Cartagena de Indias D. T. y C., once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Medio de control	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado	13001-23-33-000-2013-00806-00
Demandante	FONADE
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE CONVENIO

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de Controversias Contractuales, promueve el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE contra el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

III.- ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1 Pretensiones

"PRIMERA: Que se declare la Responsabilidad del Departamento de BOLÍVAR y, por el incumplimiento del Convenio de Apoyo Financiero No. 2053762 de 2005 celebrado entre Ministerio de Ambiente. Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda. Ciudad y Territorio), el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE, el Departamento de BOLÍVAR y los Municipios de SAN JUAN DE NEPOMUCENO y SAN JACINTO, para el "PROYECTO DE OPTIMIZACIÓN Y AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE ACUEDUCTO DE SAN JUAN DE NEPOMUCENO INCLUYENDO LAS OBRAS NECESARIAS PARA SUMINISTRAR A PARTIR DE SAN JUAN DE NEPOMUCENO EL SERVICIO DE AGUA POTABLE AL MUNICIPIO DE SAN JACINTO ENTREGANDO EL AGUA EN LA PLANTA DE POTABILIZACIÓN DE REGENERACIÓN", en los municipios, por haber incumplido los numerales, 8,10 y 17 de la Cláusula Tercera del referido convenio.

SEGUNDA: Que como consecuencia de dicha declaración y teniendo en cuenta que el Departamento de BOLÍVAR, incurrió en incumplimiento de las obligaciones a su cargo derivadas en particular de las contenidas en los numerales, 8 y 10 de la Cláusula Tercera del Convenio de Apoyo Financiero No. 2053762, se condene al Departamento de Bolívar al pago de:

a) La Cláusula Penal establecida en la cláusula decima segunda del convenio de apoyo financiero, la cual asciende a un porcentaje equivalente del 70% de la Cláusula Penal en

cuanto al monto proporcional de los aportes del Departamento, es decir CUARENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON NOVENTA CENTAVOS M/CTE., ($43.794.488,90).

Los recursos no ejecutados por FONADE, por valor de CUARENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS M/CTE., ($43.301.978) serán liberados y reintegrados al Convenio No 027 de 2004 - (194048 de FONADE).

TERCERA: El Departamento de BOLÍVAR deberá culminar las obras faltantes correspondientes a la ampliación de la planta de tratamiento de agua potable de Perico en las condiciones técnicas en que fue viabilizado el proyecto por parte del Ministerio, y las cuales son necesarias para poner en óptimo funcionamiento el acueducto regional San Jacinto - San Juan Nepomuceno, en un plazo máximo de dieciocho (18) meses, contados a partir de la aprobación por parte del juez de la sentencia, periodo en el que el Ministerio hará el seguimiento de las obras para su cumplimiento.

CUARTA: En caso de incumplimiento de la obligación establecida en la pretensión anterior, el Departamento de Bolivar deberá pagar al Ministerio el valor correspondiente al saldo pendiente de la penalidad acordada en la cláusula décimo segunda Clausula Penal 10% del aporte total de la Nación al Convenio), equivalente a la resta del total de la cláusula penal por un valor de: SETECIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS SEIS MIL QUINIENTOS CATORCE PESOS CON SESENTA CENTAVOS M/CTE., ($781.606.514,70) menos la parte de la cláusula cobrada en la segunda pretensión por valor de CUARENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON NOVENTA CENTAVOS M/CTE., ($43.794.488,90); Para un gran valor total a pagar de SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS DOCE MIL VEINTICINCO PESOS CON OCHENTA CENTAVOS M/CTE ($737.812.025,80).

QUINTA: Que se liquide el Convenio de Apoyo Financiero No. 2053762 de 2005 celebrado entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo y Territorio - hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Fondo de Proyectos de Desarrollo-FONADE y el Departamento de BOLÍVAR y los Municipios de SAN JUAN DE NEPOMUCENO y SAN JACINTO, en los términos y condiciones de las declaraciones que anteceden.

SEXTA: En el evento en que la entidad territorial incumpla con alguno de los pagos dinerarios establecidos en la solicitud de conciliación, El Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio iniciara las acciones judiciales tendientes a exigir el cumplimiento ejecutivo de dichas obligaciones.

SÉPTIMA: Que se condene en costas a la entidad territorial que incumplió el convenio.

OCTAVA: Que se ordene a la parte convocada al cumplimiento de la conciliación en los términos de los artículos 192 y 194 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."

1.2 Hechos

Se celebró el Convenio No. 194048, entre FONADE y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio), 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 del proyecto*

denominado "proyecto de Agua Potable y Saneamiento Básico Ambiental, que utilicen recursos de la Nación, financiados a través del mecanismo de ventanilla única", así como coordinar las actividades para la ejecución de las obligaciones de convenios de apoyo financiero que se suscriban entre el Ministerio, FONADE y las entidades a las que se les viabilice proyectos de Agua Potable y Saneamiento Básico Ambiental".

En la cláusula séptima de dicho Convenio, "*OBLIGACIONES DE APOYO INTERINSTITUCIONAL DE FONADE*" se estableció que debía elaborar *las* liquidaciones de los convenios interadministrativos; posterior a dicha liquidación, cualquier obligación en cabeza de la entidad territorial deberá ser cobrada ejecutivamente POR EL Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

En desarrollo de dicho convenio, se suscribió el Convenio de Apoyo Financiero No. 2053762 de 2005 el 24 de noviembre de 2005; el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio a través de FONADE aportó la suma de $8.254.010.036, en cumplimiento a lo establecido en el convenio marco 27-194048 de 2004, de la siguiente manera: i. Aportes del ministerio a través Fonade al municipio de san juan Nepomuceno: cuatro mil seiscientos ochenta y un millones trescientos noventa y cinco mil pesos mete ($4.681.395.000), amparados mediante convenio interadministrativo no. 27-194048 de octubre 22 de 2004; ii. Aportes del ministerio a través de Fonade al Municipio de San Jacinto: tres mil quinientos setenta y dos millones seiscientos quince mil treinta y seis pesos mete ($3.572.615.036) amparados mediante convenio interadministrativo no. 27-194048 de octubre 22 de 2004.

El plazo de ejecución inicial del convenio fue hasta el 31 de diciembre de 2006, y luego de varias prórrogas el plazo de ejecución final se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2010, y un plazo para liquidar de 8 meses.

Los ejecutores del proyecto fueron los Municipios de San Juan Nepomuceno, San Jacinto, y el Departamento de Bolívar (Bolívar), y la interventoría técnica, administrativa y financiera fue contratada por FONADE, con la firma interventora AFA Consultores Y Constructores S.A. La administración y los pagos de los recursos de la Nación se hicieron a través Fonade.

El alcance aprobado del proyecto, según oficio 5100-2-41702 de julio 13 de 2007, fue la ampliación de la Planta de Tratamiento de Perico, ubicada en San Juan Nepomuceno, con recursos de la Gobernación de Bolívar, entre otros.

En atención a las obligaciones puntualmente adquiridas por los municipios ejecutores y por el Departamento de Bolívar, a cada uno de ellos correspondió la suscripción de contratos de obra, de los cuales aquellos celebrados por parte de los Municipios de San Juan Nepomuceno y San Jacinto (SOPOP-AP-BM01-2006; SOPOP-AP-BM02-2006; SOPOP-AP-BM01-2007 y BM- 01-2006), fueron ejecutados en su totalidad y recibidos a satisfacción por las Administraciones Municipales, en tanto el contrato SAP-604 financiado con recursos del Departamento de Bolívar, registró notables inconvenientes que dieron al traste con su debida ejecución, registrando tan sólo un avance del 24.8% según informe final de interventoría de marzo de 2011, remitido por la Firma interventora AFA Constructores y Consultores S.A. mediante oficio radicado interno Fonade 2011-430-012215-2 del 11 de marzo de 2011.

El contrato No. SAP- 604, suscrito entre el Departamento de Bolívar y el Consorcio CF San Jacinto tenía por objeto "LA CONSTRUCCIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE LA NUEVA PLANTA DE TRATAMIENTO DE POTABLE EN PERIC0, PARA EL SISTEMA DE ACUEDUCTO REGIONAL SAN JUAN - SAN JACINTO (Bolívar) en desarrollo del cual surgieron ítems no previstos que según la interventoría de obra requerían recursos adicionales por la suma de $265.380.075.

Así las cosas, mediante oficio No. 09-CB306-206 del 14 de octubre de 2009, la interventoría del proyecto, solicitó a la Gobernación de Bolívar, adelantar los trámites necesarios para la finalización de las obras, solicitando la adición de recursos, la modificación de la lista de cantidades del proyecto y la prórroga del plazo de ejecución del contrato de obra, remitiendo como anexo a dicho oficio, el informe técnico requerido para tal fin.

Pese a que lo anterior, hasta el día 26 de agosto de 2010 el Departamento de Bolívar, a través de oficio No. 074/2010 manifestó a la firma interventora

del proyecto que la modificación requerida no tenía viabilidad jurídica, sin explicar las razones de tal argumentación.

Mediante oficio radicado en FONADE bajo el No. 20124300439142, la Gobernación de Bolívar da respuesta al presunto incumplimiento, sin ser posible conocer las evidencias de funcionalidad de las obras ni mucho menos la liquidación del contrato de obra.

El día 23 de julio de 2013, funcionarios de FONADE y del MINISTERIO realizaron visita a los municipios di San Juan Nepomuceno y San Jacinto Bolívar, en dicha visita el alcalde del municipio de San Jacinto, manifestó que su población se ha visto afectada con la no ampliación de la PTAP Perico, toda vez que con la capacidad actual de la misma solo es posible abastecer de agua potable uno de los dos Municipios. Por su parte el alcalde del Municipio de San Juan Nepomuceno, manifestó su disposición para que se realice la ampliación de la Planta por la importancia que tiene ese componente dentro del sistema de acueducto regional. Ese mismo día, se visitó el lugar donde se estaba adelantando la ampliación de la Planta, encontrando construida la placa de fondo de la misma y la instalación del hierro de refuerzo para los muros, constatando de esta forma el estado inconcluso de la obra derivada del contrato No. SAP-604, componente a cargo del Departamento de Bolívar.

Así, el Departamento de Bolívar incumplió con las obligaciones contenidas en las numerale 8 y 10 de la cláusula tercera del Convenio No. de Apoyo Financiero No. 2053762 de 2005.

2. Contestación

2.1 Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

Señaló que dio cabal cumplimiento a las obligaciones a su cargo establecidas en el Convenio No. 2053762, las cuales se sustraían a aportar a través de Fonade la suma indicada en la cláusula octava del Convenio y realizar el seguimiento de la ejecución como en efecto se evidencia de los hechos argüidos por la parte demandante y de las pruebas allegadas a la demanda.

De esta manera y ante la evidencia, de haber cumplido con las obligaciones pactadas en el Convenio, el Ministerio no se opone a las pretensiones de la demanda, bajo el entendido de que surge la necesidad de liquidar el referido convenio tripartito y establecer un cruce cuentas, ya que mediante la liquidación del contrato o del convenio se hace un ajuste de las cuentas reconociendo saldos a favor de alguna de las partes o declarándose a paz y salvo, amén de que con la liquidación del contrato se da la extinción del vínculo contractual, y que dicho sea de paso es una obligación legal de las entidades liquidar los contratos y/o convenios suscritos.

2.2 Departamento de Bolívar

Expuso que debe demostrarse por el demandante dentro del proceso que los contratos enunciados suscritos por la Gobernación de Bolívar tenían como finalidad el desarrollo del convenio del cual se está solicitando el cumplimiento de las supuestas obligaciones a cargo del departamento.

Indicó que es cierto que la Gobernación de Bolívar suscribió el contrato SAP-604 de 2008, con un contratista y el consorcio CF San Jacinto, que tenía por objeto la construcción de una planta de tratamiento de agua potable de Perico.

Señaló que es falso como obligación del Departamento dentro del convenio en mención la ejecución del contrato SAP 604 de 2008; el incumplimiento que alega el demandante del ente territorial, no es tal, ya que como bien lo describe la cláusula tercera, se establecen obligaciones del Municipio, y el departamento es un ente territorial distinto a los municipios.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

En el desarrollo del proceso, se cumplieron todas las etapas procesales, tales como: admisión de la demanda (317 - 318) y notificación a las partes (Fl. 321 - 323).

En curso de la audiencia inicial, se desarrollaron las etapas previstas en el artículo 180 del CPACA (Fls. 390 - 396); en la audiencia de pruebas se practicaron aquellas decretadas en la audiencia inicial (Fls. 433 – 435; 462 - 463), y se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento por innecesaria, corriéndose traslado a las partes del proceso para alegar de conclusión.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 De la parte demandante

Reitera lo expuesto en el libelo demandatorio, solicitando se acceda a las pretensiones de la demanda (Fls. 471 - 472).

4.2 Del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

Reitera lo expuesto en el memorial de contestación de la demanda, solicitando se liquide el convenio de la referencia (Fls. 465 - 468).

4.3 Del Departamento de Bolívar

Reiteró lo expuesto en el memorial de contestación de la demanda, solicitando se denieguen las pretensiones del libelo demandatorio (Fls. 473 – 477)

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Representante del Ministerio Público emitió concepto, solicitando se acceda a las pretensiones de la demanda, en razón a que, las cláusulas contractuales son ley para las partes, y su inobservancia deriva en un incumplimiento contractual; así, el accionar del Departamento de Bolívar lejos de gestionar la consecución de los recursos necesarios para culminar la obra, al surgir costos adicionales, mantuvo una actitud omisiva de tal obligación, no demostró que llevó a cabo gestión alguna para la ejecución del contrato de obra y con ello el convenio de apoyo financiero, situación que configuró el incumplimiento contractual imputado en la demanda. (Fls. 478 – 486)

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 4º del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los planteamientos expuestos en la demanda y lo probado en el proceso, la Sala considera que el problema jurídico a resolver se contrae a determinar:

¿Si es procedente declarar la responsabilidad del Departamento de Bolívar, por el presunto incumplimiento de los numerales 8, 10 Y 17 de la cláusula tercera del Convenio de Apoyo Financiero No. 2053762 de 2005 celebrado entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE-, el Departamento de Bolívar y los Municipios de San Juan Nepomuceno y San Jacinto; y si como consecuencia de lo anterior, es procedente ***i.*** *liquidar judicialmente el convenio;* ***ii.*** *condenar al Departamento de Bolívar al pago de la cláusula penal contenida en la cláusula décima segunda del convenio, en un porcentaje del 70%, monto proporcional a los aportes de dicho ente territorial, equivalente a $43.794.488,90; y* ***iii.*** *que el ente territorial pague al Ministerio el valor correspondiente al saldo pendiente de la penalidad acordada en la cláusula décimo segunda, equivalente al 10% del aporte total de la Nación al convenio, por la suma de $737.812.025,80?*

3. TESIS DE LA SALA

La Sala de Decisión, ante el incumplimiento del Convenio 2053762 de 2005 por parte del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, liquidará judicialmente dicho contrato, sin hacer efectiva la cláusula penal pactada, por no ser exigible respecto del ente territorial demandado.

La anterior tesis se fundamenta en los siguientes argumentos.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. Del medio de control de controversias contractuales.

El artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, establece:

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

Ahora bien, dentro de la reconfiguración dogmática del medio de control previsto en la precitada ley, se conservaron los rasgos característicos que fueron consagrados en el Decreto 01 de 1984, admitiendo además la posibilidad de ejercer pretensiones reparadoras o indemnizatorias diferentes a las derivadas de la declaratoria de existencia o de incumplimiento del contrato, pero siempre y cuando estén vinculadas al contrato.

Así lo ha expuesto el Consejo de Estado en su jurisprudencia:[1]

> *"(….)*
>
> *En vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el legislador conservó las notas características del medio de control de controversias contractuales, permitiendo que a través de su ejercicio se pueda discutir ante el Juez Administrativo las diversas vicisitudes jurídicas que puedan originarse en una relación contractual. En efecto, el artículo 87 del C.C.A. ahora previsto en el artículo 141 del C.P.A.C.A. al establecer que en ejercicio de la acción de controversias contractuales también se puede pretender que "se hagan las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes", otorga la posibilidad de que los administrados en ejercicio de esa acción puedan elevar pretensiones diferentes a las expresamente tipificadas en la norma. Con otras palabras, la redacción de la norma le otorga la posibilidad a los administrados para que en ejercicio de la acción de controversias contractuales puedan elevar pretensiones reparadoras o indemnizatorias diferentes a las derivadas de la declaratoria de existencia del contrato o a la declaratoria de incumplimiento de éste, siempre y cuando, desde luego, que estén vinculadas con un contrato."*

La acción referente a controversias contractuales, por regla general, es de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional, a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir

[1] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia de dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00186-01 (57177). Actor: ALBERTO GUENALDO AYALDE GONZÁLEZ, EDUARDO AYALDE GONZÁLEZ. Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y EL INSTITUTO DE DESARROLLO RURAL- INCODER.

que se declare su existencia y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan las demás declaraciones que sean pertinentes; así mismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar; como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones y operaciones propias de la ejecución del contrato.

Arguye además que excepcionalmente y conforme lo dispuesto en el artículo 45 de la ley 80 de 1993, el medio de control contractual puede revestir las características de objetivo, a iniciativa de cualquiera de las partes de un contrato, el Ministerio Publico, el tercero que acredite un interés directo, si la pretensión es de nulidad absoluta del contrato; de igual manera, cuando lo que se pretende es exclusivamente la simple nulidad de un acto administrativo contractual de carácter general.

4.2. Declaratoria de incumplimiento, terminación o resolución del contrato.

El fundamento de esta pretensión radica en la denominada condición resolutoria tácita prevista en el artículo 1546 del C.C., según la cual, "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplimiento por uno de los contratantes de lo pactado". Puede en estos casos, el contratante cumplido o quien se hubiere allanado a cumplir solicitar la terminación o resolución del contrato, o su cumplimiento, al igual que la indemnización consecuente de los perjuicios que se le hubieren causado con el incumplimiento.

En lo que hace relación al incumplimiento contractual, debe destacarse que se trata de una típica pretensión de reparación con ocasión de la no sujeción a lo pactado, por cualquiera de las partes del contrato. Ello implica una declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento consecuencial de la indemnización correspondiente de acuerdo con lo pedido y demostrado por la parte que se crea lesionada con ocasión al presunto incumplimiento de la otra.

Aunque el legislador admite que la administración actúe procesalmente como demandante o demandada, en estas hipótesis, por regla general, no es dable que actué como demandante, en la medida en que cuenta con poderes excepcionales como el de caducidad que le permite declarar administrativamente esta situación contractual y proceder a la liquidación del contrato, o hacer uso de su poder de coacción y vigilancia, que le conceden los artículos 4° y 14° de la Ley 80 de 1993, e incluso imponer multas cuando hubieren sido pactadas. Así mismo, el contratista no podría constreñir judicialmente a la administración al cumplimiento de lo pactado, sino a la declaratoria de su responsabilidad como incumplida y a obtener las condenas correspondientes a su favor de acuerdo a lo demostrado, esto con fundamento en el texto del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011.

4.3. Pretensión de cumplimiento e indemnización de perjuicios.

En palabras de la obra traída a cita[2], en materia contenciosa administrativa contractual, el componente del precitado artículo 1546 del C.C., relativo a la pretensión de cumplimiento del contrato, esto es, la posible pretensión de que se cumpla lo pactado cuando existe incumplimiento de una de las partes, ha sido puesto en duda por nuestra jurisprudencia. **Para la Corporación, en los litigios relativos a la contratación estatal no está prevista la acción de cumplimiento**, "entendida como aquella orientada a que ante el incumplimiento de la entidad pública de las obligaciones contractuales a su cargo, pueda exigírsele que las cumpla o que el juez ordene la ejecución del contrato, como tampoco cabe exigir el cumplimiento judicial del contratista si fue este el que incumplió el contrato".[3]

Lo procedente frente a la primera hipótesis sería un típico pronunciamiento de la justicia sobre responsabilidad contractual de la administración que debe concretarse en una solicitud al juez para que, previa declaratoria de responsabilidad por incumplimiento, ordene reconocer y pagar los perjuicios que con su conducta causó al contratista, esto, como consecuencia previa, obvia y necesaria, se insiste, de una declaración de incumplimiento. Por otra parte, si el incumplido es el contratista, existen las medidas correctivas y las potestades sancionadoras atribuidas a la administración por la ley para

[2] ídem
[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 14 de septiembre de 2000, Exp. 13530. CP. Ricardo Hoyos Duque.

asegurar la ejecución del objeto contractual, mediante declaratoria de incumplimiento que puede conducir a la imposición de multas e inclusive a la declaratoria de caducidad. A estas conclusiones llega la alta corporación de la aplicación preferencial de la norma especial del artículo 141 del CPACA, sobre el texto del artículo 1546 del C.C. que es norma general.

En virtud del principio de especialidad se deduce este criterio restrictivo de la pretensión de incumplimiento. La tesis se construye a partir del texto claro del artículo 141 ejusdem, que determina como una de las pretensiones básicas del contencioso contractual del Estado, la de que se declare el incumplimiento del contrato y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios. Esto significa que la aplicación del artículo 1546 del C.C., que consigna la llamada condición resolutoria tacita, en relación con los contratos estatales presenta algunas variaciones sustanciales respecto de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de aquí que la pretensión consecuencial de simple indemnización sea principal en materia administrativa, previa la determinación de responsabilidad por incumplimiento.

4.4. La declaratoria del incumplimiento contractual

Por demás, el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo ha declarado que es fundamental, cuando se pretenda la declaratoria de responsabilidad contractual por el incumplimiento de las obligaciones pactadas en virtud del contrato estatal, que la parte actora demuestre: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual de su co-contratante y; (ii) que ese incumplimiento le produjo un perjuicio.

Pero demás, en tratándose de contratos sinalagmáticos, pervive la regla jurisprudencial trazada de antaño, según la cual al actor le incumbe doble carga, cual es: acreditar que cumplió o que estuvo presto a cumplir sus obligaciones, para después abrir la posibilidad de indagar si el otro extremo incurrió en el incumplimiento que se le endilga.

Así se expuso[4]:

[4] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO. Sentencia del trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00025-01(43458). Actor: AESCA S.A. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS

"(…)

5. De la declaratoria de incumplimiento contractual

En atención a que el argumento de alzada, en esencia, se centra en obtener la declaratoria de incumplimiento del negocio jurídico, es de fundamental importancia tener en consideración que cuando se pretende la declaratoria de responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la celebración del contrato, a la parte actora le asiste el deber de demostrar: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual de su co-contratante; (ii) que ese incumplimiento le produjo un perjuicio[5]. También se insiste en que la carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento y que en los contratos sinalagmáticos[6] tiene una doble dimensión, tal y como lo ha expresado la jurisprudencia de la Sección[7].

En efecto, en los contratos con prestaciones correlativas se configura una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas y, al tenor de los dictados del artículo 1609 del Código Civil, esa regla impone la inadmisibilidad de que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma se encuentre en mora de cumplir lo pactado.

En los términos expuestos, la prosperidad de la declaratoria de incumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios, presupone que la parte que ejerce la acción con esa finalidad acredite en el proceso que cumplió o que estuvo presto a cumplir sus obligaciones, pues solo así se abrirá la posibilidad de indagar si el otro extremo incurrió en el incumplimiento que se le endilga. (Negrillas puestas por la Sala).

Conforme lo expuesto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, de cara a los hechos probados.

---

[5] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6461 de 4 de julio de 1992, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.
[6] Artículo 1498 del C.C.: "*El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez…*".
[7] Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 26 de agosto de 2015, Expediente No. 43.227, C.P (E) Hernán Andrade Rincón.

5. CASO CONCRETO

5.1. Hechos probados

- Se suscribió *CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DE APOYO FINANCIERO SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE AMBIENTE VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – MAVDT-, EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE-, EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR Y LOS MUNICIPIOS DE SAN JACINTO Y SAN JUAN DE NEPOMUCENO – BOLÍVAR*, No. 2053762 del 24 de noviembre de 2005, cuya duración inicial se extendía hasta el 31 de diciembre de 2006 (Fls. 104 – 109); suscribiéndose una primera prórroga el 12 de diciembre de 2006, hasta el 31 de diciembre de 2007 (Fl. 110); una segunda prórroga del 19 de noviembre de 2007, que iría hasta el 30 de junio de 2008 (Fl. 111); una tercera prórroga del 26 de junio de 2008, que iría hasta el 30 de junio de 2009 (Fls. 112 – 113); una cuarta prórroga del 12 de junio de 2009, que iría hasta el 31 de diciembre de 2009 (Fls. 114 – 115); y una quinta prórroga del 29 de diciembre de 2009, extendiendo el plazo hasta el 31 de diciembre de 2010 (Fls. 116).

-El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio a través de FONADE aportó la suma de $8.254.010.036; el Departamento de Bolívar aportó la suma de $700.000.000 y el Municipio de San Jacinto aportó la suma de $167.000.000.

-En el marco de dicho convenio, se suscribieron los siguientes contratos:

CTO	Objeto	Contratante	Contratista	Valor inicial	Valor Final	Fecha de suscripción	Fecha de terminación	Valor Ejecutado	% DE EJECUCIÓN
SOP OP-AP-BM01-2006	Suministro e instalación de las redes matrices de distribución en polietileno de alta densidad (PEAD) dentro del casco urbano de San Juan Nepomuceno y construcción de dos tanques de concreto de almacenamiento de 250m3 cada uno.	Municipio de San Juan Nepomuceno.	Consorcio Redes San Juan.	$860.009.225	$887.235.474	31 de agosto de 2006	7 de noviembre de 2007	$884.849.042	99.73 %

CTO	Objeto	Contratante	Contratista	Valor inicial	Valor Final	Fecha de suscripción	Fecha de terminación	Valor Ejecutado	% DE EJECUCIÓN
SOPOP-AP-BM02-2006	Optimización y ampliación del sistema de conducción de agua cruda del acueducto de San Juan Nepomuceno incluyendo las obras necesarias para suministrar agua cruda para atender conjuntamente la demanda de los municipios de San Juan Nepomuceno y San Jacinto	Municipio de San Juan Nepomuceno.	Unión temporal Acueducto Regional San Juan San Jacinto.	$2.402.259.082	$2.402.259.082	16 de noviembre de 2006	31 de marzo de 2008	$2.402.198.441	99.99 %
SOPOP-AP-BM01-2007	Suministro e instalación de los equipos requeridos para la alimentación a gas natural de los motores de bombeo necesarios para la conducción de agua cruda desde el río magdalena hasta la planta de tratamiento agua de Perico	Municipio de San Juan Nepomuceno.	Salgado Pupo e Hijos y Cía. Ltda	$2.305.273.500	$2.346.354.978	16 de octubre de 2007	27 de abril de 2009	$2.346.354.978	100 %
BM-01-2006	Construcción tubería conducción desde perico en San Juan Nepomuceno hasta Regeneración en San Jacinto -6km de tubería en HD en 12.	Municipio de San Jacinto	Consorcio San Jacinto	$1.917.221.177,50	$2.767.216.531	29 de noviembre de 2006	18 de agosto de 2009	$2.767.216.531	100 %
SAP-604	Construcción y puesta en marcha de la nueva planta de tratamiento de agua potable en Perico, para el sistema de acueducto regional San Juan-San Jacinto (Bolívar)	Gobernación de Bolívar	Consorcio CF San Jacinto	$1.085.896.942	$1.079.255.370*	5 de noviembre de 2008	23 junio 2011	$170.607.129,51	24.8 %

- Los Contratos Nos. SOPOP- AP-BM01-2006; SOPOP-AP-BM02-2006; SOPOP-AP-BM01-2007 y BM-01-2006, fueron ejecutados en su totalidad, recibidos a satisfacción por las Administraciones Municipales, tal como consta en las respectivas actas de liquidación de dichos contratos visibles a folios 154 – 156; 173 – 177; 212 – 214; y 265 - 267.

- Por su parte, en el Contrato SAP- 604 financiado con recursos del Departamento de Bolívar, suscrito con el Consorcio CF San Jacinto, se presentaron las siguientes situaciones:

-El 2 de diciembre de 2008 se modificó el valor del contrato mediante otro si No.1, excluyendo el valor correspondiente al IVA sobre la utilidad, por la suma de $5.469.057 quedando establecido el valor del contrato en la suma de $1.079.255.370. La Administración Departamental le hizo entrega de un anticipo por valor de $539.627.685, correspondiente al 50% del valor del contrato. La interventoría del referido contrato estuvo a cargo de la firma AFA CONSULTORES Y CONSTRUCTORES S.A., para el componente de la obra San Juan – San Jacinto.

-El acta de inicio del contrato de obra, fue suscrita el 26 de diciembre de 2008, sin embargo, el 02 de enero de 2009, se suspendió el contrato, puesto que la interventoría del proyecto, constató en campo la necesidad de revisar los planos de ubicación y los planos estructurales de la ampliación de la planta Perico.

-El 23 de febrero de 2009, se reiniciaron labores, mediante la suscripción del acta de reinicio No. 1 de la misma fecha.

-El 17 de agosto de 2009 el Contratista y la Interventoría, suscribieron acta de recibo parcial de obra para el componente San Juan, por valor de $170.607.129,42. El 24 de septiembre de 2009, la firma interventora del proyecto, mediante oficio No. 09-CB306-203, radicado en FONADE bajo el No. 2009-430-062803-2, remite el informe mensual estableciendo en el mismo un porcentaje de avance acumulado de 24.83% respecto al valor del contrato.

-El 25 de septiembre de 2009, se suspendió por segunda ocasión el contrato de obra, teniendo en cuenta que se debía modificar la lista de cantidades iniciales del contrato, toda vez que durante la ejecución del mismo surgieron ítems no previstos que requerían aprobación previa; por lo que, de acuerdo al balance de mayores y menores cantidades realizado por la interventoría del proyecto sobre el contrato de obra SAP-604, los cambios efectuados al mismo requerían recursos adicionales por la suma de $265.380.075.

-Mediante oficio No. 09-CB306-206 del 14 de octubre de 2009, la interventoría del proyecto solicitó al Departamento de Bolívar adelantar los

trámites necesarios para la finalización de las obras, solicitando la adición de recursos, la modificación de la lista de cantidades del proyecto y la prórroga del plazo de ejecución del contrato de obra.

-El 22 diciembre de 2009, FONADE mediante oficio No. 20092330322191, solicitó al Departamento de Bolívar, su intervención con el fin de dar pronto trámite al proceso de adición de recursos al contrato y concluir las obras faltantes.

-El 10 de junio de 2010, el Departamento de Bolívar, expidió el certificado de disponibilidad presupuestal No. 3577, por valor de $265.380.075, por concepto de obras adicionales al contrato SAP - 604 de 2008; no obstante, no suscribió la modificación al contrato de obra.

-El 30 de julio de 2010, mediante oficio No. 20102330176471 Fonade solicitó nuevamente al Departamento de Bolívar, dar trámite a la suscripción de la adición y modificación al contrato de obra, que permitiera proceder con la ejecución de las obras faltantes y posterior liquidación del Convenio de Apoyo Financiero; el 26 de agosto de 2010, mediante oficio No. 074/2010, Departamento informó a la firma interventora del proyecto, que tal modificación no tenía viabilidad jurídica.

-Ante tal circunstancia, el Ministerio reiteró la urgencia que existía por garantizar la terminación y funcionalidad de las obras, teniendo en cuenta que el Convenio de apoyo Financiero estaba vigente hasta el 31 de diciembre de 2010, y no estaban dadas las condiciones para prorrogarlo una vez más, debido a que el empréstito del Banco Mundial estaba en etapa de liquidación.

-Revisada el acta de recibo final de obra de 23 de junio de 2011, se detallaron las cantidades de obras ejecutadas, previstas y no previstas en el contrato, pero nada se estableció respecto de las pendientes por ejecutar; con fundamento en la misma, y ante la renuncia del contratista de reunirse con el ente territorial a efectos de liquidar bilateralmente el contrato, procedió el Departamento de Bolívar a liquidar unilateralmente el Contrato No. 604 de 2008, mediante la Resolución No. 18 de 11 de enero de 2013, relacionando como balance final lo siguiente:

CONCEPTO	VALOR
Valor contratado	$1.079.255.370.00
Valor pagado por anticipo y actos de recibo parcial	$624.931.249.71
Valor ejecutado	$346.956.528.05
Valor a devolver por el contratista por concepto de anticipos y actas de avance pagadas y no ejecutadas	$277.974.721.66
Valor reclamado por el contratista por mayor permanencia en obra	$11.880.000.00
Saldo a favor del Departamento que debe reintegrar el contratista	$266.094.721.66

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Pretende la parte actora en el presente asunto, la terminación del Convenio de Apoyo Financiero No. 2053762 de 24 de noviembre de 2005, suscrito entre el MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO, EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR Y LOS MUNICIPIOS DE SAN JACINTO Y SAN JUAN DE NEPOMUCENO – BOLÍVAR, por el presunto incumplimiento por parte del Departamento, de sus obligaciones; y en consecuencia, se liquide judicialmente dicho convenio, y se haga efectiva la cláusula penal a cargo del ente territorial.

El Departamento de Bolívar solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda, en razón a que dicha entidad no ha incumplido el referido convenio; señaló que es falso el incumplimiento que alega el demandante ya que como bien lo describe la cláusula tercera, se establecen obligaciones del Municipio, y el departamento es un ente territorial distinto a los municipios.

Por su parte, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio señaló que dio cabal cumplimiento a las obligaciones a su cargo establecidas en el Convenio No. 2053762, las cuales se sustraían a aportar a través de Fonade la suma indicada en la cláusula octava del Convenio y realizar el seguimiento de la ejecución como en efecto se evidencia de los hechos

argüidos por la parte demandante y de las pruebas allegadas a la demanda.

En ese contexto, conforme al marco normativo y jurisprudencial citado y los hechos probados en el plenario, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

En el asunto que convoca a la Sala, quedó demostrado que se suscribió CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DE APOYO FINANCIERO SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE AMBIENTE VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – MAVDT-, EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE-, EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR Y LOS MUNICIPIOS DE SAN JACINTO Y SAN JUAN DE NEPOMUCENO – BOLÍVAR, No. 2053762 del 24 de noviembre de 2005, cuya duración inicial se extendía inicialmente hasta el 31 de diciembre de 2006; pero luego de la suscripción de varias prórrogas, se extendió el plazo hasta el 31 de diciembre de 2010.

Para ejecutar el citado convenio, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio a través de FONADE aportó la suma de $8.254.010.036; el Departamento de Bolívar aportó la suma de $700.000.000 y el Municipio de San Jacinto aportó la suma de $167.000.000; teniendo por objeto aunar esfuerzos para apoyar la ejecución de las obras correspondientes al proyecto de optimización y ampliación del sistema de acueducto de San Juan Nepomuceno, incluyendo las obras necesarias para suministrar a partir de San Juan Nepomuceno el servicio de agua potable al Municipio de San Jacinto, entregando el agua en la planta de potabilización de regeneración en los Municipios.

Así pues, el debate planteado en el presente asunto, se contrae al incumplimiento de los numerales 8, 10 y 17 de la cláusula cuarta del Convenio Interadministrativo de Apoyo Financiero No. 2053762 de 24 de noviembre de 2005, atribuido al Departamento de Bolívar, la cual señala como obligaciones del ente territorial las siguientes:

> *CLÁUSULA CUARTA – OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO: (…) 8) gestionar, si fuere necesario 8) gestionar, si fuere necesario, la obtención de recursos de aporte local y/o regional para asegurar la*

terminación del objeto del presente convenio de apoyo financiero, cuando por ajustes o actividades no programadas, costos adicionales de interventoría originados por causas no atribuidles a las partes o cualquier otro valor adicional no establecido en el proyecto inicial, sea imposible cubrir tales erogaciones con la partida de imprevistos que se haya definido en el plan financiero aprobado; (…) 10) Adoptar y coordinar todas las acciones para asegurar la operación y mantenimiento y en general, la sostenibilidad del proyecto y su buen servicio, (...) 17) liquidar los contratos que suscriba en desarrollo del objeto del este convenio"

Para el cumplimiento del objeto del aludido convenio, se celebraron los Contratos Nos. SOPOP- AP-BM01-2006; SOPOP-AP-BM02-2006; SOPOP-AP-BM01-2007 y BM-01-2006, los cuales fueron ejecutados en su totalidad y recibidos a satisfacción por las Administraciones Municipales, tal como consta en las respectivas actas de liquidación; sin embargo, entre el Departamento de Bolívar y el Consorcio CF San Jacinto, se celebró el Contrato SAP- 604 de 2008, cuyo objeto fue la Construcción y puesta en marcha de la nueva planta de tratamiento de agua potable en Perico, para el sistema de acueducto regional San Juan – San Jacinto (Bolívar) y Optimización del sistema de acueducto de El Robles - El Guamo (Obras y Suministros), por valor de $1.079.255.370, teniendo como firma interventora a AFA CONSULTORES Y CONSTRUCTORES S.A., para el componente de la obra San Juan – San Jacinto.

Dicho contrato se inició el 26 de diciembre de 2008, siendo suspendido el 2 de enero de 2009 en razón a que la interventoría del proyecto, constató en campo la necesidad de revisar los planos de ubicación y los planos estructurales de la ampliación de la planta Perico, reiniciando labores el 23 de febrero de 2009.

El 17 de agosto de 2009 el Contratista y la Interventoría, suscribieron acta de recibo parcial de obra para el componente San Juan, por valor de $170.607.129,42; el 24 de septiembre de 2009, la firma interventora del proyecto, mediante oficio No. 09-CB306-203, remitió informe mensual estableciendo en el mismo un porcentaje de avance acumulado de 24.83% respecto al valor del contrato.

El 25 de septiembre de 2009, se suspendió por segunda ocasión el contrato de obra, teniendo en cuenta que se debía modificar la lista de cantidades iniciales del contrato, toda vez que durante la ejecución del mismo surgieron ítems no previstos que requerían aprobación previa; por lo que, de acuerdo al balance de mayores y menores cantidades realizado por la interventoría del proyecto sobre el contrato de obra SAP-604, los cambios efectuados al mismo requerían recursos adicionales por la suma de $265.380.075.

Mediante oficio No. 09-CB306-206 del 14 de octubre de 2009, la interventoría del proyecto solicitó al Departamento de Bolívar adelantar los trámites necesarios para la finalización de las obras, solicitando la adición de recursos, la modificación de la lista de cantidades del proyecto y la prórroga del plazo de ejecución del contrato de obra.

El 22 diciembre de 2009, FONADE mediante oficio No. 20092330322191, solicitó al Departamento de Bolívar, su intervención con el fin de dar pronto trámite al proceso de adición de recursos al contrato y concluir las obras faltantes.

El 10 de junio de 2010, el Departamento de Bolívar, expidió el certificado de disponibilidad presupuestal No. 3577, por valor de $265.380.075, por concepto de obras adicionales al contrato SAP - 604 de 2008; no obstante, no suscribió la modificación al contrato de obra.

El 30 de julio de 2010, mediante oficio No. 20102330176471 Fonade solicitó nuevamente al Departamento de Bolívar, dar trámite a la suscripción de la adición y modificación al contrato de obra, que permitiera proceder con la ejecución de las obras faltantes y posterior liquidación del Convenio de Apoyo Financiero; el 26 de agosto de 2010, mediante oficio No. 074/2010, Departamento informó a la firma interventora del proyecto, que tal modificación no tenía viabilidad jurídica.

Ante tal circunstancia, el Ministerio reiteró la urgencia que existía por garantizar la terminación y funcionalidad de las obras, teniendo en cuenta que el Convenio de apoyo Financiero estaba vigente hasta el 31 de diciembre de 2010, y no estaban dadas las condiciones para prorrogarlo

una vez más, debido a que el empréstito del Banco Mundial estaba en etapa de liquidación.

Revisada el acta de recibo final de obra de 23 de junio de 2011, se detallaron las cantidades de obras ejecutadas, previstas y no previstas en el contrato, pero nada se estableció respecto de las pendientes por ejecutar; con fundamento en la misma, y ante la renuencia del contratista de reunirse con el ente territorial a efectos de liquidar bilateralmente el contrato, procedió el Departamento de Bolívar a liquidar unilateralmente el Contrato No. 604 de 2008, mediante la Resolución No. 18 de 11 de enero de 2013, cuyo balance final arrojó un saldo a favor del Departamento, con cargo al Contratista de $266.094.721.66.

De lo expuesto, es claro para la Sala que la parte accionante logró demostrar el cumplimiento de los términos del convenio dentro del plazo pactado, circunstancia que no fue objeto de reproche por parte del ente territorial; e igualmente, que la parte accionada incumplió con la obligación estipulada en la cláusula cuarta, en lo que atañe a gestionar la obtención de recursos de aporte local y/o regional para asegurar la terminación del objeto del presente convenio de apoyo financiero; así como adoptar y coordinar todas las acciones para asegurar la operación y mantenimiento y en general, la sostenibilidad del proyecto y su buen servicio.

Lo anterior, en atención a que el ente departamental celebró el Contrato SAP- 604 de 2008, cuyo objeto fue la construcción y puesta en marcha de la nueva planta de tratamiento de agua potable en Perico, para el sistema de acueducto regional San Juan – San Jacinto (Bolívar), por valor de $1.079.255.370, siendo ejecutado solo un porcentaje del 24.8%, alegándose una primera suspensión de obras ante la necesidad de revisar los planos de ubicación y los planos estructurales de la ampliación de la planta Perico; y una segunda, por cuenta de modificación en la lista de cantidades iniciales del contrato, al surgir ítems no previstos que requerían aprobación previa, cambios que demandaban recursos adicionales por la suma de $265.380.075.

No obstante, pese a los requerimientos de la firma interventora, como de FONADE y el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, hacia el

Departamento de Bolívar a fin de que gestionara los recursos necesarios para el cumplimiento del objeto del contrato, dicho contrato de obra finalizó el 23 de junio de 2011, 6 meses después del plazo señalado en el convenio marco, indicándose en el acta de recibo final las obras ejecutadas, tanto las previstas, como las no previstas en el contrato, pero nada se estableció respecto de las obras pendientes por ejecutar; aun así, procedió el Departamento a liquidar unilateralmente dicho contrato.

Así las cosas, si bien el ente territorial cumplió con la obligación estipulada en el numeral 17 de la cláusula cuarta del convenio referenciado al liquidar unilateralmente el Contrato No. 604 de 2008, no demostró el cumplimiento del objeto contractual establecido en dicho contrato, cuyo fin era la construcción y puesta en marcha de la nueva planta de tratamiento de agua potable de Perico, desconociendo con ello a su vez, el objeto del Convenio de Apoyo Financiero No. 2053762, por lo cual la pretensión consistente en declarar que el Departamento de Bolívar incumplió el referido convenio tiene vocación de prosperar respecto de las obligaciones previstas en los numerales 8 y 10 de la cláusula en mención.

5.2.1 Liquidación Judicial del Contrato

Tal como viene expuesto, la liquidación del contrato estatal tiene como finalidad establecer el resultado final de la ejecución de las prestaciones a cargo de las partes y determinar el estado económico final de la relación negocial, definiendo en últimas, quién le debe a quién y cuánto.

En el presente caso, no se discute que se está frente a un convenio que conforme a las probanzas recaudadas, no ha sido liquidado, lo que sin necesidad de mayores argumentos y acorde con lo analizado en el desarrollo del acápite anterior, hace imperativo concluir que habiendo sido pedida dicha liquidación en tiempo, debe este Tribunal proceder a realizarla.

Para ese propósito debe considerarse que en la cláusula séptima se pactaron los aportes a realizar, indicándose que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio a través de FONADE aportaría la suma de $8.254.010.036; el Departamento de Bolívar la suma de $700.000.000 y el Municipio de San

Jacinto la suma de $167.000.000, para un valor total del convenio de $9.121.010.036.

Así las cosas, conforme al informe final de FONADE como Gerente del Convenio, la ejecución de los recursos del mismo reflejó el siguiente balance:

CONCEPTO	VALOR APORTES SEGÚN CONVENIO	VALOR APORTADO	APORTES NO EJECUTADOS	VALOR EJECUTADO	SALDO
APORTE INICIAL DE FONADE	$8.254.010.036	$8.254.010.036	$0	$8.210.708.058	$43.301.978
APORTE MUNICIPIO SAN JACINTO	$167.000.000	$167.000.000	$0	$167.000.000	$0
APORTE DEPARTAMENTO	$700.000.000	$700.000.000	$0	$700.000.000	$0
VALOR TOTAL	$9.121.010.036	$9.121.010.036	$0	$9.077.708.028	$43.301.978

De manera que, en consonancia con el informe anterior, la Sala de Decisión ordenará la liquidación judicial del CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DE APOYO FINANCIERO SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO, EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE-, EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR Y LOS MUNICIPIOS DE SAN JACINTO Y SAN JUAN DE NEPOMUCENO – BOLÍVAR, No. 2053762 del 24 de noviembre de 2005, por el valor de $9.121.010.036, dentro del cual se probó que se ejecutaron $9.077.708.028; discriminados en la suma de $8.210.708.058 correspondientes al capital aportado por FONADE; $167.000.000 aportados por el Municipio de San Jacinto; y $700.000.000 aportados por el Departamento de Bolívar.

Igualmente se tiene que, no se ejecutaron recursos por valor de $43.301.978, los cuales corresponden a FONADE, y en ese sentido son liberados del Convenio No. 2053762 del 24 de noviembre de 2005; por lo demás, no hay lugar a restituciones mutuas por parte de las partes contratantes; por lo que se encuentran a paz y salvo recíprocamente.

5.2.2 De la cláusula penal

Finalmente, pretende la parte actora que se haga efectiva la cláusula penal prevista en la CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA del citado Convenio respecto al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, la cual dispuso:

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

En lo que atañe a esta pretensión, la Sala de Decisión la negará toda vez que la cláusula penal contemplada en el Convenio No. 2053762, solo es exigible por el incumplimiento de las obligaciones de los Municipios de San Jacinto y San Juan de Nepomuceno, no siendo prevista su exigibilidad ante el incumplimiento de obligaciones a cargo del Departamento de Bolívar.

Por otra parte, precisa la Sala, que la actora, en sus pretensiones solicita el pago del saldo pendiente de la penalidad acordada en la cláusula décimo segunda, equivalente al 10% del aporte total de la Nación al convenio, por la suma de $737.812.025,80; pero tal estipulación es ajena a lo pactado por las partes en el convenio objeto de la presente controversia; por lo que dicha pretensión no tiene vocación de prosperar.

6. Condena en costas

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del CGP, se abstendrá de condenar en costas en el presente asunto, al haber prosperado parcialmente las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: **DECLARAR** que el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR incumplió el Convenio de Apoyo Financiero No. 2053762 de 2005 celebrado entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE-, el Departamento de Bolívar y los Municipios de San Juan Nepomuceno y San Jacinto, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la liquidación judicial del *CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DE APOYO FINANCIERO SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE AMBIENTE VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – MAVDT-, EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE-, EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR Y LOS MUNICIPIOS DE SAN JACINTO Y SAN JUAN DE NEPOMUCENO – BOLÍVAR*, No. 2053762 del 24 de noviembre de 2005, dentro del cual se ejecutaron NUEVE MIL SETENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHO MIL VEINTIOCHO PESOS ($9.077.708.028) de los NUEVE MIL CIENTO VEINTIÚN MILLONES DIEZ MIL TREINTA Y SEIS PESOS ($9.121.010.036) aportados por los contratantes; discriminados en la suma de OCHO MIL DOSCIENTOS DIEZ MILLONES SETECIENTOS OCHO MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS ($8.210.708.058) correspondientes al capital aportado por FONADE; CUENTO SESENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS ($167.000.000) aportados por el Municipio de San Jacinto; y SETECIENTOS MILLONES DE PESOS ($700.000.000) aportados por el Departamento de Bolívar.

TERCERO: En consecuencia, **LIBERAR** los recursos no ejecutados del Convenio No. 2053762 de 24 de noviembre de 2005, por valor de CUARENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS ($43.301.978), los cuales corresponden al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE; en lo demás, no hay lugar a restituciones mutuas entre las partes contratantes; por lo que se encuentran a paz y salvo recíprocamente.

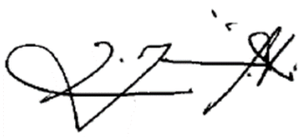
CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: NO CONDENAR en costas.

SEXTO: Ejecutoriada la presente sentencia, **ARCHIVAR** el expediente, previa devolución del remanente, si existiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA