



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, primero (1º) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-23-33-000-2017-00174-00
DEMANDANTE:	MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE SINCELEJO - SUCRE
MEDIO DE CONTROL:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Procede la Sala, a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso instaurado en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, por el **MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO** contra el **MUNICIPIO DE SINCELEJO**, al no observarse irregularidad que pueda afectar lo actuado.

1.- ANTECEDENTES:

1.1.- Pretensiones¹.

EL MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO (MVCT), por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de Controversias Contractuales, solicita que se declare contractualmente responsable al **MUNICIPIO DE SINCELEJO**, por el incumplimiento del Convenio 144 de 2011.

Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, solicita se ordene al Municipio de Sincelejo, restituir la suma de seis mil quinientos cuarenta y nueve millones quinientos doce mil doscientos setenta y ocho pesos (\$6.549.512.278.00), debidamente indexada, por

¹ Folios 1, 41 reverso y 42, del cuaderno de primera instancia.

concepto de recursos aportados por la Nación para la ejecución del convenio.

Igualmente, pide que se cancelen los rendimientos financieros en la suma de doscientos noventa y ocho millones cuatrocientos noventa y nueve mil cuatrocientos cinco pesos (\$298.499.405.00), generados por el contrato de encargo fiduciario celebrado entre el Municipio de Sincelejo y la fiduciaria Bogotá S.A. para la ejecución de la obra.

Asimismo, pide, que le sean cancelados los saldos del convenio por valor de ciento sesenta y cuatro millones cincuenta y cinco mil ochocientos treinta pesos (\$164.655.830.00), por los recursos de tubería no instaladas.

Por último, deprecia la entidad demandante, que se liquide el Convenio Interadministrativo No. 144 de 2011, en los términos y condiciones establecidos en las pretensiones que anteceden.

1.2.- Hechos².

El día 29 de junio de 2011, se suscribió el Convenio Interadministrativo No. 144 de 2011, entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) y el Municipio de Sincelejo. El Objeto del Convenio consistió en: *“Establecer los términos y condiciones para el uso de los recursos aportados por la Nación para la ejecución del proyecto, Construcción de Colectores de los Barrios Villa Katy, Villa Ángela, Pionero, Versailles, La Campiña, La Trinidad y Nuevo Bolívar en el Municipio de Sincelejo, Departamento de Sucre”*.

El Valor total del Convenio, fue por la suma de seis mil quinientos cuarenta y nueve millones quinientos doce mil doscientos setenta y ocho pesos (\$6.549.512.278.00) m/cte.

² Folios 341-350 Cuaderno de primera instancia.

La forma de Pago, se realizó mediante contrato de encargo fiduciario N° 3-1-24183 de 2011, celebrado el 30 de noviembre de 2011 entre el Municipio de Sincelejo y Fiduciaria Bogotá S.A.

El Plazo inicial de ejecución del Convenio Interadministrativo No. 144 de 2011, fue hasta el 22 de marzo de 2015, es decir, desde su perfeccionamiento, hasta seis (6) meses después de la finalización de las obras, esto es, a partir del 22 de septiembre de 2014, fecha del acta de recibo final de las obras, hasta 22 de marzo de 2015.

Manifiesta la entidad demandante, que la finalidad del proyecto consistía en:

"(...) La construcción del sistema de alcantarillado sanitario, ante la carencia de este servicio público domiciliario en el barrio Villa Katty y la eliminación de vertimientos puntuales del sistema de alcantarillado público a los arroyos del drenaje superficial de la ciudad, en los demás barrios objeto del proyecto. Adicionalmente, la ampliación del colector sanitario Nuevo Bolívar - La Esperanza que permitirá llevar las aguas residuales generadas en el Distrito Sinaí hacia el sistema de tratamiento".

Expresa, que mediante oficio MVCT N° 2014ER0009407 de fecha 11 de febrero de 2014, el Municipio de Sincelejo presentó ante el Ministerio de Vivienda, una solicitud tendiente a realizar una modificación del alcance físico del mismo, ya que, no ejecutó el colector correspondiente para uno de los barrios incluidos en el convenio, denominado Villa Ángela. Lo anterior, producto de modificaciones en las cantidades inicialmente planteadas y la inclusión de ítems, no previstos para la ejecución de todos los componentes del proyecto, por lo que requirió recursos adicionales por el valor de \$ 298.499.405.00, correspondientes a los rendimientos financieros generados sobre los recursos inicialmente aportados.

La solicitud realizada por el Municipio de Sincelejo, fue resuelta por el demandante, aduciendo que no presentaba los requisitos establecidos

para la presentación de proyectos del mecanismo de viabilización del MVCT, conforme a que *"la reformulación de acuerdo con los soportes enviados no fue presentada en el debido momento razón por la cual fueron tomadas determinaciones que deben ser soportadas por el Municipios y la interventoría"*, añadiendo además, que *"la magnitud de los cambios en cuanto a las longitudes y cantidades a ejecutar no está debidamente soportado por parte del diseñador, la interventoría y el municipio"*.

Refiere el demandante, que el Municipio de Sincelejo mediante oficio con radicado MVCT N° 2014ER0056127 del 4 de julio de 2015, pide nuevamente ante el Ministerio, reformulación del proyecto, comprometiéndose a construir el colector del barrio Villa Ángela en el año 2015 y solicitando reinvertir los rendimientos financieros por el valor de \$ 298.499.405.00, con el fin de ejecutar los sifones invertidos que conectan los colectores con el emisario final.

Con referencia a esta última petición, el comité técnico N° 32, aprobó la reformulación del proyecto, donde se dispuso lo siguiente:

- *"Con los recursos aportados mediante Resolución N° 1286 de Junio 29 de 2011 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio), comprometidos en el Convenio N° 144 de 2011 se ejecutarán los Colectores de Villa Katty, Pioneros, Versalles, La Campiña, La Trinidad y Nuevo Bolívar. Quedando pendiente la construcción del Colector Villa Ángela.*
- *De acuerdo con lo anterior el Comité Técnico determinó que el alcance del proyecto no podrá reducirse, dado que las deficiencias encontradas en los diseños del proyecto, son causas atribuibles al Municipio de Sincelejo, teniendo en cuenta que fue el mismo quien remitió y validó la documentación del proyecto para su viabilidad ante el Ministerio. Por lo anterior el colector Villa Ángela debe ser ejecutado por el Municipio.*
- *Es preciso señalar que el proyecto presenta un avance físico del 93% y las modificaciones planteadas ya fueron ejecutadas sin aprobación del comité de la Ventanilla Única del Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico, por lo que el Municipio de Sincelejo y Fonade en su calidad de Gerente de la interventoría, son los responsables de los cambios técnicos y deberán garantizar la terminación de las obras y la puesta en funcionamiento y operación del proyecto.*

- *El Municipio en comunicación N° 2014ER0056127, radicada en el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio el 7 de julio de 2014, suscrita por el Alcalde del municipio de Sincelejo Dr. Jairo Fernández Quessep, se compromete a construir el Colector Villa Ángela durante el año 2015.*
- *Finalmente el Municipio de Sincelejo tendrá como fecha máxima de cumplimiento el 31 de diciembre de 2015, fecha en la cual el Ministerio podrá iniciar las acciones judiciales pertinentes".*

Por lo anterior, se reiteró al Municipio de Sincelejo, en varios eventos, mediante comunicados con radicado N° 2014EE0065272 del 08 de agosto, 2015EE0018580 del 05 de mayo de 2015 y 2015EE0060447 de 26 de junio de 2015, atención a lo suscrito en el comité técnico N° 32, donde se obligó a ejecutar el colector del barrio Villa Ángela durante la vigencia del año 2015, así como también, los sifones invertidos que conectan los colectores con el emisario final.

Más tarde, en ocasión a la falta de cumplimiento de la construcción del colector faltante, se realizó el 30 de marzo de 2016, reunión con la Administración Municipal, en cabeza del Alcalde el señor Jacobo Quessep, donde informaron que no se habían hechos los respectivos trámites para la contratación de las obras.

Debido a lo perdurable de la situación, el demandante, mediante comunicado N° 2016EE0026934, volvió a requerir a la Alcaldía de Sincelejo ante la necesidad de dar cumplimiento a los requerimientos exigidos por el Comité Técnico del Viceministerio de Agua, añadiendo que daría inicio a la liquidación judicial del convenio.

Por último, refiere el demandante, que el Municipio de Sincelejo - Secretaría de Desarrollo Municipal, mediante comunicación electrónica de 13 de febrero de 2017, envió copia del contrato de obra N° LP-014-OP-2016 del 16 de diciembre de 2016, cuyo objeto consiste en la construcción del colector de alcantarillado sanitario para la zona de Villa Ángela en el Municipio de Sincelejo, por un valor de \$1.270.272.694.00, con plazo de 10 meses, el cual a la fecha, no ha sido iniciado.

1.3. Contestación de la demanda³.

El Municipio de Sincelejo, a través de apoderado judicial, contesta la demanda, oponiéndose a cada una de sus pretensiones por carecer de fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos que las soporten, pues, a su juicio, no existe incumplimiento por parte del Municipio de Sincelejo con respecto al objeto del Convenio suscrito por la partes, así como tampoco, se encuentra demostrado que la entidad haya actuado de mala fe, en la realización de sus obligaciones contractuales.

Frente a los hechos, señala, que algunos son ciertos y otros, técnicamente no lo son, sino que tratan de una apreciación subjetiva del apoderado de la parte demandante.

Propuso como excepciones, las siguientes:

-. Inexistencia de incumplimiento del convenio por parte del Municipio de Sincelejo, toda vez, que se encuentra demostrado que los recursos provenientes del Convenio N° 144 de 2011, se encuentran destinados en su totalidad al pago del contrato de obra pública LP-017-2011, a través del cual, la entidad territorial contrató la ejecución de 7, de los 8 componentes que contemplaba el proyecto inicial.

Aduce, que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio aceptó de forma expresa, la reformulación del Convenio 144 de 2011, que excluía la construcción del colector para el barrio Villa Ángela, cuya constancia se encuentra en la copia del acta de sesión N° 32 del Comité técnico del ministerio.

Refiere que en cumplimiento de lo pactado en el convenio y en la reformulación aprobada por el demandante, el Municipio de Sincelejo con recursos propios, celebró contrato (LP-04-OP-2011) para la terminación del

³ Folios 378 - 390 del cuaderno de primera instancia.

colector faltante del proyecto inicial, dicho contrato, cuenta con acta de inicio datada 28 de diciembre de 2017, como consta en la copia del contrato mencionado con su acta de inicio.

Manifiesta, que como se ve en acta del 30 de marzo de 2016, el Alcalde del Municipio de Sincelejo asignó los recursos desde el año 2015, pero por problemas administrativos, sólo hasta el año 2016, pudo iniciar proceso de selección de contratista.

-. Buena fe en la ejecución del convenio por parte del Municipio de Sincelejo, por cuanto, no hay prueba alguna donde se demuestre que existió mala fe en el cumplimiento del convenio por parte del ente territorial, esto, en virtud de las incesantes gestiones para llevar a cabo el objeto del convenio, incluso con el compromiso de la utilización de recursos propios para el colector faltante en el barrio Villa Ángela.

-. Cobro de no debido, en virtud de que el Municipio de Sincelejo, ejecutó la totalidad de las obras incluidas en la reformulación del proyecto inicial, razón por la cual, carece de fundamento la pretensión de devolución de las sumas de dinero comprendidas para la realización del convenio.

1.4.- Actuación Procesal.

La demanda fue presentada el día 24 de julio de 2017⁴, la cual fue admitida mediante auto de 8 de septiembre de 2017⁵, en la misma providencia, se ordenó notificar y correr traslado de la demanda a la accionada.

La entidad demandada, contestó la demanda el día 24 de enero de 2018⁶.

⁴ Folio 360.

⁵ Folio 362.

⁶ Folio 379.

En providencia del 18 abril de 2018⁷, se convocó a las partes para la realización de la audiencia inicial, la cual se celebró el 16 de mayo de 2018⁸.

La audiencia de pruebas, se inició el 19 de junio de 2018⁹ y continuó el 17 de julio de 2018, disponiéndose al finalizar la misma, prescindir de la audiencia de juzgamiento, conforme lo indicado en el Art 181 de la Ley 1437 de 2011¹⁰.

1.5.- Alegatos de conclusión.

- **Parte demandante**¹¹, alega que el Municipio de Sincelejo incumplió con varias obligaciones a su cargo con relación al convenio 144 de 2011, de lo que resulta la falta de ejecución de la totalidad del objeto contractual, pese a los requerimientos reiterativos de la necesidad de culminación de la obra en un 100%.

Manifiesta que aún y en el supuesto que el proyecto no fuera reformulado y aprobado por el Ministerio, el ente territorial tenía la obligación de cumplir el objeto del acuerdo en su integridad.

Añade, que el Municipio de Sincelejo, como consta en el expediente, no demostró el cumplimiento de lo pactado en el acuerdo y manifiesta, que en la ejecución del contrato juega un papel importante, la buena fe contractual, en los términos del art. 1603 del Código Civil y como lo ha expresado el Consejo de Estado en su jurisprudencia.

Finalmente arguye, que la falta de cumplimiento por parte del ente territorial en la fecha de terminación del convenio, causó perjuicios a la comunidad y menoscabo en los recursos destinados para cumplir los fines del Estado.

⁷ Folio 422.

⁸ Folios 431 – 434.

⁹ Folios 453 – 455.

¹⁰ Folio 461.

¹¹ Folios 465 – 467.

- **Parte demandada**¹², Alega que en el caso concreto se encuentra demostrado, que el Municipio de Sincelejo destinó la totalidad de los recursos provenientes del Convenio, en las obras que constituyen el objeto del mismo, lo que se encuentra probado en los documento obrantes en el expediente, como lo son, el acta de terminación del contrato, el recibo final del objeto contractual y el acta de liquidación del contrato de obra pública N° LP-017-2011, por medio de la cual, la entidad territorial contrató la ejecución de siete, de los ocho componentes del proyecto inicial.

Refiere, que existe plena certeza de que la tubería no instalada se encuentra en poder del Municipio de Sincelejo, así como también, se tiene probado que el contrato de obra pública N° LP-04-OP-2016, que tiene como finalidad la construcción del colector de alcantarillado para el barrio Vila Ángela, el cual presenta acta de inicio con fecha de 28 de diciembre de 2018, hasta la fecha de celebración de la audiencia de pruebas (17 de julio de 2018), contaba con una ejecución superior al 72% de las obras, con plazo de entrega el día 8 de agosto de 2018.

Por lo anterior, solicita se declaren probadas las excepciones propuestas y en efecto, se nieguen las súplicas de la demanda.

- **Ministerio Público**¹³, señala, que en el caso concreto, ante la falta de construcción de unos de los colectores que se incluyeron en el proyecto inicial, se realizó un nuevo planteamiento contractual, para la ejecución total de los ocho (8) colectores que fueron previstos en el convenio 144 de 2011, lo cual fue aceptado por el Ministerio de Vivienda en sesión de Comité Técnico No. 23, quedando pendiente la obligación, de ejecutar la obra relacionada con el colector faltante en cabeza del Municipio de Sincelejo.

Indica, que una vez recibida la obra a satisfacción de la interventoría, que se encontraba a cargo de FONADE, se entiende que el convenio se ejecutó

¹² Folios 476 - 482

¹³ Folios 468 - 475

en un 100%, estando excluido el colector de Villa Ángela. Que si bien, no se realizó el colector faltante en el año 2015, periodo en que el Municipio de Sincelejo se comprometió a ejecutarlo, se ha probado que a la fecha se está ejecutando.

Expresa entonces, que es inadmisibile la devolución del valor del convenio, toda vez, que no existe incumplimiento del objeto por parte del demandado, debido a que este fue modificado por las partes y la obligación pendiente, se encuentra ejecutándose. Cosa diferente a lo que ocurre con la devolución de la tubería, de lo cual considera, que debe devolverse al Ministerio de Vivienda, pues, es claro, según la cláusula novena del contrato, que los recursos del convenio debían ejecutarse para el objeto de este.

Por las anteriores razones, la Agente del Ministerio Público, solicita se acceda parcialmente a las pretensiones de la demanda.

2.- CONSIDERACIONES:

2.1. Competencia:

El Tribunal, es competente para conocer en **Primera instancia** del presente asunto, conforme lo establece el artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causal de nulidad, que invalide lo actuado.

2.2. Problema jurídico.

El problema jurídico en el caso de la referencia, se circunscribe en determinar: ¿El Municipio de Sincelejo, incumplió el Convenio Interadministrativo No. 144 de 2011, celebrado con el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda,

Ciudad y Territorio), dando lugar a la restitución de la suma de \$6.549.512.278.00, por concepto del valor del convenio, además de rendimientos financieros y devolución de las sumas correspondientes a insumos entregados y no ejecutados?

3.3.- Análisis de la Sala.

3.3.1. Medio de control de controversias contractuales

Dentro del catálogo de medios de control contencioso administrativo dispuestos por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se erige el de controversias contractuales -Art. 141 Ley 1437 de 2011-, el cual se caracteriza por permitir dejar a consideración de la jurisdicción contenciosa administrativa, aquellas discusiones de orden jurídico, relacionados con la existencia, nulidad, revisión, incumplimiento, indemnización y demás declaraciones y condenas, que pueden derivarse de una relación contractual, caracterizadas por su matiz de orden público, bajo la denominación de un contrato estatal.

De acuerdo con el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, numeral 2, literal j), en cuanto a la caducidad de la acción, en tratándose de 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 sirvan de fundamento.

La misma norma señala, que la demanda deberá presentarse en el término de dos (2) años, en el caso de que el contrato requiera 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.

A su vez, la Ley 1150 de 2007, en lo atinente al plazo para la liquidación de los contratos, en el artículo 11 consagró:

"La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo". (Subrayado fuera de texto).

Conforme a la norma en cita, las partes tienen la posibilidad de establecer el término en el que liquidaran el contrato y dado el caso, que nada se estipule al respecto, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato.

3.3.2. Convenios interadministrativos.

El convenio interadministrativo fue consagrado en el Artículo 95 de la Ley 489 de 1998, como un negocio jurídico bilateral en virtud del cual, la

administración se vincula con otra entidad en el marco de la función administrativa, para que mediante instrumentos de cooperación se cumpla con los fines del Estado. Tal norma reza:

"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..."

El Consejo de Estado, ha determinado como principales características de los convenios interadministrativos, las siguientes:

"(i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; **(ii)** tienen como fuente la autonomía contractual; **(iii)** son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; **(iv)** son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. **(v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales** y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; **(vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles;** **(vii)** persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; **(viii)** la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales"¹⁴.

Así mismo, la Alta Corporación, en diversas oportunidades ha reconocido, que los "convenios interadministrativos" deben ser estimados bajo las reglas de los contratos estatales, cuando quiera que, "... involucran prestaciones

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 24 de mayo de 2018. Referencia: Acción Contractual. Rad. No. 850012331000 200600197 01. Expediente: 35735. Actor: Departamento de Casanare. Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano y Rural de Yopal -IDURY- C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

patrimoniales, asumen idéntica naturaleza obligatoria y, en consecuencia, idénticos efectos vinculantes y judicialmente exigibles en relación con los que se predicán de cualquier otro 'acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación patrimonial', en los términos del artículo 864 del Código de Comercio"¹⁵.

Con relación a la naturaleza de los contratos interadministrativos, el Honorable Consejo de Estado ha enfatizado:

*"los denominados "convenios interadministrativos" no constituyen en nuestro ordenamiento jurídico una categoría jurídica autónoma e independiente del contrato estatal, sino que, por el contrario, **se trata de un tipo o clase de contrato estatal, que tiene la particularidad de celebrarse entre entidades públicas, pero que, al igual que los contratos suscritos entre entidades estatales y particulares, genera obligaciones (usualmente para las dos partes) que pueden ser exigidas judicialmente y cuyo incumplimiento compromete la responsabilidad patrimonial de la parte incumplida.***

*La existencia de este tipo de contratos estatales **se justifica fundamentalmente por el principio constitucional y legal de coordinación y colaboración entre las ramas, entidades, órganos y organismos del Estado para el cumplimiento de sus fines.** Por tal razón y por la consideración de que las dos partes en estos actos jurídicos se presumen en condiciones de igualdad, la ley otorga a tales contratos un tratamiento especial en determinados aspectos, como el proceso de selección, la no obligatoriedad de garantías etc."*¹⁶

Ahora bien, el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 1474 de 2011, establece las modalidades de selección de contratistas: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa. En lo atinente a la modalidad de selección de contratación directa, la ley señala que procederá, entre otros casos, en los "contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A. Sentencia de 23 de marzo de 2017. Radicación: 85001233100120110013500 (49442). Actor: Departamento de Casanare. Demandado: Municipio de Támara. Acción: Contractual. C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁶ Sala de Consulta y Servicio Civil, 10 de mayo de 2016, Rad. N° 2015-00166-00(2271), C. P.: Dr. Álvaro Namén Vargas.

tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos".

3.3. Incumplimiento del contrato estatal

Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe, una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación), en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor, solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago), en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

Apreciación que surge de considerar lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, que “el pago se hará bajo todos los respectos **en conformidad al tenor de la obligación**; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes” y que “el deudor **no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria**, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales” (Negrillas para resaltar). En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento, si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además, esa insatisfacción es imputable al deudor.

Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento”¹⁷ y esta situación, por regla general¹⁸, no da lugar a la responsabilidad civil¹⁹.

¹⁷ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237.

¹⁸ Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil.

¹⁹ Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibídem.

3.4. Caso concreto

En el presente asunto, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, persigue la responsabilidad contractual del Municipio de Sincelejo por el incumplimiento del Convenio Interadministrativo No. 144 de 2011. En consecuencia solicita se ordene al Municipio de Sincelejo, restituya la suma de seis mil quinientos cuarenta y nueve millones quinientos doce mil doscientos setenta y ocho pesos (\$6.549.512.278.00), debidamente indexada, por concepto de recursos aportados por la Nación para la ejecución del convenio.

Igualmente pide, que se cancelen los rendimientos financieros en la suma de \$298.499.405.00, generados por el contrato de encargo fiduciario, celebrado entre el Municipio de Sincelejo y la fiduciaria Bogotá S.A. para la ejecución de la obra.

Asimismo, solicita que le sean cancelados los saldos del convenio por valor de \$164.655.830.00, por los recursos de tubería no instaladas.

Por último, deprecia la liquidación del Convenio No. 144 de 2011, en los términos y condiciones establecidos en las pretensiones que anteceden.

Como probado, se tiene que el Convenio 144 se suscribió el día 29 de junio de 2011²⁰, entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) y el Municipio de Sincelejo, cuyo objeto era “... establecer los términos y condiciones para el uso de los recursos aportados por la Nación para la ejecución del proyecto “Construcción de Colectores en los Barrios Villa Katty, Villa Angela, Pioneros, Versailles, La Campiña, La Trinidad y Nuevo Bolívar en el municipio de Sincelejo, departamento de Sucre”; “el esquema para el manejo de los recursos y los compromisos periódicos de avance que garanticen el cumplimiento del desarrollo del PDA (Plan Departamental de Agua) en los

²⁰ Folios. 1-3 del C 1.

términos acordados", adquiriendo el municipio de Sincelejo, entre otras obligaciones, las siguientes: "... 6. Adelantar todas las acciones necesarias para garantizar la ejecución total del proyecto objeto de financiación, incluyendo la adición de recursos adicionales en caso de requerirse, so pena de la devolución de los recursos al MINISTERIO. 7. En el evento en que se requieran recursos adicionales, el MUNICIPIO deberá aportar dichos recursos. De no hacerlo, el MINISTERIO exigirá el reintegro total de la inversión (...) 9. Reintegrar al Tesoro Nacional los recursos del proyecto no ejecutados, incluidos sus rendimientos financieros no ejecutados... "

El Plazo inicial de ejecución, se estableció desde su perfeccionamiento hasta seis (6) meses después de la finalización de las obras, esto es, a partir del 22 de septiembre de 2014, fecha del acta de recibo final de las obras, hasta el 22 de marzo de 2015.

El Municipio de Sincelejo, el día 4 de julio de 2014²¹, eleva solicitud ante el Ministerio de Vivienda, para la reinversión de los rendimientos financieros en la suma de \$298.499.405.00, comprometiéndose a construir el colector del barrio Villa Ángela, cuya ejecución no se logró llevar a cabo por parte de la Entidad territorial en el término y con los dineros acordados en el Convenio 144, en razones de distintas dificultades de orden legal y técnico.

Dada tal solicitud, el plazo inicial del convenio se extendió hasta el 31 de diciembre de 2015, conforme se anota en el acta de comité técnico N° 32 de 15 de julio de 2014, el cual aprobó la reformulación de proyecto y la reinversión de los rendimientos financieros²².

Vale anotar en este punto, que este documento se constituye en la prueba que indica la aquiescencia del contratante, en tanto, al expediente no se allegó documento alguno que acredite tal modificación, en diligencias tales como adición del convenio o modificación de las cláusulas contractuales,

²¹ Folio 344 del C 2.

²² Folio 33 del C1.

atribuyéndosele plena validez en sus efectos, si se tiene en cuenta que finalmente el municipio de Sincelejo, ejecuta la obra dejada de hacer, tomando como dineros de la misma, los que se había requerido en la reformulación del proyecto.

El 11 de agosto de 2014, se suscribe el **acta de terminación del contrato No. LP-017-OP-2011**²³, cuyo objeto era la construcción de colectores de aguas residuales en los Barrios Villa Kathy, Villa Angela, Pioneros, Versalles, La Campiña, La Trinidad y Nuevo Bolívar en el municipio de Sincelejo - Sucre, con el contratista Unión temporal Villa Katy siglo XX y en ejecución del convenio 144, donde se muestra las condiciones de terminación de las obras en el siguiente estado:

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	% DE EJECUCIÓN	OBSERVACIONES
1	Colector Nuevo Bolívar	97% ²⁴	Faltando por instalar a rededor de 60 m de colector de aguas residuales y 4 manholes con todos sus accesorios.
2	Colector El Paso Versalles	96% ²⁵	Faltando por instalar a rededor de 25 m de colectores de aguas residuales y un sifón invertido con todos sus accesorios.
3	Subcolector Pioneros	100%	Finalizado a satisfacción.
4	Alcantarillado La Campiña.	100%	Finalizado a satisfacción.
5	Colector Villa Ángela		Sector no ejecutado, "Según lo aprobado por el comité técnico viabilizador del MVCT en sesión del 15 de julio de 2014. En el proyecto de reformulación presentada por la Alcaldía Municipal, de Sincelejo, <u>el cual, será ejecutado a cuenta y riesgo de la Alcaldía Municipal de Sincelejo (sucre) durante el año 2015</u> ".
6	Colector Villa Katy	100%	Finalizado a satisfacción.
7	Alcantarillado Villa Katy	100%	Finalizado a satisfacción.
8	Colector La Trinidad	100%	Finalizado a satisfacción.

²³ Fls. 161 del C1.

²⁴ Si bien se anota un porcentaje inferior al 100% para este sector, el contenido de la demanda solo relaciona como no ejecutado el Colector Villa Ángela, por lo que debe entenderse que sobre tales ítems no hay inconformidad (Cfr. folio 350 vto.).

²⁵ Si bien se anota un porcentaje inferior al 100% para este sector, el contenido de la demanda solo relaciona como no ejecutado el Colector Villa Ángela, por lo que debe entenderse que sobre tales ítems no hay inconformidad (Cfr. folio 350 vto.).

El Fondo Financiero de proyectos de desarrollo - FONADE, entidad que adoptó las funciones de interventoría para el Convenio 144, a partir de contrato N° 613 de 2010²⁶; suscribió el Documento N° 50124- **Informe final de interventoría**, con fecha de 11 de agosto de 2014²⁷, en donde se ratifica la información señalada en el cuadro anterior²⁸.

El día 22 del mes de septiembre de 2014, se suscribió **acta de entrega y recibo final del objeto contractual**²⁹ contenido en el contrato **LP-017-OP-2011**, suscrito entre el Municipio de Sincelejo y la Unión Temporal Villa Katty SIGLO XX, ejecutor del convenio en comento, en la cual se anota que *“el producto objeto del contrato ha sido entregado por el contratista y recibido por la interventoría a satisfacción de acuerdo con la descripción ahí contenida”*; mientras que el **acta de liquidación del contrato de obra**³⁰ fue realizada el 23 de julio de 2015, por parte de la Secretaría de Desarrollo y Obras Públicas del Municipio de Sincelejo, en donde se dijo: *“El contrato de obra No. LPT-017-OP-2011 de fecha 22 de diciembre de 2011 se da por liquidado a partir de la fecha de suscripción de la presente acta caso en el cual no habrá lugar a reclamación de perjuicios, ni a mayores valores de lo ahí consignado, entendiéndose que el municipio de Sincelejo una vez cancelado el saldo queda a paz y salvo con UNIÓN TEMPORAL VILLA KATTY SIGLO XX R/L MAURICIO JOSÉ URIBE GARCÍA, contratista quien firma aceptando su contenido plenamente y a satisfacción la presente acta”*.

Pruebas con las cuales puede pregonarse, que las obras a ejecutarse en virtud del convenio 144 no fueron finalizadas totalmente, dando lugar a evidenciar que existió un incumplimiento convencional de parte del municipio de Sincelejo, que solo fue mitigado parcialmente, dada la modificación del proyecto inicial autorizada por el Ministerio contratante.

²⁶ Folios. 58-62 del C.1.

²⁷ Folios 74-108 C.1.

²⁸ Folios 106 vto. -107 vto.

²⁹ Folios 162-168 del C.1

³⁰ Folio 169 del C1.

Ahora bien, en el acervo probatorio se mira que el demandado, mediante documento de 31 de julio de 2017, presenta solicitud para **designación de funcionario para recibo y custodia de tubería pagada y no ejecutada**, ante el Jefe de Almacén del Municipio de Sincelejo³¹, quien más tarde entrega **copia certificada de entrega de tubería** sanitaria, datada 31 de agosto de 2017, correspondiente a 100 tubos de 8 pulgadas³².

En el primer documento mencionado, entre otras cosas, se anota:

"El alcance inicial del proyecto consistió en la "construcción de colectores de los Barrios Villa Katty, Villa Ángela, Pioneros, Versalles, La Campiña, La Trinidad y Nuevo Bolívar, en el municipio de Sincelejo, mediante actividades preliminares, excavaciones, rellenos, cortes y demoliciones, construcción de estructuras en concreto, instalación de tuberías y accesorios, conexiones domiciliarias, suministros". El proceso licitatorio, que derivó en el contrato de obra, estableció el pago de manera independiente del suministro y la instalación de la tubería, que el contratista compró en su totalidad, según las cantidades contractuales, en un solo contado por razones comerciales obvias. El contrato sufrió 16 suspensiones y el plazo de ejecución que estaba previsto en cuatro (4) meses, terminó siendo de diez (10) meses, motivado en situaciones de tipo técnico, dificultades prediales, posible incorporación de oleoducto, replanteamiento del colector a instalar en el sector de Nuevo Bolívar, dificultades de adquisición de servidumbres en los Barrios Villa Ángela y Villa Katty para la instalación del colector, diseños de estructuras adicionales correspondientes a sifones invertidos ubicados en tramos donde se encuentran cuerpos de aguas existentes, cambios de diseños hidráulicos entregados por ADESA S.A. ESP, los cuales debían ser chequeados por esta entidad, debido a los cambios de trazados presentados en campo para su implementación en el proyecto.

Esta situación derivó en una disminución de las metas físicas, específicamente el colector Villa Ángela, que no se construyó por efectos de las mayores cantidades de obra, lo que implicó el trámite ante el MVCT de las dos reformulaciones que tuvo el proyecto. Mediante Comité Técnico de Proyectos del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio No. 32 del 15 de julio de 2014, se aprobó la primera reformulación del proyecto, de acuerdo con lo establecido en la comunicación No. 2014ER0018361 del 10 de marzo de 2014, y a la información ampliada y entrega el 4 de junio de 2014 en reunión efectuada en este Ministerio, durante la

³¹ Fls. 391-395 del C.2

³² Fls. 369 del C.2.

ejecución del proyecto se presentaron mayores y menores cantidades de obra en ítems contratados, así como la necesidad de incluir ítems no previstos para lograr la funcionalidad del proyecto, incluyendo como fuente el Municipio por la suma de \$298.499.405.00 para un total del proyecto por la suma de \$7.516.329.262.00 incluida la interventoría, evaluación y seguimiento del MCVT, según fue descrito por la interventoría contratada por FONADE en los documentos soporte de reformulación..."

También se observa, **Documento de remisión por parte de la empresa P.V.C Gerfor S.A.**³³, de fecha 30 de septiembre de 2017, de los artículos consistentes en: (23) *sello 200 MM tubo alcantarillado corma*, (23) *tubo alcan. Corrugado RS 8 KN/M2-160 MM (6")* Y (130) *tubo alcan. Corrugado RS 8 KN/M2-200 MM (8")*, sin que exista prueba alguna que acredite que dichos materiales, hayan sido utilizados en la ejecución del contrato de obra dispuesto en virtud del convenio 144 o en aquellos derivados de la modificación de este último.

Se sabe también, que el día 16 de diciembre de 2016, el Municipio de Sincelejo suscribe **contrato de obra Pública N° LP-014-OP-2016**³⁴, con el contratista Jorge Ángel Noguera Castro, para la ejecución de proyecto cuyo objeto consiste en la "*Construcción de colector de alcantarillado sanitario para la zona de Villa Ángela en el Municipio de Sincelejo*", por un valor total de \$1.270.272.694.00, ejecutable en el plazo de 10 meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio realizada por el contratista y el interventor, contrato que se dice surge como consecuencia de la modificación al convenio 144 y dado que en un primer momento, especialmente, el colector de alcantarillado zona de Villa Ángela no fue construido.

Vale anotarse, que este último contrato (LP-014-OP-2016), fue objeto de varios otrosies, como se relaciona a continuación:

Otrosí No. 1³⁵, se corrige el CDP para la suma del valor total del contrato.

³³ Folio 399.

³⁴ Folios 400 – 408 del C. 3.

³⁵ Fls. 409 – 410 del C. 3.

Otrosí No. 2³⁶, se disminuye el valor del contrato, que se constituye en \$1.186.353.115.00, así como también la lista de cantidades de obra y precios unitarios.

Y que el 28 de diciembre de 2017, se suscribe **acta de inicio de obras³⁷**, por el contratista ejecutor Jorge Ángel Noguera Castro y el contratista interventor Luis Abelardo Hoyos Aguirre, en representación de consorcio Villa Ángela, ejecutándose la obra, hasta alcanzar un porcentaje del 70% -al menos hasta la audiencia de recepción de testimonios en este asunto-, tal y como lo señala la prueba testimonial traída al expediente.

A partir de lo indicado y conteste con lo señalado en el marco normativo, puede afirmarse:

1. Que el Convenio No. 144 de 2011 fue modificado por la aquiescencia de las partes, manifestación que hace que el convenio 144 sea la fuente de lo reclamado, para que ante la falta de ejecución total de las obras se pueda predicar un incumplimiento parcial de parte del Municipio de Sincelejo, pues, contractualmente, su obligación era concluir al 100% los colectores y demás obras que se describían en el convenio, de ahí que al no concluir con satisfacción las mismas, puede predicarse incumplimiento de lo pactado.

2. Las obras ejecutadas en virtud del Convenio 144, no alcanzaron el porcentaje del 100%, tal y como se denota en el cuadro antes descrito, por lo que prima facie, puede afirmarse que el municipio no cumplió con lo acordado y habría lugar a atender las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la mayor parte de lo incumplido, deriva de una serie de aspectos técnicos y jurídicos que no fueron tenidos

³⁶ Fls. 413 – 417 del C. 3.

³⁷ Fls. 411-412 del C. 3.

en cuenta en la planeación del proyecto, omisión que resulta imputable, tanto al contratante, como al contratista, ya que, aspectos puntuales como la ausencia de adquisición de servidumbres, condiciones técnicas de las obras, son elementos básicos de un contrato que pretendía construir una obra como los colectores de alcantarillado anunciado y que debían ser considerados al momento de planearse el convenio, más aún, si el mismo surge como consecuencia de un proyecto documentado, que debía presentar el contratista y ser aprobado por el contratante.

Y en tal contexto, no puede pretenderse la declaratoria de incumplimiento del contrato, si el mismo surge como consecuencia del actuar del propio contratante, coonestada con la aceptación del contratista.

Si a lo anterior se le suma que tanto contratante como contratista, asintieron la modificación del proyecto inicial, mutándose el contenido obligacional, lo afirmado tiene más asidero.

Así, cuando el contratante, aun percatándose³⁸ (al menos era previsible para el tipo de obras que se adelantarían) de tales falencias, asiente en la suscripción del convenio y luego permite la modificación del proyecto inicial, tratando de reparar las falencias, el presunto incumplimiento, no resulta cierto, pues, la voluntad contractual se modifica y las obligaciones son otras y solo a partir de ellas, debe invocarse el incumplimiento o no del contrato.

Y si bien, es verdad que las cláusulas iniciales del contrato predicaban que la no ejecución del 100% de lo pactado, conducía a la declaración de incumplimiento; también lo es, se insiste, que la modificación del proyecto inicial aceptada por el contratante, nova las obligaciones y niega cualquier tipo de reintegro monetario, salvo en lo que adelante se anota.

³⁸ Téngase en cuenta, que el contratante estaba informado de los valores que se habían ejecutado; igualmente, que el municipio había invertido más dinero en la elaboración de los colectores, distintos a aquellos de los cuales se predica el incumplimiento, tal y como se denota en el oficio No. 2014.230.034856.1 del 20 de octubre de 2014, suscrito por FONADE y dirigido al Ministerio Contratante. Cfr. folio 235 – 236.

3. Ahora bien, las nuevas obligaciones surgidas de la reformulación del proyecto, implicaban que los rendimientos financieros del convenio 144, registrados en valor de \$298.499.405.00, hicieran parte del contrato que el Municipio de Sincelejo debía suscribir para concluir lo faltante en la ejecución del convenio 144, que era básicamente y en gran medida, la construcción del colector de Villa Ángela, para lo cual, se suscribió el contrato de obra pública No. LP-014-OP-2016, por la suma de \$1.186.353.115.00, con un plazo de ejecución de 10 meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio realizada por el contratista y el interventor, lo cual ocurrió el día 28 de diciembre de 2017, lo cual da alcance al mes de octubre de 2018, como fecha de terminación de la ejecución contractual.

Y sin que a la fecha se constate probatoriamente como ha transcurrido la ejecución de tal contrato, mal se haría en pregonar el incumplimiento contractual alegado, más aún, si por el precio del contrato de obra pública No. LP-014-OP-2016 (\$1.270.272.694.00), indiciariamente puede inferirse que el valor de \$298.499.405.00, perseguido en devolución en esta oportunidad, puede encontrarse incluido en el mismo válidamente, pues, como ya se anotó, había aquiescencia del contratante para ello y que bien puede corresponder al porcentaje de obra ya ejecutado, como lo señalan los testigos DOMINGO FABIO DE LEÓN BURGOS y JORGE MARIO HERRERA BETÍN, recepcionados en estas diligencias, quienes dan cuenta de la ejecución de un aproximado del 70%, a la fecha en que fueron escuchados (19 de junio de 2018).

En tales condiciones, aun el criterio de la Agente del Ministerio Público frente a atender la pretensión del valor de la tubería no ejecutada, no es de recibo, pues, conforme los documentos a que atrás se hizo relación, tal tubería hace parte de la ejecución del contrato de obra pública No. LP-014-OP-2016, el que como se ha visto, aún no ha sido finiquitado, desconociéndose el destino final de tales elementos.

En resumen de lo dicho, para la Sala, deben negarse las pretensiones, pues, no se ha demostrado en el presente asunto, el incumplimiento contractual alegado por el demandante, haciendo eco de alguna manera, a las excepciones formuladas por el ente demandado.

3. CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011 dispone, que 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 ordenamiento civil.

En ese sentido, se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C. G. del P.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de *"inexistencia de incumplimiento del convenio"* y *"cobro de lo no debido"*, conforme lo anotado. Consecuencialmente, **NEGAR** lo pretendido.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por la Secretaría de esta corporación, conforme los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en los L. R. respectivos y el software correspondiente. **DEVUÉLVASE** el saldo de los gastos del proceso a la parte demandante, en caso de existir.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0023/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA