacionadas con la consecución de los recursos necesarios para asegurar la terminación del objeto del convenio, la adopción de las acciones necesarias para asegurar la operación, mantenimiento, sostenibilidad y buen servicio del proyecto y la garantía de la calidad de las obras ejecutadas, obligaciones que el municipio incumplió, pues las obras ejecutadas no permiten que todos sus componentes funcionen de manera acorde con su capacidad.

32. Adujo que el único suscriptor del convenio y por tanto el único responsable frente al ministerio y FONADE, fue el municipio de Montería, sin que constituyera un eximente de responsabilidad la contratación de este con terceros o la ejecución de obras relacionadas con el proyecto por parte de un tercero (como lo fue la CVS), por lo que se equivocó el tribunal al considerar que la eliminación de componentes del proyecto significó la aceptación o aprobación de su no ejecución.

33. Afirmó que en la demanda no se predicaba el incumplimiento del municipio por la no ejecución de algunos componentes del proyecto, sino que se solicita la declaratoria de incumplimiento del convenio, al no encontrarse en funcionamiento en su totalidad a la terminación del mismo, lo que quedó en evidencia con la realización del dictamen pericial.

34. Por otra parte, consideró que el municipio debía restituir los valores de la tubería que no fue utilizada en la obra, ya que la misma fue devuelta por el contratista a la empresa Proactiva -la contratante de la obra- a pesar de que eran elementos que, según el diseño, debieron ser incorporados al proyecto y su suministro fue financiado a través de recursos asignados por la Nación al convenio de apoyo financiero. En estas condiciones, no era procedente que en vez de penalizar la actitud negligente del

municipio y/o la entidad prestadora de servicios, se ordenara la entrega de esa tubería -que debía estar ya en mal estado- al FONADE, obligándolo a incurrir en gastos de bodegaje para la misma.

35. El **Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio** (antes Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial) pidió revocar los numerales tercero y cuarto de la sentencia, dado que no era dable ordenar la devolución de la tubería que no se instaló en el colector matriz del barrio El Dorado, sino el valor de todo lo ejecutado, pues ese avance de obra no cumplió con el objeto del Convenio No. 2060220 de 2006. Al respecto, planteó idénticos argumentos a los del FONADE, en relación con el incumplimiento, por parte del municipio de Montería, de todas las obligaciones derivadas del convenio y que le correspondían como ejecutor, las cuales apuntaban a la finalización de las obras y su total funcionalidad, razón por la cual debía restituir al ministerio los recursos invertidos en las mismas (f. 655, c. ppl.).

36. El 23 de febrero de 2017 se llevó a cabo diligencia de conciliación ante el *a-quo*, la cual se declaró fallida por ausencia de ánimo conciliatorio (f. 688, c. ppl.).

Trámite en segunda instancia

37. Después de admitido el recurso mediante el auto del 20 de abril de 2017, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para lo de su cargo mediante providencia del 13 de julio de 2017, oportunidad en la cual las entidades demandantes replicaron los argumentos de sus recursos de apelación y el municipio de Montería reiteró que sus obligaciones fueron cumplidas y los recursos provenientes del convenio fueron debidamente invertidos en las obras para las cuales fueron destinados, y que si bien el sistema no se encontraba funcionando en su totalidad, era porque el colector El Dorado, financiado por la CAR CVS no había sido entregado en virtud de toda clase de inconvenientes que han impedido que el contratista entregue a satisfacción (fls. 699, 702, 705, 707 y 715, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

Jurisdicción y competencia

38. En virtud de lo dispuesto en el artículo 104 del CPACA³, el Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, toda vez que dentro de las

³ El artículo 104 del CPACA estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones

pretensiones de la demanda se pidió la declaratoria de incumplimiento de un convenio interadministrativo celebrado por tres entidades del Estado.

39. Así mismo le corresponde a la Sala resolver el presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 150 del CPACA, modificado por el artículo 615 de la Ley 1564 de 2012, norma vigente al momento de presentación de la demanda⁴, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Córdoba y de conformidad con la estimación de las pretensiones realizada en la demanda⁵, según las previsiones de los artículos 152 y 157 del mismo código.

La legitimación en la causa

40. El municipio de Montería se encuentra legitimado en la causa por pasiva y el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE están legitimados por activa, toda vez que las tres entidades fueron signatarias del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006, negocio jurídico cuyo incumplimiento por parte de la entidad territorial demandada se pidió en el libelo introductorio.

Oportunidad de la demanda

41. La caducidad es la consecuencia jurídica prevista en la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda, pudiendo ser declarada, incluso, de oficio. Corresponde a una figura jurídica

y operaciones sujetos al derecho administrativo en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

⁴ “Artículo 150. 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 del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia (Este inciso fue posteriormente modificado por el artículo 26 de la Ley 2080 de 2021, la cual no resulta aplicable al presente caso, pues de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 86, dicha ley “(...) rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley”.

⁵ La mayor de las pretensiones ascendió a \$7.122'105.540, por concepto de la devolución de la totalidad de los recursos ejecutados del aporte efectuado por la Nación al Proyecto, mientras que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del CPACA, para conocer en primera instancia en los tribunales procesos de controversias contractuales la cuantía es de 500 SMLMV, lo que equivalía, para la época de presentación de la demanda -21 de febrero de 2014, cuando el salario mínimo era de \$616.000 (Decreto 3068 de diciembre 30 de 2013)-, a \$308'000.000.

de orden público a través de la cual el legislador impone limitaciones temporales razonables al derecho subjetivo de acceso a la administración de justicia, en aras de evitar la indefinición de las situaciones jurídicas materia de controversia entre las partes⁶ y, de esta manera, brindar protección de un interés general representado en la seguridad jurídica, la confianza legítima y el debido proceso, en tanto una vez surtido el término de caducidad de la acción legalmente establecido, ésta ya no se podrá incoar por el interesado y se habrá perdido la facultad de acceder a la jurisdicción.

42. Como lo ha recordado la Sala, “(...) *el fenómeno de la caducidad y su eventual configuración, corresponde a un presupuesto del derecho de acción, invariable, irrenunciable, improrrogable e insubsanable, sujeto únicamente a la ocurrencia del hecho definido en la ley y el consecuente paso del tiempo, y que, por tanto, es susceptible de ser analizado y advertido de oficio en la sentencia⁷ como verificación de un elemento esencial y preexistente para poder decidir el fondo del asunto (...)*⁸. Conforme con lo expuesto, procede la Sala a constatar si, en el presente caso, la demanda fue presentada en tiempo.

43. El artículo 164 del CPACA, en relación con el término de caducidad de las controversias relativas a contratos, dispone:

ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. *La demanda deberá ser presentada:*

(...)

2. *En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:*

(...)

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

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 19 de julio de 2017, expediente 57932 y sentencia del 9 de mayo de 2012, expediente 21.906, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷ [40] “Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Expediente. 51.667, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico”.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de octubre de 2022, expediente 58063, C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta; iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

iv) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga.

Naturaleza jurídica del convenio celebrado

44. En el presente caso, la demanda sostuvo que el municipio de Montería incumplió las obligaciones del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006, pues el mismo se terminó sin que se hubieran culminado las obras correspondientes al proyecto de construcción de la primera etapa del sistema de alcantarillado sanitario de la margen izquierda de la ciudad de Montería, Córdoba, que era el objeto del referido convenio, por lo que debía ser restituido el valor total entregado a la entidad territorial en virtud del acuerdo de voluntades; además, que el municipio no reintegró al FONADE el valor de la tubería que había sido adquirida con recursos del convenio pero que no fue instalada en las obras.

El convenio interadministrativo objeto de la presente controversia, celebrado entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, FONADE y el municipio de Montería, cuyo objeto fue *“aunar esfuerzos entre el MINISTERIO, FONADE y EL MUNICIPIO para apoyar la ejecución de las obras correspondientes al proyecto ‘CONSTRUCCIÓN PRIMERA ETAPA DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO SANITARIO DE LA MARGEN IZQUIERDA DE LA CIUDAD DE MONTERÍA, CÓRDOBA’*, correspondió a un negocio jurídico de aquellos regulados en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998.

La Ley 80 de 1993, con la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007, tan solo se refiere a la denominación de contrato interadministrativo sin aludir a los convenios, pero, el artículo 2.2.1.2.1.4.4. del Decreto reglamentario 1082 de 2015, al regular la forma de selección de los contratos y convenios interadministrativos, los menciona y los equipara.

No obstante, la Corporación se ha encargado de diferenciarlos⁹, para establecer que no es posible la aplicación automática de la Ley 80 de 1993 a los convenios interadministrativos, sobre lo cual ha explicado¹⁰:

[E]s preciso señalar que los convenios interadministrativos se someten a los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado (transparencia, planeación, buena fe, entre otros) y, obviamente, a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 CP (moralidad, economía, celeridad, entre otros), en virtud del carácter vinculante de los mismos, dentro del contexto de un ánimo de cooperación que se refleja en el plano de igualdad o equivalencia en que se celebran y ejecutan, lo que significa ausencia de prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra. Ahora, dada la naturaleza jurídica explicada de los convenios interadministrativos, las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenidas en la actualidad en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, no resultan de aplicación automática a tales convenios, toda vez que ese Estatuto lo que esencialmente regula son relaciones contractuales de contenido patrimonial y oneroso. En tal sentido, en cada caso concreto deberá analizarse, de conformidad con la naturaleza jurídica, objeto y finalidad que se pretende cumplir o desarrollar con el respectivo convenio, si la disposición correspondiente del Estatuto Contractual es aplicable o no.

En esa dirección, esta Subsección ha destacado que por la naturaleza asociativa de los convenios interadministrativos regulados por el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, estos deben “*autorregularse por sus propias estipulaciones, producto del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las entidades cooperantes, sin que pueda hacerse prevalecer la aplicación de regímenes o normas incompatibles con dicha finalidad*”¹¹.

Y, en un caso reciente, similar al de autos, dijo la Sala¹²:

23. De la necesidad de pacto expreso para que proceda el trámite liquidatorio de los convenios interadministrativos del artículo 95 de la Ley 489 de 1998¹³

⁹ Ha entendido que los convenios interadministrativos son “*aquellos acuerdos de voluntades celebrados por la entidad con personas de derecho público, que tienen por objeto el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias de la entidad, para el logro de objetivos comunes. Los Convenios pueden no tener un contenido patrimonial, en términos generales y en ellos no se persigue un interés puramente económico. Con ellos se busca primordialmente cumplir con objetivos de carácter general, ya sean estos sociales, culturales o de colaboración estratégica*” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de mayo de 2012, exp. 22.828, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz, mientras que el contrato interadministrativo es “*aquel negocio jurídico celebrado entre dos entidades públicas, mediante el cual una de las dos partes se obliga para con la otra a una prestación (suministro de un bien, realización de una obra o prestación de un servicio), por la que, una vez cumplida, obtendrá una remuneración o precio*” Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 26 de julio de 2016, expediente 2.257, C.P. Álvaro Namén Vargas.

¹⁰ *Ibíd.* En el mismo sentido, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de junio de 2019, expediente 25000-23-37-000-2010-02552-01 (AP), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de julio de 2022, expediente 66.594, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1 de diciembre de 2023, expediente 58442, C.P. María Adriana Marín.

¹³ [7] “*Para el desarrollo del presente acápite se ha tomado las consideraciones de la Subsección, en la sentencia del 16 de agosto de 2022, exp. 60.434, M.P. María Adriana Marín*”.

23.1. *Quedó visto que en atención a la naturaleza asociativa de los convenios del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, son las partes las que definen las reglas a las que quedan sometidas, sin que pueda hacerse prevalecer la aplicación de regímenes o normas incompatibles con dicha finalidad.*

23.2. *El inciso primero del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, que no fue derogado por la Ley 1150 de 2007¹⁴, impone la liquidación en los contratos que, entre otros, se extiendan en el tiempo.*

23.3. *Para el caso particular de los convenios que aquí se estudian, se ha entendido que la liquidación “resulta válida, siempre que sea acordada por las partes -de manera clara e inequívoca-, y no sea el resultado del ejercicio de una posición dominante”. Lo anterior, como quiera que en “este tipo de acuerdos, al igual que en los regidos por el derecho privado, las partes gozan de una posición horizontal o igualitaria, relacionándose en un paralelismo de intereses bajo un ámbito de equivalencia”¹⁵.*

23.4. *Así, se ha entendido procedente recurrir incluso a la liquidación unilateral, siempre que exista un acuerdo expreso, esto es, la anuencia previa de los contratantes o el respectivo consentimiento pleno¹⁶:*

No se discute que en los convenios interadministrativos resulta válido que una de las partes adopte la decisión unilateral de liquidarlo, siempre y cuando ello esté expresamente pactado -pues de ahí se desprende la anuencia previa o el respectivo consentimiento pleno-, cuya precisión en la redacción permita entender, sin equívocos, que una de las partes autorizó a la otra la facultad de liquidarlo de manera unilateral mediante un procedimiento convencionalmente pactado.

23.5. *En la misma dirección, la Subsección C ha considerado válidos los acuerdos que estipulan la liquidación unilateral, en el entendido de que no comportan el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común¹⁷:*

Ahora teniendo en cuenta que la liquidación de los contratos se encuentra regulada por los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, se entiende que la liquidación unilateral del contrato si bien es una facultad legal, no es de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común, ya que la Ley 80 no la enlista como tal en sus artículos 14 y siguientes que se refieren al ejercicio de dichas potestades. Bajo ese entendido de que la liquidación unilateral no es de aquellas que la Ley enlista como potestades o facultades excepcionales al derecho común, nada impide que las partes en un convenio interadministrativo convengan su ejercicio, pues en esa tipología de contratos la ley sólo prohíbe el ejercicio de las denominadas potestades excepcionales, naturaleza que no comparte la liquidación unilateral. Con otras palabras, resulta totalmente válido que en un convenio interadministrativo las partes convengan que ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, pues su pacto no comporta el ejercicio de una facultad o potestad excepcional al derecho común. Luego, si lo que ocurre es que en un convenio interadministrativo las partes convienen que ante la falta de

¹⁴ [8] “Ver el artículo 32 de la referida ley”

¹⁵ [9] “Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de agosto de 2022, exp. 60.434, M.P. María Adriana Marín”.

¹⁶ [10] “Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de julio de 2022, exp. 66.594, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico”.

¹⁷ [11] “Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de abril de 2017, exp. 55.836, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa”.

acuerdo la entidad lo liquide unilateralmente, esa estipulación es válida, así como también los diferentes actos que se expidan para hacerlo.

23.6. Por lo tanto, aunque los anteriores pronunciamientos refieren a la posibilidad de liquidación unilateral, lo cierto es que ponen de relieve que son las partes las que definen las reglas a las cuales están sometidos los convenios de que trata el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, "sin que pueda hacerse prevalecer la aplicación de regímenes o normas incompatibles con dicha finalidad". Esto significa que no se puede imponer el trámite liquidatorio, no sólo el unilateral, sino también el bilateral, si las partes no lo han pactado expresamente.

El caso concreto

El negocio jurídico objeto de la presente controversia fue suscrito el 23 de enero de 2006 y en su cláusula quinta se pactó que el plazo sería hasta el 31 de diciembre de 2006. Así mismo, se estipuló que el convenio debía liquidarse de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993, manifestando expresamente que lo sería dentro de los 4 meses siguientes a su terminación -cláusula décima sexta-, pero no se acordó nada en relación con la posibilidad de liquidarlo unilateralmente por parte de alguna de las entidades firmantes (f. 19, c. 1).

El plazo de ejecución fue prorrogado en seis oportunidades, siendo la última la suscrita el 23 de diciembre de 2010, cuando se extendió hasta el 30 de junio de 2011 y se dejó claro que, en ningún caso, el plazo de este convenio podría exceder la duración del Convenio Marco 194048 suscrito entre FONADE y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial¹⁸ (f. 24 a 31, c. 1).

Las partes debieron efectuar la liquidación de común acuerdo dentro de los 4 meses siguientes a la terminación del convenio, es decir que tenían plazo para suscribir la respectiva acta hasta el 31 de octubre de 2011, hecho que no sucedió y dio lugar, por lo tanto, a la pretensión quinta de la demanda en la que se pidió su liquidación judicial¹⁹.

¹⁸ Convenio interadministrativo de gerencia de proyecto que fue suscrito el 27 de octubre de 2004, con una duración inicial hasta el 31 de diciembre de 2005, pero que fue prorrogado hasta el 31 de octubre de 2011 (f. 149 a 184 vto., c. 1).

¹⁹ Así se desprende igualmente del oficio enviado por la directora de Programas del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio a la gerente del Convenio No. 27 de 2004 (194048) del FONADE, el 16 de abril de 2013, en el que le informa que, para efectos de llevar a cabo la liquidación del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006, era necesario que se incluyera en la respectiva acta lo concerniente al suministro de tubería de 36" que no fue instalada en las obras, por lo que se debía iniciar ante el municipio de Montería el trámite financiero necesario para la devolución de los recursos correspondientes a dicho ítem. Lo cual demuestra que, para la referida fecha, aún no había sido liquidado el convenio (f. 121, c. 1).

En consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en el numeral iv) del literal j) del ordinal 2 del artículo 164 del CPACA, el término de caducidad en el presente caso debe contabilizarse a partir del día siguiente al vencimiento del plazo acordado por las partes para su liquidación de común acuerdo -4 meses-, lo que significa que los dos años empezaron a correr a partir del 1 de noviembre de 2011 y, por lo tanto, vencía el 1 de noviembre de 2013, sin que obre en el expediente prueba alguna de que dicho término se hubiere suspendido en razón de la tramitación de procedimiento alguno de conciliación extrajudicial.

Toda vez que la demanda fue presentada el 21 de febrero de 2014, resulta evidente que lo fue en forma extemporánea, razón por la cual la Sala procederá a declararlo así en forma oficiosa, teniendo en cuenta que si bien este aspecto de la controversia no fue materia concreta del recurso de apelación que dio apertura a la segunda instancia, se trata de uno de aquellos asuntos que el juez está obligado a resolver, aún de oficio, cuando resulte procedente, tal y como lo tiene sentado la jurisprudencia de unificación de la Sección:

19. Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del ad quem frente el recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada²⁰.

Finalmente, observa la Sala que si bien el *a-quo* en la audiencia inicial se pronunció expresamente sobre la excepción de caducidad de la acción y la declaró no probada, ello no impide que en esta oportunidad se efectúe nuevamente el análisis de este presupuesto ya que, por el contrario, se trata de un asunto que necesariamente debe verificar el juez antes de proceder a decidir de fondo la controversia, pues como lo ha manifestado esta Subsección, al *"(...) momento de dictar sentencia le corresponde al juez analizar los presupuestos procesales de la acción, entre ellos, la caducidad, aspecto que no puede ni debe entenderse saneado o clausurado por virtud de las omisiones que se hubiesen presentado en el transcurso del proceso, como lo*

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 6 de abril de 2018, expediente 46005, C.P. Danilo Rojas Betancourth

consagra el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.)²¹.

Condena en costas

133. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011²² y los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP²³, en el presente caso resulta procedente la condena en costas en ambas instancias a cargo de la parte actora y a favor de la parte demandada, debido a la revocatoria de la sentencia de primera instancia²⁴.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 de la misma codificación, las costas deberán ser liquidadas por el tribunal de origen, de manera concentrada y de acuerdo con lo previsto en el numeral 4 de dicha norma; para tal fin, se deberá tener en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales si las hubiera.

En el *sub-lite* la entidad demandada, municipio de Montería, intervino en ambas instancias en defensa de sus intereses y se encuentra acreditado que su gestión fue continua, consistente y coherente, atendiendo el proceso de manera diligente y oportuna a través de su apoderado judicial, por lo que procede la Sala a fijar las agencias en derecho a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad territorial demandada, con fundamento en lo dispuesto en el mencionado artículo 366²⁵ del CGP

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de julio de 2022, expediente 56855, C.P. José Roberto SÁCHICA.

²² “Artículo 188. *Condena en costas. 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*”.

²³ “Artículo 365. *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. Además, en los casos especiales previstos en este código. // (...)3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda*”.

²⁴ Así ha procedido la Sala cuando se declara la caducidad de la acción o medio de control en esta instancia. Entre otras, ver: Sentencias del 3 de febrero de 2023, expediente 58.248, C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, del 20 de noviembre de 2023, expediente 63.192, C.P. María Adriana Marín y del 1 de diciembre de 2023, expediente 58442, C.P. María Adriana Marín.

²⁵ “Artículo 366. *Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: // (...) 4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas (...)*”.

y el Acuerdo 1887 de 2003²⁶ del Consejo Superior de la Judicatura, norma esta última que dispuso que, para los asuntos contencioso administrativos con cuantía, las agencias en derecho debían fijarse en primera instancia hasta el 20% del valor de las pretensiones negadas o reconocidas en la sentencia, mientras que, en segunda instancia, hasta el 5% sobre el mismo concepto.

Por lo anterior, la Sala fija como agencias en derecho, tanto en primera como en segunda instancia, la suma de treinta y nueve millones seiscientos mil pesos (\$39'600.000) correspondientes al 0.5% del valor de las pretensiones negadas en la demanda²⁷, para un total de setenta y nueve millones doscientos mil pesos (\$79'200.000), monto que deberá pagar la parte actora a favor del municipio de Montería.

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

FALLA

REVOCAR la sentencia del 3 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba. En su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLÁRASE de oficio la caducidad del medio de control de controversias contractuales, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **NEGAR** todas las pretensiones de la demanda.

TERCERO: CONDENAR en costas en ambas instancias, a la parte demandante: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE²⁸ y el Ministerio de Vivienda,

²⁶ El numeral 3.1.3 del artículo 6 de dicho Acuerdo -aplicable en el presente caso según lo dispuesto en el artículo 7 del Acuerdo 10554 de 2016-, establece que las agencias en derecho podrán ser fijadas hasta en el 5% de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

²⁷ La cuantía de las pretensiones de la demanda ascendió a \$7.920'000.000.

²⁸ Esta entidad pasó a denominarse Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial-ENTerritorio en virtud del Decreto 495 del 20 de marzo de 2019 y se transformó en una sociedad por acciones, del tipo de las anónimas, cuya razón social será Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial S. A., la cual formará una persona jurídica distinta de sus accionistas, sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con domicilio en la ciudad de Bogotá, D. C., de la Rama Ejecutiva del orden nacional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto-ley 1962 del 15 de noviembre de 2023.

Compartido por:



Radicación número: 230012333000201400057-01 (58883)

Actor: FONADE y otro

Demandado: Municipio de Montería

Ciudad y Territorio, por las razones señaladas en esta providencia, las que deberán ser liquidadas de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

En primera instancia, las agencias en derecho se fijan en la suma de treinta y nueve millones seiscientos mil pesos (\$39'600.000).

En esta instancia, las agencias en derecho se fijan en la suma de treinta y nueve millones seiscientos mil pesos (\$39'600.000).

Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el siguiente link: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidadoraspdx>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente

NICOLÁS YEPES CORRALES

VF